

CUADERNOS DE DERECHO TRANSNACIONAL

www.uc3m.es/cdt

CDT

Octubre 2013
Volumen 5 Número 2

EISSN: 1989-4570

ESTUDIOS	Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni nell'unione europea ANGELO DAVI/ ALESSANDRA ZANOBETTI	5
	La cuestión previa de la “existencia de matrimonio” en el proceso de divorcio con elemento extranjero LORENZO ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA	140
	¿De verdad puede controlarse el precio de los contratos mediante la normativa de cláusulas abusivas? De la STJUE de 3 junio 2010 (<i>Caja de Madrid, C-484/08</i>) y su impacto aparente y real en la jurisprudencia española a la STS (Pleno) de 9 mayo 2013 sobre las cláusulas suelo SERGIO CÁMARA LAPUENTE	209
	La política legislativa de la UE en DIPr de familia. Una valoración de conjunto BEATRIZ CAMPUZANO DÍAZ	234
	Daños causados por un estado en la comisión de crímenes de guerra fuera de su territorio. Inmunidad de jurisdicción, competencia judicial internacional y tutela judicial efectiva MARÍA ASUNCIÓN CEBRIÁN SALVAT	265
	La nuova disciplina europea della competenza giurisdizionale in materia di successioni <i>mortis causa</i> ORNELLA FERACI	291
	El comercio paralelo de medicamentos ÁNGEL GARCÍA VIDAL	315
	La responsabilidad civil del árbitro: cuestiones de derecho internacional privado MIGUEL GÓMEZ JENE	335
	Hacia un sistema unitario europeo en materia de ley aplicable a las sucesiones internacionales RAÚL LAFUENTE SÁNCHEZ	350
	La adaptación de la normativa reguladora del derecho de desistimiento a las exigencias de la directiva 2011/83/UE sobre derechos de los consumidores INMACULADA LLORENTE SAN SEGUNDO	371
	Los ADR «alternative dispute resolution» en el comercio internacional CAROLINA MACHO GÓMEZ	398



El ámbito de aplicación material y la ley aplicable en la propuesta de Reglamento <i>Roma IV</i> : algunos problemas y omisiones HELENA MOTA	428	
La libre circulación de mercancías entre la Unión Europea y Turquía. Algunas consideraciones a propósito de la aplicación del principio de reconocimiento mutuo JUAN JORGE PIERNAS LÓPEZ	448	
La propuesta de reglamento de compraventa europea: cuestiones generales, en especial su ámbito de aplicación LUIS ANTONIO VELASCO SAN PEDRO	468	
El sistema de notificaciones en la Unión Europea en el marco del Reglamento 1393/2007 y su aplicación jurisprudencial ALFONSO YBARRA BORES	481	
Long-term trends in World Bank rule-based supervision: overcoming the yes-men culture PABLO ZAPATERO MIGUEL	501	
Made on Earth: environmental externalities of global supply chains PABLO ZAPATERO MIGUEL	518	
<hr/>		
VARIA	Tratamiento de la aplicación facultativa del Reglamento 1206/2001 sobre obtención de prueba en la UE MARÍA JESÚS ELVIRA BENAYAS	538
	Daños privados por contaminación en el tráfico externo: a propósito del caso <i>Akpan vs. Shell</i> (Nigeria) LAURA GARCÍA ÁLVAREZ	548
	The first two decisions of the European Court of Justice on the law applicable to employment contracts CARLA GULOTTA	584
	Conflictos de jurisdicciones y declinación de la competencia: los asuntos Honeywell y Spanair MÓNICA HERRANZ BALLESTEROS	592
	Transformación transfronteriza: exigencias para el estado miembro de acogida. Comentario a la stjue c-378/10 (vale építési kft) ROSA MIQUEL SALA	610
	Principios de Unidroit e ilicitud del contrato internacional MIGUEL UNCETA LABORDA	620
<hr/>		
SOBRE CDT	Normas de publicación	630

Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)

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

Directores

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

JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ
(Univ. Murcia)

Secretaría de Redacción

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

Consejo Asesor

PILAR BLANCO-MORALES LIMONES
(Univ. Extremadura)
ESPERANZA CASTELLANOS RUIZ
(Univ. Carlos III de Madrid)
MARÍA DEL PILAR DIAGO DIAGO
(Univ. Zaragoza)
DIEGO PEDRO FERNÁNDEZ ARROYO
(Univ. Complutense de Madrid)

FEDERICO F. GARAU SOBRINO
(Univ. Islas Baleares)
PEDRO-PABLO MIRALLES SANGRO
(Univ. Nacional de Educación a Distancia)
ANDRÉS RODRÍGUEZ BENOT
(Univ. Pablo de Olavide)
JULIANA RODRÍGUEZ RODRIGO
(Univ. Carlos III de Madrid)

Comité Científico

CARMEN ALONSO LEDESMA
(Univ. Complutense de Madrid)
TITO BALLARINO
(Univ. Padova)
STEFANIA BARIATTI
(Univ. Milano)
JÜRGEN BASEDOW
(Max Planck Institut
für ausländisches und internationales
Privatrecht, Hamburg)
CRISTINA CAMPLIGIO
(Univ. Pavia)
JEAN-YVES CARLIER
(Univ. Louvain / Univ. Liège)
PIETRO FRANZINA
(Univ. Ferrara)
HELÈNE GAUDEMEL-TALLON
(Univ. Paris II - Panthéon-Assas)
JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO
(Letrado DGRN)
STEFAN LEIBLE
(Univ. Bayreuth)
LUÍS DE LIMA PINHEIRO
(Univ. Lisboa)
ULRICH MAGNUS
(Univ. Hamburg)
PETER MANKOWSKI
(Univ. Hamburg)
HEINZ PETER MANSEL
(Univ. Köln)

DIETER MARTINY
(Max Planck Institut
für ausländisches und internationales
Privatrecht, Hamburg)
JESÚS R. MERCADER UGUINA
(Univ. Carlos III de Madrid)
RUI MANUEL MOURA RAMOS
(Univ. Coimbra)
HORATIA MUIR-WATT
(Univ. Paris I Panthéon-Sorbonne)
DÁRIO MOURA VICENTE
(Univ. Lisboa)
JORGE OVIEDO ALBÁN
(Univ. La Sabana)
LUCIANO PAREJO ALFONSO
(Univ. Carlos III de Madrid)
CATHERINE PRIETO
(Univ. Paris I Panthéon-Sorbonne)
JUANA PULGAR EZQUERRA
(Univ. Complutense de Madrid)
MARCOS SACRISTÁN REPRESA
(Univ. Valladolid)
FRANCESCO SALERNO
(Univ. Ferrara)
TOMÁS DE LA QUADRA-SALCEDO
(Univ. Carlos III de Madrid)
LUIS A. VELASCO SAN PEDRO
(Univ. Valladolid)

Comité de Evaluación

SÉRGIO CÁMARA LAPUENTE
(Univ. de La Rioja)
ÁNGEL GARCÍA VIDAL
(Univ. de Santiago de Compostela)

FRANCESCO SEATZU
(Univ. degli studi di Cagliari)
EDUARDO VALPUESTA GASTAMINZA
(Univ. de Navarra)

Área de Derecho Internacional Privado - Despacho 4.0.01

UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID

c/ Madrid 126-128

28903 Getafe (Madrid) SPAIN

Teléfono: +34 91 624 89 35

Correo electrónico: celiamaria.caamina@uc3m.es

Página web: <http://www.uc3m.es/cdt>

Composición: Tallergraficoyeditorial.com - Universidad Carlos III de Madrid

ESTUDIOS

IL NUOVO DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO DELLE SUCCESSIONI NELL'UNIONE EUROPEA

ANGELO DAVÌ

*Professore ordinario di diritto internazionale
Università degli Studi di Roma «La Sapienza»*

ALESSANDRA ZANOBETTI

*Professore associato di diritto internazionale privato
Alma Mater Studiorum - Università di Bologna*

Recibido: 01.07.2013 / Aceptado: 11.07.2013

Riassunto: L'articolo illustra il regolamento UE 650/2012 che sarà applicabile negli Stati membri dell'Unione europea, con l'eccezione di Danimarca, Irlanda e Regno Unito, a partire dal 17 agosto 2015.

Si tratta di un testo ampio e complesso, che conta 83 considerando e 84 articoli, e regola tutti gli aspetti internazionalprivatistici di una successione: la competenza, la legge applicabile, la circolazione delle decisioni giudiziarie e degli atti pubblici. Dopo aver precisato il campo di applicazione del regolamento, lo studio analizza le norme sulla legge applicabile, per quanto riguarda sia il collegamento oggettivo che la *professio juris*, nonché la speciale disciplina dedicata ai patti successori, la questione della legge regolatrice della forma delle disposizioni testamentarie, il rinvio e i limiti all'applicazione della legge richiamata. Vengono poi esaminate le norme sulla competenza, che sostituiscono completamente le corrispondenti norme interne degli Stati membri ed includono capi di competenza sussidiaria e la previsione di un *forum necessitatis*, e quelle sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni, degli atti pubblici e delle transazioni giudiziarie. Infine, l'articolo offre una presentazione del certificato successorio europeo, il nuovo atto pubblico creato dal regolamento e destinato ad avere effetti in tutti gli Stati membri partecipanti.

Il regolamento costituisce una normativa coerente e completa; gli aspetti meno soddisfacenti riguardano in particolare la possibilità di una scelta implicita della legge applicabile e la previsione di una clausola di eccezione, che rischiano di diminuire considerevolmente la prevedibilità della pianificazione ereditaria. Alcuni problemi pratici potranno derivare inoltre dalla assenza di uniformizzazione di settori contigui. Si tratta peraltro di una situazione inevitabile, dovuta al carattere finora incompleto dell'opera di codificazione del diritto internazionale privato intrapresa dall'Unione europea, alla quale il regolamento fornisce comunque un importante contributo.

Parole chiave: diritto internazionale privato, successioni, Unione europea, conflitto di leggi, giurisdizione, patti successori, legge applicabile, riconoscimento delle decisioni, certificato successorio europeo.

Abstract: This article illustrates EU Regulation 650/2012 which will apply in the Member States of the European Union (with the exception of Denmark, Ireland and the United Kingdom) as of 17 August 2015.

It is a broad and complex text, with 83 articles and 84 recitals, which regulates all private international law issues relating to a succession: jurisdiction, applicable law, circulation of judgments and authentic instruments. The study, after specifying the scope of the Regulation, analyses the rules it contains on applicable law as regards both the objective connecting factor and the *professio juris*, as

well as the special regime it establishes for agreements as to successions, the question of the law applicable to the formal validity of dispositions of property upon death and the limits to the application of the *lex successionis*. The jurisdiction rules, which completely replace the corresponding internal rules of the Member States and include heads of subsidiary jurisdiction and the provision of a *forum necessitatis*, and those on the recognition and enforcement of judgments, authentic instruments and court settlements, are then illustrated. The article further gives a presentation of the European Certificate of Succession, the new authentic act created by the Regulation which will have effects in all participating Member States.

The Regulation is a coherent and complete legislative instrument. Its least satisfactory aspects, which may considerably reduce predictability in inheritance planning, relate in particular to the possibility of an implicit choice of the applicable law and the provision of an escape clause. Practical problems could arise from not having rendered contiguous sectors uniform – at least not until now. This is, however, unavoidable, in view of the incompleteness of the codification of private international law undertaken by the European Union, to which the Regulation nevertheless does make an important contribution.

Key words: private international law, successions, European Union, conflict of laws, agreements as to succession, applicable law, recognition of judgments, European Certificate of Succession.

Sommario: I. Considerazioni introduttive. - II. Le precedenti regolamentazioni della materia e il recepimento di alcune soluzioni in esse previste nel regolamento. - III. Il procedimento di elaborazione del regolamento. 1. Le modifiche alla proposta originaria e il ruolo dei parlamenti nazionali. 2. Le discussioni sulla questione del *claw-back* e il mancato *opting-in* di Irlanda e Regno Unito. - IV. Struttura e caratteri del regolamento. - V. Il campo di applicazione e le definizioni. 1. La definizione di successione e le materie escluse. 2. La questione della natura dei diritti reali. 3. L'esclusione dei trusts dal campo di applicazione del regolamento. 4. La soluzione data alla questione della commorienza. 5. Carattere incompleto dell'uniformizzazione realizzata dovuto alla mancata uniformizzazione in settori contigui. - VI. Il principio generale della sottoposizione dell'intera successione ad un'unica legge. 1. Divergenze esistenti tra sistemi di conflitto nazionali: contrapposizione tra principio unitario e principio scissionista e opzione del regolamento per il primo modello. 2. La fase di amministrazione delle successioni. - VII. La legge applicabile: il criterio di collegamento oggettivo. 1. Il criterio di collegamento della residenza abituale del defunto al momento della morte. 2. La clausola di eccezione. - VIII. *La professio juris*. 1. La facoltà di scelta della legge nazionale. 2. *La professio juris* implicita. 3. La legge applicabile alla validità, alla modifica e alla revoca della *professio juris*. - IX. La legge regolatrice dell'ammissibilità e della validità sostanziale delle disposizioni a causa di morte. 1. Legge regolatrice delle disposizioni a causa di morte diverse dai patti successori. 2. Legge regolatrice dei patti successori. - X. Legge applicabile alla forma delle disposizioni a causa di morte e delle dichiarazioni dei beneficiari della successione. - XI. Il rinvio. 1. Il principio generale dell'accoglimento del rinvio nel regolamento. 2. I limiti all'applicabilità di leggi diverse dalla *lex fori* stabiliti dal regolamento. 3. Le eccezioni al principio generale dell'accoglimento del rinvio. 4. I casi più frequenti di concreta applicazione del rinvio. 5. Il modello di rinvio adottato dal regolamento. - XII. I limiti all'applicazione della legge riciamata. 1. L'ordine pubblico. 2. L'applicazione di speciali regimi previsti dalla *lex rei sitae*. - XIII. La competenza. 1. Le norme sulla competenza: considerazioni introduttive. 2. Il criterio di competenza generale: l'ultima residenza abituale del *de cuius*. 3. La competenza c.d. sussidiaria basata sulla presenza di beni in uno degli Stati membri. 4. Effetti della *professio juris* sulla competenza. 5. Il *forum necessitatis*. 6. Possibilità di escludere dall'oggetto della causa beni situati in Stati terzi. 7. La competenza degli organi giurisdizionali del paese di residenza abituale di una persona che deve rendere una dichiarazione relativa alla successione. 8. La competenza ad adottare provvedimenti provvisori e cautelari. 9. Litispendenza e connessione. - XIV. Le norme sulla circolazione delle decisioni, degli atti pubblici e delle transazioni giudiziarie. 1. Riconoscimento ed esecuzione delle decisioni. 2. Accettazione ed esecutività degli atti pubblici. 3. Esecutività delle transazioni giudiziarie. - XV. Il certificato successorio europeo. - XVI. Disposizioni transitorie.

I. Considerazioni introduttive

1. Il 4 luglio 2012 è stato adottato il regolamento 650/2012 in materia di diritto internazionale privato delle successioni, che si applicherà a partire dal 17 agosto 2015 negli Stati membri dell'Unione, con l'esclusione di Danimarca, Irlanda e Regno Unito¹. Si tratta di un risultato importante per due ordini di ragioni. Innanzitutto, per la rilevanza pratica della materia: nell'Unione europea le successioni con elementi di internazionalità sono numerose e in progressivo aumento, legate, come sono, allo sviluppo delle libertà del mercato interno, in particolare della libera circolazione delle persone e del diritto di stabilimento, nonché alla presenza crescente negli Stati membri di cittadini di Stati terzi². Inoltre, e forse soprattutto, per le ben note difficoltà provocate dalle divergenze, anche rilevanti, che le legislazioni nazionali presentano in questo settore sia sul piano del diritto sostanziale che su quello della disciplina dei conflitti di leggi e di giurisdizione.

Il compito intrapreso dal legislatore europeo era ambizioso. Le successioni, che costituiscono uno dei temi più complessi del diritto internazionale privato, collocandosi alla confluenza del diritto di famiglia, del diritto dei beni e del diritto delle obbligazioni, si erano finora rivelate refrattarie ai precedenti tentativi di regolamentazione internazionalmente uniforme; l'unico importante risultato ottenuto dalla cooperazione fra Stati aveva riguardato, come vedremo, la forma del testamento³. D'altronde, gli strumenti di diritto internazionale privato adottati dapprima in forma di convenzioni fra gli Stati membri della (allora) Comunità e poi di regolamenti della medesima avevano tutti espressamente escluso la materia dai loro campi rispettivi di applicazione⁴. Le norme interne che hanno continuato sinora a regolare

¹ Regolamento (UE) 650/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 luglio 2012, relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e all'accettazione e all'esecuzione degli atti pubblici in materia di successioni e alla creazione di un certificato successorio europeo, *GUUE L 201* del 27 luglio 2012, p. 107. Il regolamento si applicherà a partire dal 17 agosto 2015 alle successioni di persone defunte in quel giorno o successivamente; per le disposizioni transitorie v. *infra*, par. 173 s. A norma degli artt. 1 e 2 dei protocolli n. 21 sulla posizione del Regno Unito e dell'Irlanda e n. 22 sulla posizione della Danimarca rispetto allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, allegati ai trattati sull'Unione europea e sul funzionamento dell'Unione europea, tali Stati non hanno partecipato all'adozione del regolamento e pertanto non ne sono vincolati da esso, né sono soggetti alla sua applicazione. Di conseguenza, essi non sono inclusi nei riferimenti agli «Stati membri» contenuti nel testo del regolamento (v. più ampiamente *infra*, par. 106). Tuttavia il Regno Unito e l'Irlanda, secondo quanto previsto dall'art. 4 del protocollo che li riguarda, possono notificare in qualunque momento la loro intenzione di partecipare al regolamento.

² Secondo l'analisi di impatto effettuata dalla Commissione e presentata assieme alla proposta di regolamento si può stimare, pur in assenza di statistiche ufficiali, che circa il 9-10% delle successioni per causa di morte che si aprono nell'Unione europea abbia carattere internazionale; si tratterebbe quindi di circa 450.000 casi ogni anno, per un valore approssimativo di € 123.000.000.000 (v. *Sintesi della valutazione d'impatto*, Bruxelles, 14.10.2009, SEC(2009) 411 def., p. 4).

³ V. *infra*, par. 5.

⁴ Le successioni sono espressamente escluse dagli ambiti rispettivi di applicazione del regolamento 44/2001 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (Bruxelles I) e della Convenzione di Lugano del 30 ottobre 2007 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (così come lo erano dai corrispondenti campi di applicazione della Convenzione di Bruxelles del 28 settembre 1968 concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale e della Convenzione di Lugano del 16 settembre 1988), mentre vi rientrano le controversie a contenuto patrimoniale fra gli eredi e i terzi; v. in proposito la decisione resa dalla Corte di giustizia il 17 settembre 2009, *Vorarlberger Gebietskrankenkasse c. WGV-Schwäbische Allgemeine Versicherungs AG*, C-347/08, Racc. 2009, p. I-8661, in cui la Corte (punto 44) ha evocato la possibilità per gli eredi di una vittima di incidente di fondare un'azione contro una compagnia assicuratrice sui criteri speciali posti dagli artt. 9, n. 1, lett. b), e 11, n. 2, del regolamento n. 44/2001. In alcuni casi, le autorità giurisdizionali nazionali hanno peraltro ritenuto che l'esclusione non concervesse le controversie riguardanti transazioni fra eredi; cfr. la decisione emessa dal Tribunale di Roma, 13 dicembre 1991, *Riv. dir. int. priv. proc.* 1996, p. 673, confermata dalla Corte d'appello il 30 aprile 1995, *ibid.*, p. 750, riguardo alla quale v. A. BONOMI, «Successions internationales: conflits de lois et de juridictions», *Recueil des cours*, vol. 350 (2010), p. 364 s. Secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia, la natura derogatoria delle esclusioni ne giustificherebbe un'interpretazione restrittiva; v. la decisione resa il 27 marzo 1979 nel caso *De Cavel*, 143/78, Racc. 1979, p. 1055, punto 7, su cui F. SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel regolamento (CE) 44/2001*, 3^a ed., Padova, 2006, p. 80; ma v. A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, Madrid, 13^a ed., Granada, 2012, vol. I, p. 187, i quali, riferendosi all'esclusione dell'arbitrato dal campo di applicazione del regolamento, osservano che la Corte non è sempre coerente nell'interpretare restrittivamente le esclusioni «sin que se sape por qué».

Le successioni sono altresì escluse dall'ambito di applicazione del regolamento 593/2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I), come lo erano da quello della Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 sulla legge applicabile

la materia sono quindi rimaste a tal punto prive di coordinamento da indurre un autore ad affermare che la situazione internazionale relativa alle successioni presenta caratteristiche simili a quelle proprie dell'età paleolitica⁵. Si tratta, peraltro, di una delle materie in cui l'adozione di norme di conflitto uniformi appare più utile ad assicurare la certezza e la prevedibilità del diritto applicabile; infatti, dato che la disciplina materiale delle questioni ereditarie si differenzia anche in maniera accentuata da un ordinamento all'altro, l'applicazione di una legge oppure di un'altra può comportare conseguenze rilevanti⁶.

2. L'istituto successorio che più frequentemente è indicato come esempio delle divergenze fra le leggi nazionali in materia successoria è la riserva ereditaria, al cui riguardo nel corso dell'adozione del regolamento non sono mancati, come si vedrà, timori riguardanti il possibile ricorso al diritto internazionale privato per finalità elusive⁷. La riserva è prevista dalle legislazioni di tutti gli Stati membri dell'Unione, con l'unica eccezione del diritto inglese⁸, ma in realtà è regolata in maniera molto diversa da un ordinamento all'altro, sia per quanto riguarda l'individuazione dei beneficiari – mentre i figli sono quasi sempre inclusi, molto più differenziato è il trattamento riservato al coniuge superstite⁹ – sia per quanto riguarda le quote riservate¹⁰; per quel che concerne la possibilità per gli eredi di non rinunciare a rivendicare la legittima loro spettante, secondo alcune legislazioni la rinuncia può essere fatta validamente anche quando il *de cujus* è ancora in vita¹¹, mentre in numerosi altri ordinamenti essa è consentita

alle obbligazioni contrattuali; v. A. RODRÍGUEZ BENOT, «La exclusión de las obligaciones derivadas del derecho de familia y de sucesiones del ámbito material de aplicación del Reglamento Roma I», *Cuadernos der. transnacional*, 2009, I, p. 124 s.

⁵ Così M. FERID, «Le rattachement autonome de la transmission successorale en droit international privé», *Recueil des cours*, vol. 142 (1974), p. 85.

⁶ Si tratta di una valutazione ampiamente condivisa negli studi dedicati alla materia negli anni recenti: v., tra le analisi che hanno preceduto o accompagnato l'elaborazione e l'adozione del regolamento, A. DAVÌ, «Riflessioni sul futuro diritto internazionale privato europeo delle successioni», *Riv. dir. int.*, 2005, p. 299 ss.; A. DUTTA, «Succession and Wills in the Conflict of Laws on the Eve of Europeanisation», *RabelsZ*, 2009, p. 6; E. LEIN, «A Further Step Towards a European Private International Law Code - The Commission Proposal for a Regulation on Succession», *Yearbook of Priv. Int. Law*, 2009, p. 110; A. BONOMI, «Successions internationales: conflits de lois et de juridictions», *Recueil des cours*, vol. 350 (2010), p. 92 s.; F. BOULANGER, «Révolution juridique ou compromis en trompe-l'œil? A propos du nouveau règlement européen sur les successions internationales», *Juris-Classeur pér. (Semaine jur., éd. générale)*, 2012, n. 42, p. 1902. Per una sintetica presentazione della normativa, materiale e di conflitto, di numerosi paesi in materia v. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ / J.J. MARTÍNEZ NAVARRO, *Prontuario básico de derecho sucesorio internacional*, Granada, 2012.

⁷ Sull'influenza che preoccupazioni di questo tipo hanno avuto sulla scelta dei criteri di collegamento operata dal legislatore europeo v. *infra*, par. 46, 55.

⁸ Al fine di non lasciare privi di sostegno economico i parenti stretti di una persona defunta, la sezione 1(1) dell'*Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act 1975*, come modificato nel 1995, prevede che il coniuge superstite, un figlio o chiunque risulti a carico di una persona che al momento della morte sia domiciliata in Inghilterra o nel Galles possa chiedere che il giudice disponga nei suoi confronti provvedimenti di carattere finanziario «on the ground that the disposition of the deceased's estate effected by his will or the law relating to intestacy, or the combination of his will and that law, is not such as to make reasonable financial provision for the applicant».

⁹ In particolare, il coniuge non è incluso fra gli eredi necessari in Lussemburgo (art. 116 *code civil*), nei Paesi Bassi (art. 4-63 del *Burgerlijk Wetboek*), in Svezia (art. 7.1 dell'*Ärvdabalk*, codice delle successioni del 1958) e nella Repubblica ceca (l'art. 479 cod. civ. del 1964 e, a partire dal 1° gennaio 2014, l'art. 1643 del nuovo cod. civ. prevedono la riserva soltanto per i figli, cui spettano quote più ampie se sono minorenni e più ridotte se hanno raggiunto la maggiore età). Anche in Finlandia soltanto i figli hanno diritto ad una quota di riserva; secondo il cap. 7, sez. 3, della legge sulle successioni del 1965 la quota di patrimonio del *de cujus* spettante al coniuge superstite, o agli eredi del coniuge premorto, è regolata invece dal regime matrimoniale applicabile. In Francia il coniuge non divorziato ha diritto ad una quota di legittima pari ad un quarto del patrimonio ereditario solo in assenza di discendenti del *de cujus* (art. 914-1 cod. civ.). In Spagna al coniuge superstite spetta unicamente l'usufrutto su una quota dell'eredità (art. 834 cod. civ.); soluzioni diverse sono peraltro previste dai *derechos forales*. Alcune legislazioni in assenza di discendenti includono fra gli eredi necessari gli ascendenti e – direttamente o per intervento della rappresentazione o di istituti affini – i collaterali del defunto. Così, ad esempio, la legge bulgara sulle successioni, che all'art. 29 attribuisce ai genitori una quota di riserva pari a un terzo della successione; quella cipriota (art. 41 della legge sulle successioni e i testamenti del 1945) include i genitori fra gli eredi legittimi, così come avviene anche in Germania (artt. 2303 e 2309 BGB), in Italia (art. 536 cod. civ.), in Romania (art. 1086 ss. cod. civ. del 2011). In Spagna, il diritto alla riserva è esteso a tutti gli ascendenti, sia dall'art. 800 cod. civ., sia – seppure con quote diverse – dalle legislazioni delle comunità autonome.

¹⁰ In alcuni casi la quota disponibile può essere davvero assai ridotta; ad esempio nel caso dell'eredità di una persona che lasci il coniuge superstite e due o più figli, secondo gli artt. 28 e 29 della legge bulgara sulle successioni la quota disponibile si riduce a un sesto dell'asse ereditario, mentre ammonta ad un quarto secondo la legge italiana (art. 542 cod. civ.) e alla metà secondo la legge slovena (art. 26 della legge sulle successioni).

¹¹ La rinuncia prima dell'apertura della successione è, ad esempio, consentita in Germania (art. 2346 BGB), ove può

solo dopo l'apertura della successione. Naturalmente, quanto più elevata è la parte non disponibile, tanto più si modifica l'equilibrio fra autonomia testamentaria e protezione dei diritti successori dei familiari¹². A tutela della riserva alcune legislazioni prevedono inoltre la riduzione delle donazioni, che può anche avere come conseguenza, come avviene ad esempio nell'ordinamento italiano, l'obbligo per i terzi che abbiano acquistato il bene dai beneficiari di restituirlo in natura (c.d. *claw-back*); l'azione di riduzione ha in questi casi effetti retroattivi che travolgono i diritti degli aventi causa dal beneficiario dell'attribuzione lesiva, provocando una situazione di incertezza che ha in pratica come effetto la compressione, per un numero di anni più o meno ampio a seconda delle legislazioni, del diritto di proprietà e che viene ritenuta poco giustificata o addirittura inaccettabile nei paesi che, invece, non prevedono l'istituto¹³. La maggiore o minore libertà di disporre dei propri beni si riflette poi sulla possibilità di concludere patti successori o di organizzare altre forme di anticipazione successoria, riconosciuta in alcuni ordinamenti, ignota o addirittura esclusa in altri, nonché sull'ammissibilità dei testamenti congiuntivi.

Anche sull'individuazione dei successibili e delle relative quote nelle successioni legittime i vari ordinamenti presentano ampie divergenze, che si sono anzi accentuate negli ultimi anni. Numerose riforme hanno riguardato il regime riservato al coniuge superstite, cui alcune legislazioni di paesi membri dell'Unione hanno riconosciuto solo recentemente la qualità di erede¹⁴. Inoltre, molti paesi hanno previsto la possibilità per coppie dello stesso o di diverso sesso di costituire forme di unioni registrate, le cui leggi istitutive spesso equiparano i *partners* ai coniugi sotto l'aspetto successorio¹⁵. Si è invece rea-

essere fatta a mezzo di un accordo con il testatore; in Francia, a seguito di una recente riforma, l'art. 929 cod. civ. ammette ugualmente la rinuncia, che però deve essere effettuata in favore di una o più persone determinate ed acquista efficacia solo con l'accettazione da parte della persona della cui eredità si tratta; anche in Svezia la rinuncia è permessa (art. 17.2 *Ärvdabalk*), ma è condizionata ad un accordo con il dante causa e alla corresponsione di una qualche forma di compensazione.

¹² Queste differenze hanno origini storiche; infatti mentre nel diritto romano la «legittima» è stata introdotta come eccezione al principio della libertà di testare, del tutto diversa è invece la concezione posta a base delle consuetudini germaniche, nelle quali vigeva l'opposta regola della comproprietà domestica e della conseguente indisponibilità dei beni (v. G. TAMBURRINO, voce «Successione necessaria (dir. priv.)», in *Encyclopédia del diritto*, vol. XLIII, Milano, 1990, p. 1348 s.). Successivamente la maggior parte delle legislazioni ha operato una certa giustapposizione tra i due sistemi, per cui la situazione è oggi ampiamente diversificata; tuttavia rimangono ancora regimi che testimoniano delle antiche consuetudini di origini germaniche (come ad es. il «maso chiuso» vigente nella provincia italiana di Bolzano), di cui anche il regolamento consente di tener conto stabilendo in proposito (art. 30) un limite all'applicazione della legge successoria a favore della *lex rei sitae*; v. *infra*, par. 127.

¹³ V. a questo proposito *infra*, par. 12.

¹⁴ Sino a qualche anno fa molte legislazioni di Stati membri, per mantenere il patrimonio all'interno della famiglia d'origine del *de cujus*, riservavano al coniuge unicamente l'usufrutto su una quota dell'eredità (v., per un'analisi comparatistica, F. BOULANGER, *Les successions internationales*, Paris, 1981, p. 126 ss.). In Francia, l'art. 757 cod. civ. prevede ora che il coniuge che concorre unicamente con i figli propri e del *de cujus* (statisticamente si tratta dell'ipotesi più comune) può optare per l'usufrutto sulla totalità dei beni oppure per un quarto della piena proprietà dell'asse ereditario; in difetto di opzione entro tre mesi dall'apertura della successione, si presume che abbia accettato l'usufrutto. Un'opzione è prevista anche dal diritto lussemburghese (art. 767-1 cod. civ.), che lascia al coniuge la scelta fra l'usufrutto dell'abitazione familiare e una quota pari a quella di uno dei figli, ma comunque non inferiore a un quarto dell'intera successione. Nel caso in cui con il coniuge superstite non concorrono discendenti diretti alcune legislazioni, come quella olandese (art. 4:10 del *Burgerlijk Wetboek*), quella lussemburghese (art. 767-2 cod. civ.) o quella ungherese (art. 607.4 cod. civ.) gli attribuiscono l'intera eredità; altre invece dividono i beni fra il coniuge e i genitori o altri ascendenti del *de cujus* o prevedono una quota anche per i fratelli. Più complicata la soluzione offerta dall'art. 745 bis del cod. civ. belga, che in assenza di discendenti assegna al coniuge superstite la parte di patrimonio comune agli sposi, ma unicamente l'usufrutto del patrimonio personale del defunto, la cui proprietà è trasmessa ad ascendenti e collaterali. L'art. 3.2 del codice svedese delle successioni del 1958 stabilisce che, alla morte del coniuge superstite, la metà dei beni che questi ha ereditato dal coniuge deceduto in precedenza deve essere attribuita ai familiari di quest'ultimo. Per un esame delle recenti riforme legislative che in molti ordinamenti hanno modificato le modalità di successione dei coniugi sopravviventi, v. P. CATALA, «Successions - Droits du conjoint susceptible - Nature. Montant. Exercice», *Juris Classeur Droit civil*, fasc. 10, 2007, n. 6 ss. Più in generale, sull'influenza dei recenti sviluppi del diritto di famiglia sulla disciplina delle successioni, v., in prospettiva comparatistica, il rapporto generale presentato alla XXVII^a sessione dell'Accademia internazionale di diritto comparato da S. VAN ERP, «New Developments in Succession Law», *Electronic Journal of Comp. Law*, vol. 11.3, dicembre 2007, <http://www.ejcl.org>, p. 1.

¹⁵ Le legislazioni adottate in alcuni paesi quali il Belgio (*cohabitation légale*, art. 1475 ss. cod. civ.), la Francia (*pacte civil de solidarité*, istituito dalla l. 99-944 del 15 novembre 1999) e il Lussemburgo (*parténariat*, l. 9 luglio 2004) non includono il *partner* registrato fra gli eredi legittimi; pertanto è necessario che siano assunte specifiche disposizioni testamentarie in suo favore, le quali peraltro non possono eccedere la quota disponibile. Il *companheiro* dell'*união estável* portoghese, istituita con l. n. 135 del 1999 ed estesa nel 2001 alle coppie dello stesso sesso, è erede del *partner*, ma gli spetta per legge una quota inferiore a quella che spetterebbe ad un coniuge. Si tratta comunque di una materia nella quale le discipline nazionali sono in corso di evoluzione, sia ad opera di riforme legislative, sia, in alcuni casi, per l'intervento della giurisprudenza costituzionale riguar-

lizzata una marcata evoluzione delle legislazioni degli Stati membri dell'Unione verso il riconoscimento a tutti i discendenti di identici diritti, con l'abolizione delle differenze di trattamento fra figli legittimi, adottivi e naturali¹⁶, che viceversa permangono tuttora immutate in alcuni ordinamenti extra-europei, come, ad esempio, in quelli dei paesi di diritto islamico, che, come è noto, non attribuiscono ai figli nati fuori dal matrimonio alcun diritto sull'eredità paterna¹⁷.

Fra il momento del decesso e il momento in cui vengono liquidati in maniera definitiva i beni agli eredi devono essere svolte numerose attività – come il pagamento del passivo, la consegna dei legati, le operazioni di trasmissione e di ripartizione dei beni tra gli avari diritto – il cui compimento presenta spesso varie difficoltà di ordine pratico e giuridico, aggravate, nel caso di successioni internazionali, dalla diversità delle legislazioni statali che possono provocare notevoli complicazioni, soprattutto per l'intreccio fra aspetti materiali e processuali della disciplina che rende a volte difficile l'applicazione del diritto straniero, il quale non di rado contempla l'adozione di provvedimenti non previsti dalla legge del foro¹⁸.

3. Anche sul piano del diritto internazionale privato i singoli sistemi nazionali divergono profondamente. La divergenza più nota consiste nell'adesione di alcuni ordinamenti ad un sistema unitario, che assoggetta l'intera successione ad un'unica legge – legge nazionale o del paese di ultima residenza della persona della cui eredità si tratta – mentre altri adottano sistemi c.d. dualisti o scissionisti, che distinguono successione mobiliare e successione immobiliare, la prima generalmente sottoposta alla legge del paese di ultima residenza, o di ultimo domicilio, del *de cujus*, la seconda alla legge di situazione dei beni¹⁹. In materia di competenza giurisdizionale, accanto ad alcuni criteri di accoglimento quasi generale, come il luogo di apertura della successione, identificata nel luogo di ultima residenza abituale o di ultimo domicilio del defunto, ve ne sono altri ammessi soltanto in alcune legislazioni; queste divergenze possono rendere incerta la circolazione delle decisioni e la loro esecuzione all'estero²⁰.

4. Per questo insieme di ragioni, la materia delle successioni ha sempre offerto ampie occasioni per affrontare alcune delle questioni generali del diritto internazionale privato di maggiore rilievo, quali il ricorso al limite dell'ordine pubblico, le questioni preliminari, la qualificazione di istituti ignoti e il problema del rinvio²¹. D'altra parte, poiché la maggioranza delle successioni viene regolata stragiudi-

dante il rispetto del principio di uguaglianza; ad es. in Slovenia la Corte costituzionale con la sentenza n. 425/06 del 2 luglio 2009 ha ammesso anche il convivente stabile agli stessi diritti successori che la legge attribuisce ai *partners* di unioni registrate.

¹⁶ Nei paesi membri del Consiglio d'Europa, all'equiparazione dei diritti spettanti a tutti i figli rispetto ai genitori ha sicuramente contribuito la sentenza resa il 13 giugno 1979 dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nel notissimo caso *Marckx c. Belgio*, n. 6833/74; tuttavia alcuni paesi conservano ancora differenze per quanto riguarda la possibilità per figli nati fuori del matrimonio di vantare diritti successori nei confronti di altri parenti. Ad es. in Italia queste differenze sono state eliminate solo molto recentemente con la l. n. 219 del 10 dicembre 2012.

¹⁷ V. *infra*, par. 123.

¹⁸ Per uno studio comparatistico di questi problemi in parte ancora attuale v. M. FERID, «Le rattachement autonome de la transmission successorale en droit international privé», *Recueil des cours*, vol. 142 (1974), p. 71 ss., nonché A. BONOMI, «Successions internationales: conflits de lois et de juridictions», *Recueil des cours*, vol. 350 (2010), p. 330 ss.; v. inoltre *infra*, par. 26.

¹⁹ V. *infra*, par. 23.

²⁰ Ad esempio, in Belgio l'art. 635, 1° comma, del cod. di procedura stabilisce che le autorità belghe siano competenti in via esclusiva in relazione a beni ereditari situati nel paese, anche se la successione si è aperta all'estero; regole simili, di origine giurisprudenziale, esistono in Francia e in Lussemburgo. Di conseguenza, le decisioni straniere relative a tali beni non possono essere riconosciute in nessun caso. Altri criteri – quali la cittadinanza del *de cujus*, previsto dall'art. 50 della legge italiana di diritto internazionale privato, e la cittadinanza dell'attore, ammesso in Francia dall'art. 14 cod. civ. e adottato anche in Lussemburgo – non godono di generale accettazione e quindi comportano il rischio della non riconoscibilità in altri paesi delle decisioni. V., per una breve presentazione delle soluzioni adottate in proposito da alcuni paesi membri dell'Unione, DEUTSCHES NOTARINSTITUT, «Étude de droit comparé sur les règles de conflits de juridictions et de conflits de lois relatives aux testaments et successions dans les Etats membres de l'Union européenne», in *Les successions internationales dans l'UE: perspectives pour une harmonisation*, Würzburg, 2004, p. 33 ss.

²¹ V. per osservazioni dello stesso tenore, nei corsi tenuti nell'arco di quasi un secolo presso l'Accademia di diritto internazionale dell'Aja, H. LEWALD, «Questions de droit international des successions», *Recueil des cours*, vol. 9 (1925), p. 8; H. BATIFFOL, «Principes de droit international privé», *ibid.*, vol. 97 (1959), p. 439 ss.; A. VON OVERBECK, «Divers aspects de l'unification du droit international privé, spécialement en matière de successions», *ibid.*, vol. 104 (1961), p. 555; M. FERID, «Le rattachement autonome de la transmission successorale en droit international privé», *ibid.*, vol. 142 (1972), p. 87; HAOPEI LI, «Some Recent Developments in the Conflict of Laws of Succession», *ibid.*, vol. 224 (1990), p. 20; G. DROZ, «Regards sur

zialmente, il diritto applicabile deve poter essere conosciuto in maniera ragionevolmente certa sia per consentire anche nelle situazioni di carattere internazionale una pianificazione ereditaria sufficientemente affidabile, sia per non rendere troppo difficile l'attività delle categorie professionali interessate.

II. Le precedenti regolamentazioni della materia e il recepimento di alcune soluzioni in esse previste nel regolamento

5. L'adozione di norme di conflitto uniformi sulle successioni era stata messa all'ordine del giorno già nelle prime quattro conferenze dell'Aja di diritto internazionale privato, tenutesi rispettivamente nel 1893, nel 1894, nel 1900 e nel 1904; un testo adottato nel 1904 rimase però un semplice progetto e gli sforzi posti in essere nelle sessioni successive del 1925 e del 1928 non ottennero maggiore consenso²². I lavori furono ripresi nel dopoguerra; si decise di concentrare l'attenzione su questioni specifiche che si riteneva potessero offrire maggiori prospettive di esito positivo. Così nel 1961 venne adottata la Convenzione sui conflitti di leggi in materia di forma delle disposizioni testamentarie, che regola, come appunto indicato dal titolo, la forma delle disposizioni di ultima volontà e dei loro atti di revoca, prevedendo al riguardo un concorso alternativo di criteri di collegamento volto a facilitarne la validità; per quanto riguardante un aspetto limitato, la convenzione costituisce un risultato importante ed è in vigore per quarantuno Stati²³. Questo successo è probabilmente anche legato al fatto che numerosi paesi già prevedevano nelle legislazioni interne il principio di favore per la validità formale dell'atto, spesso concretizzato proprio nell'adozione di un concorso di criteri di collegamento, per cui le concessioni effettuate dagli Stati partecipanti non sono apparse troppo gravose²⁴. Il legislatore europeo ha quindi valutato che questo risultato non dovesse essere rimesso in questione; il regolamento infatti, come si vedrà meglio più avanti, ha adottato al riguardo delle soluzioni che consentono di realizzare un coordinamento pressoché assoluto tra i due strumenti²⁵.

6. Nel 1973 sono state adottate la Convenzione di Washington recante legge uniforme sulla forma di un testamento internazionale²⁶, il cui testo era stato elaborato in seno all'UNIDROIT, e la Convenzione sull'amministrazione internazionale delle successioni, opera della Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato²⁷.

La Convenzione di Washington prevede l'obbligo per gli Stati contraenti di introdurre nelle proprie legislazioni un modello di «testamento internazionale», che si aggiunge alle forme di testamento

le droit international privé comparé. Cours général de droit international privé», *ibid.*, vol. 229 (1991), p. 223 s.; A. BONOMI, «Successions internationales: conflits de lois et de juridictions», *ibid.*, vol. 350 (2010), p. 92 s.

²² Uno degli aspetti del progetto del 1904 che suscitarono maggiori contrasti tra i governi partecipanti fu quello dell'ordine pubblico; si era deciso di regolare la questione non mediante l'inserzione di una clausola generale, del tipo che doveva in seguito diventare di uso corrente in tutte le convenzioni dell'Aja, ma allegando alla convenzione un protocollo nel quale ogni paese avrebbe potuto indicare le disposizioni della propria legge interna di natura imperativa o proibitiva, che avrebbero costituito un limite alla legge straniera eventualmente applicabile alla successione; per un ampio esame di questo progetto v. A.E. VON OVERBECK, «Divers aspects de l'unification du droit international privé, spécialement en matière de successions», *Recueil des cours*, vol. 104 (1961), p. 554 ss.

²³ Convenzione sui conflitti di leggi concernenti la forma delle disposizioni testamentarie, L'Aja, 5 ottobre 1961 (testo sul sito della Conferenza all'indirizzo: http://www.hcch.net/index_fr.php?act=conventions.text&cid=40). La convenzione istituisce un concorso alternativo di criteri di collegamento molto generoso (in proposito cfr. *infra*, par. 102), avendo essa l'obiettivo di favorire per quanto possibile il rispetto della volontà del testatore nelle situazioni internazionali (v. il «Rapport explicatif» di H. BATIFFOL, in CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, *Actes et documents de la Neuvième session (1960)*, vol. III, *Forme des testaments*, La Haye, 1961, p. 165).

²⁴ Si vedano a questo proposito le osservazioni di F. BOULANGER, *Les successions internationales*, Paris, 1981, p. 363.

²⁵ V. *infra*, par. 101-104.

²⁶ Convenzione che istituisce una legge uniforme sulla forma di un testamento internazionale, aperta alla firma a Washington il 26 ottobre 1973. Tale convenzione, secondo quanto indicato nel «Rapport explicatif» redatto da J.P. PLANTARD (pubblicato sul sito dell'UNIDROIT: <http://www.unidroit.org/english/conventions/1973wills/main.htm>, ove è disponibile anche il testo della convenzione), intende costituire un ulteriore sviluppo rispetto ai risultati ottenuti con la Convenzione dell'Aja del 1961.

²⁷ Convenzione riguardante l'amministrazione internazionale delle successioni, L'Aja, 2 ottobre 1973 (testo sul sito della Conferenza all'indirizzo: http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=83).

in essi esistenti senza sostituirle; la validità delle disposizioni di ultima volontà contenute in un atto che risponde ai requisiti stabiliti da tale modello viene riconosciuta direttamente nei paesi contraenti. Negli altri paesi, ovviamente, il testamento redatto secondo i requisiti della convenzione può essere considerato o meno valido, come ogni altro testamento straniero, in base alle regole di conflitto di ciascuno dei paesi in questione. Lo strumento ha ottenuto dodici ratifiche ma è raramente applicato nella pratica; questo successo limitato è dovuto probabilmente al fatto che la legge modello prevede, fra l'altro, che la firma del testatore sia apposta o confermata in presenza di due testimoni, procedura ispirata al sistema statunitense, ma estranea alla tradizione giuridica di molti altri ordinamenti²⁸.

La Convenzione dell'Aja si propone invece l'obiettivo di facilitare l'amministrazione internazionale delle successioni, cioè quell'insieme di attività che intercorrono, come si è detto, fra l'identificazione degli eredi e la concreta trasmissione dei beni ai medesimi; essa si limita peraltro ad istituire un «certificato internazionale» contenente la designazione della persona o delle persone abilitate ad amministrare la successione mobiliare e l'indicazione dei relativi poteri. In questo modo una sola persona si vede attribuire e riconoscere in tutti gli Stati contraenti un titolo per reclamare i beni ereditari e per procedere alle diverse operazioni necessarie, rendendosi così possibile evitare, per lo meno nei territori degli Stati parti, il conflitto fra amministrazioni concorrenti di una stessa successione²⁹. Al fine di conseguire meglio i suoi obiettivi, la convenzione pone norme sia sulla competenza delle autorità ad emettere il certificato – prevedendo all'art. 2 che competente per il suo rilascio sia «l'autorité compétente dans l'État de la résidence habituelle du défunt» – sia sulla legge in base alla quale esso deve essere redatto: l'autorità competente applicherà generalmente al riguardo, come stabilisce l'art. 3, la propria legge interna, eccetto alcuni casi in cui dovrà invece applicare la legge del paese di cui il defunto aveva la cittadinanza³⁰. Benché il rilascio del certificato di per sé non modifichi la devoluzione della successione, non v'è dubbio che la convenzione finisce per avere una portata che va ben oltre la semplice istituzione di uno strumento di carattere pratico e non deve quindi stupire che essa abbia ricevuto un numero assai scarso di ratifiche³¹. Infatti, accettando che il rilascio del certificato sia riservato alle autorità del paese dell'ultima residenza del defunto, i paesi che adottano altri criteri – luogo della situazione dei beni, cittadinanza del *de cuius* – vedono indebolita la loro competenza; inoltre, il fatto che le valutazioni in base alle quali viene emesso il certificato debbano essere, per lo meno in linea generale, compiute alla stregua della legge interna dell'autorità richiesta contraddice la tradizione giuridica dei numerosi paesi che invece sottopongono la successione alla legge nazionale. Il certificato presenta peraltro un'utilità piuttosto ridotta, poiché riguarda unicamente i beni mobili e non tutto il patrimonio ereditario. Come si vedrà, anche il legislatore europeo ha valutato che fosse opportuno inserire nel regolamento l'istituzione di un documento analogo che riguarda però, a differenza di quello creato dalla convenzione, l'intera massa successoria³².

²⁸ Gli Stati contraenti sono i seguenti: Belgio, Bosnia-Erzegovina, Canada (limitatamente alle province di Manitoba, Terra-nova, Ontario, Alberta, Saskatchewan, Isola del Principe Edoardo, Nuovo Brunswick, Nuova Scozia), Croazia, Cipro, Ecuador, Francia, Italia, Libia, Niger, Portogallo, Slovenia.

²⁹ La convenzione è improntata, per seguire l'espressione di C. FRAGISTAS, «La Convention de La Haye sur l'administration internationale des successions», *Anuario de derecho int.*, 1974, p. 3, ad un «monisme juridictionnel» cui, come vedremo meglio *infra*, par. 131, si ispira anche il regolamento. V. al riguardo altresì il «Rapport explicatif» di P. LALIVE, in CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, *Actes et documents de la Douzième session (1972)*, vol. II, *Matières diverses - Administration des successions*, La Haye, 1974, p. 285, che indica che la Conferenza è stata guidata dalle esigenze della pratica, sulle quali disponeva di ampie informazioni grazie anche alle indicazioni ricevute dall'Unione internazionale del Notariato latino, i cui rappresentanti avevano partecipato come osservatori al negoziato.

³⁰ Si tratta in particolare dei seguenti casi: «1. lorsque tant l'État de la résidence habituelle que celui dont le défunt était ressortissant ont fait la déclaration prévue à l'article 31; 2. lorsque l'État dont le défunt était ressortissant, mais non celui de la résidence habituelle, a fait la déclaration prévue à l'article 31 et que le défunt n'avait pas habité depuis au moins 5 ans avant son décès dans l'État de l'autorité émettrice du certificat». L'art. 31 prevede che «[a]ux fins et sous les conditions de l'article 3, tout État contractant a la faculté de déclarer que sa loi interne doit être appliquée, si le défunt est un de ses ressortissants, pour désigner le titulaire du certificat et indiquer ses pouvoirs».

³¹ La convenzione aveva ricevuto soltanto la ratifica del Portogallo e della Cecoslovacchia; a seguito dello smembramento di quest'ultima, sia la Repubblica ceca sia la Slovacchia hanno dichiarato di voler succedere ad essa, consentendo così di raggiungere il numero minimo di tre parti contraenti necessario per l'entrata in vigore della convenzione.

³² Sul certificato successorio europeo v. più ampiamente *infra*, par. 165 ss.

7. Nel 1989 la Conferenza dell'Aja ha adottato la Convenzione sulla legge applicabile alle successioni, non in vigore sul piano internazionale perché ratificata finora solo dall'Olanda, paese che ha deciso di applicarla unilateralmente inserendola nella sua legislazione³³. I motivi di questo insuccesso consistono essenzialmente nella difficoltà per gli Stati di accettare soluzioni che, nel duplice intento di realizzare un buon compromesso fra le loro rispettive posizioni e di ottenere comunque uno strumento di buona qualità, impongono un sacrificio per lo meno parziale delle prime.

La maggior parte dei problemi che si è cercato di risolvere durante i negoziati si sono presentati anche al legislatore europeo, il quale, come si vedrà nell'analisi delle singole disposizioni del regolamento, ha generalmente condiviso, per lo meno per quanto riguarda le opzioni di fondo, le soluzioni adottate dalla convenzione, delle quali si darà conto nel corso della trattazione successiva; questa circostanza consente sicuramente di apprezzare la comune disponibilità degli Stati membri dell'Unione partecipanti all'atto ad accettare quegli stessi sacrifici per pervenire alla realizzazione di una disciplina uniforme. Rispetto alla Convenzione dell'Aja, il regolamento presenta l'indubbio pregio di disciplinare sia i conflitti di leggi, sia la competenza giurisdizionale e il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni; ciò ha indubbiamente favorito l'accettazione delle numerose novità che il testo introduce.

8. Per completare questo breve panorama degli atti internazionali nella materia in oggetto, si può osservare che anche in ambito regionale i risultati raggiunti sul piano dell'uniformizzazione sono finora stati scarsi. A parte i due strumenti adottati in America Latina – il trattato di Montevideo del 1889, rivisto nel 1940, e il codice Bustamante del 1928 – che, essendo dedicati all'intera materia del diritto internazionale privato, contengono anche norme in materia di successioni³⁴, e la Convenzione di Basilea del 16 maggio 1972 sull'elaborazione di un sistema di iscrizione dei testamenti³⁵, l'unico risultato di rilievo consiste nella Convenzione comprendente disposizioni di diritto internazionale privato in materia di successioni, testamenti e amministrazione di eredità adottata dagli Stati nordici nel 1934³⁶. La convenzione, in vigore tra Danimarca, Finlandia, Islanda, Norvegia e Svezia, è stata riveduta nel 2012 proprio per tener conto degli effetti dell'entrata in vigore del regolamento nei confronti di quegli Stati contraenti che hanno anche partecipato all'adozione di questo atto, cioè la Finlandia e la Svezia. Tali due paesi continueranno ad applicare il primo strumento nei rapporti con gli Stati contraenti che non sono vincolati dal regolamento, inclusa, ovviamente, la Danimarca; applicheranno invece il secondo strumento in tutti gli altri casi, anche nei loro rapporti reciproci, benché in relazione a questi ultimi, secondo quanto dispone l'art. 75, par. 1, del regolamento, la convenzione continuerà ad applicarsi «nella misura in cui essa preveda: a) norme sugli aspetti procedurali dell'amministrazione dell'eredità secondo la definizione della convenzione e sulla relativa assistenza da parte delle autorità degli Stati parti contraenti della convenzione; e b) procedure semplificate e accelerate per il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di successioni».

³³ Convenzione dell'Aja sulla legge applicabile alle successioni per causa di morte, 1º agosto 1989 (per il testo v. il sito della Conferenza all'indirizzo: http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=62). Oltre che ratificata dall'Olanda, la convenzione è stata firmata da Argentina, Lussemburgo e Svizzera.

³⁴ Mentre i trattati di Montevideo adottano come criterio di collegamento in materia successoria il *situs rei*, il codice Bustamante opta per l'applicazione della legge nazionale del *de cujus*. Per maggiori dettagli sulle soluzioni accolte da questi strumenti, v. HAOPEI LI, «Some Recent Developments in the Conflict of Laws of Succession», *Recueil des cours*, vol. 224 (1990), p. 36 ss.

³⁵ La convenzione ha ottenuto dodici ratifiche, di cui dieci di paesi membri dell'Unione europea – Belgio, Cipro, Estonia, Francia, Italia, Lituania, Lussemburgo, Paesi Bassi, Portogallo, Spagna – ed altre due da parte di Turchia ed Ucraina; essa stabilisce che ogni paese contraente debba istituire un sistema nazionale di registrazione dei testamenti e prevede forme di cooperazione fra le autorità nazionali al fine di facilitare il ritrovamento dei testamenti alla morte dei loro autori; dato il suo contenuto, essa non interferisce con il regolamento sulle successioni e continuerà pertanto ad applicarsi parallelamente al medesimo (v. il testo all'indirizzo <http://www.conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Htm/077.htm>).

³⁶ Su questa convenzione si veda F. KORKISCH, «Der Anteil der nordischen Länder an den Fragen des internationalen Privatrechts», *RabelsZ*, 1958, p. 599 ss.

III. Il procedimento di elaborazione del regolamento

9. La proposta della Commissione presentata nel 2009 ha costituito il risultato di un lungo processo che era iniziato nel 1998 con il c.d. Piano di azione di Vienna³⁷, ancora prima che il Trattato di Amsterdam entrasse in vigore e fornisse la base giuridica per l'adozione di atti normativi da parte delle istituzioni in questa materia. La Commissione aveva allora incaricato il Deutsches Notarinstitut di predisporre uno studio di carattere comparato, che era stato presentato e discusso in un convegno tenutosi nel 2004 a Bruxelles³⁸. Basandosi su tali lavori la Commissione, su esplicita richiesta rivoltale dal Consiglio nel c.d. Programma dell'Aja, aveva predisposto nel 2005 un Libro verde nel quale sollecitava la presentazione di commenti³⁹.

Il Parlamento europeo, dal canto suo, aveva adottato nel novembre 2006 una risoluzione in cui chiedeva alla Commissione di presentare una proposta legislativa «in materia di successioni a causa di morte e testamenti»; alla risoluzione erano indicate dodici raccomandazioni che delineavano la struttura del futuro regolamento, indicando anche con precisione la soluzione ad alcune delle principali questioni che avrebbero dovuto esservi affrontate⁴⁰; la Commissione aveva nel frattempo istituito un gruppo di esperti i cui lavori, iniziati nello stesso 2006, si erano conclusi nel 2008. Sulla base di questo lavoro preparatorio, la Commissione, sollecitata anche dal Consiglio europeo⁴¹, presentava finalmente la propria proposta il 14 ottobre 2009⁴².

10. Per quanto riguarda la procedura legislativa, all'inizio dei lavori era stata sollevata la questione relativa all'eventuale rilevanza dell'art. 67, par. 5, del TCE, nella versione risultante dalle modifiche introdotte dal Trattato di Amsterdam, che prevedeva, com'è noto, per l'adozione degli atti che presentassero «aspetti connessi con il diritto di famiglia» la speciale procedura del voto all'unanimità del Consiglio accompagnato dalla semplice consultazione del Parlamento europeo; effettivamente la materia era stata spesso accostata a quella familiare anche nei documenti del Consiglio e della Commissione. Si è tuttavia stabilito che per la regolamentazione internazionalprivatistica delle successioni dovesse adottarsi la procedura di codecisione, principalmente in base all'argomento secondo cui la norma che prevedeva il ricorso alla procedura speciale, costituendo l'eccezione ad una regola generale, avrebbe

³⁷ Piano d'azione del Consiglio e della Commissione sul modo migliore per attuare le disposizioni del Trattato di Amsterdam concernenti uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia - Testo adottato dal Consiglio Giustizia e Affari interni del 3 dicembre 1998, GUUE C 19 del 23 gennaio 1999, p. 1.

³⁸ V. l'*«Étude de droit comparé sur les règles de conflits de juridictions et de conflits de lois relatives aux testaments et successions dans les Etats membres de l'Union européenne»* del 2002, compiuta dal Deutsches Notarinstitut con la collaborazione di H. DÖRNER e P. LAGARDE, nonché i contributi di D. HAYTON, T. PAJOR, A. DAVÌ, E.M. BAJONS, H. GAUDEMET-TALLON, M.H. TEN WOLDE, M. REVILLARD in occasione del citato convegno di Bruxelles, raccolti nel volume *Les successions internationales dans l'UE: perspectives pour une harmonisation*, Würzburg, 2004, e pubblicati su Internet all'indirizzo: www.european-succession-law.org.

³⁹ Nel documento «Programma dell'Aja. Rafforzamento della libertà, della sicurezza e della giustizia nell'Unione europea», adottato dal Consiglio europeo di Bruxelles del 4-5 novembre 2004, Conclusioni della Presidenza, n. 14292/04, all. I, il Consiglio invitava, fra l'altro, la Commissione a presentare «nel 2005 un libro verde sul conflitto di leggi in materia di successione, che includa la questione della competenza giurisdizionale, del reciproco riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in questo settore, un certificato d'eredità europeo ed un meccanismo che consenta una conoscenza precisa dell'esistenza di ultime volontà e di testamenti dei cittadini dell'Unione europea», richiesta cui la Commissione ha dato seguito con il «Libro verde. Successioni e testamenti, 1° marzo 2005, COM(2005) 65 def.». Le oltre sessanta risposte ricevute sono state illustrate in un'audizione pubblica tenutasi a Bruxelles il 30 novembre 2006.

⁴⁰ Risoluzione del Parlamento europeo recante raccomandazioni alla Commissione sulle successioni e testamenti, 16 novembre 2006, P6-TA(2006)0496, GUUE C 314 E del 21 dicembre 2006, p. 342. Le dodici raccomandazioni, tutte molto particolareggiate, riguardavano, rispettivamente, la forma e il contenuto minimo dello strumento da adottare, i titoli di giurisdizione e i criteri di collegamento, lo spazio da riconoscere all'autonomia privata, la legge applicabile alla forma dei testamenti, la legge applicabile ai patti successori, le questioni di carattere generale in materia di legge applicabile, il certificato successoriale europeo, la *lex rei sitae* e la legittima, i *trusts*, l'*exequatur*, gli atti pubblici, e, infine, la rete europea dei registri dei testamenti.

⁴¹ V. le conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Bruxelles dei giorni 19-20 giugno 2008, documento n. 11018/08, punto 19.

⁴² Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e degli atti pubblici in materia di successioni e alla creazione di un certificato successoriale europeo, del 14 ottobre 2009, COM(2009) 154 def.

dovuto essere interpretata restrittivamente⁴³. Conseguentemente, in seguito alle modifiche introdotte dall’entrata in vigore del Trattato di Lisbona, avvenuta il 1° dicembre 2009, l’adozione del regolamento ha seguito la procedura legislativa ordinaria.

1. Le modifiche alla proposta originaria e il ruolo dei parlamenti nazionali

11. Durante la fase di adozione del testo sono state apportate alcune rilevanti modifiche alla proposta formulata dalla Commissione; fra queste, si possono segnalare l’ammissione del rinvio, che figurava anche nelle raccomandazioni del Parlamento europeo; l’introduzione del *forum necessitatis*; l’inserimento nel testo di due considerando contenenti precisazioni relative al significato da conferire alla nozione di residenza abituale; la previsione di una clausola di eccezione per la determinazione della legge applicabile; il riconoscimento della possibilità di una *professio juris* implicita; l’inclusione di norme dedicate alla forma delle disposizioni a causa di morte.

Oltre che dal Consiglio e dal Parlamento europeo, numerosi suggerimenti sono venuti dai parlamenti nazionali, il cui ruolo nel corso dell’elaborazione del regolamento è stato di notevole rilievo. Come è noto, con l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona e dei protocolli sul ruolo dei parlamenti nazionali e sull’applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità i parlamenti nazionali si sono visti attribuire il potere di partecipare in maniera più diretta alla procedura legislativa europea; avvalendosi di questa possibilità, le camere rappresentative di ben ventitré Stati membri hanno formulato pareri sulla proposta di regolamento in materia successoria, cui in dieci casi la Commissione, utilizzando gli strumenti offerti dal c.d. «dialogo politico informale», ha ritenuto di dover rispondere con una propria comunicazione⁴⁴. Fra le ragioni di perplessità manifestate si devono segnalare soprattutto la preoccupazione che la nozione di residenza abituale, utilizzata nella proposta come criterio principale sia per la determinazione della competenza giurisdizionale che per l’individuazione della legge applicabile, fosse troppo vaga ed indeterminata per garantire una sufficiente prevedibilità dei risultati ed il timore che il ricorso da parte del testatore alla *professio juris* potesse essere utilizzato per eludere le norme relative alla quota di riserva dei legittimari⁴⁵. Malgrado le rassicurazioni offerte dalla Commissione, talune di queste perplessità, fatte proprie anche da alcuni governi, hanno indotto a sottoporre la proposta originaria ad una serie di modifiche, che verranno indicate nell’analisi del testo del regolamento.

2. Le discussioni sulla questione del *claw-back* e il mancato *opting-in* di Irlanda e Regno Unito

12. Benché Irlanda e Regno Unito avessero annunciato fin dalle prime fasi di discussione del regolamento la loro probabile decisione di non esercitare il c.d. *opting-in*, i governi di entrambi gli Stati hanno partecipato assiduamente all’elaborazione dell’atto, riservandosi di assumere una decisione definitiva all’esito dei lavori⁴⁶. Il ministro della giustizia britannico aveva inviato ai due rami del parlamento del suo paese una comunicazione nella quale segnalava alcuni aspetti del proposto regolamento che suscitavano forti perplessità, già emerse nel corso di una consultazione pubblica sul tema e successivamente ribadite in una lettera indirizzata dallo stesso ministro alla House of Commons⁴⁷. Una delle censure al testo riguardava l’azione di riduzione delle liberalità: numerose *charities* paventavano il rischio che le donazioni da esse ricevute potessero essere revocate, anche molti anni dopo essere state effettuate, qualora avessero intaccato la quota di riserva spettante ai legittimari del donante in base ad una futura

⁴³ V. le argomentazioni della Commissione nella relazione che accompagna la proposta del 2009, COM(2009) 154 def., par. 3.1.

⁴⁴ Questi documenti sono pubblicati sul sito che il Parlamento europeo dedica ai parlamenti nazionali all’indirizzo www.ipex.eu (doc. SEC/2009/0411 FIN).

⁴⁵ Su tali questioni v. *infra*, rispettivamente par. 46 e 55.

⁴⁶ La decisione dell’Irlanda di non esercitare l’*opting-in* è stata comunicata il 15 dicembre 2009; il giorno successivo identica comunicazione è stata data per iscritto dal ministro della giustizia inglese; v. HOUSE OF COMMONS, «Documents considered by the Committee on 6 January 2010 - European Scrutiny Committee Contents», all’indirizzo: <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm200910/cmselect/cmeuleg/5-v/517.htm>.

⁴⁷ V. il documento citato alla nota precedente, che riporta ampi stralci della lettera del ministro.

legge regolatrice della successione eventualmente diversa da quella che sarebbe stata applicabile alla medesima al momento del compimento delle prime (c.d. problema del *claw-back*).

Le istituzioni europee hanno dedicato specifica attenzione a questo problema, proprio per rispondere ai dubbi espressi dal governo britannico, cui si erano associati quello irlandese e quello cipriota⁴⁸. Si è tuttavia dovuto prendere atto dell'impossibilità di trovare una soluzione che consentisse di conciliare la posizione degli Stati membri le cui legislazioni prevedono la riduzione delle donazioni come elemento essenziale per la protezione dei legittimari e quella degli Stati che considerano invece l'eventualità del *claw-back* come fonte di un'incertezza inaccettabile⁴⁹. Irlanda e Regno Unito hanno così deciso di rinunciare ad esercitare l'*opting-in*, mentre Cipro, cui peraltro questa possibilità non è riconosciuta, si è allineato alla posizione espressa dagli altri Stati membri.

IV. Struttura e caratteri del regolamento

13. Il regolamento, al pari, del resto, degli altri atti dell'Unione europea concernenti il diritto internazionale privato, è concepito come un sistema autonomo dotato di proprie definizioni e di proprie norme di funzionamento. L'atto, composto di 83 considerando e 84 articoli, è suddiviso in sette capi: (I) ambito di applicazione e definizioni; (II) competenza; (III) legge applicabile; (IV) riconoscimento, esecutività ed esecuzione delle decisioni; (V) atti pubblici e transazioni giudiziarie; (VI) certificato successorio europeo; (VII) disposizioni generali e finali. L'art. 83 contiene inoltre disposizioni transitorie che ne precisano l'applicazione intertemporale⁵⁰. Il legislatore dell'Unione ha quindi riunito tutti gli aspetti internazionalprivatistici delle successioni in un unico testo, dando vita ad una regolamentazione completa e coerente. Si tratta di una novità significativa rispetto a quanto è avvenuto finora nelle altre materie, nelle quali gli atti contenenti l'unificazione delle norme processuali hanno preceduto quelli sulla legge applicabile⁵¹.

Le norme di conflitto contenute nella parte III del regolamento hanno carattere *erga omnes*, cioè disciplinano anche i casi di applicabilità del diritto di paesi terzi. Le norme sulla competenza, che, come si vedrà, si applicano anche alle autorità incaricate dagli Stati membri del rilascio del certificato successorio, hanno carattere esclusivo e non lasciano quindi spazio per la sussistenza di competenze residue basate sulle legislazioni interne degli Stati membri, a differenza delle norme contenute nel regolamento 44/2001 e di quelle in materia matrimoniale dettate dal regolamento 2201/2003. Le norme sul riconoscimento e l'esecuzione si applicano unicamente alle decisioni pronunciate nelle materie oggetto del regolamento da autorità dei paesi membri.

14. La data di inizio dell'applicazione del regolamento, che è entrato in vigore il ventesimo giorno successivo alla sua pubblicazione nella Gazzetta ufficiale dell'Unione, è differita al 17 agosto 2015⁵²: un lungo periodo di tempo che dovrebbe assicurare agli Stati membri un'ampia possibilità di apportare alle loro legislazioni interne tutte le modifiche che si rivelassero necessarie, specialmente per adattarle alla novità rap-

⁴⁸ Si vedano, ad esempio, le note trasmesse dalla presidenza del Consiglio al Gruppo per le questioni di diritto civile (successione) (9303/11 LIMITE JUSTCIV99 CODEC682) e al Coreper (7715/1/11 REV 1 LIMITE JUSTCIV 337 CODEC 2237) nelle quali venivano riportate le preoccupazioni manifestate in particolare dai governi britannico e irlandese in merito al rischio di *claw-back*.

⁴⁹ V. al riguardo le osservazioni di J. HARRIS, «The Proposed EU Regulation on Succession and Wills: Prospects and Challenges», *Trust Law International*, 2008, p. 195 ss. e A. BONOMI, «Successions internationales: conflits de lois et de juridictions», *Recueil des cours*, vol. 350 (2010), p. 276 s., secondo i quali la soluzione preferibile sarebbe consistita nell'assoggettare la riduzione delle donazioni alla legge successoria anticipata, aumentando in tal modo la certezza delle transazioni.

⁵⁰ Su tali disposizioni v. *infra*, par. 173 s.

⁵¹ L'unica eccezione è stata fino a questo momento costituita dal regolamento 4/2009 relativo agli obblighi alimentari, che però, come è noto, non contiene proprie norme di conflitto, limitandosi a richiamare per l'individuazione della legge applicabile la regolamentazione dettata al riguardo dal Protocollo dell'Aja del 2007; l'art. 15 del regolamento (Determinazione della legge applicabile) dispone a questo proposito che «[l]a legge applicabile alle obbligazioni alimentari è determinata secondo il protocollo dell'Aja del 23 novembre 2007 relativo alla legge applicabile alle obbligazioni alimentari ('protocollo dell'Aja del 2007') negli Stati membri vincolati da tale strumento».

⁵² Alcune norme concernenti provvedimenti funzionali alla concreta messa in opera del regolamento, delle quali sono destinatari gli Stati membri o la Commissione, hanno applicazione anticipata rispetto all'atto nel suo insieme.

presentata dall'introduzione del certificato successorio europeo. Le istituzioni dell'Unione hanno anch'esse alcuni adempimenti da effettuare; la Commissione, assistita da un comitato che deve essere appositamente costituito⁵³, dovrà adottare una serie di provvedimenti attuativi, consistenti essenzialmente nella predisposizione di moduli intesi a facilitare il funzionamento del regolamento. Gli Stati membri dovranno comunicare alla Commissione entro il 16 novembre 2014 alcune informazioni, fra le quali in particolare figurano quelle relative all'indicazione delle autorità competenti a rilasciare il certificato successorio europeo⁵⁴.

V. Il campo di applicazione e le definizioni

15. Seguendo una tecnica che ha acquistato ampia diffusione nell'elaborazione degli strumenti internazionali di diritto uniforme, il regolamento contiene la definizione di alcuni dei termini cui fa ricorso, contribuendo in questo modo anche a meglio precisare il proprio ambito di applicazione; altre nozioni devono essere invece ricavate in via interpretativa dal testo di specifiche disposizioni o da quello di alcuni dei «considerando»⁵⁵.

1. La definizione di successione e le materie escluse

16. Il regolamento si applica alle successioni a causa di morte, che comprendono, come indicato dall'art. 3, lett. a), «qualsiasi modalità di trasferimento di beni, diritti e obbligazioni a causa di morte» sia per effetto di disposizione volontaria, sia per effetto di successione legittima. La definizione, molto ampia, è però delimitata in negativo da una serie di esclusioni, come si vedrà nel paragrafo successivo. Non è invece definito il carattere di internazionalità della fattispecie, nemmeno per mezzo di espressioni generiche come quelle utilizzate da altri atti dell'Unione in materia di diritto internazionale privato⁵⁶;

⁵³ Il comitato, composto da rappresentanti degli Stati membri e presieduto da un rappresentante della Commissione senza diritto di voto, deve essere istituito secondo quanto prevede il regolamento 182/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 febbraio 2011, che stabilisce le regole e i principi generali relativi alle modalità di controllo da parte degli Stati membri dell'esercizio delle competenze di esecuzione attribuite alla Commissione (*GUUE L 55*, 28 febbraio 2011, p. 13).

⁵⁴ La data è stata rettificata rispetto al testo del regolamento, in cui figurava quella del 16 gennaio 2014 (v. la comunicazione in *GUUE L 60*, 2 marzo 2013, p. 140).

⁵⁵ Sul valore dei considerando si veda T. KLIMAS / J. VAIČIUKAITĖ, «The Law of Recitals in European Community Legislation», *ILSA Journal of Int. & Comp. Law*, 2008, p. I ss. L'art. 296 del Trattato sul funzionamento dell'Unione impone che gli atti siano motivati, oltre a dover fare esplicita menzione delle «proposte, iniziative, raccomandazioni, richieste o pareri previsti dai trattati», e la Corte di giustizia ha indicato, relativamente a questo obbligo di motivazione, che quando il testo di un atto non è chiaro o è impreciso, l'interprete può appunto fare riferimento ai considerando, ferma restando la loro cedevolezza rispetto al testo dell'articolo, laddove difforme (v. CGUE 14 dicembre 1989, *Schweizerische Lactina Panchaud AG c. Repubblica federale di Germania*, C-346/88, Racc. 1989, p. I-4579, punti 10 ss., e 9 febbraio 1995, *Leclerc-Siplec c. TF1 Publicité SA e M6 Publicité SA*, C-412/93, Racc. 1995, p. I-179, punti 45-47). In particolare, nella decisione resa il 19 novembre 1998, *G. Nilsson, P.O. Hagelgren e S. Arrborn*, C-162/97, la Corte ha ribadito che «il preambolo di un atto comunitario non ha valore giuridico vincolante e non può essere fatto valere per derogare alle disposizioni stesse dell'atto di cui trattasi» (punto 57); nel caso di specie, la Corte aveva affermato che uno Stato (la Svezia) non era autorizzato a tenere una condotta contraria a quanto stabilito nel testo di una direttiva, fondando il proprio comportamento sul tenore di un considerando. Con la decisione del 25 novembre 1998, *Manfredi c. Regione Puglia*, C-308/97, Racc. 1998, p. I-7685, la Corte ha esteso la stessa conclusione al comportamento di un imprenditore agricolo italiano che era stato multato perché aveva tenuto un comportamento in contrasto con il testo di un regolamento ma che poteva apparire consentito da un considerando. I considerando possono invece essere utili per interpretare una disposizione, soprattutto quando sia necessario ricostruirne lo scopo (si veda, ad es., il ricorso ai considerando operato dalla Corte nella decisione resa il 29 aprile 1999, *Consorzio caseifici dell'Altopiano di Asiago c. Regione Veneto*, C-288/97, Racc. 1999, p. I-2575). *In alcuni dei recenti regolamenti dell'Unione relativi al diritto internazionale privato ha peraltro cominciato a profilarsi una discutibile tendenza, cui non si sottrae neanche il regolamento sulle successioni (vedi per taluni esempi supra, par. 28, infra, par. 71, 84 e 148), ad inserire nella rispettiva parte motiva frasi o dichiarazioni dotate di un significato maggiormente penetrante e che tendono anzi ad assumere un ruolo sostanzialmente precettivo, rendendo, tra l'altro, spesso più incerta e difficoltosa la comprensione del contenuto e della portata effettivi dell'atto.*

⁵⁶ Il regolamento 593/2008 (Roma I), il regolamento 864/2007 (Roma II), il regolamento 1259/2010 precisano di essere applicabili, rispettivamente alle obbligazioni contrattuali, alle obbligazioni non contrattuali e al divorzio e separazione «in circostanze che comportino un conflitto di leggi». Invece né il regolamento 4/2009, né il Protocollo dell'Aja del 2007, cui il suddetto regolamento fa rinvio per la determinazione della legge applicabile alle obbligazioni alimentari, menzionano l'internazionalità delle fattispecie come determinante per definirne gli ambiti di applicazione rispettivi.

è tuttavia evidente che il presupposto dell'esistenza di un conflitto di leggi è implicita nella funzione stessa del regolamento e, del resto, esso è menzionato in uno dei considerando⁵⁷. E' tuttavia possibile che in alcune ipotesi il regolamento si applichi anche a successioni che, al momento della loro apertura, si presentano puramente interne; questo potrebbe, ad esempio, avvenire qualora una persona, cittadina di un paese e residente in un altro, abbia indicato, come consentito dall'art. 22, la volontà di sottoporre la propria successione alla legge nazionale posseduta in quel momento, ed abbia poi perduto la cittadinanza in questione acquistando quella del paese della propria residenza abituale. Anche se al momento della morte tutti gli elementi oggettivi o soggettivi si colleghino in via esclusiva a quest'ultimo paese, la determinazione della legge applicabile manterebbe comunque la sua validità.

17. L'ambito materiale di applicazione del regolamento viene precisato nell'art. 1 mediante un elenco di esclusioni. La disposizione stabilisce innanzitutto al par. 1 che il regolamento non concerne le materie fiscale, doganale e amministrativa; indica poi al par. 2, lett. da a) ad l), una serie di questioni che non rientrano nel campo di applicazione dello strumento, ancorché possano venire in considerazione in occasione dell'apertura di una successione. Sono così espressamente esclusi gli *status*, la scomparsa, l'assenza e la morte delle persone fisiche⁵⁸; sono altresì esclusi i rapporti di famiglia in genere ed in particolare i regimi patrimoniali tra coniugi o fra persone che hanno un rapporto produttivo di effetti comparabili al matrimonio⁵⁹, nonché le obbligazioni alimentari diverse da quelle a causa di morte.

La lett. b) menziona inoltre fra le materie non rientranti nell'ambito di applicazione del regolamento la «capacità delle persone fisiche». L'esclusione, che riguarda gli aspetti civilistici della capacità, sia giuridica che d'agire, nonché le misure di protezione degli incapaci, subisce però due eccezioni di considerevole rilievo: la capacità di succedere, che l'art. 23, par. 2, lett. c), sottopone alla legge successoria, e la capacità di testare e di adottare altre disposizioni a causa di morte nonché di concludere patti successori, che attiene, secondo quanto stabilito dall'art. 26, alla validità sostanziale di dette disposizioni ed è pertanto soggetta alle prescrizioni contenute negli articoli 24 e 25⁶⁰.

Non rientrano neppure nel campo di applicazione del regolamento, come dispone la lett. g), «i diritti e i beni creati o trasferiti con strumenti diversi dalla successione, quali le donazioni, la proprietà con reversibilità a favore del comproprietario superstite, i piani pensione, i contratti di assicurazione e accordi analoghi». L'elenco, non tassativo, comprende anche numerose figure giuridiche che consentono ad una persona di pianificare anticipatamente la trasmissione dei propri beni al momento della morte al fine di evitare le rigidità formali ed i vincoli imposti, specialmente nei paesi di *common law*, dai regimi nazionali in materia di testamenti e patti successori⁶¹; in alcuni paesi si fa ricorso a stru-

⁵⁷ Il considerando 7 pone fra gli obiettivi del regolamento la rimozione agli ostacoli alla libera circolazione delle persone «che attualmente incontrano difficoltà nell'esercizio dei loro diritti nell'ambito di una successione con implicazioni transfrontaliere».

⁵⁸ Il regolamento contiene peraltro all'art. 32 una norma di carattere materiale relativa alla commorienza; v. *infra*, par. 20.

⁵⁹ Come si vedrà meglio *infra*, par. 21, la diversità delle regolamentazioni internazionalprivatistiche nazionali di questi regimi può inficiare il grado di uniformità che il regolamento consente di ottenere.

⁶⁰ V. in proposito *infra*, par. 77 ss., par. 88 ss. In molti paesi la capacità di testare si identifica con la generale capacità di agire, mentre in altri vige una norma apposita; per una breve analisi di carattere comparatistico, v. DEUTSCHES NOTARINSTITUT, «Étude de droit comparé sur les règles de conflits de juridictions et de conflits de lois relatives aux testaments et successions dans les Etats membres de l'Union européenne», in *Les successions internationales dans l'UE: perspectives pour une harmonisation*, Würzburg, 2004, p. 47; v. inoltre J.P. SCHMIDT, «Grundlagen der Testierfähigkeit in Deutschland und Europa», *RabelsZ*, 2012, p. 1022 ss. La proposta originaria della Commissione non si occupava della materia, che non era regolata nemmeno dalla Convenzione dell'Aja del 1989; il legislatore europeo ha invece ritenuto che una soluzione uniforme della questione fosse essenziale per il buon funzionamento del regolamento, come nel corso dei lavori preparatori era stato suggerito, fra l'altro, dal MAX-PLANCK-INSTITUT FÜR AUSLÄNDISCHES UND INTERNATIONALES PRIVATRECHT, «Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of succession and the creation of a European Certificate of Succession», *RabelsZ*, 2010, p. 618.

⁶¹ Si tratta di istituti che consentono sostanzialmente ad una persona di pianificare la destinazione dei propri beni con effetti al momento della morte senza fare ricorso né ai testamenti né ai patti successori; su di essi v. l'ampio studio di J. TALPIS, «Succession Substitutes», *Recueil des cours*, vol. 356 (2011), p. 21 ss., nonché le osservazioni di A. BONOMI, «Successions internationales: conflits de lois et de juridictions», *ibid.*, vol. 350 (2010), p. 262 ss.

menti di questo tipo per motivi fiscali oppure per aggirare eventuali divieti di disporre anticipatamente della propria successione⁶². Sono invece espressamente incluse nel regolamento ed assoggettate alla legge successoria, secondo quanto prevede l'art. 23, par. 2, lett. i), la collazione e la riduzione delle liberalità ai fini del calcolo delle quote dei diversi beneficiari.

Anche la materia delle società, associazioni e persone giuridiche – e, in particolare, le clausole degli atti costitutivi e degli statuti di tali enti che stabiliscono la destinazione delle quote di partecipazione in seguito alla morte dei loro membri, oppure al loro scioglimento, o alla loro estinzione o fusione – è esclusa dall'ambito di applicazione del regolamento, come stabilisce l'art. 1, par. 2, lett. h) e i)⁶³. Il regolamento lascia inoltre invariato il diritto interno degli Stati membri per quanto riguarda i registri dei diritti su beni mobili o immobili, inclusi gli effetti dell'iscrizione o della mancata iscrizione in essi di tali diritti (art. 1, par. 2, lett. l).

2. La questione della natura dei diritti reali

18. Il regolamento ha espressamente escluso dal suo campo di applicazione la natura dei diritti reali, i quali costituiscono in molti ordinamenti un *numerus clausus* contrassegnato dall'elemento della tipicità e sono generalmente sottoposti alla *lex rei sitae*. Conseguentemente, secondo il considerando 15, uno Stato membro «non dovrebbe essere tenuto a riconoscere un diritto reale su un bene situato in tale Stato membro se il diritto reale in questione non è contemplato dal suo diritto patrimoniale». Il legislatore europeo ha tuttavia stabilito, all'art. 31 del regolamento, che il diritto trasmesso in virtù della legge successoria debba venire adattato «al diritto reale equivalente più vicino» previsto dalla legge del paese di situazione del bene; occorrerà quindi valutare caso per caso quello che è stato definito il «grado de desconocimiento» del diritto previsto dalla legge straniera onde determinare se sia o meno possibile individuare nella *lex fori* un istituto giuridico che svolga una funzione simile⁶⁴. I casi più noti di divergenze di questo genere riguardano i rapporti tra paesi di diritto continentale e paesi di *common law*, essendo, in particolare, sconosciuti ai primi l'istituto del *trust* ed ai secondi l'usufrutto. Tuttavia difficoltà di adattamento, sia pure di minor rilievo, possono manifestarsi a volte anche all'interno del primo gruppo di paesi a causa di certe diversità di struttura o di regolamentazione che presentano nelle relazioni tra alcuni di essi istituti aventi per altri versi caratteristiche comuni⁶⁵. Va aggiunto che, sebbene la disposizione in esame, sostanzialmente ispirata all'art. 15, par. 2, della Convenzione dell'Aja sui

⁶² La Convenzione dell'Aja contiene all'art. 1, par. 2, lett d), la stessa esclusione con un'espressione quasi identica. Il rapporto che la accompagna precisa che si sono voluti espressamente escludere dal campo di applicazione della convenzione tutti i «succédanés de testament», tra i quali, in particolare, tutte le transazioni con istituzioni finanziarie; v. D.W.M. WATERS, «Rapport explicatif», in CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, *Actes et documents de la Seizième session* (1988), vol. II, *Successions - loi applicable*, La Haye, 1990, p. 544 s.

⁶³ Su quest'esclusione v. le osservazioni di E. CALÒ, «Il progetto di regolamento dell'Unione Europea sulla legge applicabile alle successioni: le parole non dette», *Indret*, 3/2010, p. 4 ss.

⁶⁴ V. in proposito A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, Madrid, 13^a ed., Granada, 2012, vol. I, p. 368. La proposta originaria non conteneva questa disposizione, ma si limitava ad escludere dal campo di applicazione del regolamento «la natura dei diritti reali», ed anzi la relazione illustrativa della Commissione conteneva al riguardo delle indicazioni di segno contrario: «Il regolamento non pregiudica il numerus clausus dei diritti reali degli Stati membri, la qualificazione dei beni e dei diritti e la determinazione delle prerogative del titolare di tali diritti. Di conseguenza, è nulla, in linea di principio, la costituzione di un diritto reale sconosciuto all'ordinamento giuridico del luogo in cui si trova il bene. Il diritto successorio non può comportare che, nello Stato membro in cui si trova il bene, venga introdotta una suddivisione o una modalità del diritto di proprietà che quello Stato non conosce. A mo' di esempio, non è possibile introdurre un usufrutto in uno Stato che non conosce tale diritto». La soluzione rispetta al tempo stesso l'autonomia degli ordinamenti e i diritti dei beneficiari dell'eredità ed è quella alla quale fanno già spontaneamente ricorso numerosi Stati membri in casi simili.

⁶⁵ V. i due esempi relativi ai rapporti tra diritto francese e diritto tedesco addotti da P. LAGARDE, «Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions», *Rev. crit. droit int. privé*, 2012, p. 715 s.: il primo concernente il legato che nel diritto francese ha per effetto il trasferimento diretto della proprietà dei beni che ne sono oggetto dal *de cuius* al legatario (*legatum per vindicationem*), mentre nel diritto tedesco crea solamente un credito del legatario nei confronti dell'erede o degli eredi (*legatum per damnationem*); il secondo riguardante invece l'usufrutto sull'intera successione o su una parte di essa conferito al coniuge superstite dal diritto francese, che nel diritto tedesco, ove l'usufrutto non può che riferirsi a singoli oggetti, deve tradursi nell'obbligo dell'erede o degli eredi di costituire diritti di usufrutto separati su ciascuno dei beni interessati.

trusts del 1985⁶⁶, sembri prevedere espressamente la sola ipotesi in cui il problema di adattamento sorga nei rapporti tra una *lex successionis* straniera e la legge materiale del foro in quanto regolatrice del diritto reale, in realtà il problema può presentarsi negli stessi termini altresì nei rapporti tra la *lex successionis* e una diversa legge ugualmente straniera qualora il sistema di conflitto del foro consideri applicabile al diritto reale quest'ultima legge (ad esempio a titolo di *lex rei sitae*). Naturalmente è da ritenere che anche in tal caso rimangano applicabili i medesimi principi⁶⁷. Il considerando 16 precisa al riguardo che nel procedere all'adattamento «occorre tener conto degli obiettivi e degli interessi perseguiti dal diritto reale in questione nonché dei suoi effetti», eventualmente anche contattando le autorità o le persone competenti dello Stato la cui legge si applica alla successione per ottenere informazioni sulla natura e sugli effetti del diritto reale in causa.

3. L'esclusione dei *trusts* dal campo di applicazione del regolamento

19. Un'altra materia alla quale il regolamento non si applica è quella dei *trusts*; l'esclusione è motivata dalla reticenza di numerosi Stati membri di tradizione giuridica continentale a riconoscere questo istituto, nonostante l'importanza che esso riveste nei paesi di *common law* quale strumento di pianificazione successoria. Di conseguenza, le incertezze e le divergenze tra gli Stati membri che regnano attualmente in questo campo continueranno a sussistere, in particolare per quanto concerne l'eventuale costituzione di un *trust* testamentario, la cui possibilità dovrebbe essere ammessa negli Stati membri di diritto continentale che hanno ratificato la Convenzione del 1985 sul *trust* (Italia, Lussemburgo, Paesi Bassi), per lo meno secondo l'interpretazione più plausibile della convenzione, mentre essa viene generalmente esclusa in quegli Stati che non ne sono parte⁶⁸.

4. La soluzione data alla questione della commorienza

20. Il legislatore europeo ha ritenuto opportuno regolare direttamente il caso in cui le successioni rispettive di due o più persone, decedute in circostanze che non consentono di determinare quale sia morta per prima, siano disciplinate da leggi diverse. L'art. 32 stabilisce riguardo a questa ipotesi la regola che «nessuna di tali persone ha diritto di succedere all'altra o alle altre». La norma, che riproduce pressoché alla lettera la corrispondente disposizione contenuta nell'art. 13 della Convenzione dell'Aja del 1989, vuole evitare il rischio che l'applicazione di più leggi alla determinazione del momento in cui le persone sono decedute, solitamente disciplinata mediante ricorso a presunzioni, porti a risultati contraddittori⁶⁹; per questo motivo, nel caso in cui le diverse successioni siano regolate tutte dalla stessa

⁶⁶ Convenzione sulla legge applicabile ai *trusts* e sul loro riconoscimento, adottata all'Aja il 1° luglio 1985 (v. il testo all'indirizzo http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=59).

⁶⁷ V. per rilievi in proposito A. DUTTA, «Das neue internationale Erbrecht der Europäischen Union - Eine erste Lektüre der Erbrechtsverordnung», *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 2013, p. 12.

⁶⁸ V. in proposito A. BONOMI, «Successions internationales: conflits de lois et de juridictions», *Recueil des cours*, vol. 350 (2010), p. 292 ss. La Convenzione dell'Aja del 1° giugno 1985 relativa alla legge applicabile ai *trusts* e al loro riconoscimento sottopone il *trust* testamentario allo stesso regime di ogni altro *trust* volontario; in Italia è stato considerato valido un *trust* testamentario regolato da una legge straniera che lo ammetteva, ancorché la successione fosse regolata dalla legge italiana (Trib. Lucca 23 settembre 1977, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1998, p. 818). In Spagna il Tribunal Supremo, nella decisione del 30 aprile 2008, n. 338, ha stabilito invece che il *trust* testamentario è assoggettato alla legge successoria; infatti «resulta claro que la inexistencia de norma específica de conflicto en derecho español determinante de cuál será el derecho material aplicable a la figura [del trust constituito ‘mortis causa’] ha de suplirse acudiendo a la norma de conflicto propia de la sucesión ‘mortis causa’... contenida en el artículo 9.8 del Código Civil»; v. E. CASTELLANOS RUIZ, «Sucesión hereditaria», in A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, Madrid, 13^a ed., Granada, 2012, vol. II, p. 530.

⁶⁹ E' possibile, ad esempio, che mentre una delle più leggi concorrenti stabilisca una presunzione di commorienza, l'altra o le altre adottino come regola la premorienza della persona più anziana. Per un'analisi comparatistica delle soluzioni date a questo problema da alcune legislazioni nazionali e per alcuni esempi delle soluzioni contraddittorie che possono conseguentemente verificarsi v. MAX-PLANCK-INSTITUT FÜR AUSLÄNDISCHES UND INTERNATIONALES PRIVATRECHT, «Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition and Enforcement of Decisions and Authentic Instruments in Matters of Successions and the Creation of a European Certificate of Succession», *RabelsZ*, 2010, p. 650 ss.; per l'illustrazione, anche alla luce di alcune decisioni giurisprudenziali, dei risultati insoddisfacenti provocati dal ricorso ad altre soluzioni adottate in diversi ordinamenti, v. anche il vecchio studio di R.

legge, qualunque sia il risultato che così si ottiene, la disposizione non si applica e la questione rimane di competenza della suddetta legge.

5. Carattere incompleto dell'uniformazione realizzata dovuto alla mancata uniformizzazione in settori contigui

21. L'adozione del regolamento costituisce senza dubbio un importante passo avanti nel cammino dell'unificazione progressiva del diritto internazionale privato su scala europea. Si deve però sottolineare che, anche nel campo specifico che ne costituisce l'oggetto, l'uniformizzazione non è completa. Come quasi sempre accade, anche nella materia delle successioni, forse addirittura più che in altre, i legami molteplici che esistono fra le varie branche del diritto sostanziale comportano come conseguenza inevitabile che l'unificazione delle norme interne di conflitto in un settore non è sufficiente da sola, in assenza di uniformizzazione nei rami del diritto connessi, a garantire il raggiungimento di soluzioni uniformi in tutti i casi. Non si deve, in particolare, dimenticare che il modo in cui vengono risolte le questioni preliminari di diritto di famiglia suscettibili di esercitare un'influenza rilevante, ed anzi assai spesso decisiva, sulla devoluzione della massa ereditaria, può in alcuni casi variare da uno Stato membro all'altro.

Occorrerà certamente, ad esempio, affrontare il problema, come è stato posto in rilievo⁷⁰, del riconoscimento in alcuni Stati membri degli effetti successori dei partenariati o dei matrimoni omosessuali, dato che la ben nota giurisprudenza della Corte di giustizia riguardante la protezione transnazionale delle situazioni giuridiche individuali sembra per il momento difficilmente applicabile a queste ipotesi. Sarà interessante verificare quale impatto potrà avere sulle decisioni che dovranno essere assunte in certi Stati membri la precisazione contenuta nel considerando 58 del regolamento secondo cui l'eccezione di ordine pubblico non può operare quando il suo funzionamento concretamente una «violazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in particolare del suo articolo 21 che vieta qualsiasi forma di discriminazione», e specificamente ogni discriminazione fondata sull'orientamento sessuale⁷¹.

22. Un altro rilevante fattore possibile di discordanza consiste nel fatto che le norme di conflitto applicabili negli Stati membri ai regimi matrimoniali o agli effetti patrimoniali dei partenariati registrati non sono, almeno per ora, unificate⁷². Nella maggior parte dei paesi membri dell'Unione lo scioglimento

DE NOVA, «La commoerienza in diritto internazionale privato», *Giur. comp. dir. int. priv.*, 1954, p. 523, che permette di apprezzare appieno le ragioni che hanno indotto il legislatore europeo a risolvere la questione con una norma di carattere materiale.

⁷⁰ Cfr. E. LEIN, «A Further Step Towards a European Private International Law Code - The Commission Proposal for a Regulation on Succession», *Yearbook of Priv. Int. Law*, 2009, p. 138.

⁷¹ V. *infra*, par.125.

⁷² La Commissione ha presentato due proposte di regolamento riguardanti queste tematiche, che sono attualmente all'esame delle istituzioni europee. Le proposte sono state entrambe presentate il 16 marzo 2011 (COM (2011) 126 def., quella sul regime fra coniugi, e COM (2011) 127 def., quella sui regimi delle unioni registrate) e sono state precedute dal «Libro Verde sul conflitto di leggi in materia di regime patrimoniale dei coniugi, compreso il problema della competenza giurisdizionale e del riconoscimento reciproco» (COM/2006/0400 def.), basato su un ampio studio di carattere comparato compiuto congiuntamente dall'Istituto Asser e dalla Université Catholique de Louvain-la-Neuve nel 2003, dal titolo «Étude sur les régimes matrimoniaux des couples mariés et sur le patrimoine des couples non mariés dans le droit international privé et le droit interne des États membres de l'Union européenne», pubblicato sul sito della Commissione all'indirizzo: http://ec.europa.eu/justice/civil/document/index_en.htm. Lo studio sottolinea le difficoltà di demarcazione fra regime successorio e regime matrimoniale ed indica i problemi di qualificazione che possono presentarsi, soprattutto per quanto concerne le forme di compensazione previste da alcune legislazioni, nonché alcuni tipi di accordi con effetti *post-mortem* che possono essere considerati sia convenzioni matrimoniali, regolate in quanto tali dalla legge applicabile ai rapporti patrimoniali fra coniugi, sia patti successori, soggetti invece alla *lex successionis*. Numerose legislazioni istituiscono a favore del coniuge superstite forme di compensazione da corrispondersi al momento dello scioglimento del regime patrimoniale (come, ad esempio, l'istituto tedesco della *Zugewinngemeinschaft*, previsto dall'art. 1371, par. 1, BGB, che aumenta di un quarto la parte spettante al superstite quando il regime di comunione legale si scioglie per morte di uno degli sposi), oppure altri diritti opponibili agli eredi che gli attribuiscono l'uso dell'abitazione principale. La possibile divergente qualificazione di tali istituti come attinenti al regime patrimoniale fra coniugi o viceversa al regime successorio è in grado di produrre decisioni discordanti, che l'unificazione del regime internazionalprivatistico posta in

del regime dei rapporti patrimoniali alla morte di uno dei coniugi o dei *partners* precede logicamente la devoluzione della successione e influenza la composizione e l'estensione della massa ereditaria: fino a quando il processo di uniformizzazione non sarà stato portato a termine anche in questi settori, l'avvenuta unificazione del diritto internazionale privato in materia successoria non sarà quindi sufficiente ad evitare eventuali divergenze di valutazione da uno Stato all'altro⁷³. Come è stato osservato, questa situazione può comportare, fra l'altro, la possibilità che le decisioni pronunciate in uno degli Stati membri contengano valutazioni in parte divergenti da quelle che potrebbero essere effettuate in altri Stati membri che, applicando ai regimi matrimoniali e ai regimi patrimoniali dei partenariati delle norme di conflitto differenti, determinino di conseguenza difformemente l'entità delle quote spettanti agli eredi, malgrado l'identità delle norme di conflitto concernenti l'individuazione della legge successoria⁷⁴. Si deve però sottolineare fin d'ora che le norme del regolamento relative alla competenza – che si applicano sia all'esercizio della funzione giurisdizionale, sia al rilascio del certificato successorio europeo – tendono ad individuare nella maggior parte dei casi una giurisdizione esclusiva, limitando così la possibilità di *forum shopping*, anche se non escludendola del tutto. Potrebbe essere invece più frequente l'ipotesi di valutazioni contrastanti contenute in atti pubblici rilasciati dalle autorità amministrative o dai notai di uno Stato membro nell'attività di certificazione prevista dalle rispettive leggi interne; nell'ipotesi di inconciliabilità di contenuto fra certificati nazionali, oppure fra uno o più certificati nazionali e un certificato successorio europeo, «ogni contestazione riguardo ai negozi giuridici o ai rapporti giuridici» in essi registrati spetterà, come stabilisce l'art. 59, par. 3, alle autorità giurisdizionali competenti secondo le norme del regolamento⁷⁵.

essere dal regolamento potrebbe non essere sufficiente ad eliminare; v. S. MARINO, «I diritti del coniuge o del *partner* superstite nella cooperazione giudiziaria civile dell'Unione Europea», *Riv. dir. int.*, 2012, p. 1114 s., e cfr. pure *infra*, par. 22. La legge spagnola offre una risposta a questo problema nell'art. 9.8 del *código civil*, secondo il quale: «Los derechos que por ministerio de la ley se atribuyan al cónyuge supérstite se regirán por la misma ley que regule los efectos del matrimonio, a salvo siempre las legítimas de los descendientes»; la norma, una volta che sarà applicabile il regolamento, continuerà verosimilmente ad applicarsi ai conflitti interlocali, perché l'art. 38 indica che uno Stato membro non è tenuto ad applicare il quest'ultimo ai conflitti di leggi che riguardano unicamente le unità territoriali eventualmente esistenti all'interno dello Stato membro in questione. Si vedano in proposito anche le preoccupazioni espresse dal Max-Planck-Institut di Amburgo nei suoi commenti alla proposta del 2009, *RabelsZ*, 2010, p. 528: «Even if the same law is designated by a future Succession Regulation, this law may be distorted by the simultaneous application of different matrimonial property laws in the Member States involved». L'opportunità di coordinare il regime previsto dal regolamento in materia di successioni con quelli posti dai due futuri regolamenti è sottolineata da A. BONOMI, «The Interaction Among the Future EU Instruments on Matrimonial Property, Registered Partnerships and Successions», *Yearbook of Priv. Int. Law*, 2011, p. 217 ss., anche se, come l'autore non manca di indicare, le materie presentano comunque specificità di cui il legislatore europeo deve tener conto.

⁷³ La questione del coordinamento fra regime successorio e regimi matrimoniali era stata lungamente discussa nel corso della negoziazione della Convenzione dell'Aja del 1989, soprattutto perché molte legislazioni prevedono regimi di compensazione che a volte vengono qualificati come appartenenti allo statuto matrimoniale, ed altre volte invece allo statuto successorio, con la possibile conseguenza che la sottoposizione delle due questioni a leggi diverse provochi dei risultati ingiusti. Pur escludendo i regimi matrimoniali dal campo di applicazione della convenzione, alcune delegazioni avrebbero quindi voluto che vi fossero incluse norme di carattere materiale o di conflitto che consentissero di rimediare a questi possibili squilibri. Si è tuttavia preferito lasciare la soluzione della questione all'apprezzamento del giudice competente; v. in proposito il «Rapport explicatif» di D.W.M. WATERS, in CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, *Actes et documents de la Seizième session* (1988), vol. II, *Successions - loi applicable*, La Haye, 1990, p. 542 s.

⁷⁴ L'importanza che il certificato successorio menzionasse il regime matrimoniale o comunque il regime patrimoniale era stata indicata da M.H. TEN WOLDE, «Will Professionals in Other Countries be Able to Rely on a European Certificate of Inheritance for All Purposes?», in *Les successions internationales dans l'UE: perspectives pour une harmonisation*, Würzburg, 2004, p. 512; v. anche MAX-PLANCK-INSTITUT FÜR AUSLÄNDISCHES UND INTERNATIONALES PRIVATRECHT, «Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of succession and the creation of a European Certificate of Succession», *RabelsZ*, 2010, pp. 528, 674, 699; E. JACOBY, «Acte de notoriété ou certificat successoral européen? Du nouveau pour le notaire français chargé du règlement d'une succession internationale», *Juris-Classeur Pér. N (Semaine jur. notariale et immobilière)*, 2012, par. 17 ss. A questo proposito, come si vedrà *infra*, par. 167, l'art. 68, lett. h), del regolamento indica che il certificato deve contenere le informazioni riguardanti il regime matrimoniale o patrimoniale equivalente; il considerando 71 aggiunge la precisazione che, in ogni caso, la forza probatoria del certificato «non dovrebbe estendersi a elementi non disciplinati dal presente regolamento».

⁷⁵ V. più ampiamente *infra*, par. 163 e 171.

VI. Il principio generale della sottoposizione dell'intera successione ad un'unica legge

1. Divergenze esistenti tra sistemi di conflitto nazionali: contrapposizione tra principio unitario e principio scissionista e opzione del regolamento per il primo modello

23. Come si è accennato, i sistemi nazionali di diritto internazionale privato in materia di successioni presentano notevoli divergenze e possono schematicamente essere ricondotti a due principali modelli, dei quali uno viene definito unitario, in quanto assoggetta l'intera successione ad una sola legge, generalmente individuata nella legge nazionale della persona della cui eredità si tratta oppure in quella del suo ultimo domicilio o della sua ultima residenza, mentre l'altro, che stabilisce criteri di collegamento differenti per le diverse categorie di beni, solitamente sottponendo gli immobili alla *lex rei sitae* e i mobili alla legge dell'ultimo domicilio o dell'ultima residenza del *de cuius*, viene definito dualista o scissionista⁷⁶.

L'origine di questa divergenza è antica. Nella teoria degli statuti le successioni immobiliari venivano generalmente considerate appartenenti allo statuto reale, con la conseguente applicazione della *lex rei sitae*. All'accoglimento e al mantenimento di questa impostazione aveva contribuito il fatto che già in quell'epoca le regolamentazioni in materia successoria differivano profondamente, per cui l'applicazione del diritto del luogo di situazione dei beni evitava di dover applicare localmente discipline ispirate a concezioni inconciliabili con quelle locali ed aveva il pregio di riflettere l'organizzazione politica dell'epoca, basata sul possesso feudale della proprietà fondiaria; la successione nella titolarità del feudo aveva in effetti nel Medioevo un cospicuo rilievo politico, militare e finanziario, che imponeva l'applicazione della legge territoriale⁷⁷. Alla base della scissione vi era quindi l'opportunità di sottoporre a leggi differenti gli immobili ereditari situati in territori diversi: *quot sunt bona diversis territoriis obnoxia, tot sunt patrimonia*⁷⁸.

Alcuni paesi seguono tuttora questa impostazione; in particolare in Francia la norma contenuta nell'art. 3 del *code civil* secondo la quale «[l]es immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française» è stata interpretata come applicabile anche alle successioni; si è così affermata la regola secondo la quale la successione immobiliare è sottoposta alla legge del paese nel quale gli immobili sono situati, mentre per i beni mobili si è adottata la regola *mobilia sequuntur personam*. Analoghi sviluppi si sono avuti nei diritti belga e lussemburghese, trovatisi in passato sotto l'influenza del diritto francese. Mentre il diritto tedesco, che aveva accolto la stessa soluzione, l'ha abbandonata nella seconda metà del XVIII secolo⁷⁹, come ha fatto l'Austria sebbene in epoca molto più recente⁸⁰, i paesi di *common law* sono rimasti fedeli alla distinzione fra beni mobili, sottoposti alla legge personale, e beni immobili, regolati dalla legge del luogo di situazione, facendola discendere direttamente dalla

⁷⁶ Per una presentazione di carattere comparato delle soluzioni offerte dalle legislazioni di diritto internazionale privato di numerosi paesi membri dell'Unione v. DEUTSCHES NOTARINSTITUT, «Étude de droit comparé sur les règles de conflits de jurisdictions et de conflits de lois relatives aux testaments et successions dans les Etats membres de l'Union européenne», in *Les successions internationales dans l'UE: perspectives pour une harmonisation*, Würzburg, 2004, p. 69 ss.; D. HAYTON, *European Succession Laws*, 2^a ed., Bristol, 2002.

⁷⁷ V. a questo proposito H. LEWALD, «Questions de droit international des successions», *Recueil des cours*, vol. 9 (1925), p. 12 ss.; HAOPEI LI, «Some Recent Developments in the Conflict of Laws of Succession», *ibid.*, vol. 224 (1990), p. 22 ss.

⁷⁸ Fra i giuristi dell'epoca aveva, ad esempio, suscitato ampio dibattito la c.d. *quaestio anglica*; Petrus de Bella Pertica e Jacobus de Ravanis si erano chiesti se la legge inglese, secondo cui l'intera successione doveva passare al primogenito, dovesse applicarsi anche a beni situati in Italia, ove vigevano regole diverse. Per risolvere questa questione, essi confermarono la tradizione secondo la quale «semper inspicienda est loci consuetudo in quo res sunt»; v. M. GUTZWILLER, «Le développement historique du droit international privé», *Recueil des cours*, vol. 29 (1930), p. 315; E.-M. MEIJERS, «L'histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir du Moyen Age, spécialement dans l'Europe occidentale», *ibid.*, vol. 49 (1934), p. 597.

⁷⁹ Il diritto tedesco attuale lascia peraltro un certo spazio alla scissione, sia perché accoglie il rinvio, sia perché, in applicazione del principio della c.d. *Näherberechtigung*, accetta di tenere conto della volontà di applicazione della legge straniera del luogo di situazione di un bene immobile (art. 3 EGBGB) e consente inoltre ad una persona di sottoporre alla legge tedesca la successione relativa ai propri immobili situati in Germania (art. 25 EGBGB); v. più ampiamente T. BRANDI, *Das Haager Abkommen von 1989 über das auf die Erbfolge anzuwendende Recht*, Berlin, 1996, p. 157 ss.

⁸⁰ Il diritto austriaco ha optato per la regolamentazione unitaria della successione con l'adozione della legge federale del 15 giugno 1978 sul diritto internazionale privato (art. 28).

tradizione feudale e senza metterne in dubbio la ragionevolezza⁸¹; così tale distinzione, seguita dalla giurisprudenza, è stata fatta propria da Story, la cui opera, come è noto, ha esercitato un ruolo decisivo nella formazione del diritto internazionale privato statunitense⁸².

Oltre a essere fonte di difficoltà, che già in epoca medioevale erano state poste in evidenza, la sottoposizione della devoluzione ereditaria a leggi diverse non è mai stata accettata senza che si levasse-
ro voci contrarie, specialmente ad opera dei giuristi più fedeli alla tradizione romanistica. Siffatta solu-
zione provoca infatti un effetto di smembramento della massa successoria che contrasta con il principio,
proprio del diritto romano, della successione universale⁸³. Venendo ad epoche più vicine alla nostra, nel
secolo XIX, sia la dottrina tedesca, con Waechter e Savigny, sia quella italiana, sotto la predominante
influenza del pensiero di Mancini, si pronunciarono nettamente a favore dell'unità della successione; le
loro opinioni, oltre ad influenzare le codificazioni dei rispettivi paesi, ispirarono la risoluzione adottata
dall'Institut de droit international alla sessione di Oxford del 1880, secondo cui:

Les successions à l'universalité d'un patrimoine sont, quant à la détermination des personnes accessibles, à l'étendue de leurs droits, à la mesure ou quotité de la portion disponible ou de la réserve, et à la validité intrinsèque des dispositions de dernière volonté, régies par les lois de l'Etat auquel appartenait le défunt, ou subsidiairement [...] par les lois de son domicile, quels que soient la nature des biens et le lieu de leur situation⁸⁴.

Anche in occasione delle prime sessioni della Conferenza di diritto internazionale privato dell'Aja era prevalso fra i delegati, senza troppe esitazioni, il principio dell'universalità della succes-

⁸¹ Bisogna considerare che i beni mobili avevano spesso un valore relativamente scarso; erano costituiti per lo più da beni materiali, per i quali ben poteva valere la regola di considerarli accessorio della persona – come nella interpretazione data da D'Argentré, e seguita poi dalla *common law* – o come fittiziamente situati presso la persona del defunto al momento della morte, secondo la teoria di Dumoulin, che ha prevalso in Francia, ove ha costituito il fondamento dell'applicazione della legge dell'ultimo domicilio del defunto alla successione mobiliare.

⁸² Attualmente fra i paesi membri dell'Unione seguono il principio scissionista in materia di successione, oltre agli ordinamenti citati nel testo, la Bulgaria (art. 89 del codice di diritto internazionale privato), Cipro (che applica la legge cipriota anche ai beni mobili che si trovano nel paese), la Lituania (art. 1.62 cod. civ.), Malta (che segue le soluzioni della *common law*) e la Lettonia, che assoggetta alla *lex rei sitae* sia i mobili, sia gli immobili (art. 18 *Civillikums*). Nei paesi non UE il principio della scissione è adottato in Russia, il cui codice civile all'art. 1224 sottopone le successioni alla legge dell'ultima residenza abituale del *de cujus*, ma assoggetta quella riguardante gli immobili alla *lex rei sitae*; in Cina, l'art. 31 della legge relativa alle leggi applicabili alle relazioni civili del 2010 accoglie identica soluzione: la successione è regolata dalla legge del paese di ultima residenza abituale del defunto, ma gli immobili sono sottoposti alla legge del paese in cui sono situati; regole dello stesso tenore sono previste in Tailandia (artt. 37 e 38, legge sui conflitti di legge, B.E. 2481). Fra gli ordinamenti dei paesi di *common law* seguono il medesimo indirizzo, oltre agli Stati Uniti, l'Australia, la Nuova Zelanda, il Sudafrica e l'India, mentre in Canada le diverse province mostrano soluzioni in parte differenti, ancorché tutte ispirate al principio della scissione (v. G.B. ROBERTSON, «Conflict of Law Issues in Succession Matters Study Paper 2009», *Uniform Law Conference of Canada, 2009 Ottawa ON Annual Meeting*, pubblicato sul sito: <http://www.ulcc.ca/en/2009-ottawa-on/192-civil-section-documents>). Alcuni paesi africani sono stati influenzati dalla legislazione francese; così, ad esempio, il Madagascar (art. 31 dell'*ordonnance* n. 62-041 del 19 settembre 1962) e il Gabon (art. 53 cod. civ.). La Turchia sottopone la successione alla legge nazionale del *de cujus*, ma applica la legge turca ai beni immobili situati nel paese (art. 20 I. n. 5718/2007). Diversi paesi dell'America latina sono rimasti fedeli, anche se con alcune modifiche, alla soluzione adottata, in ossequio al principio della territorialità delle leggi, dagli artt. 45 ss. del Trattato di Montevideo del 1889/1940, che assoggettano le successioni alla *lex rei sitae* sia con riferimento ai beni mobili che agli immobili; l'Uruguay sottopone alla legge del paese di situazione sia i beni immobili, sia i mobili registrati (art. 30, *ley general de derecho internacional privado* del 2010); in Messico le successioni concernente tutti i beni, di natura mobiliare o immobiliare, è soggetta, in base all'art. 13, punto 3, del *código civil para el Distrito federal*, alla legge del luogo in cui essi si trovano; in Argentina, malgrado il chiaro disposto dell'art. 2590 cod. civ., che sottopone le successioni alla legge dell'ultimo domicilio del *de cujus*, la giurisprudenza, fedele alla tradizione, propende per l'applicazione ai beni, sia mobili sia immobili, della *lex rei sitae*; v. J.P. McEWAN, «Argentina», in L. GARB / J. WOOD, «International Successions», 3^a ed., Oxford, 2010, p. 9; per ulteriori riferimenti v. A. BONOMI, «Successions internationales: conflits de lois et de juridictions», *Recueil des cours*, vol. 350 (2010), p. 101 ss.

⁸³ Alla *quaestio anglica*, che tanto aveva appassionato i giuristi dell'epoca e che aveva influenzato le opinioni dei sostenitori del regime scissionista, Bartolo di Sassoferrato ritenne che si potesse dare una soluzione differente, perché una legge che impediva alle figlie femmine di succedere doveva essere qualificata come uno «statuto odioso» e non poteva avere effetti al di là del luogo in cui essa vigeva; v. A. LAINÉ, *Introduction au Droit international privé contenant une étude historique et critique de la théorie des statuts et des rapports de cette théorie avec le Code civil*, Paris, vol. II, 1892, pp. 146, 152 ss.; M. GUTZWILLER, «Le développement historique du droit international privé», *Recueil des cours*, vol. 29 (1929), p. 315.

⁸⁴ V. Annuaire de l'Institut de droit international, 1881, p. 56.

sione⁸⁵; tale scelta è stata parimenti mantenuta nella convenzione adottata dalla Conferenza nel 1989. Tuttavia, proprio il dibattito svolto in quelle sedi aveva mostrato il radicamento profondo della tradizione dualista in numerosi paesi, essenzialmente dipendente dalle ragioni storiche sopra esaminate ma motivato anche dal vantaggio offerto dal principio della scissione di permettere di realizzare la coincidenza fra legge successoria e statuto reale, eliminando così alla radice i problemi di qualificazione e di adattamento che le loro divergenze sono suscettibili di determinare, nonché dall'esigenza di rispettare le norme locali sulla trasmissione *mortis causa* dei beni.

24. Se è vero che ognuno dei due modelli presenta pregi e difetti, gli inconvenienti del sistema della scissione sono diventati più evidenti con il modificarsi del regime della proprietà e delle regole di accumulazione e di trasferimento della ricchezza, nonché con l'accresciuta mobilità delle persone e dei loro patrimoni. La sottoposizione degli immobili alla legge del luogo della loro situazione rischia di rivelarsi sempre più spesso fonte di complicazioni: tra di esse, principalmente, la possibilità che la validità del testamento sia valutata in modo discordante dalle singole leggi territoriali (da cui trae origine l'uso, diffuso nei paesi di *common law*, di redigere, all'occorrenza, più testamenti distinti o *multiple wills*), la difficoltà di ripartire tra le diverse masse successorie i debiti del defunto e le inevitabili sperequazioni tra coeredi suscettibili di derivare dalla disparità delle normative disgiuntamente applicabili alla tutela dei legittimari⁸⁶. Tali difficoltà hanno richiesto l'adozione di correttivi a volte complessi, quali l'introduzione di diritti di prelievo per riportare ad equità devoluzioni ereditarie soggette a più leggi diverse⁸⁷, e comunque non sono controbilanciate dai pochi vantaggi del sistema scissionista⁸⁸. Inoltre può essere a volte difficile qualificare un bene come mobile o immobile, in particolare nei rapporti fra paesi di *common law* e paesi di tradizione giuridica continentale.

Da un punto di vista più generale va poi tenuto presente che le successioni hanno progressivamente perso la connotazione esclusiva di modo di trasmissione – e spesso di conservazione – della ricchezza per rivestire una più marcata valenza sociale; hanno così acquistato natura di principi fondamentali numerosi istituti propri dello statuto successorio, quali la riserva a favore dei legittimari, in cui lo Stato ha visto anche, e forse soprattutto, un importante fattore di sostegno economico dei congiunti del *de cujus*. La sottoposizione della successione a più leggi, improntate anche a politiche legislative differenti, si è dunque rivelata un ostacolo al perseguitamento di questi obiettivi.

25. Il legislatore europeo ha deciso, senza particolari dubbi o contestazioni, di optare per il sistema unitario. Il regolamento però, analogamente a quanto ha fatto la Convenzione dell'Aja del 1989, apporta alcuni aggiustamenti a detto sistema al fine di consentire la presa in considerazione di regimi successori particolari, in parte frutto di antiche consuetudini locali, in parte dettate da esigenze nuove,

⁸⁵ V. A. VON OVERBECK, «Divers aspects de l'unification du droit international privé, spécialement en matière de successions», *Recueil des cours*, vol. 104 (1961), p. 561 s.; la soluzione unitaria aveva incontrato nel corso delle prime conferenze il favore della maggioranza dei delegati, anche se in parte compensata dal mantenimento del ricorso alla legge del luogo di situazione dei beni per alcuni regimi particolari considerati di natura imperativa.

⁸⁶ Sull'insieme di queste difficoltà v. più ampiamente HAOPEI LI, «Some Recent Developments in the Conflict of Laws of Succession», *Recueil des cours*, vol. 224 (1990), p. 55 s.

⁸⁷ Si veda in proposito lo studio di A. GRAHL-MADSEN, «Conflict Between the Principle of Unitary Succession and the System of Scission», *Int. & Comp. Law Quarterly*, 1979, p. 598 ss. Sul correttivo apportato dal diritto francese e consistente in un diritto di prelievo a favore dei cittadini di tale paese v. G. DROZ, «Regards sur le droit international privé comparé. Cours général de droit international privé», *Recueil des cours*, vol. 229 (1991), p. 232; l'istituto è stato recentemente dichiarato inconstituzionale a causa del suo carattere discriminatorio dal Conseil constitutionnel con la decisione n. 159 del 2011, su cui v. S. TONOLO, «Principio di uguaglianza e operatività di norme di conflitto in tema di successioni», *Riv. dir. int.*, 2012, p. 105 s. Per una sintetica visione d'insieme di tutti questi problemi v. A. DAVÌ, «Riflessioni sul futuro diritto internazionale privato europeo delle successioni», *Riv. dir. int.*, 2005, p. 310 ss., e, per una più ampia analisi, A. BONOMI, «Successions internationales: conflits de lois et de jurisdictions», *Recueil des cours*, vol. 350 (2010), p. 106 ss.

⁸⁸ Una strenua difesa del principio scissionista è stata compiuta da J. HÉRON, «Le morcellement des successions internationales», Paris, 1986, p. 119 ss., il quale ne indica il fondamento nelle «liaisons verticales» che devono sussistere nella regolamentazione dei beni fra statuto reale e statuto successorio; per una considerazione critica di questa opinione v. HAOPEI LI, «Some Recent Developments in the Conflict of Laws of Succession», *Recueil des cours*, vol. 224 (1990), p. 61 ss.

ponendo in casi di questo tipo un limite all'applicazione della legge richiamata a favore di quella della *lex rei sitae*⁸⁹.

2. La fase di amministrazione delle successioni

26. Com'è noto, nelle successioni internazionali anche il trasferimento dei beni agli eredi può essere ostacolato da serie difficoltà, a causa delle divergenze nelle modalità richieste per lo svolgimento delle necessarie attività nei diversi ordinamenti. La disciplina della trasmissione dell'eredità, che include le formalità da osservare per la sua accettazione o per il suo rifiuto e le fasi di amministrazione, liquidazione e ripartizione, vede la contrapposizione fra due sistemi corrispondenti in maniera schematica alla distinzione fra paesi di *civil law* e paesi di *common law*: mentre nel primo sistema, in ossequio al principio romanistico-germanico della successione universale, l'acquisto dei beni da parte degli eredi avviene direttamente (in maniera automatica come, ad esempio, in Francia, oppure a seguito di un atto di accettazione come nel diritto italiano, o, ancora, come è previsto dalla legge austriaca, sulla base di un provvedimento giudiziario di investitura detto *Einantwortung*), nel secondo, invece, la trasmissione si svolge in due tappe, con l'interposizione fra *de cuius* e beneficiari di un fiduciario (*executor* o *administrator*) a seconda che sia nominato nel testamento oppure designato dal tribunale) che, sotto controllo giudiziario, è investito dei compiti di amministrare il patrimonio ereditario, pagare creditori, spese e imposte e procedere poi al trasferimento del residuo ad eredi e legatari⁹⁰. Peraltro anche nei rapporti fra ordinamenti appartenenti allo stesso sistema sussistono profonde differenze. L'intreccio fra sostanza e procedura che caratterizza la materia può rendere in alcuni casi difficile l'applicazione nel foro di norme e istituti stranieri, in particolare quando questi richiedono l'adozione di provvedimenti o l'esercizio di funzioni che non trovano corrispondenza esatta nella legge processuale locale o che sono ad essa del tutto ignoti⁹¹. Si è a questo proposito osservato che in materia successoria alcuni sistemi di diritto internazionale privato conoscono, in aggiunta alla scissione riguardante le categorie di beni, un diverso tipo di scissione che può essere definita «funzionale», consistente nella sottoposizione della devoluzione dei beni ereditari e della c.d. amministrazione della successione a criteri di collegamento distinti: la prima viene assoggettata alla legge successoria e la seconda alla *lex fori*⁹².

La Conferenza dell'Aja aveva cercato di offrire una soluzione a questi problemi con l'adozione della Convenzione sull'amministrazione internazionale delle successioni, la quale però si limita, come si è già detto, unicamente ad istituire un certificato successorio, i cui effetti erano oltretutto circoscritti alla parte mobiliare dell'asse ereditario⁹³. Nel corso della negoziazione della Convenzione del 1989 non era stata trovata nessuna soluzione adeguata; si era perciò deciso di limitare l'obbligatorietà dell'applicazione della convenzione alle sole questioni concernenti la devoluzione della successione, rimettendo

⁸⁹ V. *infra*, par. 127 s. Sulle ampie discussioni svoltesi riguardo a questo problema nel corso delle sessioni dedicate alle successioni dalla Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato v. HAOPEI LI, «Some Recent Developments in the Conflict of Laws of Succession», *Recueil des cours*, vol. 224 (1990), pp. 39, 53 s.

⁹⁰ Questa modalità di amministrazione della successione può rivelarsi particolarmente complessa e costosa anche in assenza di elementi di internazionalità; come è noto in alcuni paesi di *common law*, e in particolare negli Stati Uniti, per aggirare gli inconvenienti che essa comporta si sono sviluppate forme di *estate planning* alternative alla successione in senso stretto, consistenti nel ricorso a *trusts* o ad altri istituti.

⁹¹ V. al riguardo i rilievi A. DAVÌ, «Riflessioni sul futuro diritto internazionale privato europeo delle successioni», *Riv. dir. int.*, 2005, p. 336 ss., nel testo e in nota 62.

⁹² Così M. FERID, «Le rattachement autonome de la transmission successorale en droit international privé», *Recueil des cours*, vol. 142 (1974), p. 110; inoltre v. G. DROZ, «Saisine héréditaire et administration de la succession en droit international privé français et comparé», *Rev. crit. droit int. privé*, 1970, p. 183 ss.; HAOPEI LI, «Some Recent Developments in the Conflict of Laws of Succession», *Recueil des cours*, vol. 224 (1990), p. 21. Anche al fine di evitare questi inconvenienti in Germania è stato seguito per lungo tempo il principio del *Gleichlauf* o del «parallelismo», che ammetteva la competenza del giudice tedesco solo nei limiti dell'applicabilità alla successione della legge tedesca. Il principio, che comunque subiva numerose eccezioni, è poi stato progressivamente abbandonato, perché le difficoltà che esso causava ne superavano i vantaggi, ed è stato espressamente contraddetto dalla nuova legge tedesca in materia di giurisdizione volontaria adottata nel 2008: cfr. A. BONOMI, «Successions internationales: conflits de lois et de juridictions», *Recueil des cours*, vol. 350 (2010), p. 375 ss. V. inoltre sulla particolare applicazione del parallelismo fatta dalla giurisprudenza francese attraverso l'utilizzazione del meccanismo del rinvio, H. GAUDEMÉT TALLON, «Les règles de compétence judiciaire dans le règlement européen sur les successions», in *Droit européen des successions internationales* (a cura di G. KHAIRALLAH / M. REVILLARD), Paris, 2013, p. 127 s.

⁹³ V. *supra*, par. 6.

alla libera determinazione unilaterale degli Stati contraenti la sua eventuale estensione alle questioni relative alla trasmissione dei beni ereditari⁹⁴.

27. Il regolamento ha cercato di semplificare la fase di trasmissione dei beni in due modi. Innanzitutto, promuovendo per quanto possibile il parallelismo fra competenza giurisdizionale e legge applicabile mediante l'adozione di criteri di competenza e di criteri di collegamento che permettono di ottenere una coincidenza di principio fra *forum* e *jus*⁹⁵, al fine di sopprimere alla radice i problemi legati alle difficoltà di applicare istituti ignoti: si pensi, ad esempio, all'accettazione dell'eredità con beneficio di inventario propria della legge italiana, che serve ad evitare la confusione del patrimonio del *de cuius* con quello dell'erede, sconosciuta in altri ordinamenti⁹⁶. In questo modo, gli ostacoli ad una rapida e semplice trasmissione dell'eredità sono notevolmente ridimensionati, ancorché non completamente eliminati, dato che, come vedremo, rimangono comunque alcuni casi nei quali il giudice deve applicare la legge straniera. Inoltre, al medesimo fine di semplificazione, il regolamento, seguendo l'esempio della Convenzione dell'Aja del 1973, ha istituito un «certificato successorio europeo» utilizzabile da eredi, legatari o amministratori dell'eredità per ottenere in tutti gli Stati membri il rispettivo riconoscimento della loro qualità e dei loro diritti e poteri⁹⁷.

28. Il legislatore europeo ha però previsto all'art. 29 un'eccezione alla sottoposizione ad un'unica legge di tutte le fasi della successione. La norma si rivolge unicamente agli Stati membri la cui legislazione impone l'intervento di un amministratore di nomina giudiziaria, cosicché potrebbe avere senza dubbio più frequenti occasioni di essere applicata qualora l'Irlanda o il Regno Unito dovessero in futuro decidere di esercitare la facoltà di *opt-in* e di vincolarsi alla normativa uniforme; essa comunque permette alle autorità di uno degli Stati rientranti in questo gruppo, qualora abbiano competenza a statuire su una successione regolata da una legge straniera, di nominare, ove del caso, uno o più amministratori «conformemente alla propria legge nazionale» anche se la legge richiamata dovesse affidare l'amministrazione della successione direttamente ai beneficiari⁹⁸.

⁹⁴ Secondo l'art. 7, par. 2, la legge successoria, determinata in applicazione delle norme convenzionali, è competente a regolare l'individuazione di eredi e legatari e le rispettive quote, la diseredazione e l'indeginità a succedere, la riduzione delle liberalità, la riserva e la validità sostanziale delle disposizioni testamentarie; il par. 3 dell'articolo aggiunge che il paragrafo precedente non fa ostacolo alla facoltà degli Stati contraenti di estendere l'applicazione della convenzione ad ulteriori questioni di diritto successorio, intendendo con ciò riferirsi, per l'appunto, essenzialmente alle questioni concernenti l'amministrazione e la trasmissione dell'eredità.

⁹⁵ V., per una diversa proposta in merito, secondo la quale si sarebbe potuto attribuire ai successibili il potere di sottoporre di comune accordo la sola trasmissione della successione alla *lex fori* lasciando però impregiudicata l'applicazione alla sua devoluzione della legge straniera competente in via ordinaria, come è ammesso in Danimarca ad opera della giurisprudenza, A. Davì, «L'autonomie de la volonté en droit international privé des successions dans la perspective d'une future réglementation européenne», *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2004, p. 497, e «Riflessioni sul futuro diritto internazionale privato europeo delle successioni», *Riv. dir. int.*, 2005, p. 339. Detta soluzione avrebbe presentato il vantaggio di evitare un trasferimento internazionale di competenza, sebbene al prezzo di dover sostituire alla scissione fra diritto processuale del foro e diritto materiale straniero una nuova scissione fra legge applicabile alla trasmissione e legge applicabile alla devoluzione della successione, soluzione che avrebbe potuto creare difficoltà di delimitazione di categorie e a volte anche qualche problema di adattamento.

⁹⁶ Questo istituto proprio dell'ordinamento italiano aveva creato rilevanti difficoltà di applicazione ai giudici tedeschi nel caso *Zannantonio*, deciso dall'Oberlandesgericht bavarese il 2 dicembre 1965, *Neue juristische Wochenschrift*, 1967, p. 447 ss., riguardante un cittadino italiano vissuto in Baviera per tutta la vita e morto *ab intestato*, che lasciava beni situati in Germania e i cui eredi erano i suoi figli minori; le difficoltà provocate dalla sottoposizione della successione alla legge italiana, in quanto legge della cittadinanza del *de cuius*, derivavano dal fatto che il diritto italiano prevede che i minori possano accettare un'eredità solo con beneficio di inventario, istituto sconosciuto in quella forma e con quegli effetti al diritto tedesco; di conseguenza il giudice di quel paese adito in primo grado era stato indotto a dichiarare la propria incompetenza ad occuparsi di questo aspetto. D'altra parte, le autorità italiane si erano ugualmente dichiarate incompetenti, perché secondo il diritto italiano l'inventario può essere ricevuto solo dalle autorità del luogo di apertura della successione. Per evitare un diniego di giustizia, il Bayerisches Oberlandesgericht aveva quindi deciso di attribuire all'inventario eseguito in base alle regole processuali tedesche gli effetti sostanziali propri del diritto italiano; il caso, molto noto, costituisce un esempio delle difficoltà che può presentare l'adozione all'estero di misure relative alla trasmissione dei beni ereditari che sono di comune impiego in alcuni ordinamenti ma che in altri risultano di difficile attuazione.

⁹⁷ V. ampiamente *infra*, par. 164 s.

⁹⁸ L'art. 29 si applicherà a Cipro, che adotta per l'amministrazione delle successioni un sistema simile a quello dei paesi di *common law*; secondo A. BONOMI, «Il regolamento europeo sulle successioni», *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2013, p. 314,

La disposizione deve essere letta congiuntamente al considerando 43, il quale indica che per garantire il coordinamento con la legge successoria le autorità che decidono di avvalersi della possibilità offerta dall'art. 29 dovrebbero di regola nominare come amministratori «la persona o le persone che avrebbero il diritto di amministrare l'eredità in virtù della legge applicabile alla successione, come ad esempio l'esecutore testamentario del defunto o gli eredi stessi oppure, se la legge applicabile alla successione lo richiede, un amministratore terzo». La soluzione prospettata corrisponde ad una prassi già seguita in alcuni paesi di *common law*, ed in particolare nel Regno Unito, che consiste nel rilascio del *grant of probate*, e cioè dell'atto di investitura giudiziaria, ai beneficiari dell'eredità individuati secondo la legge straniera applicabile alla successione⁹⁹. Il par. 2 dell'art. 29 indica che la nomina può riguardare un terzo quando a causa di un conflitto di interessi fra i beneficiari, o fra i beneficiari e i creditori dell'eredità, oppure per la particolare complessità della successione, non sia opportuno che ad occuparsene siano gli stessi eredi. D'altra parte, anche negli ordinamenti nei quali in linea generale sono i medesimi beneficiari a svolgere tutte le attività relative all'amministrazione della successione non è insolito che sia un terzo ad esserne incaricato, quando ricorrono motivi che giustificano questa soluzione¹⁰⁰.

La previsione dell'art. 29 – di applicazione comunque solo facoltativa – riguarda in realtà principalmente le modalità con cui le persone interessate – beneficiari dell'eredità o terzi – vengono investite della loro funzione. Spetta infatti alla legge successoria definire i loro poteri e i modi in cui esse dovranno svolgere la loro attività. E' tuttavia possibile che l'atto di nomina conferisca agli amministratori poteri specifici di natura residuale qualora si valuti che quelli attribuiti dalla legge successoria non siano sufficienti alla conservazione dei beni dell'eredità o alla protezione dei diritti dei creditori, o di altri soggetti che abbiano garantito i debiti del *de cujus*. L'art. 29, par. 3, contempla poi un'ulteriore deroga all'applicazione della legge successoria, destinata ad operare unicamente quando si tratti della legge di un paese terzo ed «in via eccezionale», che permette di attribuire agli amministratori nominati in applicazione della disposizione in esame i poteri previsti dalla *lex fori* anziché quelli stabiliti dalla legge straniera richiamata. Poiché l'intera norma è frutto della ricerca di un punto di equilibrio fra la scelta operata dal regolamento di assoggettare l'intera successione ad una unica legge e la necessità di rispettare le peculiari esigenze di determinati Stati membri, si è evidentemente ritenuto che il sacrificio di queste ultime si giustifichi meno pressantemente quando la ricerca del coordinamento riguarda le legislazioni di Stati terzi¹⁰¹; tuttavia la natura eccezionale della deroga dovrebbe indurre a fare ricorso a tale possibilità unicamente quando ciò si riveli indispensabile e solo nella misura necessaria. La disposizione precisa poi, in maniera probabilmente pleonastica, che gli amministratori devono comunque, anche in questo caso, rispettare «l'individuazione dei beneficiari e i loro diritti successori, incluso il diritto alla

la disposizione potrebbe svolgere un'utile funzione anche rispetto ad altri Stati membri che possiedono ugualmente un sistema «organizzato» per il regolamento delle successioni, quali specialmente gli Stati scandinavi.

⁹⁹ V. al riguardo G. DROZ, «L'activité notariale internationale», *Recueil des cours*, vol. 280 (1999), p. 75; una soluzione di questo tipo, tendente a conciliare le esigenze dei paesi appartenenti ai due diversi gruppi, era stata prospettata negli studi preliminari che hanno preceduto l'adozione della Convenzione dell'Aja del 1973 sull'amministrazione delle successioni dallo stesso autore, il quale aveva sottolineato «les soucis d'un pays à système organisé intéressé à ce que la personne investie des pouvoirs d'administration et de liquidation par la loi étrangère applicable se soumette néanmoins à certaines procédures» ed in particolare ad una procedura di carattere giurisdizionale (v. «Orientation des études relatives à certains problèmes du droit des successions», in CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, *Actes et documents de Onzième session* (1968), vol. I, *Matières diverses*, La Haye, 1971, p. II-10).

¹⁰⁰ Così, ad esempio, l'art. 642 del codice civile italiano, che subordina la nomina di un amministratore giudiziario al ricorso di «giusti motivi»; l'art. 813-1 del *code civil* francese, che si riferisce alle ipotesi «de l'inertie, de la carence ou de la faute d'un ou de plusieurs héritiers dans cette administration, de leur mésentente, d'une opposition d'intérêts entre eux ou de la complexité de la situation successorale»; il diritto belga, che prevede la nomina giudiziale di un amministratore su richiesta dell'erede (art. 803 bis *code civil*) oppure su richiesta di chiunque ne abbia interesse nel caso in cui «les intérêts des créanciers héréditaires ou des légitaires pourraient être compromis par la négligence ou par la situation de fortune de l'héritier bénéficiaire» (art. 804); il diritto spagnolo, che ugualmente contempla alcune situazioni particolari nelle quali è necessaria la nomina di un amministratore giudiziale (artt. 759, 799, 1020 *código civil*), come pure il diritto svedese (art. 19 *Ärvdabalk* del 1958), quello tedesco (artt. 1975 e 1981 BGB) e quello olandese (sez. 4.6.3 *Burgerlijk Wetboek*). In Romania, oltre all'autorità giudiziaria, è lo stesso notaio che può nominare esecutore testamentario una persona estranea all'eredità, quando le circostanze lo giustifichino (art. 104, legge 26/2000 sull'attività notarile).

¹⁰¹ V. a questo proposito S. GODECHOT-Patris, «L'administration des successions», in *Droit européen des successions internationales* (a cura di G. KHAIRALLAH / M. REVILLARD), Paris, 2013, p. 103.

quota di legittima o le loro rivendicazioni nei confronti dell'eredità o degli eredi ai sensi della legge applicabile alla successione».

VII. La legge applicabile: il criterio di collegamento oggettivo

1. Il criterio di collegamento della residenza abituale del defunto al momento della morte

29. Il criterio di collegamento oggettivo adottato in via generale dal regolamento – ed applicabile, come si è detto¹⁰², all'intera successione senza distinzione tra beni mobili ed immobili – è costituito dalla residenza abituale del defunto al momento della morte (art. 21, par. 1). L'accoglimento di tale soluzione non ha suscitato particolari incertezze. Essa si giustifica in effetti per numerosi motivi, sia di carattere pratico che di carattere politico, e corrisponde del resto ad una tendenza costante e ben consolidata del diritto internazionale privato dell'Unione europea; si tratta, infatti, di un criterio che è stato utilizzato ampiamente nei regolamenti Roma I, Roma II e Roma III, nonché in numerose disposizioni contenute nei regolamenti relativi alla giurisdizione¹⁰³.

Non v'è dubbio, tuttavia, che esso introduce un cambiamento importante per gli Stati membri partecipanti, poiché attualmente sedici di essi (ai quali va ora aggiunta la Croazia, recentemente entrata a far parte dell'Unione) utilizzano in materia il criterio della cittadinanza, mentre molti di quelli che adottano i criteri del domicilio o della residenza sono fautori del principio scissionista e pertanto sottopongono alla legge personale, individuata attraverso tali criteri, la sola successione mobiliare, sottponendo invece quella immobiliare alla *lex rei sitae*.

30. La preferenza accordata al criterio di collegamento della residenza si giustifica anzitutto perché la legge di tale paese è normalmente quella che presenta il collegamento più stretto con la fattispecie da regolare, dato che in esso sono solitamente situati il centro di vita della persona e i suoi interessi di carattere personale, familiare, professionale ed economico, nonché vi sono spesso localizzati altri elementi oggettivi e soggettivi, quali i beni compresi nell'asse ereditario, gli stessi eredi e legatari e i creditori¹⁰⁴. Certo, in alcuni casi il *de cuius* potrebbe avere conservato legami più stretti con il proprio paese di cittadinanza o con un paese in cui ha risieduto anteriormente; tuttavia, la prima eventualità è statisticamente più frequente. La sottoposizione della successione alla legge della residenza facilita

¹⁰² V. *supra*, par. 25.

¹⁰³ Del resto, pure la Convenzione dell'Aja del 1989 ha accordato la propria preferenza al criterio di collegamento unitario dell'ultima residenza abituale del *de cuius*. Tuttavia nella convenzione tale preferenza è meno netta, dal momento che il suo art. 3 contiene al riguardo una regolamentazione complessa e flessibile che lascia uno spazio significativo anche al criterio di collegamento della cittadinanza. Secondo la disposizione, la legge del paese della residenza è infatti applicabile o qualora essa coincida con la legge nazionale dell'interessato o, in difetto, qualora, al momento della morte, la sua residenza in quel paese durasse da almeno cinque anni; inoltre, nel secondo caso, la legge nazionale può nondimeno essere applicata ove il giudice accerti che al momento del decesso il *de cuius* possedesse con questa dei legami manifestamente più stretti. Nei casi rimanenti la successione è sottoposta alla legge nazionale del defunto, salvo che non vi sia un legame più stretto con la legge di un altro paese. Come si vede, la convenzione, oltre ad aver cercato di realizzare un compromesso tra i criteri di collegamento correnti della residenza e della cittadinanza, ha conferito maggiore rilievo alla ricerca della legge con la quale la successione presenta il collegamento più stretto nel caso concreto che all'esigenza, in materia successoria almeno altrettanto importante, della certezza e della prevedibilità del diritto applicabile, mentre la presa di posizione del regolamento a favore del criterio della residenza è molto più decisa. Tuttavia anche questa differenza di approccio ha finito con l'essere relativamente attenuata dai principali emendamenti apportati dal testo definitivo del regolamento alla proposta della Commissione, consistenti, come si dirà più ampiamente in seguito, nell'inserimento di una «clausola di eccezione», sia pure formulata in termini rigorosi, e nell'ammissione della *professio iuris* implicita, suscettibile di costituire un fattore aggiuntivo di flessibilità e al tempo stesso un'ulteriore fonte potenziale d'incertezza.

¹⁰⁴ Per considerazioni generali al riguardo v. A. DAVÌ, «L'autonomie de la volonté en droit international privé des successions dans la perspective d'une future réglementation européenne», *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2004, p. 474, e «Riflessioni sul futuro diritto internazionale privato europeo delle successioni», *Riv. dir. int.*, 2005, p. 307; A. BONOMI, «Prime considerazioni sulla proposta di regolamento sulle successioni», *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2010, p. 883 ss.; P. KINDLER, «La legge regolatrice delle successioni nella proposta di regolamento dell'Unione europea: qualche riflessione in tema di carattere universale, rinvio e *professio iuris*», *Riv. dir. int.*, 2011, p. 426.

inoltre il *family planning* alle coppie di coniugi aventi diversa cittadinanza ma residenti nel medesimo paese perché fa coincidere la legge regolatrice della successione di ciascuna di essi con quella che normalmente si applica ai loro rapporti patrimoniali¹⁰⁵.

31. Un secondo motivo a sostegno della soluzione accolta dal regolamento consiste nel vantaggio della tendenziale coincidenza tra *forum* e *jus* che essa determina, dato che l'ultima residenza abituale del *de cuius* è ugualmente assunta dall'art. 4 del regolamento come criterio principale di giurisdizione. Viene quindi reso possibile evitare la già illustrata difficoltà che può creare la necessità di coordinare le disposizioni materiali di una legge successoria straniera con la legge processuale del foro, che spesso non contiene previsioni sufficienti a consentire una fedele applicazione della prima¹⁰⁶. L'importanza rivestita da questo aspetto della regolamentazione internazionalprivatistica delle successioni è tale da aver indotto la Conferenza dell'Aja ad escludere, come si è visto¹⁰⁷, l'obbligo degli Stati contraenti di applicare le regole di conflitto dettate dalla Convenzione del 1989 alla disciplina della trasmissione ereditaria. Dal canto suo, il regolamento, dopo aver indicato nel considerando 27 l'obiettivo di mantenere per quanto possibile il parallelismo tra *forum* e *jus* come una delle preoccupazioni principali che sono state alla base della sua elaborazione, stabilisce a questo fine negli articoli 6 e 7 che, nei casi in cui il *de cuius* ha fatto uso della facoltà di effettuare una *professio iuris* a favore della sua legge nazionale, conferitagli dall'art. 22, la competenza possa essere spostata verso le autorità del paese della legge scelta, su accordo delle parti interessate o su richiesta di una di esse accolta dal giudice¹⁰⁸.

32. Non v'è peraltro dubbio che il passaggio dal criterio della nazionalità, attualmente accolto dalla maggioranza degli Stati membri, al criterio della residenza abituale risponde anche a considerazioni di carattere politico. Il secondo criterio è in effetti sicuramente assai più funzionale alle esigenze dello sviluppo dell'Unione perché tende a favorire l'integrazione giuridica e sociale delle persone che si spostano da un paese membro all'altro nel paese d'accoglienza, affievolendo al tempo stesso il senso di appartenenza al paese di origine¹⁰⁹. E' del resto innegabile che il principio della nazionalità, la cui affermazione nel diritto internazionale privato del XIX secolo era stata strettamente legata al processo di formazione e di consolidamento degli Stati nazionali in Europa ed in altri continenti, conosca una fase di regressione nell'epoca attuale in cui gli sviluppi del diritto dell'Unione ma anche quelli delle relazioni giuridiche internazionali tra Stati e tra individui stanno provocando una progressiva erosione dell'idea stessa di sovranità statale.

33. Dal punto di vista della protezione degli interessi individuali è stato d'altra parte sostenuto che l'esercizio della libertà di circolazione all'interno dell'Unione sarebbe garantito in maniera equivalente, o addirittura anche superiore, dal mantenimento del principio tradizionale della cittadinanza, perché questo offrirebbe una maggiore garanzia di stabilità e di continuità delle situazioni giuridiche ai cittadini dell'Unione che transmigrano da uno Stato membro all'altro, mettendoli in particolare al riparo dalle conseguenze pregiudizievoli che potrebbe comportare il cambiamento della legge applicabile

¹⁰⁵ A. DUTTA, «Succession and Wills in the Conflict of Laws on the Eve of Europeanisation», *RabelsZ*, 2009, p. 567. Per un'ulteriore analisi al riguardo e per indicazioni relative alla disciplina di conflitto del regime matrimoniale che sarà probabilmente contenuta nel nuovo regolamento dell'Unione in corso di elaborazione in materia, nonché alle disposizioni attualmente in vigore in alcuni Stati membri, v. *infra*, par. 56.

¹⁰⁶ V. *supra*, par. 27.

¹⁰⁷ V. *supra*, par. 26.

¹⁰⁸ V. ampiamente *infra*, par. 140 s.

¹⁰⁹ La stessa proposta presentata dalla Commissione nel 2009 giustificava la scelta di tale criterio, fra l'altro, con l'indicazione che esso «è più favorevole all'integrazione nello Stato membro di residenza abituale» (p. 6 della relazione illustrativa annessa alla proposta); per rilievi sulla maggiore rispondenza del criterio in esame alle esigenze di sviluppo dell'integrazione v. in dottrina E. LEIN, «A Further Step Towards a European Private International Law Code - The Commission Proposal for a Regulation on Succession», *Yearbook of Priv. Int. Law*, 2009, p. 130; A. BONOMI, «Prime considerazioni sulla proposta di regolamento sulle successioni», *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2010, p. 883; P. KİNDLER, «La legge regolatrice delle successioni nella proposta di regolamento dell'Unione europea: qualche riflessione in tema di carattere universale, rinvio e *professio iuris*», *Riv. dir. int.*, 2011, p. 426; A. DAVÌ, «Le renvoi en droit international privé contemporain», *Recueil des cours*, vol. 352 (2010), p. 336.

determinato dai loro spostamenti in un paese diverso¹¹⁰; si tratterebbe in sostanza dell'applicazione del principio della «legge del paese di origine» alla circolazione delle situazioni giuridiche individuali. In realtà è molto difficile, se non impossibile, stabilire in maniera astratta e una volta per tutte se, quando una persona abbandona il proprio paese di origine per spostare, per un periodo più o meno lungo, la propria residenza in un paese straniero, il suo interesse preminente consiste nella continuità, ossia nella stabilità delle sue situazioni giuridiche e nel mantenimento dei legami con lo Stato di provenienza, oppure nel cambiamento, cioè nell'integrazione nel nuovo ambiente sociale. La scelta fra le due alternative non può essere compiuta che caso per caso, e si tratterà spesso di una questione di pura psicologia individuale¹¹¹. E' proprio per questo motivo che il regolamento, pur adottando come regola generale la soluzione politicamente più favorevole allo sviluppo dell'integrazione, accorda però all'interessato la facoltà di optare per l'applicazione della legge nazionale. Ma appunto la combinazione del criterio di collegamento oggettivo della residenza abituale e della facoltà di scegliere la legge nazionale è a sua volta funzionale – e forse in maniera anche più accentuata – al progresso della costruzione europea. Essa infatti favorisce al massimo la libertà di movimento delle persone nello spazio dell'Unione perché attribuisce loro la possibilità di sfruttare fino in fondo i vantaggi offerti dalla diversità delle leggi interne degli Stati membri senza correre il rischio di esserne ostacolati nel godimento dei loro diritti. In tal modo essa fornisce un significativo contributo all'integrazione sociale degli individui in uno spazio giuridico più vasto dei limiti territoriali di un singolo Stato, nel quale si riduce progressivamente la loro sottomissione al dominio del potere statale e perdono importanza i legami che essi possiedono con una società nazionale o con un'altra, poiché sono autorizzati a sottrarsi in misura non trascurabile alla forza obbligatoria delle leggi degli Stati a cui sono più o meno strettamente collegati.

34. Anche nelle relazioni con l'esterno dell'Unione il regime introdotto dal regolamento favorisce d'altronde il consolidamento di uno spazio giuridico integrato che tende a presentarsi come fortemente unitario. Da un lato, l'adozione come regola generale del criterio di collegamento della residenza abituale promuove l'integrazione sociale degli immigrati, che, come indicato nel considerando 4 della direttiva 2003/86 relativa al diritto al ricongiungimento familiare, favorisce, a sua volta, lo sviluppo della «coesione economica e sociale, obiettivo fondamentale della Comunità enunciato nel trattato»¹¹². D'altro lato, l'ammissione della *professio juris* a favore della legge nazionale permette ai cittadini europei residenti in uno Stato terzo di conservare i legami con lo Stato membro d'origine, sottponendo la loro successione alla legge di quest'ultimo: e ciò non soltanto quando le autorità chiamate a regolare la loro successione sono quelle di uno Stato membro, ma spesso anche quando la medesima viene regolata dalle autorità del paese terzo in cui essi risiedono, in particolare ove lo Stato in questione adotti come criterio di collegamento quello della cittadinanza ma sia favorevole all'accettazione del rinvio, perché in questo caso l'effetto della *professio juris*, anche se non ammessa dalla legge dello Stato terzo, consiste per l'appunto nell'escludere l'esistenza del rinvio.

35. Bisogna peraltro aggiungere che il criterio di collegamento della residenza abituale presenta anche alcuni svantaggi rispetto a quello della cittadinanza. Innanzitutto, come si è accennato, quello di poter mutare con maggior facilità e frequenza; inoltre quello di poter riuscire di difficile determinazione, in tutte quelle situazioni che presentano carattere internazionale in quanto una stessa persona possiede

¹¹⁰ H.-P. MANSEL, «Vereinheitlichung des Internationalen Erbrechts in der europäischen Gemeinschaft- Kompetenzfragen und Regelungsansätze», in *Prof. Dr. Tuğrul Ansay'a armağan*, Ankara, 2006, p. 208; A. BONOMI, «Prime considerazioni sulla proposta di regolamento sulle successioni», *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2010, p. 882 s., e «Successions internationales: conflits de lois et de juridictions», *Recueil des cours*, vol. 350 (2010), p. 191; P. KINDLER, «La legge regolatrice delle successioni nella proposta di regolamento dell'Unione europea: qualche riflessione in tema di carattere universale, rinvio e *professio iuris*», *Riv. dir. int.*, 2011, p. 425.

¹¹¹ A. DAVÌ, «L'autonomie de la volonté en droit international privé des successions dans la perspective d'une future réglementation européenne», *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2004, p. 474; A. DUTTA, «Succession and Wills in the Conflict of Laws on the Eve of Europeanisation», *RabelsZ*, 2009, p. 564 s.

¹¹² Vedi le considerazioni svolte in proposito da A. DUTTA, «Succession and Wills in the Conflict of Laws on the Eve of Europeanisation», *RabelsZ*, 2009, pp. 564, 566, e da A. BONOMI, «Prime considerazioni sulla proposta di regolamento sulle successioni», *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2010, p. 883.

legami con due o più paesi. In materia successoria soprattutto la seconda caratteristica costituisce un difetto piuttosto rilevante, perché la prevedibilità e la certezza del diritto applicabile rivestono in questo campo un'importanza particolarmente accentuata, riconosciuta del resto dallo stesso regolamento¹¹³, specialmente per le persone che vogliono pianificare in maniera affidabile la trasmissione ereditaria dei loro patrimoni. Questo inconveniente, cui il regolamento si sforza di apportare un rimedio parziale accordando al *de cuius* la possibilità di effettuare una *professio juris* a favore della sua legge nazionale, è senza dubbio molto più serio per i notai o gli altri professionisti ai quali sono spesso affidate le operazioni di liquidazione e divisione della successione che non per i giudici, che dispongono rispetto ai primi di maggiori poteri di indagine¹¹⁴.

36. Le due situazioni che sollevano le difficoltà più rilevanti sono probabilmente le seguenti: in primo luogo, l'ipotesi in cui il defunto suddivideva la propria vita in maniera approssimativamente equilibrata fra due o più paesi, risiedendo alternativamente in ognuno di essi per periodi limitati; in secondo luogo, l'ipotesi in cui egli aveva risieduto per un periodo più o meno lungo in un paese straniero per ragioni professionali, per motivi di studio, per esigenze sanitarie o altro, pur avendo conservato legami stretti e costanti con il paese di origine. Un'altra situazione suscettibile di creare difficoltà nell'accertamento delle condizioni in base alle quali la residenza può essere considerata «abituale» è quella in cui una persona si sia trasferita in un nuovo paese poco prima della morte.

37. In considerazione di queste possibili difficoltà, durante i lavori preparatori era stata prospettata la possibilità di inserire nel regolamento una definizione precisa del concetto di residenza abituale, ma le proposte fatte in tal senso non vennero alla fine accolte¹¹⁵. La residenza abituale è ormai senza dubbio divenuta il criterio di collegamento più diffuso in materia personale – e in diverse altre materie – nel diritto internazionale privato convenzionale e in quello posto dagli atti dell'Unione europea. Tale nozione non viene, peraltro, mai definita negli strumenti che vi fanno ricorso, proprio perché si tratta di un criterio di fatto, da accettare caso per caso, evitando le rigidità associate alle definizioni legali del concetto di domicilio negli ordinamenti interni¹¹⁶; per lo stesso motivo, anche il regolamento non ne

¹¹³ Si veda il considerando 37, che, dopo aver sottolineato che, affinché «i cittadini possano beneficiare, nel rispetto della certezza del diritto, dei vantaggi offerti dal mercato interno, è necessario che il presente regolamento consenta loro di conoscere in anticipo la legge applicabile alla loro successione», aggiunge che la «regola principale dovrebbe garantire che la successione sia regolata da una legge prevedibile con la quale presenta collegamenti stretti».

¹¹⁴ P. LAGARDE, «La nouvelle Convention de La Haye sur la loi applicable aux successions», *Rev. crit. droit int. privé*, 1989, p. 256; T. BRANDI, *Das Haager Abkommen von 1989 über das auf die Erbfolge anzuwendende Recht*, Berlin, 1996, p. 240.

¹¹⁵ A. BONOMI, «Prime considerazioni sulla proposta di regolamento sulle successioni», *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2010, p. 887; sulle discussioni analoghe che hanno avuto luogo in seno allo *working group* sul progetto di regolamento istituito dal Max-Planck-Institut di Amburgo, vedine i «Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of succession and the creation of a European Certificate of Succession», *RabelsZ*, 2010, p. 605. La possibile vaghezza della nozione era stata sottolineata anche da alcuni parlamenti nazionali nelle osservazioni da essi fatte pervenire alla Commissione ed in particolare il governo britannico, attaccato alla nozione di *domicile* propria dell'ordinamento del suo paese, si era pronunciato a favore dell'inserzione nel testo di una definizione specifica. Similmente nella comunicazione presentata dal ministro britannico della giustizia alla House of Commons una delle questioni ritenute più problematiche concerneva il concetto di residenza abituale: secondo il ministro, il ricorso in materia successoria a questo criterio avrebbe potuto provocare, a causa del suo considerevole grado di incertezza, l'effetto indesiderabile di aumentare le controversie tra le persone interessate. La delegazione del Regno Unito aveva già espresso preoccupazioni analoghe in occasione dei lavori preparatori della Convenzione dell'Aja del 1989: v. J. HARRIS, «The Proposed EU Regulation on Succession and Wills: Prospects and Challenges», *Trust Law International*, 2008, p. 210 ss.; E. LEIN, «A Further Step Towards a European Private International Law Code - The Commission Proposal for a Regulation on Succession», *Yearbook of Priv. Int. Law*, 2009, p. 131, e, sui lavori preparatori della convenzione, P. LAGARDE, «La nouvelle Convention de La Haye sur la loi applicable aux successions», *Rev. crit. droit int. privé*, 1989, p. 254.

¹¹⁶ Il primo testo convenzionale che fece uso della nozione di residenza abituale è la Convenzione dell'Aja del 1902 sulla tutela dei minori; tale criterio venne preferito a quello di domicilio perché l'uso del secondo in riferimento ad un minore appariva poco opportuno e l'aggettivo «abituale» venne aggiunto proprio per conferire maggiore stabilità ad una nozione che non doveva essere confusa con il semplice luogo di soggiorno o dimora: v. il «Rapport» di THORN, in *Actes et documents de la Conférence de droit international privé de La Haye, Troisième session (1900)*, p. 103 («la résidence que ne caractériserait pas la stabilité exprimée par le qualificatif qui a été ajouté, semble impropre à servir de point de départ aux situations juridiques

contiene una definizione. Sono però stati inseriti nel regolamento tre considerando (da 23 a 25) piuttosto particolareggiati che specificano gli elementi di fatto e i criteri principali da prendere in considerazione nell'esame delle fattispecie concrete, soprattutto nei casi che suscitano maggiori dubbi.

38. La soluzione adottata dal regolamento è probabilmente la più ragionevole; il concetto di residenza abituale è stato introdotto nei testi di diritto internazionale privato uniforme, per ovviare alle difficoltà suscite dalla discordanza delle definizioni nazionali di domicilio, come una nozione puramente di fatto, refrattaria in quanto tale ad essere oggetto di una definizione legale precisa e la cui determinazione deve conseguentemente essere sempre compiuta valutando in maniera complessiva le circostanze pertinenti della fattispecie concreta. Si tratta, in sostanza, di stabilire il centro della vita di una persona, tenendo conto della localizzazione preponderante dei suoi interessi di ordine personale, familiare, professionale ed economico, nonché, come è precisato dal considerando 23, effettuando «una valutazione globale delle circostanze della vita del defunto negli anni precedenti la morte e al momento della morte, che tenga conto di tutti gli elementi fattuali pertinenti, in particolare la durata e la regolarità del soggiorno del defunto nello Stato interessato nonché le condizioni e le ragioni dello stesso». Una definizione legale rigida e precisa potrebbe difficilmente essere sufficientemente completa e particolareggiata da includere tutte le situazioni che possono verificarsi nella pratica. Essa presenterebbe dunque inevitabilmente delle lacune e delle difficoltà interpretative, a loro volta potenzialmente suscettibili di indebolire la certezza del diritto, e inoltre, proprio a causa della sua rigidità, potrebbe avere in alcuni casi per effetto di impedire di raggiungere la soluzione preferibile.

39. La flessibilità comportata dalla rinuncia ad una definizione formale della residenza abituale offre, d'altra parte, il vantaggio importante di permettere di affrontare il problema della sua determinazione concreta seguendo un approccio funzionale, cioè adattandone la nozione al contesto in cui il problema di presenta, in maniera da precisarne i contorni secondo le caratteristiche della materia da regolare o della questione particolare da risolvere¹¹⁷.

40. In materia di successioni il principio direttivo enunciato dal considerando 23 del regolamento è che occorre «garantire un criterio di collegamento oggettivo tra la successione e lo Stato membro» interessato e che tale collegamento deve essere «stretto e stabile». I due considerando successivi offrono poi delle indicazioni più precise in merito ad alcune delle situazioni più incerte che abbiamo menzionato¹¹⁸. In particolare, riguardo all'ipotesi in cui il defunto abbia vissuto in maniera alterna in due o più Stati membri dividendo il proprio tempo fra di essi per periodi più o meno equivalenti, il considerando 24 suggerisce di tener conto in via prioritaria, quali elementi di apprezzamento complementari, della

auxquelles elle se trouve mêlée comme élément efficient), e il commento di F. MOSCONI, *La tutela dei minori in diritto internazionale privato*, Milano, 1964, p. 211 ss.

¹¹⁷ Si veda in particolare, nella giurisprudenza interpretativa della Corte di giustizia, la decisione del 2 aprile 2009, A, C-523/07, *Racc.* 2009, p. I-2805 ss., in cui la Corte ha ribadito espressamente il principio, già desumibile da sue precedenti pronunce, che la determinazione del concetto di residenza abituale «deve essere effettuata alla luce del contesto delle disposizioni e dell'obiettivo del regolamento» della cui applicazione si tratta e che, di conseguenza, per «valutare la residenza abituale dei minori» ai fini dell'individuazione dell'autorità competente ad adottare misure provvisorie di protezione degli stessi nell'ambito del regolamento 2201/2003 (Bruxelles II-bis) «non si può direttamente trasporre la giurisprudenza della Corte sulla nozione di residenza abituale relativa ad altri settori del diritto dell'Unione europea» (punti 35 e 36 della decisione). I soli atti di diritto derivato dell'Unione concernenti il diritto internazionale privato che forniscono una definizione precisa della nozione in esame sono il regolamento 593/2008 (Roma I) sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali e il regolamento 864/2007 (Roma II) sulla legge applicabile alle obbligazioni extra-contrattuali, i cui rispettivi artt. 19, par. 2, e 23, par. 2, di identico contenuto, stabiliscono che ai fini della determinazione della legge regolatrice delle obbligazioni alle quali si riferiscono i due atti «per residenza abituale di una persona fisica che agisce nell'esercizio della sua attività professionale si intende la sua sede di attività principale». Viceversa, nel quadro ben differente di una controversia doganale riguardante la spettanza di franchigie fiscali in materia di importazione temporanea di mezzi di trasporto, in cui si doveva determinare la residenza di una persona che divideva la sua vita tra due Stati membri diversi, la Corte ha deciso che, qualora una considerazione globale dei legami personali e professionali del soggetto in questione condotta in funzione di tutti gli elementi di fatto rilevanti non consenta di raggiungere conclusioni univoci, si deve dare preminenza ai legami personali (CGUE 12 luglio 2001, *Louloudakis*, C-262/99, *Racc.* 2001, p. I-5547 ss., punto 60).

¹¹⁸ V. *supra*, par. 36.

sua cittadinanza e del luogo di situazione dei suoi beni principali. Quanto, poi, all'ipotesi in cui «per motivi professionali o economici il defunto fosse andato a vivere all'estero per lavoro, anche per un lungo periodo, ma avesse mantenuto un collegamento stretto e stabile con lo Stato di origine» lo stesso considerando 24 ammette che, se il defunto aveva mantenuto «il centro degli interessi della sua famiglia e della sua vita sociale» nel suo paese di origine, si possa ritenere, alla luce delle circostanze, che vi abbia anche conservato la propria residenza abituale.

41. E' comunque importante che l'accertamento della residenza abituale si fondi sempre sulla valutazione concreta delle circostanze di fatto, con l'esclusione del ricorso a presunzioni che potrebbero rivelarsi basate su elementi arbitrari e finirebbero per modificare l'essenza di questo criterio di collegamento. E' vero che in tal modo potrebbero verificarsi valutazioni contraddittorie, ma esse, rimanendo limitate a casi specifici, non comporterebbero conflitti di principio¹¹⁹. Come si è visto, l'art. 3 della Convenzione dell'Aja nel 1989 prevede invece un sistema complesso, in base al quale la successione viene regolata dalla legge del paese di residenza abituale del defunto se egli aveva altresì la cittadinanza di quello stesso paese o se vi aveva risieduto per almeno cinque anni prima della morte (sempre che non avesse mantenuto legami più forti con il paese di cui era cittadino)¹²⁰; tale soluzione, dettata dalla preoccupazione di conferire maggiore accuratezza alla determinazione dei legami più stretti della fattispecie, è stata però in genere considerata poco soddisfacente dalla dottrina non solo per il carattere rigido e arbitrario del termine minimo quinquennale ma anche per la sua scarsa idoneità a migliorare il grado di certezza del diritto applicabile, data l'impossibilità di stabilire anticipatamente se il suddetto termine giungerà a compimento¹²¹.

42. D'altra parte, deve notarsi che in sede di verifica giurisdizionale, la determinazione della residenza abituale dovrà effettuarsi, anche e prima ancora che ai fini dell'individuazione del diritto applicabile, ai fini dell'accertamento della competenza del giudice adito. Infatti, come si è visto, è proprio al giudice dello Stato membro dell'ultima residenza abituale del defunto che l'art. 4 del regolamento attribuisce in via di principio la competenza a statuire sull'insieme della successione. Non è quindi possibile escludere che alcuni giudici potranno essere portati a valorizzare gli elementi di fatto atti a condurre all'affermazione della sussistenza della propria competenza piuttosto che quelli che dovrebbero suggerirne la negazione. I rischi di *race to the court* tra parti che potrebbero essere interessate al riconoscimento della competenza di autorità giudiziarie di Stati membri diversi e, di riflesso, all'applicazione delle rispettive leggi materiali alla successione, sono quindi tutt'altro che trascurabili. Si tratta peraltro di rischi ineliminabili in quanto insiti nel carattere sia pur relativamente flessibile del criterio di collegamento adottato.

2. La clausola di eccezione

43. Come già accennato¹²², il riferimento alla legge del paese dell'ultima residenza abituale del *de cujus* operato dall'art. 21, par.1, è completato dall'aggiunta di una clausola di eccezione o *Ausweichsklausel*, contenuta nel par. 2 dell'articolo e formulata in termini del tutto classici, secondo cui, qualora, «in via eccezionale, dal complesso delle circostanze del caso concreto, risult(i) chiaramente che, al momento della morte, il defunto aveva collegamenti manifestamente più stretti con uno Stato diverso da quello la cui legge sarebbe applicabile ai sensi del paragrafo 1, la legge applicabile alla successione è la legge di tale altro Stato».

Il carattere almeno relativamente «aperto» e flessibile della nozione di residenza abituale e i conseguenti margini di apprezzamento che la sua applicazione lascia all'interprete inducono peraltro a

¹¹⁹ Come fa notare F. MOSCONI, *La tutela dei minori in diritto internazionale privato*, Milano, 1964, p. 212.

¹²⁰ *Supra*, nota 103.

¹²¹ V. A. DAVÌ, «Riflessioni sul futuro diritto internazionale privato europeo delle successioni», *Riv. dir. int.*, 2005, p. 319; A. BONOMI, «Successions internationales: conflits de lois et de juridictions», *Recueil des cours*, vol. 350 (2010), p. 189.

¹²² Cfr. ancora *supra*, nota 103.

nutrire qualche dubbio sull'opportunità dell'inserimento della disposizione, che era assente nella proposta originaria della Commissione, nel testo definitivo del regolamento. Anzitutto, come alcuni dei primi commentatori del regolamento non hanno mancato di osservare, dal punto di vista concettuale l'indagine diretta all'individuazione della residenza abituale del *de cuius*, intesa come centro della sua vita e dei suoi principali interessi di ordine personale, familiare, professionale ed economico, e quella volta ad accertare la sussistenza di suoi legami particolarmente stretti con un dato paese sono in larga misura sovrapponibili e, di conseguenza, tutt'altro che facilmente distinguibili¹²³. Lo stesso considerando 23 del regolamento precisa, in effetti, che anche per compiere il primo tipo di verifica è necessario «procedere a una valutazione globale delle circostanze della vita del defunto negli anni precedenti la morte e al momento della morte, che tenga conto di tutti gli elementi fattuali pertinenti» in modo da giungere a stabilire l'esistenza di «un legame stretto», oltre che «stabile», con lo Stato così determinato. Ne deriva che, benché il considerando 25 sottolinei l'esigenza di evitare di fare impiego della clausola di eccezione «come criterio di collegamento sussidiario ogni qual volta la determinazione della residenza abituale del defunto al momento della morte risulti complessa» e di limitarsi quindi a ricorrervi soltanto per correggere il risultato di un processo di accertamento della residenza abituale già concluso, la delimitazione tra i rispettivi ambiti di applicazione dei due paragrafi dell'art. 21 si presenta problematica.

44. Ad ogni modo è certo che la presenza della clausola nel regolamento comporta una significativa dilatazione dei margini di discrezionalità offerti all'interprete nell'individuazione del diritto applicabile. Anche sotto questo aspetto l'introduzione nella nuova disciplina europea di questo ulteriore elemento di flessibilità sembra però presentare più inconvenienti che vantaggi. E' certamente vero che l'applicazione della clausola può permettere di arrivare, in un numero di casi peraltro limitato, all'identificazione di una legge che ha con la successione dei legami obiettivamente più stretti di quelli che con essa possiede la legge del paese dell'ultima residenza abituale del defunto. Tuttavia il maggior grado di precisione e di accuratezza di valutazione in tal modo conseguito ha come contropartita una considerevole perdita di prevedibilità del diritto applicabile, suscettibile di provocare a sua volta, specie nelle situazioni che presentano caratteri di internazionalità particolarmente rilevanti, non lievi difficoltà di pianificazione ereditaria, e inoltre di costituire un incentivo alla moltiplicazione delle liti tra aspiranti alla successione. Si tratta di inconvenienti di peso tutt'altro che trascurabile, dal momento che in materia successoria la certezza del diritto rappresenta un valore di importanza fondamentale, come riconosce del resto il considerando 37 dello stesso regolamento, che indica nella necessità di consentire ai cittadini europei «di conoscere in anticipo la legge applicabile alla loro successione» una delle esigenze più essenziali tra quelle che la disciplina di conflitto contenuta nell'atto mira a soddisfare, oltre che la giustificazione principale dell'esercizio dell'azione uniformatrice dell'Unione nel settore. Proprio in considerazione del preminente rilievo di questa esigenza la dottrina internazionale è generalmente sfavorevole all'uso di clausole di eccezione nel campo delle successioni ed è anzi probabile che una delle ragioni prevalenti dell'insuccesso della Convenzione dell'Aja del 1989 consista esattamente nella scarsa misura di prevedibilità della legge applicabile alla successione a titolo obiettivo che essa offre¹²⁴.

¹²³ V., in particolare, per rilievi in proposito, F.M. WILKE, «Das internationale Erbrecht nach der neuen EU-Erbrechtsverordnung», *Recht der internationalen Wirtschaft*, 2012, p. 605; H. DÖRNER, «EuErbVO: Die Verordnung zum Internationalen Erb- und Erbverfahrensrecht ist im Kraft!», *Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge*, 2012, p. 510 s.; P. LAGARDE, «Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions», *Rev. crit. droit int. privé*, 2012, p. 701; G. KHAIRALLAH, «La détermination de la loi applicable à la succession», in *Droit européen des successions internationales* (a cura di G. KHAIRALLAH / M. REVILLARD), Paris, 2013, pp. 49, 53.

¹²⁴ V. ad esempio, per considerazioni critiche al riguardo, tra i commentatori della convenzione, A. von OVERBECK, «La Convention du premier août 1989 sur la loi applicable aux successions pour cause de mort», *Annuaire suisse de droit int.*, 1989, p. 145; T. BRANDI, *Das Haager Abkommen von 1989 über das auf die Erbfolge anzuwendende Recht*, Berlin, 1996, p. 139 ss.; A. DAVÌ, «Riflessioni sul futuro diritto internazionale privato europeo delle successioni», *Riv. dir. int.*, 2005, p. 319; A. BONOMI, «Successions internationales: conflits de lois et de juridictions», *Recueil des cours*, vol. 350 (2010), p. 189 s. Anche le prime reazioni della dottrina all'inserimento della clausola di eccezione nel regolamento si presentano poco favorevoli: v., in particolare, F.M. WILKE, «Das internationale Erbrecht nach der neuen EU-Erbrechtsverordnung», *Recht der internationalen Wirtschaft*, 2012, p. 605; F. BOULANGER, «Révolution juridique ou compromis en trompe-l'oeil? A propos du nouveau règlement européen sur les successions internationales», *JCP Semaine jur.*, éd. gén., 2012, n. 42, p. 1122, par. 6.

45. Si deve d'altra parte rilevare che, nelle ipotesi, che saranno naturalmente le più frequenti, in cui il tribunale richiesto di pronunciare sulla successione assuma competenza sulla base del criterio di ordine generale dell'ultima residenza abituale del *de cuius* stabilito dall'art. 4, la messa in opera della clausola di eccezione produrrà inevitabilmente l'effetto collaterale di determinare il venir meno della coincidenza tra *forum* e *jus* che l'adozione di quel criterio permette di norma di realizzare. Date le difficoltà, spesso sensibilmente più elevate, come si è visto¹²⁵, di quelle esistenti in altri campi, che presenta l'applicazione del diritto straniero in materia successoria, si ha in ciò senza dubbio un inconveniente addizionale che l'impiego di tale strumento è suscettibile di causare. Ma proprio per questo motivo si può presumere che i giudici degli Stati membri si mostreranno ancor più reticenti a farvi ricorso di quanto non sia comunque già richiesto dal carattere di eccezionalità che deve sempre avere la sua utilizzazione e tenteranno invece di affrontare e risolvere il più possibile il problema dell'individuazione del paese con cui il defunto aveva i legami più stretti nel quadro dell'interpretazione della nozione di residenza abituale. Potrebbe quindi risultarne una ulteriore riduzione nella pratica dei casi di sfruttamento delle potenzialità applicative della clausola.

46. E' peraltro da attendersi che la più gran parte delle concrete applicazioni della clausola in questione verrà effettuata a favore della legge di un paese in cui il defunto aveva risieduto abitualmente prima di acquistare la sua ultima residenza abituale in un paese diverso, soprattutto qualora il trasferimento della sua residenza nel secondo fosse di poco anteriore al momento della morte e, appunto in ragione della brevità del tempo trascorso, egli avesse ancora dei collegamenti di maggior consistenza con il primo¹²⁶. E' in effetti difficile supporre che il *de cuius* possa aver avuto i suoi legami più stretti con un paese in cui non abbia mai risieduto o nel quale abbia cessato di risiedere da lungo tempo ed è comunque significativo che l'ipotesi appena indicata costituisca l'unico esempio di possibile utilizzazione della clausola addotto dal considerando 25 del regolamento.

D'altro canto, proprio le caratteristiche che presenta l'esempio riferito permettono di ricostruire le motivazioni principali che probabilmente si trovano alla base dell'introduzione di questo strumento di flessibilizzazione nel regolamento. Si tratta essenzialmente del concorso di due differenti esigenze. Da un lato la preoccupazione del Regno Unito, attaccato alla tradizionale nozione di *domicile* propria del suo sistema giuridico, la quale, come noto, è notevolmente più stabile di quella di residenza abituale, che i suoi cittadini andati a trascorrere gli ultimi anni delle loro vite in paesi che godono di più favorevoli condizioni climatiche possano trovarsi ad aver rimessa in causa la loro pianificazione ereditaria anteriore, a volte senza esserne neppure consapevoli¹²⁷. D'altro lato il timore manifestato dai governi di altri Stati membri, e in qualche modo di segno opposto, specialmente nei rapporti tra paesi di diritto continentale che ammettono il diritto alla riserva ereditaria e paesi di *common law* che non riconoscono l'esistenza di tale diritto, che un cambiamento di residenza in un momento prevedibilmente prossimo alla fine della vita del *de cuius* possa essere effettuato dal medesimo al fine di eludere le pretese dei legittimari.

Non sembra peraltro che a questo insieme di preoccupazioni possa essere facilmente attribuito un rilievo tanto decisivo da indurre a considerarlo prevalente, in una valutazione comparativa dei costi e dei benefici, sulla perdita di certezza del diritto applicabile e sugli altri inconvenienti provocati dall'introduzione della clausola di eccezione nel regolamento. Quelle del secondo tipo sono probabilmente piuttosto esagerate, oltre che per ragioni di ordine più generale che verranno indicate tra breve¹²⁸, anche perché il trasferimento della residenza in un paese straniero comporta di solito modificazioni delle con-

¹²⁵ Cfr. *supra*, par. 27.

¹²⁶ V. i rilievi svolti in proposito da D. SOLOMON, «Die Renaissance des Renvoi im Europäischen Privatrecht», in *Liber Amicorum Klaus Schurig*, München, 2012, p. 257.

¹²⁷ Come riportato da P. LAGARDE, «La nouvelle Convention de La Haye sur la loi applicable aux successions», *Rev. crit. droit int. privé*, 1989, p. 256, già nel corso dei lavori preparatori della Convenzione dell'Aja preoccupazioni di questo tipo erano state espresse dalla delegazione inglese. Motivazioni analoghe su trovano del resto alla base della proposta avanzata, durante i lavori preparatori del regolamento, nella dottrina di quel paese da J. HARRIS, «The Proposed EU Regulation on Succession and Wills: Prospects and Challenges», *Trust Law International*, 2008, p. 212, di introdurre un'eccezione al principio della sottoposizione della successione alla legge del paese dell'ultima residenza abituale del *de cuius* nell'ipotesi in cui questi sia «manifestly more closely connected to another State where he has previously resided».

¹²⁸ V. *infra*, par. 57.

dizioni di vita di un soggetto talmente radicali da rendere difficile immaginare che esso possa essere frequentemente utilizzato come espediente per raggiungere un obiettivo che sarebbe il più delle volte conseguibile con mezzi di più facile attuazione (ad esempio, vendita di beni e trasformazione del loro valore in denaro liquido, suscettibile di essere più facilmente sottratto od occultato, intestazione reale o fittizia a terzi, ecc.). Comunque, almeno nei casi più gravi, il rimedio dell'ordine pubblico e, negli ordinamenti giuridici degli Stati membri che lo prevedono, quello della frode alla legge sono disponibili. Quelle del primo tipo possono trovare una risposta sufficiente nella possibilità offerta dal regolamento di ricorrere alla *professio juris*. Questa presenta in effetti, rispetto alla clausola di eccezione, l'importante vantaggio di permettere di conciliare pienamente le due esigenze, in larga misura contrastanti, della flessibilità della regolamentazione e della certezza del diritto applicabile¹²⁹, mentre la soddisfazione che può dare l'impiego della clausola di eccezione alla prima esigenza si accompagna inevitabilmente al sacrificio della seconda.

VIII. La *professio juris*

1. La facoltà di scelta della legge nazionale

47. L'adozione da parte del regolamento del criterio di collegamento dell'ultima residenza abituale del *de cuius* si fonda, come si è visto, sulla ragionevole presunzione che tale criterio consenta in un elevato numero di casi di individuare la legge che obiettivamente presenta i più stretti legami con la successione. Nonostante che questa ipotesi possa essere considerata *a priori* come la più probabile, resta però un certo spazio per la possibilità che la persona del *de cuius*, come pure altri rilevanti elementi della vicenda successoria, abbiano in realtà collegamenti di maggiore consistenza con la legge di uno Stato diverso. Ciò può avvenire specialmente riguardo alla successione di persone che, per ragioni professionali o di altra natura, cambiano frequentemente paese di residenza o di persone che, pur avendo trasferito la propria residenza in un paese straniero, abbiano tuttavia mantenuto legami prevalenti, di carattere non soltanto psicologico e affettivo ma spesso anche materiale ed economico, con il loro paese di origine o con quello di una precedente residenza di più lunga durata. Dal punto di vista della ricerca della migliore localizzazione della fattispecie da disciplinare il criterio dell'ultima residenza abituale del defunto presenta quindi, al pari del resto di qualsiasi altro criterio di collegamento astrattamente predeterminato e legislativamente imposto, margini di approssimazione e di arbitrarietà non indifferenti. Al fine di accrescere l'adattabilità della disciplina di conflitto alle caratteristiche del caso di specie e di permettere il raggiungimento di soluzioni più conformi alle aspettative e alle esigenze delle parti interessate il regolamento aggiunge alla previsione della clausola di eccezione – la cui applicazione, oltre a non essere del tutto scevra di inconvenienti, deve comunque rimanere ristretta ad ipotesi, come indica il suo stesso nome, eccezionali – l'ulteriore strumento di flessibilizzazione rappresentato dal riconoscimento al *de cuius* di una sia pur limitata facoltà di scelta del diritto applicabile alla sua successione.

48. Il riconoscimento di un certo grado di autonomia della volontà in materia successoria, fino a pochi decenni or sono estraneo alla grande maggioranza dei sistemi nazionali di conflitto¹³⁰, incontra

¹²⁹ Su questa caratteristica dell'autonomia della volontà nel diritto internazionale privato v., da un punto di vista generale, M. GIULIANO, «La loi d'autonomie: le principe et sa justification théorique», *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1979, p. 234 s.; S. STOJANOVIĆ, *Die Parteiautonomie und der internationale Entscheidungseinklang*, Zürich, 1983, p. 31 ss.; con riferimento alla esigenze specifiche del diritto internazionale privato dell'Unione europea, A. DUTTA, «Succession and Wills in the Conflict of Laws on the Eve of Europeanisation», *RabelsZ*, 2009, p. 571 s.; A. DAVÌ, «Le renvoi en droit international privé contemporain», *Recueil des cours*, vol. 352 (2010), p. 330 ss. Il rilievo ora esposto si applica peraltro soltanto alla *professio juris* espressa e non anche a quella «implicita», introdotta nel regolamento con un discutibile emendamento della proposta originaria della Commissione, che in molti casi non è un vero atto di consapevole scelta di legge ma finisce piuttosto per risolversi in una sorta di finzione giuridica e comunque presenta rischi per la certezza del diritto comparabili a quelli che comporta la clausola di eccezione (v. al riguardo *infra*, par. 58).

¹³⁰ L'eccezione di maggior rilievo è rappresentata dal diritto svizzero, ove esso può vantare una tradizione risalente al *Niedergelassenen- und Aufenthalter Gesetz* (NAG) del 1891 ed è stato confermato dagli artt. 90, 91 e 95 della legge di diritto

oggi crescente successo nelle legislazioni in conformità alla generale tendenza del diritto internazionale privato contemporaneo verso la liberalizzazione ma anche in considerazione degli obiettivi vantaggi che presenta. Possibilità più o meno ampie di scelta di legge sono previste dalle codificazioni recenti di vari Stati membri dell'Unione¹³¹ e inoltre l'art. 5 della Convenzione dell'Aja del 1989, seppure consentendo agli Stati contraenti l'apposizione di due diversi tipi di riserve, lascia al *de cuius* la libertà di sottoporre la propria successione alla legge della cittadinanza oppure della residenza da lui possedute al momento della designazione o al momento della morte. Importanti impulsi a questi sviluppi sono stati dati anche dalle prese di posizione in favore dell'attribuzione alle persone interessate di una facoltà di opzione tra il proprio diritto nazionale e quello del paese del domicilio venute da consensi ed istituzioni scientifiche internazionali quali l'Unione internazionale del notariato latino¹³² e, in due occasioni (sessioni di Nizza del 1967 e del Cairo del 1987), l'*Institut de droit international*¹³³. L'art. 22 del regolamento, consentendo al *de cuius* di optare per l'applicazione alla sua successione della legge del paese – o, qualora sia un pluricittadino, di uno dei paesi – di cui ha, o avrà al momento della morte, la cittadinanza (in luogo della legge, che sarebbe applicabile a titolo oggettivo, del paese in cui risiederà in tale momento), si colloca nel solco del suddetto orientamento. La disposizione richiede però che l'opzione si riferisca all'intera successione, escludendo quindi l'ammissibilità di scelte di legge parziali¹³⁴.

49. Oltre ad evitare il rischio della sottoposizione della successione ad una legge che non presenta con essa che deboli legami e ad offrire al *de cuius* la possibilità di organizzare la trasmissione del proprio patrimonio sulla base di una regolamentazione materiale il cui contenuto potrebbe meglio rispondere alle sue esigenze, la soluzione accolta dal regolamento ha l'ulteriore vantaggio, almeno altrettanto importante, di permettere di sottrarre la pianificazione ereditaria alla condizione di precarietà ed incertezza che inevitabilmente comporta l'adozione di un criterio di collegamento per sua natura destinato a rimanere indeterminato ed indeterminabile fino al decesso dell'interessato come quello dell'ultima residenza abituale. Nel quadro di una disciplina di conflitto creata con un regolamento dell'Unione europea, vale a dire con uno strumento di diritto internazionale privato uniforme che vincola un rilevante numero di Stati, il grado di certezza e di stabilità della legge regolatrice che la *professio juris* consente di ottenere è del resto considerevolmente accresciuto dalla garanzia del riconoscimento della sua

internazionale privato del 1987. Per ampie indicazioni di carattere storico-comparato v. P. DE CESARI, *Autonomia della volontà e legge regolatrice delle successioni*, Padova, 2001, p. 65 ss.

¹³¹ Si tratta in particolare di Belgio, Bulgaria, Estonia, Finlandia, Italia, Paesi Bassi, Romania e, limitatamente alla possibilità di sottoporre alla legge del paese del foro la successione relativa agli immobili ivi situati, Germania. I diritti inglese e portoghese assoggettano l'interpretazione del testamento alla legge designata espressamente o implicitamente dal testatore. Per più ampie indicazioni di diritto comparato v. A. DUTTA, «*Succession and Wills in the Conflict of Laws on the Eve of Europeanisation*», *RabelsZ*, 2009, p. 569 s.; A. BONOMI, «*Le choix de la loi applicable à la succession dans la proposition de règlement européen*», in *Successions internationales. Réflexions autour du futur règlement européen et de son impact pour la Suisse* (a cura di A. BONOMI / C. SCHMID), Zurich, 2010, p. 28 ss., e «*Successions internationales: conflits de lois et de juridictions*», *Recueil des cours*, vol. 350 (2010), p. 202 ss.

¹³² Settimo Congresso di Bruxelles del 1963: v. al riguardo il commento di F. RIGAUX, *Rev. crit. droit int. privé*, 1964, p. 168 ss.

¹³³ Risoluzioni su «*La succession testamentaire en droit international privé*», *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1967, vol. II, p. 558, e su «*La dualité des principes de nationalité et de domicile en droit international privé*», *ibid.*, 1987, vol. II, p. 292.

¹³⁴ La limitazione è dovuta principalmente alla preoccupazione di evitare le complicazioni e gli inconvenienti suscettibili di essere provocati dalla scissione della successione e per questo motivo la sua introduzione nella disciplina che sarebbe stata data dal futuro regolamento alla *professio juris* era stata raccomandata dallo studio preparatorio redatto, su richiesta della Commissione, dal Deutsches Notarinstitut, in *Les successions internationales dans l'UE: perspectives pour une harmonisation*, Würzburg, 2004, p. 106 (e v. anche, nello stesso senso, in dottrina A. DAVÌ, «*L'autonomie de la volonté en droit international privé des successions dans la perspective d'une future réglementation européenne*», *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2004, p. 481 s.; A. BONOMI, «*Successions internationales: conflits de lois et de juridictions*», *Recueil des cours*, vol. 350 (2010), p. 241 s.). Tuttavia a determinare tale restrizione può avere altresì contribuito il desiderio di circoscrivere il più possibile il pericolo di abusi. In favore del conferimento al *de cuius* della facoltà di sottoporre la successione relativa a uno o alcuni beni immobili alla legge del paese della loro rispettiva situazione, al fine di facilitare l'amministrazione e la liquidazione della successione e, in particolare il coordinamento tra statuto successorio e statuto reale del bene, si erano invece espressi A. DUTTA, «*Succession and Wills in the Conflict of Laws on the Eve of Europeanisation*», *RabelsZ*, 2009, p. 577 s., e il commento alla proposta di regolamento del 2009 del Max-Planck-Institut, *ibid.*, pp. 609 s., 613.

efficacia in tutti gli Stati in cui il regolamento si applica. In effetti è soltanto rispetto alle successioni che presentano elementi di contatto anche con paesi terzi, e riguardo alle quali le autorità giurisdizionali di tali paesi siano quindi dotate di competenza concorrente, che la *professio*, ove non ammessa (o ammessa in termini discordanti) dai rispettivi sistemi di conflitto, non assicura il raggiungimento in tutti i casi di risultati uniformi¹³⁵.

Dal punto di vista più specifico delle esigenze dello sviluppo del processo di integrazione la previsione nel regolamento di questa facoltà di scelta comporta inoltre i vantaggi di ordine politico e pratico cui si è già accennato e in considerazione dei quali l'attribuzione di uno spazio significativo all'autonomia conflittuale delle parti interessate è ormai divenuta una delle caratteristiche salienti del sistema di diritto internazionale privato europeo in via di costruzione¹³⁶. Ad essi può ancora aggiungersi che, nel corso dei negoziati svoltisi nella fase di elaborazione del regolamento, il riconoscimento al *de cujus* della possibilità di optare per l'applicazione della legge dello Stato di cui è cittadino ha contribuito a facilitare l'accettazione di una regolamentazione basata sull'adozione a titolo principale del criterio di collegamento della residenza da parte dei numerosi Stati membri tradizionalmente fautori del principio della nazionalità anche in materia successoria¹³⁷.

50. La facoltà di opzione in favore della legge nazionale è disciplinata dall'art. 22 del regolamento in maniera decisamente liberale dal momento che la disposizione consente alle persone che hanno più cittadinanze di scegliere la legge del paese di una qualunque di queste e permette altresì di scegliere la legge del paese di una cittadinanza non posseduta al momento della designazione purché la si possieda al momento dell'apertura della successione. Entrambe le previsioni, assenti nella proposta originaria della Commissione, sono state introdotte in una fase successiva dei lavori preparatori del regolamento¹³⁸.

La prima soluzione può vantare a suo sostegno validi argomenti e trova del resto corrispondenza, oltre che nell'art. 5 della Convenzione dell'Aja, anche in alcune disposizioni legislative nazionali¹³⁹. Rispetto alla soluzione opposta, consistente nel permettere la sola scelta della legge del paese della cittadinanza «più effettiva», vale a dire quella del paese con cui l'interessato ha i più intensi legami, essa si presenta anzitutto più consona all'idea di fondo che sottostà in generale alle regole di conflitto che fanno ricorso a una pluralità di criteri di collegamento di carattere alternativo o, come nel caso presente, facoltativo, ossia all'idea di rinunciare alla ricerca del collegamento più stretto della fattispecie e di accettare invece come sufficiente un collegamento suscettibile di essere ritenuto comunque ragionevol-

¹³⁵ Cfr. in proposito l'analisi svolta da A. BONOMI, «Successions internationales: conflits de lois et de juridictions», *Recueil des cours*, vol. 350 (2010), p. 212 ss., il quale mette in particolare in rilievo che, nei rapporti tra sistemi di conflitto reciprocamente indipendenti e dei quali soltanto uno o alcuni ammettano la *professio juris*, essa ha maggiori possibilità di esercitare un'utile funzione di coordinamento – e assicurare quindi l'unità e la certezza del diritto applicabile quale che sia l'autorità nazionale chiamata a statuire sulla successione – qualora i sistemi di conflitto interessati adottino criteri di collegamento oggettivi diversi che qualora essi ne impieghino invece uno identico, dato che in quest'ultimo caso solo l'accoglimento del rinvio da parte di quelli che non ammettono la *professio* può intervenire, ricorrendone i presupposti, a ristabilire l'uniformità di regolamentazione.

¹³⁶ Cfr. *supra*, par. 33, e v. anche, sugli effetti benefici che la stabilità e la prevedibilità del diritto applicabile alla successione garantite dalla *professio juris* sono suscettibili di produrre sull'esercizio delle libertà di circolazione e di stabilimento dei cittadini europei nello spazio dell'Unione, A. DUTTA, «Succession and Wills in the Conflict of Laws on the Eve of Europeanisation», *RabelsZ*, 2009, p. 571 ss., e A. BONOMI, «Le choix de la loi applicable à la succession dans la proposition de règlement européen», in *Successions internationales. Réflexions autour du futur règlement européen et de son impact pour la Suisse* (a cura di A. BONOMI / C. SCHMID), Zurich, 2010, p. 33.

¹³⁷ Analogamente, durante i lavori preparatori della Convenzione dell'Aja, la scelta di ammettere la *professio juris*, sebbene essa costituisse allora una novità di notevole rilievo per quasi tutti gli Stati membri della Conferenza, venne fatta, tra l'altro, anche con un obiettivo di conciliazione delle posizioni opposte degli Stati rispettivamente seguaci dei principi della nazionalità e della residenza: cfr. al riguardo T. BRANDI, *Das Haager Abkommen von 1989 über das auf die Erbfolge anzuwendende Recht*, Berlin, 1996, p. 291.

¹³⁸ La seconda è stata anzi aggiunta all'ultimo momento dato che non figurava neppure nel testo presentato dalla presidenza del Consiglio il 12 dicembre 2011 (documento 18475/11 ADD 1 GIUSTCIV 356 CODEC 2397), che costituiva il risultato di un accordo generale ormai raggiunto in seno a quell'organo ed era stato inoltre informalmente concordato anche con il Parlamento europeo.

¹³⁹ V. in particolare l'art. 90 della legge svizzera di diritto internazionale privato e l'art. 79 del codice di diritto internazionale privato belga.

mente adeguato¹⁴⁰. Inoltre, sotto il profilo pratico, la necessità di determinare la cittadinanza più effettiva dell'autore della scelta – spesso, in sede di verifica postuma della validità ed efficacia di quest'ultima, a vari anni di distanza dal momento del suo compimento – avrebbe messo seriamente a repentaglio la certezza del diritto applicabile, che, come si è visto, rappresenta proprio uno dei principali obiettivi che la previsione nel regolamento della *professio juris* mira a realizzare. Va infine tenuto presente che l'eventuale residenza abituale del pluricittadino in uno dei suoi Stati nazionali costituisce di norma l'elemento fondamentale da prendere in considerazione ai fini dell'individuazione della sua cittadinanza più effettiva¹⁴¹. Poiché d'altra parte la legge applicabile alla successione a titolo oggettivo è quella del paese dell'ultima residenza abituale del defunto, ne deriva che l'esclusione nel regolamento della facoltà di designare la legge di un paese nazionale diverso da quello nel quale si risiede al momento della designazione avrebbe notevolmente ridotto l'utilità della *professio*, limitandola quasi soltanto ai casi in cui l'interessato abbia intenzione o preveda di trasferire la propria residenza all'estero.

Comunque, anche in assenza di questa precisazione nel regolamento, almeno nell'ipotesi in cui una o più delle cittadinanze concorrentemente possedute fossero cittadinanze di paesi membri dell'Unione, un'interpretazione tendente a restringere la possibilità di avvalersi a volontà di ciascuna di esse sarebbe stata incompatibile con la consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia, che nega l'ammis-sibilità sia del rifiuto di riconoscere gli effetti del loro possesso nei rapporti tra paesi membri sia dell'introduzione di qualsiasi ordine di preferenza tra le stesse¹⁴². E' peraltro vero che la soluzione liberale adottata dal regolamento può consentire la scelta della legge di uno Stato con cui l'interessato non abbia mantenuto che scarsi legami, come ad esempio è avvenuto nel noto caso svizzero *Hirsch c. Cohen*¹⁴³.

51. Quanto alla seconda previsione, l'utilità dell'attribuzione al *de cujus* della facoltà di optare per l'applicazione della legge di una cittadinanza che egli non possiede ancora al momento della designazione ma che prevede o spera di acquistare in futuro (e naturalmente di continuare a possedere al momento della morte) non è *prima facie* evidente, nonostante che anche questa possibilità sia ammessa dall'art. 5 della Convenzione dell'Aja nonché da qualche rara legge nazionale recente¹⁴⁴. Da essa do-

¹⁴⁰ Cfr. A. Davì, «L'autonomie de la volonté en droit international privé des successions dans la perspective d'une future réglementation européenne», *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2004, p. 481.

¹⁴¹ V., ad esempio, in tal senso l'art. 5 della legge d'introduzione al codice civile tedesco (EGBGB).

¹⁴² Si vedano in particolare le decisioni del 7 luglio 1992, *Micheletti*, C-369/90, *Racc.* 1992, p. I-4239, punto 10, del 2 ottobre 2003, *Garcia Avello*, C-148/02, *Racc.*, 2003, p. I-11613, punto 28, e del 16 luglio 2009, *Hadadi*, C-168/08, *Racc.* 2009, p. I-6871, punti 51-54. Alla luce di questa giurisprudenza la diversa soluzione accolta dal regolamento 1259/2010 relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale (c. d. regolamento Roma III), il cui considerando 22 rimette al diritto interno degli Stati membri la disciplina dei casi di concorso di cittadinanze, ma con la precisazione che tale disciplina deve comunque assicurare il «pieno rispetto dei principi generali dell'Unione europea», acquista un sapore almeno indirettamente discriminatorio nei confronti delle cittadinanze dei paesi terzi. Le numerose disposizioni contenute nelle leggi di diritto internazionale privato dei paesi membri che regolano il concorso tra la cittadinanza del foro e una o più cittadinanze straniere attribuendo automatica prevalenza alla prima possono infatti continuare ad essere applicate in materia di divorzio e separazione personale nella sola ipotesi in cui le cittadinanze straniere che vengono in considerazione siano quelle di un paese non membro dell'Unione. Una soluzione del genere, a prescindere dalla sua discriminatorietà sostanzialmente ingiustificata e poco compatibile con le esigenze di una equilibrata regolamentazione dei conflitti di leggi, si sarebbe prestata male ad essere estesa alla materia delle successioni anche in ragione dell'impossibilità di determinare con certezza al momento della *professio* il futuro Stato del foro.

¹⁴³ Sentenza del Tribunale federale del 17 agosto 1976, *Arrêts du Tribunal fédéral*, vol. 102, II, p. 136 ss. Si trattava della *professio juris* fatta in favore della propria legge nazionale inglese da un *de cujus* in origine cittadino tedesco, rifugiatosi a seguito di persecuzioni razziali in Gran Bretagna, dove aveva vissuto per un periodo di tempo relativamente breve divenendone però cittadino e successivamente trasferitosi, ormai da venti anni, in Svizzera, il quale si era avvalso della scelta della legge inglese, con cui non aveva peraltro conservato alcun rapporto, onde diseredare, a vantaggio della seconda moglie, la figlia e i nipoti, tutti cittadini svizzeri e residenti nello stesso paese. La decisione del Tribunale escluse la contrarietà all'ordine pubblico svizzero dell'assenza nel diritto inglese, reso in tal modo applicabile, di norme protettive dei legittimari. In un ordine di idee sostanzialmente analogo, benché in un settore diverso, la Corte di giustizia dell'Unione europea ha affermato, nella sentenza relativa al caso *Hadadi* menzionata alla nota precedente, la piena legittimità della scelta dell'attore, doppio cittadino francese e ungherese al pari della moglie insieme a cui risiedeva da molti anni in Francia, di introdurre nei confronti di essa una domanda di divorzio in Ungheria facendo valere il criterio di competenza giurisdizionale della cittadinanza comune dei coniugi stabilito dall'art. 3, par. 1, lett. b), del regolamento 2201/2003 (Bruxelles II-bis).

¹⁴⁴ V. ad esempio l'art. 79 del codice di diritto internazionale privato belga.

vrebbero poter trarre giovamento soprattutto le persone che, pur avendo perso, a seguito di trasferimento della residenza all'estero, la cittadinanza del paese di origine, con il quale abbiano però conservato degli stretti legami, si ripromettano di farvi ritorno contando di riacquistare per effetto del rimpatrio la cittadinanza perduta e non desiderino attendere fino a quel momento per pianificare la loro successione¹⁴⁵. Il fatto che l'efficacia di un atto di designazione di tal genere dipende da una condizione che deve ancora avverarsi lascia peraltro sussistere degli spazi di incertezza che dovrebbero suggerire a chi intenda avvalersi di questa facoltà una particolare cautela¹⁴⁶.

52. Non sembra infine dubbio che nell'ipotesi inversa, in cui la scelta validamente operata della legge di un paese del quale il *de cujus* aveva la cittadinanza al momento della designazione venga seguita dalla perdita della cittadinanza in questione, la scelta effettuata rimanga comunque efficace. Una diversa interpretazione sarebbe infatti incompatibile sia con il tenore letterale dell'art. 22, che permette di scegliere alternativamente la legge di un paese di cui l'autore della *professio* «ha la cittadinanza al momento della scelta o al momento della morte», sia con le finalità di garanzia della stabilità e della certezza del diritto applicabile alla successione che stanno alla base dell'ammissione nel regolamento della facoltà di opzione¹⁴⁷.

53. Nonostante lo spiccato orientamento di favore per l'autonomia conflittuale dei privati che, come si è visto¹⁴⁸, caratterizza in generale il diritto internazionale privato europeo, il regolamento non ammette invece che la *professio juris* possa avere ad oggetto la legge del paese della residenza abituale posseduta al momento della designazione. L'esclusione di tale possibilità, peraltro riconosciuta dall'art. 5 della Convenzione dell'Aja come pure da qualcuna delle legislazioni degli Stati membri¹⁴⁹, è giustificata dal considerando 38 del regolamento con la duplice esigenza di «assicurare un collegamento tra il defunto e la legge scelta e di evitare che una legge sia scelta nell'intento di frustrare le aspettative legittime di persone aventi diritto ad una quota di legittima». Si tratta di giustificazioni non molto persuasive e, del resto, nel corso dei lavori preparatori del regolamento l'opportunità di rendere disponibile all'autore

¹⁴⁵ A questa ipotesi sembra riferirsi, in effetti, anche lo studio redatto nel 2002 su richiesta della Commissione dal Deutsches Notarinstitut già ricordato, in *Les successions internationales dans l'UE: perspectives pour une harmonisation*, Würzburg, 20, p. 104 («Cette possibilité tient compte des intérêts d'un défunt qui continue d'être étroitement lié à l'ordre juridique de son pays national»).

¹⁴⁶ V. F.M. WILKE, «Das internationale Erbrecht nach der neuen EU-Erbrechtsverordnung», *Recht der int. Wirtschaft*, 2012, p. 605 s., il quale osserva che un possibile esppediente per ridurre i rischi che presenta questo tipo di scelta di una legge nazionale futura consiste nell'evitare di indicare la legge di uno Stato determinato limitandosi ad effettuare un riferimento generico alla legge nazionale che l'autore della designazione avrà al momento della morte, sempre che naturalmente l'interessato abbia sufficiente conoscenza dei rispettivi contenuti delle diverse leggi che potrebbero venire in considerazione a tale titolo e sia soddisfatto dei risultati che l'applicazione di ognuna di esse produrrebbe. Va ancora aggiunto che la possibilità offerta dall'art. 22 di scegliere sia la legge nazionale posseduta al momento della *professio*, sia quella posseduta al momento dell'apertura della successione, dovrebbe comunque suggerire di non limitarsi in nessun caso a dichiarare la volontà di assoggettare la successione alla propria legge nazionale senza precisare a quale dei due momenti si intenda riferirsi, dato che un cambiamento di cittadinanza non previsto al momento dell'atto renderebbe impossibile identificare poi con certezza il vero oggetto della designazione, con la conseguenza dell'inefficacia di quest'ultima e della sottoposizione della successione alla legge ordinariamente applicabile a titolo obiettivo secondo le altre disposizioni del regolamento: v. i rilievi fatti in proposito da A. WYSOCKA, «How can a valid *professio iuris* be made under the EU Succession Regulation?», *Nederlands int. privaatrecht*, 2012, p.570.

¹⁴⁷ V. per rilievi in proposito A. BONOMI, «Prime considerazioni sulla proposta di regolamento sulle successioni», *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2010, p. 895. Alcune leggi nazionali accolgono tuttavia la soluzione contraria al fine di evitare l'applicazione alla successione di una legge con cui il *de cujus* non possegga più un legame attuale e soprattutto di ridurre il rischio di abusi. In particolare, l'art. 90 della legge svizzera di diritto internazionale privato consente agli stranieri domiciliati in Svizzera di optare per l'applicazione della legge di uno Stato di cui essi sono cittadini ma stabilisce la perdita di efficacia della designazione se al momento della morte essi hanno perduto la cittadinanza dello Stato del quale avevano scelto la legge o hanno acquistato la cittadinanza svizzera. Analogamente l'art. 46 della legge di diritto internazionale privato italiana, che adotta la cittadinanza come criterio di collegamento obiettivo, ammettendo tuttavia la possibilità di optare per l'applicazione della legge del paese della residenza che si ha al momento della designazione, dispone che quest'ultima è priva di effetto se al momento della morte l'autore della *professio* non risiede più in tale paese.

¹⁴⁸ Cfr. *supra*, par. 48.

¹⁴⁹ V., in particolare, l'art. 79 del codice di diritto internazionale privato belga e il cap. 26, sez. 6, della legge finlandese sulle successioni, in vigore dal 2002, che ammette altresì la scelta della legge applicabile al regime matrimoniale del *de cujus*.

della *professio* anche questa alternativa era stata messa in rilievo sia dallo studio redatto, su richiesta della Commissione, dal Deutsches Notarinstut in collaborazione con i professori Dörner e Lagarde¹⁵⁰, sia dalla dottrina pressoché unanime¹⁵¹.

54. Al riguardo va osservato anzitutto che non può certo escludersi che il paese ove il *de cuius* risiede abitualmente al momento dell'esercizio della facoltà di opzione sia proprio quello con il quale l'interessato e la sua successione hanno obiettivamente i più stretti legami, in particolare in raffronto a quelli che potrebbero crearsi con il paese di una futura residenza prevedibilmente destinata ad avere breve durata oppure alla tenuità di quelli che il *de cuius* potrebbe avere mantenuto con il suo o con uno dei suoi paesi nazionali, della cui legge tuttavia il regolamento permette sempre la scelta¹⁵². D'altronde la stessa previsione della clausola di eccezione nell'art. 21 del regolamento ha, come si è visto, il principale obiettivo di rendere possibile l'applicazione della legge di una residenza abituale anteriore a quella del paese dell'ultima residenza abituale del defunto nei casi in cui egli abbia un collegamento manifestamente più stretto con il primo paese¹⁵³.

55. Quanto al rischio che la designazione della legge del paese di una residenza solo transitorialmente posseduta, o nel quale il trasferimento della residenza sia stato addirittura effettuato ad arte, venga utilizzata per frustrare le aspettative ereditarie dei legittimari, l'esperienza dei sistemi che ammettono questa facoltà di scelta sembra dimostrare che esso è in realtà piuttosto limitato, dato che simili impieghi della *professio juris* si sono rivelati nella pratica assai poco frequenti¹⁵⁴. A contrastare eventuali abusi avrebbe quindi potuto probabilmente essere ritenuta sufficiente la possibilità di ricorrere all'ordine pubblico o, nella misura in cui il diritto dell'Unione e quello dello Stato membro implicato lo consentano,

¹⁵⁰ «Étude de droit comparé sur les règles de conflits de juridictions et de conflits de lois relatives aux testaments et successions dans les Etats membres de l'Union européenne», in *Les successions internationales dans l'UE: perspectives pour une harmonisation*, Würzburg, 2004, p. 105.

¹⁵¹ V. A. DAVÌ, «L'autonomie de la volonté en droit international privé des successions dans la perspective d'une future réglementation européenne», *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2004, p. 475 ss.; *Id.*, «Riflessioni sul futuro diritto internazionale privato europeo delle successioni», *Riv. dir. int.*, 2005, p. 320 ss.; A. DUTTA, «Succession and Wills in the Conflict of Laws on the Eve of Europeanisation», *RabelsZ*, 2009, p. 569 ss; E. LEIN, «A Further Step towards a European Code of Private International Law. The Commission Proposal for a Regulation on Succession», *Yearbook of Priv. Int. Law*, 2009, p. 131 ss.; A. BONOMI, «Prime considerazioni sulla proposta di regolamento sulle successioni», *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2010, p. 896 s., 914; *Id.*, «Le choix de la loi applicable à la succession dans la proposition de règlement européen», in *Successions internationales. Réflexions autour du futur règlement européen et de son impact pour la Suisse* (a cura di A. BONOMI / C. SCHMID), Zurich, 2010, p. 41 s.; *Id.*, «Successions internationales: conflits de lois et de juridictions», *Recueil des cours*, vol. 350 (2010), p. 240 s.; P. KINDLER, «La legge regolatrice delle successioni nella proposta di regolamento dell'Unione europea: qualche riflessione in tema di carattere universale, rinvio e *professio iuris*», *Riv. dir. int.*, 2011, p. 429 s.; v. pure il commento alla proposta della Commissione redatto dal Max-Planck-Institut di Amburgo, *RabelsZ*, 2010, p. 607 ss, favorevole all'ammissione di una gamma di possibilità di scelta anche più ampia, nonché, tra i primi commentatori del regolamento, F.M. WILKE, «Das internationale Erbrecht nach der neuen EU-Erbrechtsverordnung», *Recht der int. Wirtschaft*, 2012, p. 606.

¹⁵² Un esempio giurisprudenziale di quest'ultima situazione è offerto dal caso *Hirsch c. Cohen* riferito supra, nota 143.

¹⁵³ Cfr. supra, par. 42.

¹⁵⁴ V. già al riguardo l'analisi statistica contenuta nella comunicazione dal titolo «La codification du droit international privé des successions. Perspectives nouvelles», presentata nel 1969 da G. Droz al Comité français de droit international privé, in *Travaux du Comité français de droit int. privé*, 1966-1969, p. 326, e cfr. anche supra, par. 64. Uno dei pochi casi noti internazionalmente in cui la *professio juris* è stata utilizzata per il conseguimento di tali finalità elusive è il caso *Hirsch c. Cohen* riportato supra, nota 143, nel quale tuttavia la legge inglese, con la quale il *de cuius* aveva da tempo perduto ogni contatto, era stata scelta in quanto legge nazionale dell'interessato e non in quanto legge del paese della residenza posseduta all'atto della designazione. Per un esempio di scelta (peraltro non contrassegnata da alcun intento fraudolento) della legge del paese di un domicilio precedente all'ultimo domicilio della testatrice, scelta avente l'effetto di privare il figlio della riserva ereditaria cui avrebbe avuto diritto secondo la legge del diverso paese del secondo domicilio, v. il caso *In Re Estate of Renard* deciso nel 1981 dalla Surrogate's Court di New York, 108 Misc. 2d 31 (1981), 437 N.Y.S. 2d 860. Un'ipotesi del tutto differente di manipolazione a scopo elusivo del criterio di collegamento oggettivo, realizzata mediante il conferimento di un bene immobile in una società appositamente creata, in modo da sostituirlo nel patrimonio del *de cuius* con la corrispondente partecipazione azionaria al fine di ottenere la sottoposizione della devoluzione ereditaria della medesima, in ragione della sua natura di valore mobiliare, alla legge del paese dell'ultimo domicilio del defunto in luogo di quella del paese di situazione dell'immobile, è costituita dal celebre caso francese *Caron*, in cui la Cour d'appel di Aix-en-Provence 9 marzo 1982, *Rev. crit. droit int. privé*, 1983, p. 296 ss., approvata da Cour de cassation 20 marzo 1985, *ibid.*, 1986, p. 66 ss., fece però applicazione della nozione di frode alla legge.

alla frode alla legge¹⁵⁵. L'aggiunta a tali strumenti del rimedio di carattere preventivo rappresentato dalla limitazione della facoltà di opzione alla sola legge nazionale appare invece sostanzialmente sproporzionato allo scopo da conseguire, specie in un sistema come quello creato dal regolamento nel quale l'ultima residenza abituale del defunto costituisce già il criterio di collegamento obiettivo primario e ove quindi i legittimari non sono comunque protetti contro le conseguenze di un trasferimento definitivo della residenza del *de cuius* in un paese la cui legge è sfavorevole alle loro aspettative, come non lo sono, del resto, contro quelle della possibile scelta di una legge nazionale con la quale egli potrebbe finanche non avere di fatto alcun legame. Proprio la considerazione che nelle successioni internazionali, connesse per definizione a più ordinamenti giuridici, rischi del genere esistono inevitabilmente riguardo a qualsiasi ipotesi di *professio juris* ed anzi anche a qualsiasi criterio di collegamento oggettivo –come è attestato dalla notevole varietà dei casi verificatisi nella pratica¹⁵⁶– dovrebbe indurre piuttosto a fondare la decisione relativa alla scelta dei criteri di collegamento da adottare su valutazioni concernenti unicamente la loro rispettiva attitudine a soddisfare esigenze conflittuali di ordine più generale¹⁵⁷.

56. Sotto questo profilo, il riconoscimento della facoltà di designare la legge della residenza abituale in atto posseduta non sarebbe stato certo privo di giustificazioni. Anzitutto esso avrebbe permesso alle numerose persone che si trovano pienamente integrate nella realtà sociale ed economica del paese in cui risiedono e che del tutto legittimamente desiderano organizzare la loro successione in conformità alla legge ivi vigente di sottrarre la propria pianificazione ereditaria all'instabilità e alla condizione di incertezza suscettibili di essere determinate dall'eventualità di un trasferimento all'estero¹⁵⁸. Ne sarebbe derivato un evidente beneficio per l'esercizio delle libertà di circolazione e di stabilimento dei cittadini europei nello spazio dell'Unione. Inoltre, rispetto alla possibilità di optare per l'applicazione della legge nazionale, l'attribuzione della facoltà di scelta della legge del paese della residenza posseduta al momento della designazione avrebbe offerto – indipendentemente dai contenuti rispettivi di tali leggi, più o meno propizi alla realizzazione dei propositi dell'interessato – importanti vantaggi di carattere più strettamente tecnico. Essa avrebbe infatti grandemente favorito il coordinamento, nelle situazioni internazionali notoriamente spesso problematico, della disciplina della successione con quella del regime matrimoniale del *de cuius*, consentendo in un elevato numero di casi la sottoposizione di entrambe ad una stessa legge, dal momento che il regime matrimoniale sarà probabilmente assoggettato dal nuovo regolamento dell'Unione attualmente in corso di elaborazione alla legge della prima residenza abituale comune dei coniugi dopo il matrimonio¹⁵⁹ e che già adesso le legislazioni di molti Stati membri accolgono a suo riguardo il medesimo principio dell'invariabilità nel tempo¹⁶⁰. Analoghe considerazioni possono

¹⁵⁵ Per considerazioni sulla sufficienza della garanzia dell'ordine pubblico a risolvere questo tipo di problemi v. anche T. DE BOER, «Unwelcome Foreign Law: Public Policy and Other Means to Protect the Fundamental Values and Public Interests of the European Community», in *The External Dimension of EC Private International Law in Family and Succession Matters* (a cura di A. MALATESTA / S. BARIATTI / F. POCAR), Padova, 2008, p. 311 s., e A. BONOMI, «Successions internationales: conflits de lois et de juridictions», *Recueil des cours*, vol. 350 (2010), p. 220.

¹⁵⁶ Cfr. la giurisprudenza riportata alla nota 154.

¹⁵⁷ V. i rilievi effettuati in proposito da T. BRANDI, *Das Haager Abkommen von 1989 über das auf die Erbfolge anzuwendende Recht*, Berlin, 1996, p. 277 ss.

¹⁵⁸ V. al riguardo A. DAVÌ, «Riflessioni sul futuro diritto internazionale privato europeo delle successioni», *Riv. dir. int.*, 2005, p. 327; A. BONOMI, «Prime considerazioni sulla proposta di regolamento sulle successioni», *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2010, p. 896, e «Successions internationales: conflits de lois et de juridictions», *Recueil des cours*, vol. 350 (2010), p. 240. In simili casi l'adeguamento delle disposizioni testamentarie precedentemente adottate al contenuto della nuova legge applicabile potrebbe naturalmente rendere necessaria la loro sottoposizione a modifiche più o meno importanti. Peraltro, qualora il cambiamento di residenza abbia natura temporanea, anche la nuova pianificazione ereditaria si troverebbe esposta alla stessa instabilità e alla stessa insicurezza della prima. Per di più non può neppure escludersi il rischio che una successiva perdita di capacità provocata da un incidente o da una malattia renda impossibile la redazione di nuove disposizioni a causa di morte in sostituzione di quelle divenute invalide o inefficaci per effetto del mutamento della legge regolatrice.

¹⁵⁹ Tale soluzione è accolta al momento dall'art. 17 della proposta di regolamento relativa alla materia presentata dalla Commissione il 16 marzo del 2011 (COM/2011/0126 def.).

¹⁶⁰ V., ad esempio, l'art. 15 della legge d'introduzione al codice civile tedesco, l'art. 19 della legge austriaca di diritto internazionale privato, l'art. 9, par. 2, del titolo preliminare del codice civile spagnolo e l'art. 53 del codice civile portoghese. Anche la Convenzione dell'Aja del 1978, in vigore tra Francia, Lussemburgo e Paesi Bassi, adotta, seppure con alcune eccezioni, lo stesso principio.

ripetersi in ordine agli effetti patrimoniali delle unioni registrate, che la proposta di regolamento a queste relativa suggerisce di sottoporre alla legge del luogo della registrazione¹⁶¹, nonché in ordine ai patti successori, alla cui validità e ai cui effetti vincolanti tra le parti l'art. 25 del regolamento qui in esame prescrive di applicare, come si vedrà meglio più avanti, la legge successoria «anticipata» o «ipotetica», vale a dire la legge che sarebbe stata applicabile alla successione al momento del patto¹⁶².

57. A determinare la posizione restrittiva adottata dal regolamento hanno concorso indubbiamente le sollecitazioni venute sia dal Parlamento europeo che da alcuni parlamenti nazionali, concordi nell'individuare nella prevenzione del rischio di un indebolimento della tutela dei legittimari una delle esigenze di maggior rilievo tra quelle che il nuovo diritto internazionale privato europeo delle successioni avrebbe dovuto soddisfare¹⁶³. Siffatte preoccupazioni non sembrano tuttavia trovare che scarse conferme nella giurisprudenza dei paesi europei, la quale appare nell'insieme decisamente orientata a non ritenere contrarie all'ordine pubblico le leggi straniere che non prevedono una quota di riserva a favore dei familiari del defunto. In questo senso si sono pronunciate, in particolare, diverse giurisdizioni di ultima istanza, tra cui il Tribunal supremo spagnolo nei noti casi *Lowenthal* e *Denney* e, relativamente a fattispecie nelle quali, tra l'altro, i legittimari pretermessi erano cittadini dello stesso Stato del foro, la Corte di cassazione italiana e il Tribunale federale svizzero¹⁶⁴. Se si considera che la coincidenza di

¹⁶¹ Art. 15 della proposta presentata dalla Commissione il 16 marzo del 2011 (COM/2011/0127 def.). Tra le disposizioni legislative interne degli Stati membri che accolgono la stessa soluzione possono ricordarsi l'art. 60 del codice di diritto internazionale privato belga, l'art. 17b della legge d'introduzione al codice civile tedesco, seppure con il limite secondo cui un'unione registrata in un paese straniero non può produrre in Germania effetti maggiori di quelli ammessi dalla legge tedesca, e l'art. 7 della legge olandese sui conflitti di leggi in materia di partenariati registrati, salvo che le parti non abbiano scelto una legge diversa.

¹⁶² Cfr. *infra*, par. 88 ss. Sui problemi di coordinamento suscettibili di essere creati dalla possibilità che i patti successori e i rimanenti aspetti della successione delle persone le cui eredità sono implicate si trovino ad essere sottoposti a leggi differenti in seguito a un mutamento del paese di residenza abituale delle parti o di una di esse v. A. DAVÌ, «Riflessioni sul futuro diritto internazionale privato europeo delle successioni», *Riv. dir. int.*, 2005, p. 333; A. BONOMI, «Successions internationales: conflits de lois et de jurisdictions», *Recueil des cours*, vol. 350 (2010), p. 315 s. L'art. 25, par. 3, del regolamento ammette peraltro a sua volta la *professio juris* anche riguardo ai patti successori, consentendo, in particolare, di scegliere come loro legge regolatrice la legge che la persona o, qualora i patti concernano la successione di più persone, una delle persone delle cui eredità si tratta avrebbero potuto designare, al momento della stipulazione, in base all'art. 22 (cioè la legge nazionale o una delle leggi nazionali possedute dall'interessato). In tal modo il regolamento offre la possibilità di ristabilire l'unità della legge applicabile ai patti e agli altri profili della successione ma alla condizione che si accetti di assoggettare, tramite due o più atti di *professio juris*, sia gli uni che gli altri alla legge nazionale delle persone delle cui eredità si tratta e sempre che, naturalmente, la legge in questione riconosca la validità di questo tipo di accordi. L'art. 95, alinea 2, della legge svizzera di diritto internazionale privato adotta invece, al fine di favorire la sottoposizione dei patti successori e dei restanti aspetti della successione ad un'identica legge, una soluzione diversa, consistente nel permettere di inserire una clausola di scelta di legge in uno di tali patti solo a condizione che essa riguardi l'intera successione.

¹⁶³ Per quanto riguarda il Parlamento europeo, v. la raccomandazione 8 contenuta nella risoluzione del 16 novembre 2006 recante raccomandazioni alla Commissione sulle successioni e testamenti, PA_TA (2006) 0496; («evitare che tramite la facoltà di scelta della legge applicabile siano frodati i principi fondamentali di assegnazione della legittima in favore dei congiunti più stretti stabiliti dalla legge applicabile alla successione a titolo oggettivo»); v. inoltre, in termini più generali, riferiti anche ai criteri di collegamento oggettivi, la *réolution européenne* adottata riguardo alla proposta della Commissione dal Senato francese il 13 dicembre 2009, la quale richiedeva al governo di quel paese «de veiller à ce que le texte finalement adopté garantisse que l'application des règles déterminant la loi applicable ne puisse permettre à un ressortissant français de faire échapper sa succession au mécanisme de la réserve héréditaire» e, per preoccupazioni analoghe, i pareri delle Commissioni permanenti sulle Politiche dell'Unione europea della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica italiani resi rispettivamente il 17 dicembre 2009 e il 27 gennaio 2010. La proposta di regolamento presentata nel 2009 dalla Commissione attribuiva peraltro un valore meno preminente alla tutela dei legittimari poiché includeva nella disposizione relativa all'ordine pubblico (art. 27) un par. 2, soppresso nel testo definitivo del regolamento, che conteneva la precisazione che «non può essere considerata contraria all'ordine pubblico del foro l'applicazione di una norma della legge designata dal presente regolamento per il solo fatto che le modalità da quella previste in relazione alla legittima differiscono dalle modalità vigenti nel foro». Per considerazioni critiche sulla risoluzione del Senato francese v. C. NOURISSAT, «Le futur droit des successions internationales de l'Union européenne», *Defrénois*, 2010, art. 39072, n. 12.

¹⁶⁴ V. le due decisioni del Tribunal supremo spagnolo del 15 novembre 1996 (*Lowenthal*) e del 21 maggio 1999 (*Denney*), *Rev. esp. der. int.*, 1997, p. 264 ss., 1999, p. 756 ss., e su di esse il commento di M. VIRGÓS SORIANO / E. RODRÍGUEZ PINEAU, «Succession Law and Renvoi: the Spanish Solution», in *Festschrift für Erik Jayme*, München, 2004, vol. I, p. 977 ss.; inoltre Corte di cassazione italiana 24 giugno 1996 n. 5832 (*Colombo*), *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2000, p. 784 ss., e già in precedenza, nella giurisprudenza di merito dello stesso paese, Trib. Termini Imerese 15 luglio 1965, *Giur. siciliana*, 1965, p. 784 ss., e Trib.

principio realizzata dal regolamento tra giudice competente e diritto materiale applicabile tende a rendere l'eventualità del ricorso alla clausola di ordine pubblico più probabile in sede di riconoscimento di provvedimenti giurisdizionali esteri che di statuizione diretta sulla successione, può pensarsi che la scelta di limitare alla sola legge nazionale la facoltà di opzione accordata al *de cuius* sia stata influenzata anche dal timore, probabilmente non molto fondato, che l'accoglimento di soluzioni maggiormente permissive avrebbe creato rischi eccessivi per la libera circolazione delle decisioni nello spazio giudiziario dell'Unione.

2. La *professio juris* implicita

58. Una modifica di rilievo apportata dall'art. 22, par. 2, del regolamento all'originaria proposta della Commissione consiste nell'ammettere, accanto alla ordinaria possibilità di una *professio juris* formulata in modo espresso «nella forma di una disposizione a causa di morte», anche la possibilità di una *professio tacita* o, come è probabilmente più corretto dire, implicita e cioè risultante solo implicitamente «dalle clausole di tale disposizione». Si tratta di una soluzione non accolta né dalla Convenzione dell'Aja del 1989 né dalla maggior parte delle legislazioni degli Stati membri¹⁶⁵ ma che viene considerata ammissibile, in sede di interpretazione delle pertinenti norme nazionali di conflitto, dalla dottrina e dalla giurisprudenza in Svizzera e, sebbene con maggiore cautela, pure in Germania¹⁶⁶.

Chiavari 25 febbraio 1974, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1977, p. 379 ss.; quanto al Tribunale federale svizzero v. la sentenza del 17 agosto 1976 (*Hirsch c. Cohen*) riportata *supra*, nota 143. In Francia la Cassazione non ha mai avuto occasione di pronunciarsi sul problema, anche in conseguenza del fatto che in questo paese il diritto internazionale privato delle successioni è congegnato in modo da rendere poco frequente l'applicazione del diritto straniero da parte dei giudici interni; tuttavia, in sede di riconoscimento di una sentenza estera, la contrarietà all'ordine pubblico della mancata protezione dei legittimari è stata esclusa dalla Corte d'appello di Parigi 3 novembre 1987, *Journal du droit int.* 1990, p. 109 ss., benché in una fattispecie particolare nella quale la decisione marocchina da riconoscere aveva applicato, forse inesattamente, lo stesso diritto francese in quanto legge nazionale del defunto; un'affermazione di tenore corrispondente si trova altresì in Corte d'appello di Aix-en-Provence 26 ottobre 2005, *JurisData* n. 2005-296394, che peraltro ha declinato di decidere il merito del caso che le era stato sottoposto ritenendo di essere priva di giurisdizione. Anche in Germania uguale posizione negativa è stata adottata dalla giurisprudenza di merito (v. le indicazioni fornite in proposito da T. BRANDI, *Das Haager Abkommen von 1989 über das auf die Erbfolge anzuwendende Recht*, Berlin, 1996, p. 279, in nota) e, sia pure implicitamente, dal Bundesgerichtshof 21 aprile 1993, *IPRax*, 1994, p. 375 s., con nota di H. DÖRNER, «Nachlaßspaltung - und die Folgen», *ibid.*, p. 362 ss.; la successiva decisione della Corte costituzionale del 19 aprile 2005, *Neue juristische Wochenschrift*, 2005, p. 1561 ss., che, pronunciando in ordine ad una fattispecie puramente interna, ha affermato che il diritto dei discendenti ad una quota minima di riserva trova fondamento nella Costituzione federale rende ora, ad avviso di parte della dottrina, la situazione più complessa; tuttavia, secondo alcune analisi, essa non dovrebbe determinare mutamenti troppo radicali: v. in questo senso specialmente M. ANDRAE, «Wertungswidersprüche und internationales Erbrecht», in *Grenzen überwinden-Prinzipien bewahren. Festschrift für Bernt von Hoffmann*, Bielefeld, 2011, p. 12 ss., nonché il commento del Max-Planck-Institut di Amburgo alla proposta di regolamento del 2009, *RabelsZ*, 2010, p. 664. Per indicazioni relative alla giurisprudenza, analogamente orientata, di altri paesi membri v. l'«Étude» del Deutsches Notarinstitut, in *Les successions internationales dans l'UE: perspectives pour une harmonisation*, Würzburg, 2004, p. 90. In dottrina, per il rilievo che l'insieme dei riferiti orientamenti giurisprudenziali tende a confermare l'assenza di necessità di una protezione particolare, v. A. DUTTA, «Succession and Wills in the Conflict of Laws on the Eve of Europeanisation», *RabelsZ*, 2009, p. 582.

¹⁶⁵ Cfr. l'art. 5, par. 2, della convenzione, l'art. 46, secondo comma, della legge italiana di diritto internazionale privato e l'art. 79, secondo comma, del codice di diritto internazionale privato belga, i quali tutti richiedono che la *professio juris* sia espressa in forma testamentaria o in una dichiarazione che rivesta le forme di una disposizione a causa di morte. In particolare, sull'interpretazione dell'art. 5, par. 2, della convenzione v. il «Rapport explicatif» di D.W.M. WATERS, in CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, *Actes et documents de la Seizième session (1988)*, vol. II, *Successions - loi applicable*, La Haye, 1990, p. 556.

¹⁶⁶ Mentre l'art. 90, alinea 2, della legge svizzera di diritto internazionale privato è formulato in termini generici, limitandosi a richiedere che la *professio juris* che esso consente agli stranieri domiciliati nello Stato di compiere a favore della propria legge nazionale sia effettuata «par testament ou pacte successoral», l'art. 25, par. 2, EGBGB esige invece, analogamente alle altre previsioni indicate alla nota precedente, che la *professio* abbia luogo nella forma di una disposizione a causa di morte («in der Form einer Verfügung von Todes wegen») ma dottrina e giurisprudenza ammettono ugualmente che tale requisito possa ritenersi rispettato anche se la volontà del dichiarante è manifestata in modo implicito purché suscettibile di essere considerato «concludente»: cfr. A. TIEDEMANN, «Die Rechtswahl im deutschen Internationalen Erbrecht», *RabelsZ*, 1991, p. 27; R. BIRK, «Art. 25», in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. X, *Einführungsgesetz*, 3^a ed., München, 1998, p. 1355, n. 42; G. HOHLOCH, «Art. 25 EGBGB», in ERMAN / WESTERMANN, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 12^a ed., Köln, 2008, p. 6184, n. 17; Landgericht Hamburg 12 febbraio 1991, *IPRechtssprechung 1991*, p. 264; Landgericht Frankfurt a. M. 29 luglio 1997, *IPRechtssprechung 1997*, p. 233; Oberlandesgericht Zweibrücken 28 maggio 2002, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 2003, p. 1697.

59. Gli elementi principali che vengono generalmente indicati come idonei a permettere di dedurre l'esistenza della volontà implicita del *de cuius* di sottoporre la successione ad una determinata legge sono costituiti dal riferimento contenuto in una disposizione di ultima volontà a norme, istituti o nozioni propri della legge in questione, come nell'esempio classico, frequentemente addotto, della costituzione di un *trust* testamentario da parte del cittadino di un paese di *common law*. Minore rilievo rivestirebbero invece, almeno se presi isolatamente, indizi quali la lingua di redazione dell'atto o il fatto che questo sia stato rogato da un notaio del paese la cui legge è quella che potrebbe aver formato oggetto di scelta, benché essi siano stati a volte presi in considerazione dalla giurisprudenza, mentre circostanze estranee all'atto potrebbero al più assumere valore meramente confermativo degli elementi ricavabili dal testo del medesimo. Anche il regolamento sembra sostanzialmente aderire a questa impostazione dal momento che la prescrizione dell'art. 22, par. 2, secondo cui la sussistenza della *professio juris* deve comunque potersi desumere dai termini della disposizione a causa di morte è completata dalle precisazioni fornite, sia pure a titolo soltanto esemplificativo, dal considerando 39, il quale aggiunge che detta condizione potrebbe, in particolare, ritenersi soddisfatta qualora il defunto «abbia fatto riferimento a specifiche disposizioni della legge del suo Stato di cittadinanza o abbia altrimenti menzionato tale legge».

60. La previsione di una siffatta possibilità nel regolamento è destinata senza alcun dubbio a far sorgere non lievi problemi interpretativi e applicativi. Sarà infatti tutt'altro che agevole distinguere nella pratica – e, prima ancora, decidere se operare la distinzione sia veramente necessario – tra l'ipotesi in cui il *de cuius* abbia formulato le sue disposizioni di ultima volontà in conformità alla sua legge nazionale semplicemente perché riteneva che essa fosse la legge applicabile a titolo obiettivo, e di essere quindi tenuto ad adattarsi comunque al suo contenuto, e l'ipotesi in cui egli fosse effettivamente animato dall'intenzione di sceglierla, ancorché implicitamente, come legge regolatrice della successione¹⁶⁷. Ciò tanto più che nel primo caso la convinzione che la *lex patriae* fosse oggettivamente applicabile potrebbe aver tratto origine da ragioni di indole diversa, potendo, in particolare, aver costituito mero frutto di errore oppure essere dipesa dal fatto che all'epoca della redazione delle disposizioni testamentarie in causa il *de cuius* risiedesse nello stesso paese di cui aveva la cittadinanza o che addirittura la successione fosse del tutto priva di elementi di internazionalità, mentre il trasferimento all'estero della residenza dell'interessato si fosse verificato in un momento successivo.

61. D'altro canto, nella dottrina e nella giurisprudenza dei paesi in cui è ammessa la possibilità di una *professio juris* implicita si discute se la dimostrazione della consapevolezza da parte del suo presunto autore di trovarsi in presenza di un problema di conflitto di leggi e di disporre della facoltà di scegliere tra esse (*Rechtswahlbewusstsein*) debba essere considerata una condizione necessaria del riconoscimento della sua esistenza. La dottrina svizzera è concorde nel rispondere al quesito negativamente, ritenendo sufficiente la prova della volontà del disponente di testare in conformità alla legge di cui è permessa la scelta (che nel diritto svizzero è, per gli stranieri domiciliati in quel paese, analogamente a quanto è stabilito dal regolamento, la legge nazionale dell'interessato) anche in assenza della dimostrazione di una intenzione consapevole di renderla oggetto di scelta¹⁶⁸. Si concede peraltro che l'accogli-

¹⁶⁷ La dottrina tedesca sottolinea che esiste, almeno astrattamente, anche una terza possibilità, a sua volta potenzialmente foriera di ulteriori incertezze, e cioè che il riferimento a specifiche disposizioni di una legge determinata sia da interpretare come manifestazione dell'intenzione di farle oggetto di semplice recezione negoziale e quindi come atto di autonomia di carattere materiale piuttosto che internazionalprivatistico: cfr., ad esempio, A. TIEDEMANN, «Die Rechtswahl im deutschen Internationalen Erbrecht», *RabelsZ*, 1991, p. 28; H. DÖRNER, «Art. 25», in J. von STAUDINGER, *Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Internationales Erbrecht*, Art. 25, 26 EGBGB, Berlin, 2007, p. 277.

¹⁶⁸ V. in tal senso B. DUTOIT, *Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, 2^a ed., Bâle, Francfort-sur-le-Main, 1997, p. 248; A. HEINI, «Art. 90», in *Zürcher Kommentar zum IPRG*, 2^a ed., Zürich, Basel, Genf, 2004, p. 1041 s.; A. BUCHER, *Commentaire romand. Loi sur le droit international privé, Convention de Lugano* (a cura dello stesso Bucher), Bâle, 2011, p. 802. La giurisprudenza del Tribunale federale sembra peraltro essere alquanto più esigente. Nella sua decisione principale relativa alla materia, resa il 3 settembre 1998, *Arrêts du Tribunal fédéral*, vol. 125, III, p. 35 ss., e concernente il testamento di una cittadina tedesca domiciliata in Svizzera che era stato redatto in lingua tedesca, rogato da un notaio tedesco e conteneva significativi riferimenti ad istituti propri del diritto di quel paese, l'alta giurisdizione ha infatti sentito comunque il bisogno di spiegare l'assenza nell'atto di una *professio juris* espressa con la duplice considerazione che questa sarebbe stata, per un verso, inutile, dal momento che il diritto tedesco prevede già a titolo obiettivo l'applicazione della *lex patriae* alla successione, e, per

mento di una siffatta impostazione equivale ad interpretare la legge svizzera nel senso che essa in realtà non richiede affatto per la sottoposizione della successione testamentaria (o dei patti successori) degli stranieri domiciliati in Svizzera alla rispettiva legge nazionale una scelta effettiva di quest'ultima ma si accontenta dell'accertamento della sussistenza della semplice intenzione, quali che possano essere le ragioni che vi stiano alla base, di disporre dei propri beni a causa di morte conformemente a tale legge¹⁶⁹.

A sua volta la dottrina tedesca, pur assumendo posizioni in apparenza maggiormente rigorose, finisce in pratica per pervenire a conclusioni ugualmente permissive. Essa non manca, in effetti, di riconoscere che il riferimento a norme, istituti o categorie sistematiche di una determinata legge si presta difficilmente ad essere automaticamente interpretato come manifestazione univoca della volontà di compiere a favore della medesima un implicito atto di scelta ma ritiene, a larga maggioranza, di poter estendere analogicamente alla soluzione del problema interpretativo che ne consegue la regola di diritto materiale tedesco delle successioni contenuta nel par. 2084 BGB secondo cui, qualora una disposizione a causa di morte sia formulata in modo da rendere possibili diverse interpretazioni, si deve nel dubbio preferire quella che consenta alla disposizione oggetto di esame di produrre effetto¹⁷⁰. Il *favor validitatis* insito in questa posizione – reso evidente dal fatto che premessa necessaria della riferita estensione analogica è che la disposizione di ultima volontà sarebbe invalida o inefficace in base alla legge straniera applicabile a titolo oggettivo e invece valida ed efficace secondo la legge del foro che si considera essere stata implicitamente scelta¹⁷¹ – è ulteriormente accresciuto dalla tendenza giurisprudenziale ad ammettere che, anche quando il riferimento effettuato a norme e nozioni del diritto tedesco riguardi l'intera successione, ponendosi quindi in contrasto con l'art. 25, par. 2, EGBGB, il quale permette la *professio juris* in favore di tale diritto per la sola parte della successione che concerne beni immobili situati in Germania, la supposta *professio* implicita manterebbe comunque il suo valore ed i suoi effetti, benché soltanto nei limiti consentiti dalla norma in questione¹⁷².

62. Come si vede, negli orientamenti affermatisi nell'esperienza di entrambi i paesi la *professio juris* implicita ha sostanzialmente assunto il ruolo di uno strumento di flessibilizzazione della disciplina di conflitto delle successioni, la cui utilizzazione è in larga misura rimessa alle valutazioni discrezionali della giurisprudenza; strumento volto principalmente al fine di difendere, per quanto possibile, la validità e l'efficacia di disposizioni di ultima volontà adottate conformemente alla legge che il loro autore considerava applicabile al momento del confezionamento di esse dalle conseguenze pregiudizievoli che potrebbe aver provocato un erroneo apprezzamento della situazione giuridica da parte dell'interessato o

altro verso, non consentita, almeno in termini generali, da tale diritto, dato che esso non ammette che una scelta di legge parziale, limitata alla sottoposizione alla *lex fori* degli immobili situati in Germania, ed ha inoltre avuto cura di sottolineare che precedenti testamenti fatti dall'interessata in Svizzera contenevano tutti una clausola esplicita di scelta della stessa legge tedesca.

¹⁶⁹ Così espressamente A. HEINI, «Art. 90», in *Zürcher Kommentar zum IPRG*, 2^a ed., Zürich, Basel, Genf, 2004, p. 1042: Mit anderen Worten: «das schweizerische IPR verlangt für die Anwendung des ausländischen Heimatsrechts im Grunde gar keine Wahl, sondern lediglich den genügend zum Ausdruck gebrachten Willen, dass sich die Erbfolge nach dem Heimatrecht richten soll».

¹⁷⁰ V., per tutti, A. TIEDEMANN, «Die Rechtswahl im deutschen Internationalen Erbrecht», *RabelsZ*, 1991, p. 30; R. BIRK, «Art. 25», in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. X, *Einführungsgesetz*, 3^a ed., München, 1998, p. 1356 s.; H. DÖRNER, «Art. 25», in J. von STAUDINGER'S *Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Internationales Erbrecht*, Art. 25, 26 EGBGB, Berlin, 2007, p. 278. Per una posizione più restrittiva v. tuttavia la decisione del Landgericht Frankfurt a. M. del 29 luglio 1997, *IPRechtssprechung* 1997, p. 233, che concerneva la validità del testamento congiuntivo fatto insieme alla moglie da un cittadino venezuelano domiciliato da lungo tempo in Germania: nonostante la presenza nell'atto di molteplici riferimenti alla legge tedesca, che, a differenza dalla legge venezuelana, considera valido questo tipo di testamento, il Tribunale ritenne che non fosse sufficientemente provata l'esistenza di una scelta implicita della prima legge in quanto l'assenza nell'atto di qualsiasi accenno alla cittadinanza venezuelana dell'interessato lasciava aperta la possibilità che egli non fosse stato consapevole dell'applicabilità a titolo obiettivo della legge di tale paese e avesse erroneamente creduto obiettivamente applicabile la legge tedesca.

¹⁷¹ Sulla necessità dell'esistenza di tale presupposto v. ancora R. BIRK, «Art. 25», in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. X, *Einführungsgesetz*, 3^a ed., München, 1998, p. 1356, e H. DÖRNER, «Art. 25», in J. von STAUDINGER'S *Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Internationales Erbrecht*, Art. 25, 26 EGBGB, Berlin, 2007 p. 278.

¹⁷² V. in questo senso le decisioni del Landgericht Hamburg 12 febbraio 1991, *IPRechtssprechung* 1991, p. 264 e dell'Oberlandesgericht Zweibrücken 28 maggio 2002, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 2003, p. 1697.

che potrebbero derivare da un mutamento del diritto obiettivamente applicabile dovuto ad un successivo trasferimento di residenza all'estero o ad altre modificazioni del criterio di collegamento. In una siffatta prospettiva l'esigenza di una rigorosa ricerca della volontà effettiva del disponente viene ad attenuarsi fino al punto di far sorgere il rischio che l'istituto finisce per acquisire i caratteri di una vera e propria finzione: e ciò tanto più che normalmente sarebbe ragionevole attendersi che un soggetto mosso dalla reale intenzione di compiere un consapevole atto di scelta non trascuri di provvedere a dichiararlo esplicitamente onde evitare di esporsi inutilmente al pericolo di fraintendimenti.

E' probabile che l'ammissione della possibilità di una *professio juris* implicita nel testo definitivo del regolamento sia il frutto dell'adesione ad un ordine di idee fondamentalmente analogo. In effetti, le voci che nel corso dei lavori preparatori si erano levate a favore dell'accoglimento di una soluzione di tal genere non avevano mancato di mettere in rilievo che una presa in considerazione delle convinzioni e degli intendimenti impliciti del testatore svincolata da quello che veniva presentato come un formalismo eccessivo avrebbe offerto il vantaggio di permettere di salvaguardare la validità e l'efficacia di disposizioni di ultima volontà che avrebbero altrimenti potuto essere travolte¹⁷³. Ancor più significativo appare poi il raffronto della formula adottata dall'art. 22, par. 2, del regolamento, che si limita a richiedere genericamente che la scelta di legge implicita «risulti dalle clausole» di una disposizione a causa di morte, con quelle corrispondenti che si trovano in altri atti dell'Unione europea concernenti il diritto internazionale privato, le quali sono tutte maggiormente esigenti, richiedendo in particolare che la scelta debba potersi desumere «chiaramente dalle disposizioni del contratto o dalle circostanze del caso» (art. 3, par. 1, del regolamento 593/2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, c.d. regolamento Roma I) o «in modo non equivoco dalle circostanze del caso di specie» (art. 14, par. 1, del regolamento 864/2007 sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali, c.d. regolamento Roma II), sempre che l'ammissibilità della scelta implicita non sia addirittura del tutto esclusa, come avviene nell'art. 7 del regolamento 1259/2010 relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale (c.d. regolamento Roma III)¹⁷⁴.

63. Se nell'interpretazione che sarà data alla disposizione il descritto orientamento liberale finirà per prevalere, questa assumerà dunque in pratica la connotazione di una sorta di *escape clause* di nuovo tipo, che verrà ad aggiungersi a quella più tradizionale già contenuta nell'art. 21, par. 2, del regolamento, pur distinguendosene per la finalità assai più spiccatamente materiale cui è rivolta, oltre che naturalmente per i diversi presupposti di applicabilità¹⁷⁵. Non vi è dubbio tuttavia che l'accoglimento di una soluzione siffatta presenti anche significativi inconvenienti, di cui il principale – comune, del resto, alla clausola di eccezione stabilita dall'art. 21¹⁷⁶ – è costituito dalla rilevante perdita di certezza del diritto applicabile e dal conseguente stimolo all'incremento della litigiosità tra le persone interessate alla successione che inevitabilmente ne derivano¹⁷⁷. Certo, importanti contributi di chiarificazione potranno venire su molti

¹⁷³ Per la sottolineatura in termini generali dell'opportunità di ricorrere all'uso di questo strumento onde evitare «the risk of producing unjust results» v. MAX-PLANCK-INSTITUT FÜR AUSLÄNDISCHES UND INTERNATIONALES PRIVATRECHT, «Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition and Enforcement of Decisions and Authentic Instruments in Matters of Successions and the Creation of a European Certificate of Succession», *RabelsZ*, 2010, p. 614; analogamente, nel senso che l'adozione di un approccio non formalistico e liberale in materia di *professio* avrebbe dato ai tribunali il vantaggio di poter disporre di maggiore flessibilità offrendo, in particolare, ad essi la possibilità «to assume an implied choice of law if the terms of a testamentary disposition are based on the presumption that a certain law applies», A. DUTTA, «Succession and Wills in the Conflict of Laws on the Eve of Europeanisation», *RabelsZ*, 2009, p. 579.

¹⁷⁴ Anche l'art. 3 della Convenzione di Roma del 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, che rappresenta in qualche modo l'archetipo delle disposizioni adottate in comune dagli Stati membri dell'Unione europea in materia di autonomia delle parti nel campo del diritto internazionale privato, richiedeva che la scelta di legge implicita risultasse «in modo ragionevolmente certo dalle disposizioni del contratto o dalle circostanze».

¹⁷⁵ Si è visto peraltro *supra*, par. 49, che preoccupazioni di natura materiale non sono probabilmente del tutto estranee, per quanto solo indirettamente, neppure all'inserimento nel regolamento della clausola di eccezione prevista dall'art. 21.

¹⁷⁶ Cfr. in proposito *supra*, par. 44.

¹⁷⁷ Per considerazioni di carattere generale su questo inconveniente dell'ammissione della *professio juris* implicita v. già A. DAVÌ, «L'autonomie de la volonté en droit international privé des successions dans la perspective d'une future réglementation européenne», *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2004, p. 486; A. BONOMI, «Le choix de la loi applicable à la succession dans la proposition

punti dalla giurisprudenza interpretativa della Corte di giustizia. E' però anche vero che la competenza della Corte è limitata alla risoluzione delle questioni di diritto, mentre l'apprezzamento degli elementi di fatto di ciascun singolo caso è appannaggio esclusivo delle giurisdizioni nazionali, le quali potranno facilmente pervenire ad esiti contraddittori, non diversamente da quanto è peraltro già accaduto nella giurisprudenza dei paesi che attualmente ammettono la *professio juris implicita*¹⁷⁸. Ed è ancora da tener presente che, com'è stato opportunamente segnalato in dottrina, la complessità degli accertamenti e delle valutazioni che spesse volte si renderanno necessari riuscirà poco agevole da conciliare con l'esigenza di celerità – o almeno di ragionevole tempestività – che caratterizza (insieme all'esigenza di un grado di attendibilità delle conclusioni raggiunte atto ad evitare il troppo frequente insorgere di contestazioni) alcuni tipi di decisioni la cui adozione è prevista dal regolamento, quali la «dichiarazione di incompetenza in caso di scelta di legge» contemplata dall'art. 6 o quelle che debbono precedere il rilascio di un certificato successorio europeo, che, secondo l'art. 67, dovrebbe avere luogo «senza indugio»¹⁷⁹.

64. D'altro canto, l'importanza del solo vantaggio, reale o presunto, che interpretazioni benevoli e teleologicamente orientate della nozione di *professio implicita* possono offrire, consistente nel fatto di rappresentare un possibile strumento aggiuntivo per ridurre i rischi di caducazione della pianificazione ereditaria insiti nell'impiego in via principale di un criterio di collegamento per sua natura instabile e a volte di difficile determinazione come quello della residenza abituale, non dovrebbe venire sopravvalutata. Ad apprestare adeguato rimedio ad almeno alcuni di tali rischi il regolamento provvede già con mezzi diversi. In particolare, la validità formale delle disposizioni testamentarie e dei patti successori, sempre che sia le une che gli altri siano formulati per iscritto, è più che sufficientemente garantita dalla nutrita lista di leggi alternativamente richiamate come applicabili dall'art. 27, sostanzialmente riproduttivo, peraltro, della Convenzione dell'Aja del 1961 sui conflitti di leggi in materia di forma delle disposizioni testamentarie, di cui sono parte attualmente diciassette Stati membri¹⁸⁰. Anche l'ammissibilità e la validità sostanziale, compresa quella dipendente dalle condizioni di capacità, sia dei testamenti che dei patti successori nonché la disciplina relativa alla loro interpretazione sono messe al riparo dalle conseguenze sfavorevoli od impreviste che potrebbe provocare un mutamento della residenza abituale degli interessati dalla regola, stabilita rispettivamente dagli articoli 24 e 25, della sottoposizione di entrambe le categorie di atti alla legge successoria «anticipata» o «ipotetica» e cioè alla legge che sarebbe stata applicabile se la persona o le persone delle cui eredità si tratta fossero decedute lo stesso giorno del compimento di uno degli atti in questione¹⁸¹.

Non rimangono dunque sottratte all'efficacia protettrice di queste previsioni che le ipotesi di caducazione derivanti dalla eventuale contrarietà di una disposizione a causa di morte a norme imperative, e principalmente a quelle relative alla tutela dei legittimi, contenute nella legge applicabile alla successione a titolo obiettivo in quanto legge del paese dell'effettiva residenza abituale del *de cujus* al momento del decesso. Non sembra tuttavia irragionevole pensare che interpretazioni particolarmente indulgenti della nozione di *professio implicita*, miranti a far sfuggire le disposizioni a causa di morte interessate alle naturali conseguenze della loro illegittimità in base alla legge normalmente competente a disciplinarle, si porrebbero sostanzialmente in contrasto con principi ai quali il regolamento attribuisce un ruolo importante, quali quelli della certezza del diritto e della sottoposizione della successione

de règlement européen», in *Successions internationales. Réflexions autour du futur règlement européen et de son impact pour la Suisse* (a cura di A. BONOMI / C. SCHMID), Zurich, 2010, p. 47, e A. BONOMI, «Successions internationales: conflits de lois et de juridictions», *Recueil des cours*, vol. 350 (2010), p. 248 s.

¹⁷⁸ Cfr., in particolare, la decisione del Tribunale federale svizzero e quelle tedesche riportate *supra*, note 164, 166 e 168, che costituiscono espressione di orientamenti tra loro ampiamente discordanti.

¹⁷⁹ V. per questo rilievo A. BONOMI, «Prime considerazioni sulla proposta di regolamento sulle successioni», *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2010, p. 898, in nota.

¹⁸⁰ Più precisamente, le disposizioni a causa di morte di qualsiasi tipo sono valide quanto alla forma se esse soddisfano le condizioni richieste o dalla legge del luogo in cui sono state redatte o dalla legge del paese della cittadinanza o del domicilio o della residenza abituale posseduti dalla persona o da almeno una delle persone la cui successione è interessata, sia al momento del compimento dell'atto in questione, sia al momento della morte, oppure ancora, nella successione relativa agli immobili, dalla legge del luogo in cui questi si trovano: cfr. al riguardo, più ampiamente, *infra*, par. 102.

¹⁸¹ V. in proposito *infra*, par. 77 ss.

alla legge con cui essa presenta il collegamento oggettivamente più stretto¹⁸². Ciò apparirebbe tanto più ingiustificato se si considera che, al fine di limitare gli inconvenienti suscettibili di essere creati dall'elemento di rilevante novità introdotto dall'accoglimento da parte del regolamento del criterio di collegamento unitario dell'ultima residenza abituale del *de cuius* nei sistemi di conflitto interni degli Stati membri, la grande maggioranza dei quali adottava soluzioni diverse, l'art. 83 dell'atto contiene già una disposizione transitoria notevolmente generosa¹⁸³.

3. La legge applicabile alla validità, alla modifica e alla revoca della *professio juris*

65. Avendo un proprio oggetto specifico e producendo i propri effetti sul terreno del diritto internazionale privato anziché su quello del diritto materiale, la *professio juris* costituisce un atto giuridico di natura negoziale del tutto autonomo ed autosufficiente rispetto ad altri tipi di disposizioni concernenti la successione di una persona: e ciò sia che si trovi racchiusa in un documento a se stante, sia che venga inserita in un testamento o in un patto successorio¹⁸⁴. Questo suo carattere di piena autonomia è anzi vieppiù accentuato nel regolamento dal fatto che l'art. 3, par. 1, lett. c), contrariamente all'uso seguito generalmente dalla dottrina, la esclude dall'ambito della definizione di «disposizione a causa di morte», da esso riservata ai testamenti, ai testamenti congiuntivi e ai patti successori¹⁸⁵. Dalla suddetta caratteristica deriva la conseguenza che, anche quando, come frequentemente avviene, la *professio juris* e l'una o l'altra delle disposizioni a causa di morte ora indicate si trovino riunite in un unico documento, le rispettive condizioni di ammissibilità, validità formale e sostanziale, revoca e modificazione devono essere valutate in modo reciprocamente indipendente, essendo ben possibile, in particolare, che una *professio* contenuta in un testamento o in un patto successorio invalidi, per ragioni a questi proprie, sia valida o viceversa¹⁸⁶. Ne discende ulteriormente che anche gli aspetti della *professio* diversi dalle condizioni e dai limiti della sua ammissibilità che si sono esaminati nelle pagine precedenti debbono formare oggetto di disciplina del pari autonoma. Ad essa il regolamento provvede con i par. 2, 3 e 4 dell'art. 22, integrati da alcune specificazioni contenute nel considerando 40.

66. La validità formale della *professio juris* è peraltro regolata dall'art. 22, par. 2, soltanto indirettamente e, più precisamente, *per relationem*, dal momento che la norma si limita a richiedere che la *professio* sia effettuata «a mezzo di una dichiarazione resa nella forma di una disposizione a causa di morte», salvo la possibilità, di cui si è detto, di una *professio* implicita e cioè «risultante dalle clausole di tale disposizione»¹⁸⁷; la previsione deve quindi intendersi come comportante un riferimento all'art. 27, che reca

¹⁸² Cfr. specialmente i considerando 23, 25 e 37 del regolamento.

¹⁸³ Su di essa v. *infra*, par. 173 s.

¹⁸⁴ In quest'ultimo caso la *professio juris* va ovviamente distinta dall'eventuale atto di scelta del diritto applicabile al patto successorio, che è un atto di *electio juris* di carattere ugualmente pattizio, bilaterale o multilaterale (*pactum de lege utenda*), previsto e disciplinato dall'art. 25, par. 3, del regolamento ed avente ad oggetto, secondo i termini di tale disposizione, la determinazione della legge competente a regolare «l'ammissibilità, la validità sostanziale e gli effetti vincolanti tra le parti» del patto, «comprese le condizioni per il suo scioglimento», mentre la *professio juris* è un negozio unilaterale che riguarda la legge regolatrice degli altri aspetti della successione; in proposito v. anche *infra*, nota 285.

¹⁸⁵ La posizione adottata in proposito dal regolamento trova ulteriore riscontro nell'art. 22, par. 4, il quale, stabilendo che «(l)a modifica o la revoca della scelta di legge devono soddisfare le condizioni di forma previste per la modifica o la revoca di una disposizione a causa di morte», mostra di presupporre la distinzione tra la *professio* e la categoria di disposizioni in questione.

¹⁸⁶ Per la sottolineatura di questa conseguenza del carattere di negozio giuridico autonomo della *professio juris* v. A. BONOMI, «Successions internationales: conflits de lois et de juridictions», *Recueil des cours*, vol. 350 (2010), p. 221; I. RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, «La ley aplicable a las sucesiones *morts causa* en el Reglamento (UE) 650/2012», *InDret*, 2/2013, p. 13.

¹⁸⁷ Anche la questione dell'ammissibilità della *professio juris* implicita viene qualificata dalla maggior parte della dottrina come una mera questione di forma: cfr., ad es., A. DUTTA, «Succession and Wills in the Conflict of Laws on the Eve of Europeanisation», *RabelsZ*, 2009, p. 578 s.; A. BONOMI, «Le choix de la loi applicable à la succession dans la proposition de règlement européen», in *Successions internationales. Réflexions autour du futur règlement européen et de son impact pour la Suisse* (a cura di A. BONOMI / C. SCHMID), Zurich, 2010, p. 44 ss., e «Successions internationales: conflits de lois et de juridictions», *Recueil des cours*, vol. 350 (2010), p. 244 ss. Una tale qualificazione sembra peraltro accettabile solamente a condizione che si accolga un'interpretazione rigorosa della nozione di *professio* implicita, che riconosca necessaria per l'affermazione della sua sussistenza la dimostrazione di una effettiva volontà del *de cuius* di compiere un atto di scelta di legge. Se invece ci si

appunto la disciplina di conflitto della forma degli atti a causa di morte¹⁸⁸. Si tratta della stessa soluzione (tranne che per l'ammissione della scelta implicita) accolta dalla Convenzione dell'Aja del 1989 nonché dalla quasi totalità delle leggi nazionali che consentono la *professio juris*¹⁸⁹. Essa viene spiegata dalla dottrina con la considerazione che la *professio* esercita sulla regolamentazione della successione una influenza non meno importante di quella di un testamento o di qualsiasi altro atto contenente disposizioni a causa di morte e pertanto dovrebbe essere sottoposta a requisiti di forma corrispondenti¹⁹⁰.

67. Quanto alla validità sostanziale della scelta di legge, questa va anzitutto distinta dalla sua ammissibilità. Anche la seconda può in effetti essere riguardata come una condizione di validità dell'atto di scelta, a meno che non si preferisca qualificarla come una condizione di mera efficacia. Ciò che importa comunque chiarire è che essa non può naturalmente dipendere che dalla regola di conflitto che conferisce il potere di scelta, dato che è appunto tale regola che ne determina l'ampiezza ed i limiti. Conseguentemente, dal punto di vista del sistema cui la regola di conflitto appartiene, l'atto di scelta che rispetti le condizioni stabilite dalla medesima è sempre valido ed efficace sotto il profilo dell'ammissibilità anche nel caso in cui non sia consentito dalla legge (straniera) che forma oggetto della designazione¹⁹¹.

La questione della validità sostanziale dell'atto riguarda invece in primo luogo l'esistenza e la regolarità del procedimento di formazione della volontà del suo autore e, in particolare, l'assenza di vizi quali l'errore, la violenza, la frode ed ogni altra forma di indebita interferenza. E' inoltre probabile che a questo primo ordine di problemi, che rappresenta il nucleo essenziale di quelli che vengono tradizionalmente ricondotti alla nozione in esame, occorra apportare alcune aggiunte, dal momento che l'art. 26, par. 1, del regolamento contiene una definizione allargata di «validità sostanziale delle disposizioni a causa di morte», comprendente, tra l'altro, la capacità dell'autore della disposizione, l'ammissibilità dell'intervento di un rappresentante e l'interpretazione. Sebbene, come si è già ricordato, l'art. 3, par. 1, lett. c), escluda la *professio juris* dall'ambito della nozione di «disposizione a causa di morte» utilizzata dal regolamento, sembra tuttavia possibile ritenere l'art. 26 estensibile analogicamente anche alla prima, sia perché una tale estensione appare conforme alla *ratio* della norma, oltre che a quella della regola di conflitto concernente la validità sostanziale della *professio* di cui si dirà subito, sia per evitare la formazione di lacune che non si saprebbe altrimenti in quale modo colmare.

68. All'insieme di problemi così determinato l'art. 22, par. 3, dichiara applicabile la stessa legge oggetto di scelta. Si tratta anche in questo caso di una soluzione divenuta ormai classica negli strumenti di diritto internazionale privato uniforme che impiegano il criterio di collegamento della scelta di legge e altresì accolta da diversi ordinamenti nazionali, a volte sulla base di specifiche disposizioni legislative e a volte per via di interpretazione dottrinale e giurisprudenziale. La si ritrova in numerose convenzioni elaborate in seno alla Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato, inclusa la Convenzione del 1989 sulla legge applicabile alle successioni, nonché nella maggioranza degli altri regolamenti dell'Unione europea contenenti disposizioni di conflitto che fanno uso di tale criterio¹⁹². Il suo obiettivo principale consiste

accontenta delle definizioni ben più liberali, e, come si è visto, ampiamente diffuse, analizzate nei paragrafi precedenti, le quali tendono a sostituire a quella dimostrazione semplici presunzioni se non addirittura vere e proprie finzioni, il problema cambia natura poiché non si tratta più semplicemente di «forma», e cioè di modo di estrinsecazione della volontà di operare la scelta, ma è la stessa esistenza della volontà a trovarsi in questione.

¹⁸⁸ Su tale disciplina v. *infra*, par. 101 ss.

¹⁸⁹ V. i riferimenti contenuti in proposito nella nota 165.

¹⁹⁰ In questo senso A. DAVÌ, «L'autonomie de la volonté en droit international privé des successions dans la perspective d'une future réglementation européenne», *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2004, p. 485; A. DUTTA, «Succession and Wills in the Conflict of Laws on the Eve of Europeanisation», *RabelsZ*, 2009, p. 578. L'impiego da parte dell'art. 22, par. 2, dell'espressione «disposizioni a causa di morte», atta a ricomprendere sia le disposizioni testamentarie che i patti successori, consente di desumere che una *professio juris* relativa all'intera successione può essere inclusa anche in un atto del secondo tipo, pur mantenendo rispetto a quest'ultimo la propria indipendenza: cfr. al riguardo A. BONOMI, «Successions internationales: conflits de lois et de jurisdictions», *Recueil des cours*, vol. 350 (2010), p. 309.

¹⁹¹ Questa conseguenza è del resto esplicitamente messa in risalto dal considerando 40 del regolamento («La scelta di legge effettuata in base al presente regolamento dovrebbe essere valida anche ove la legge scelta non preveda di scegliere [sic] la legge in materia di successioni»).

¹⁹² V., in particolare, l'art. 3, par. 5, del regolamento 593/2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali

nell'assicurare che la validità sostanziale dell'atto di scelta sia valutata dai giudici di tutti i paesi interessati alla stregua della medesima legge (anziché delle rispettive *leges fori*, che potrebbero essere discordanti) in modo da garantire il raggiungimento di risultati uniformi¹⁹³. Un non trascurabile vantaggio accessorio è dato dalla maggiore coerenza interna della regolamentazione che la sottoposizione della validità sostanziale della *professio* e di quella delle disposizioni a causa di morte eventualmente adottate dall'autore di essa, contestualmente o in un successivo momento, all'unica legge suddetta permette di conseguire¹⁹⁴.

E' vero peraltro che la determinazione delle norme materiali applicabili nell'ambito della legge in questione può presentare talvolta qualche difficoltà. Questa potrebbe infatti non soltanto non conoscere l'istituto della *professio* ma non possedere neppure norme idonee a risolvere adeguatamente i particolari problemi che possono prospettarsi riguardo alla validità sostanziale delle disposizioni di ultima volontà. Il solo criterio di ordine generale che appare possibile indicare in proposito consiste nel dare sempre la precedenza nella ricerca delle norme regolatrici a quelle che concernono specificamente la validità sostanziale – definita nell'ampio senso che si è precisato¹⁹⁵ – degli atti di ultima volontà e di prendere in considerazione quelle che disciplinano gli atti e negozi giuridici in genere solo qualora le prime facciano difetto¹⁹⁶.

69. La modifica e la revoca della *professio* sono disciplinate dal regolamento in modo meno chiaro e meno completo, nonostante che rispetto ad esse si pongano vari problemi di soluzione non agevole¹⁹⁷. L'art. 22, par. 4, ne regola unicamente la validità formale, sotponendola, simmetricamente a quanto stabilisce il par. 2 dello stesso articolo in relazione alla forma dell'atto originario di scelta, alle condizioni previste per la modifica o la revoca delle disposizioni a causa di morte. Anche riguardo alla modifica e alla revoca della *professio* viene quindi così ad essere richiamato indirettamente l'art. 27 del regolamento, che detta appunto la disciplina della validità formale di quegli atti¹⁹⁸. In proposito il par. 2 dell'articolo in questione stabilisce che sia la modifica che la revoca sono valide quanto alla forma se rispettano le condizioni all'uopo richieste da una qualsiasi delle leggi indicate dal par. 1 come alternativamente applicabili alla validità formale di una disposizione a causa di morte, integrando inoltre la già copiosa lista delle predette leggi con l'ulteriore riconoscimento della validità formale della modifica e della revoca anche quando esse soddisfino le condizioni previste da una delle leggi in base alle quali era valida la disposizione a causa di morte oggetto di modifica o di revoca¹⁹⁹.

(Roma I) e l'art. 6, par. 1, del regolamento 1259/2010 relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale (Roma III); nonostante che l'art. 14 del regolamento 864/2007 sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali (Roma II), che è la meno recente tra le disposizioni di questo tipo adottate dall'Unione europea, non contenga una previsione corrispondente, sembra tuttavia ragionevole interpretarla ugualmente nello stesso senso, essendosi la soluzione sopraindicata ormai affermata come principio avente generale valore. Per quanto riguarda le convenzioni dell'Aja, v., oltre all'art. 5, par. 2, della Convenzione del 1989 sulla legge applicabile alle successioni («L'existence et la validité au fond du consentement quant à cette désignation sont régies par la loi désignée»), l'art. 2, terzo comma, della Convenzione del 1955 sulla legge applicabile alle vendite internazionali di oggetti mobili corporali e l'art. 10, par. 1, della Convenzione del 1986 sulla legge applicabile ai contratti di vendita internazionale di merci. Tra le disposizioni legislative nazionali che in materia successoria accolgono esplicitamente tale soluzione v. l'art. 2634, par. 2, del nuovo cod. civ. rumeno, in vigore dal 1° ottobre 2011, e l'art. 10. 145, par. 2, del cod. civ. olandese, che la ammette solo indirettamente attraverso il rinvio recettizio che esso opera alla Convenzione dell'Aja del 1989 per la determinazione della legge applicabile in quel paese alle successioni; sulle posizioni analoghe della dottrina e della giurisprudenza in Germania e in Svizzera v. le indicazioni fornite da A. BONOMI, «Successions internationales: conflits de lois et de jurisdictions», *Recueil des cours*, vol. 350 (2010), p. 249.

¹⁹³ V. in proposito A. DAVÌ, «L'autonomie de la volonté en droit international privé des successions dans la perspective d'une future réglementation européenne», *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2004, p. 486 s. Proprio l'esistenza di questo comune obiettivo spiega il fatto che nelle legislazioni nazionali la soluzione in esame è diffusa soprattutto nel settore dei contratti, ove, pur in assenza di regolamentazioni uniformi elaborate su scala multilaterale, la facoltà delle parti di scegliere il diritto applicabile costituisce oggetto di riconoscimento pressoché universale.

¹⁹⁴ Per questo rilievo v. A. WYSOCKA, «How can a valid *professio juris* be made under the EU Succession Regulation?», *Nederlands int. privaatrecht*, 2012, p. 573.

¹⁹⁵ Cfr. il par. precedente.

¹⁹⁶ Sul punto v. già A. DAVÌ, «L'autonomie de la volonté en droit international privé des successions dans la perspective d'une future réglementation européenne», *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2004, p 486.

¹⁹⁷ Per analoga valutazione v. A. DUTTA, «Das neue internationale Erbrecht der Europäischen Union – Eine erste Lektüre der Erbrechtsverordnung», *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 2013, p. 8 s.

¹⁹⁸ Cfr. al riguardo già *supra*, nota 180 e testo corrispondente, e v. più ampiamente *infra*, par. 101 ss.

¹⁹⁹ Nel secondo caso si può trattare, in pratica, o della legge del paese in cui la disposizione modificata o revocata era stata

70. Il regolamento omette invece di risolvere esplicitamente il problema dell'ammissibilità della modifica e della revoca della *professio*. Appare però ragionevole pensare che lo stesso art. 22, par. 4, disciplinando le condizioni di validità formale sia dell'una che dell'altra, presupponga la loro ammissibilità implicitamente²⁰⁰. Del resto questa dovrebbe già considerarsi, almeno in assenza di specifiche disposizioni contrarie, logicamente compresa nella libertà di scegliere, e quindi anche di non scegliere, la legge applicabile²⁰¹.

71. Nemmeno il problema della legge applicabile alla validità sostanziale della modifica o della revoca della *professio* trova espressa soluzione nell'art. 22 o in altre disposizioni facenti parte dell'articolo del regolamento. La soluzione tuttavia esiste ma occorre riuscire a scoprirla, seminascoa com'è nel considerando 40, il quale, dopo avere enunciato (peraltro inutilmente) la regola già facilmente rinvenibile nell'art. 22, par. 3, della sottoposizione della validità sostanziale dell'atto di scelta alla stessa legge che ne costituisce oggetto, aggiunge che «(a)ltrettanto dovrebbe valere per l'atto che modifica o revoca una scelta di legge». L'indicazione, sebbene non chiarissima, sembra da interpretare nel senso che la validità sostanziale dell'atto che modifica una precedente scelta di legge sostituendola con la designazione di una legge diversa deve intendersi sottoposta alla legge che era stata designata inizialmente e non alla nuova legge scelta. Il termine «altrettanto» è infatti riferito simultaneamente alla modifica e alla revoca, nella quale ultima manca ovviamente la designazione di una seconda legge. A prescindere dai dubbi che si potrebbero giustificatamente esprimere sull'opportunità di inserire in un considerando, sprovvisto, tra l'altro, di valore giuridico formalmente vincolante²⁰², una previsione che avrebbe probabilmente trovato collocazione più adeguata all'interno dello stesso art. 22, ci si può peraltro domandare se non sarebbe stato preferibile distinguere tra revoca e modifica assoggettando soltanto le condizioni della validità sostanziale della prima alla legge scelta originariamente e invece quelle della seconda alla

redatta qualora questo paese non coincida con quello in cui è stata effettuata la modifica o la revoca oppure della legge del paese della cittadinanza, del domicilio o della residenza che il *de cuius* aveva al momento in cui ha dettato la disposizione in causa qualora nell'intervallo di tempo compreso tra tale momento e quello della modifica o della revoca uno o più dei suddetti elementi di collegamento abbiano subito delle variazioni.

²⁰⁰ V., in favore di questa linea di ragionamento, con riferimento all'art. 17, par. 4, della proposta originaria del regolamento nonché all'analogia disposizione contenuta nell'art. 5, par. 3, della Convenzione dell'Aja del 1989, A. BONOMI, «Successions internationales: conflits de lois et de juridictions», *Recueil des cours*, vol. 350 (2010), p. 250. La medesima argomentazione può applicarsi al considerando 40 del regolamento, che, come si vedrà di seguito nel testo, fornisce alcune indicazioni sulla disciplina della validità sostanziale della modifica e della revoca della *professio*.

²⁰¹ In questo senso v. A. DAVÌ, «L'autonomie de la volonté en droit international privé des successions dans la perspective d'une future réglementation européenne», *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2004, p. 487. Esiste peraltro un orientamento dottrinale di una certa consistenza secondo cui, quando la regola di conflitto attributiva del potere di scelta omette di pronunciarsi esplicitamente in ordine al problema ora in esame, la sua soluzione dovrebbe ritenersi rientrare nella competenza della stessa legge scelta, essendo essa la legge regolatrice della validità sostanziale dell'atto di esercizio di tale potere, all'ambito della quale tutte le questioni in un modo o nell'altro attinenti alla volontà di compiere l'atto andrebbero in linea di principio ricondotte: v. ad es., con specifico riferimento alla limitata possibilità di scelta della *lex fori* ammessa dal diritto tedesco, A. TIEDEMANN, «Die Rechtswahl im deutschen Internationalen Erbrecht», *RabelsZ*, 1991, p. 32, e, in una prospettiva comparatistica generale (e nonostante l'accoglimento della linea argomentativa indicata nella nota precedente e nel corrispettivo testo), A. BONOMI, «Successions internationales: conflits de lois et de juridictions», *Recueil des cours*, vol. 350 (2010), p. 250 ss. Il suddetto orientamento sembra peraltro non tenere sufficientemente conto della considerazione che l'ammissibilità della modifica o della revoca della *professio juris*, pur potendo essere riguardata come una condizione della loro validità, almeno largamente intesa, è comunque una questione di carattere ben diverso da quello delle varie questioni che possono sorgere riguardo alla validità sostanziale degli atti giuridici, se non altro perché la prima, a differenza delle seconde, si situa sul terreno del diritto internazionale privato e non sul terreno del diritto materiale. Conseguentemente il silenzio serbato dalla norma di diritto internazionale privato attributiva del potere di effettuare la *professio* in ordine al problema della sua modificabilità o revocabilità si presta difficilmente ad essere interpretato come manifestazione implicita della volontà normativa di rimetterne la soluzione alla legge originariamente oggetto della designazione: ciò tanto più che quest'ultima potrebbe anche ignorare del tutto la *professio* cosicché non rimarrebbe che rivolgersi alle norme che nell'ambito di tale legge regolano la modifica o la revoca delle disposizioni (sostanziali) a causa di morte, le quali sono state pensate per risolvere altri problemi. Il riconoscimento del principio dell'autonomia della *professio* rispetto agli altri tipi di disposizioni a causa di morte illustrato *supra*, par. 65, dovrebbe invece suggerire di mantenere sempre la ricerca della risposta da dare all'interrogativo concernente l'ammissibilità della sua modifica o della sua revoca all'interno del processo di interpretazione della norma di conflitto che conferisce la facoltà di scelta o comunque del sistema di diritto internazionale privato cui essa appartiene.

²⁰² Cfr. *supra*, nota 55. La frase del considerando riportata nel testo fa infatti uso del condizionale «dovrebbe».

nuova legge, essendo questa stata ormai designata come competente a regolare, in luogo della precedente, l'insieme della successione. Si sarebbe così evitato l'inconveniente di sottoporre a leggi differenti – e con esiti, di conseguenza, potenzialmente discordanti – il giudizio sulla validità sostanziale rispettiva della nuova *professio* e delle disposizioni a causa di morte eventualmente adottate in aggiunta ad essa dal *de cuius*, nel medesimo documento o con atti distinti²⁰³. Inoltre, nel caso in cui la legge designata per ultima fosse quella di un paese non vincolato dal regolamento ma il cui sistema di conflitto considerasse parimenti ammissibile la (nuova) *professio juris* nei termini nei quali questa è stata effettuata dall'interessato, si sarebbe notevolmente limitato il rischio di contrasti di valutazioni (con le connesse possibilità di *forum shopping*) riguardo alla sua validità sostanziale tra i tribunali del paese in questione e quelli dei paesi membri dell'Unione in cui è applicabile il regolamento.

72. Uno dei problemi classici che si pongono relativamente alla revoca della *professio juris* consiste nel chiedersi se e a quali condizioni essa sia da considerare implicita nella revoca o nella modifica di un testamento o altro atto contenente disposizioni a causa di morte al quale la prima, racchiusa o meno che sia nello stesso documento, possa essere ritenuta in qualche misura funzionalmente collegata. La revoca dell'atto cui la *professio* si presenta connessa può naturalmente aver luogo in modi differenti, quali, ad esempio, una dichiarazione espressa, la redazione di nuove disposizioni totalmente o parzialmente incompatibili con quelle anteriori o la distruzione materiale del documento in cui l'atto medesimo è racchiuso.

Nonostante la sua notorietà, il problema non è quasi mai specificamente affrontato né dai testi di diritto internazionale privato uniforme, né dalle codificazioni nazionali²⁰⁴. Anche il regolamento si allinea a questo generale orientamento²⁰⁵. Ciò nondimeno, l'art. 22 fornisce elementi sufficienti a permettere di dare a tale problema una soluzione negativa. Infatti, a differenza dal par. 2 dell'articolo in questione, che, come si è visto²⁰⁶, ammette che la *professio juris* possa risultare implicitamente dalle clausole di un atto contenente disposizioni a causa di morte, il par. 4 esclude chiaramente la stessa possibilità riguardo alla revoca e alla modifica della *professio*, richiedendo invece che esse soddisfino le condizioni di forma previste per la modifica o la revoca di quelle disposizioni. D'altra parte l'art. 27, concernente la validità formale delle disposizioni a causa di morte e che viene così ad essere indirettamente richiamato, si applica unicamente alle disposizioni a causa di morte che siano state formulate «per iscritto». E' pur vero che il solo significato che può essere attribuito con certezza alla suddetta restrizione è quello di ribadire l'esclusione, già stabilita dall'art. 1, par. 2, lett. f), delle disposizioni a causa di morte fatte in forma orale dall'ambito di applicazione del regolamento. Tuttavia sembra ugualmente che non vi siano plausibili motivi per pensare che il regolamento abbia inteso risolvere direttamente, con una previsione apposita, il problema dell'ammissibilità della scelta di legge implicita e rimettere invece la soluzione del medesimo problema in relazione alla revoca o alla modifica dell'iniziale atto di scelta alla legge regolatrice della forma delle ordinarie disposizioni a causa di morte. Il carattere di autonomia concettuale e giuridica della *professio* rispetto a queste ultime che si è sottolineato in precedenza²⁰⁷ suggerisce piuttosto di accogliere l'interpretazione opposta, tanto più che è quanto meno controvertibile che un siffatto tipo di revoca possa ritenersi sempre riconducibile alla nozione di «forma», intesa come

²⁰³ Su questo punto v. già *supra*, nota 194 e testo corrispondente.

²⁰⁴ La sola legislazione europea che vi dedica una regolamentazione apposita è quella dei Paesi Bassi, ove l'art. 10. 148 cod. civ. stabilisce la presunzione che la revoca da parte del *de cuius* delle sue disposizioni di ultima volontà, sempre che questa non abbia carattere soltanto parziale, includa la revoca della *professio juris*. Il «Rapport explicatif» di D.W.M. WATERS annesso alla Convenzione dell'Aja del 1989, in CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, *Actes et documents de la Seizième session (1988)*, vol. II, *Successions - loi applicable*, La Haye, 1990, p. 558, fa stato dell'intenzione degli autori della convenzione di lasciare la questione sostanzialmente aperta.

²⁰⁵ Nella fase di studio e di consultazioni che ha preceduto l'elaborazione del regolamento il Consiglio nazionale del notariato italiano aveva peraltro pubblicato, in risposta al libro verde presentato dalla Commissione nel 2005, un proprio progetto preliminare, il cui art. 20, par. 6, conteneva la seguente previsione: «La désignation de la loi applicable est tacitement révoquée lorsqu'elle est contenue dans une disposition testamentaire tacitement révoquée selon la loi désignée ou que survient une cause de révocation légale prévue par ladite loi; cependant, elle conserve son efficacité si la révocation tacite du testament n'est que partielle»: v. CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *Réponses au questionnaire en matière de successions et testaments. Livre vert de la Commission européenne*, Milano, 2005, p. 77.

²⁰⁶ Cfr. *supra*, par. 58.

²⁰⁷ V. le considerazioni svolte nel par. 65 e in nota 201.

modalità di manifestazione di una volontà di cui non è comunque in discussione l'esistenza²⁰⁸, e che la legge o le leggi comprese nella lista stilata dall'art. 27 che sono suscettibili di trovare applicazione alla fattispecie concreta potrebbero anche non conoscere l'istituto della *professio* e non possedere quindi norme che lo regolano.

Evidenti ragioni di sicurezza dovrebbero in ogni caso indurre le persone interessate a non mancare mai di precisare con chiarezza all'atto della revoca delle proprie disposizioni a causa di morte la loro volontà relativa alla sorte dell'eventuale designazione del diritto applicabile alla loro successione che esse abbiano effettuato (contestualmente o separatamente) in aggiunta alle prime.

73. Alcuni ordinamenti, specialmente di paesi di *common law*, considerano determinati accadimenti della vita di una persona, quali principalmente il matrimonio, il divorzio, la sopravvenienza di figli o l'adozione, come cause di c.d. «revoca legale» delle disposizioni di ultima volontà prese anteriormente. E' facile comprendere che non si tratta di vera e propria revoca, e cioè di un *contrarius actus* proveniente dall'autore delle disposizioni implicate, ma di un effetto giuridico riconlegato direttamente ed automaticamente dalla legge ad un oggettivo mutamento delle circostanze. Ad ogni modo la conseguenza che ulteriormente deriva dall'effetto in questione è data naturalmente dal fatto che in tali ordinamenti, nella misura in cui l'autore delle disposizioni legalmente revocate non ve ne sostituisca delle nuove, la successione rimane sottoposta alle regole che la disciplinano normalmente *ab intestato*.

Qualora però, in aggiunta alle disposizioni a causa di morte oggetto della descritta forma di revoca legale, il *de cuius* avesse effettuato una *professio juris* in favore della legge che la stabilisce, si prospetta il problema di sapere se anche la *professio* debba ritenersi a sua volta travolta dalla revoca, cosicché la successione sia ormai da considerare soggetta alla legge ad essa applicabile a titolo obiettivo e non più invece alla legge che era stata designata e che prevede la perdita di efficacia delle disposizioni stesse. In caso affermativo le disposizioni a causa di morte interessate verrebbero sottratte all'effetto di revoca e potrebbero mantenere quindi la loro operatività nei limiti in cui non siano in contrasto con la nuova legge divenuta applicabile alla successione. Una corretta interpretazione sistematica del regolamento dovrebbe tuttavia indurre a dare al quesito una risposta negativa²⁰⁹. Si è visto infatti che la posizione di principio da questo adottata consiste nel risolvere autonomamente – seppure eventualmente in modo solo implicito – tutti i problemi attinenti, anche indirettamente, alla disciplina internazionalprivatistica della *professio* e nel rimettere alla legge designata unicamente la regolamentazione dei profili di diritto materiale concernenti la sua validità formale e sostanziale in quanto atto giuridico²¹⁰. Sembra comunque certo che il regolamento non contiene alcuna norma cui la perdita di efficacia della designazione sia riconducibile. D'altronde, nemmeno le stesse leggi che prevedono la revoca legale, dal loro punto di vista, ne estendono gli effetti alla *professio*, non soltanto per l'ovvia ragione che essa è addirittura ignota alla loro maggioranza ma anche perché i problemi relativi alla determinazione della legge applicabile alla successione sono estranei alle preoccupazioni cui tale tipo di revoca risponde e che consistono in finalità di tutela degli interessi materiali delle persone coinvolte o, più in generale, di adattamento della

²⁰⁸ Cfr. al riguardo la nota 187. E' significativo che la disposizione del cod. civ. olandese riferita *supra*, nota 204, parli di «presunzione di revoca» della *professio juris*, non richiedendo quindi la prova dell'esistenza di una volontà effettiva, mentre la disposizione proposta dal Consiglio nazionale del notariato italiano riportata alla nota 205, pur facendo lessicalmente ricorso alla nozione di «revoca tacita», preveda in realtà una pura e semplice ipotesi di perdita automatica di efficacia dell'atto di scelta stabilita direttamente dalla disposizione stessa.

²⁰⁹ La tesi opposta è stata peraltro sostenuta, tra i primi commentatori del regolamento, da A. WISOCKA, «How can a valid *professio juris* be made under the EU Succession Regulation?», *Nederlands int. privaatrecht*, 2012, p. 573 s., e, su un piano generale, da A. BONOMI, «Successions internationales: conflits de lois et de juridictions», *Recueil des cours*, vol. 350 (2010), p. 251 s.; v. anche nello stesso senso, con riferimento al diritto internazionale privato svizzero, la nota di A. BUCHER alla sentenza resa dal Tribunale federale di quel paese il 23 febbraio 2009, *Revue suisse droit int. et eur.*, 2010, p. 236 ss., spec. 244. Nel senso del testo si sono invece espresse entrambe le decisioni emesse nei due gradi di merito del procedimento concluso dalla ricordata sentenza del Tribunale federale svizzero, la quale ultima non si è tuttavia pronunciata sul problema. Come già indicato *supra*, nota 205, una regola che prevedeva specificamente tale effetto era contenuta nell'art. 20, par. 6, del progetto di regolamento presentato dal Consiglio nazionale del notariato italiano.

²¹⁰ Cfr. i rilievi svolti *supra*, par. 65 e nota 201. Si tratta del resto dell'impostazione normalmente seguita, anche al di fuori della materia delle successioni, dalla generalità dei testi normativi di diritto internazionale privato, sia di origine puramente nazionale che elaborati su scala multilaterale, che fanno impiego del criterio di collegamento della scelta di legge.

disciplina sostanziale della successione alla mutata situazione familiare del *de cuius*. Non è poi affatto da escludere che, nonostante la perdita di efficacia delle disposizioni già adottate, l'applicazione della legge designata continui a corrispondere ugualmente all'intenzione ed alle aspettative dell'interessato, il quale del resto conserva normalmente ancora (salvo che in particolari ipotesi come quella della sopravvenienza postuma di figli) ampie possibilità di riorganizzare la devoluzione ereditaria del proprio patrimonio nel modo per lui più conveniente.

74. Anche quando si trovi inserita in un patto successorio o sia comunque a questo funzionalmente collegata, la *professio juris* rimane un atto unilaterale della persona (o di una delle persone) della cui eredità si tratta ed è dunque in linea di principio revocabile del pari unilateralmente, distinguendosi in ciò dalla scelta della legge regolatrice dello stesso patto, che, costituendo un accordo tra i partecipanti ad esso, può essere revocata solo con il consenso di tutti²¹¹. D'altra parte, determinando un mutamento della legge applicabile alla successione, la quale, come si vedrà meglio più oltre²¹², non coincide necessariamente con la legge regolatrice del patto, la revoca della *professio* può esercitare un'influenza negativa, e talvolta finanche distruttrice, sugli effetti del medesimo, dato che la loro permanenza è esplicitamente subordinata dal regolamento alla sua compatibilità con le norme imperative della legge regolatrice della successione che limitano la libertà di disporre del *de cuius* e, in particolare, con quelle poste a tutela dei legittimari. Al fine di proteggere da rischi di tal genere i diritti dei beneficiari del patto, i quali, oltre tutto, potrebbero avere a loro volta eseguito delle prestazioni od effettuato rinunce o altre concessioni, nel corso degli studi e delle discussioni che hanno accompagnato l'elaborazione del regolamento era stato quindi proposto di introdurvi una disposizione che stabilisse che una *professio* inclusa in un patto successorio non potesse essere revocata che con il consenso di tutte le parti del patto²¹³.

Tuttavia il regolamento, pur essendo ispirato da un moderato atteggiamento di favore per i patti successori, nonostante la proibizione di cui sono oggetto nel diritto di numerosi Stati membri²¹⁴, non ha seguito questi suggerimenti, preferendo attribuire rilievo preminente all'esigenza di evitare di indebolire in qualsiasi modo sia la libertà di disposizione, o comunque di determinazione, dell'autore della scelta di legge, sia la protezione dei legittimari, che, come si è già avuto occasione di sottolineare, ha rappresentato durante i lavori preparatori una delle preoccupazioni maggiormente sentite²¹⁵. Da un lato, infatti, il regolamento non prevede neppure nel caso in esame restrizioni di sorta alla revocabilità della *professio*. D'altro lato esso antepone inequivocabilmente i diritti dei legittimari quali risultano dalla legge regolatrice della successione, supposta diversa da quella regolatrice dei patti, ai diritti dei beneficiari degli atti in questione. Può darsi anzi che rispetto alla proposta originaria della Commissione, il cui art. 18, par. 4, limitava la prevalenza dei diritti riconosciuti ai legittimari dalla legge regolatrice della successione solo a quelli vantati da persone che non fossero parti dei patti e che non avessero dunque accettato, in base agli stessi, vincoli incompatibili con la rivendicazione di tali diritti, il testo definitivo del regolamento si spinge ancora oltre, dato che il suo considerando 50 esclude che la legge applicabile alla validità ed agli effetti dei patti possa pregiudicare la posizione di «chiunque» pretenda di desumere dalla *lex successionis* diritti ad una quota di legittima o altri diritti dei quali non possa essere privato dalla volontà del *de cuius*. Se si tiene presente che d'altronde i beneficiari dei patti non sono sicuramente protetti dal regolamento contro gli effetti sfavorevoli che può produrre sui loro diritti un mutamento della legge

²¹¹ Sulla differenza intercorrente tra la scelta della legge regolatrice della successione e la scelta della legge applicabile al patto successorio v. già *supra*, nota 184.

²¹² V. *infra*, par. 97 ss.

²¹³ V. A. DAVÌ, «L'autonomie de la volonté en droit international privé des successions dans la perspective d'une future réglementation européenne», *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2004, p. 495; A. BONOMI, «Successions internationales: conflits de lois et de jurisdictions», *Recueil des cours*, vol. 350 (2010), p. 253. Un problema sostanzialmente analogo può prospettarsi anche riguardo ai testamenti congiuntivi che contengono disposizioni a causa di morte interdipendenti, i quali, come si vedrà *infra*, par. 81 ss., sono suscettibili di essere assimilati ai patti successori. Le considerazioni svolte nel testo relativamente alla revocabilità della *professio* inserita in uno di tali patti o ad esso comunque collegata devono quindi intendersi come ugualmente riferibili alla revocabilità della *professio* inclusa in un testamento congiuntivo del tipo suindicato.

²¹⁴ Il considerando 49 indica espressamente al riguardo che il «fine di agevolare l'accettazione negli Stati membri dei diritti successori acquisiti per effetto di un patto successorio» costituisce uno degli scopi del regolamento.

²¹⁵ Cfr. *supra*, par. 57.

regolatrice della successione provocato dal *de cuius* attraverso un corrispondente cambiamento del suo paese di residenza o mediante una *professio* effettuata *ex novo* in un momento successivo alla stipulazione di uno di questi atti, appare giustificato concludere che eguale soluzione debba valere anche rispetto alla revoca di una *professio* effettuata contestualmente al medesimo²¹⁶.

L'assenza di tutela delle ragioni dei beneficiari dei patti sul terreno del diritto internazionale privato non esclude peraltro la possibilità che essi, qualora si ritengano danneggiati dalla revoca, facciano valere sul piano del diritto materiale eventuali pretese alla riparazione del pregiudizio loro arrecato da un comportamento che, ricorrendone le condizioni, potrebbe essere considerato come generatore di responsabilità o suscettibile di dar luogo ad azioni di ingiusto arricchimento.

IX. La legge regolatrice dell'ammissibilità e della validità sostanziale delle disposizioni a causa di morte

75. Come si è ripetutamente accennato, l'adozione da parte del regolamento del criterio di collegamento obiettivo dell'ultima residenza abituale del *de cuius*, pur potendosi ritenere giustificata dall'idoneità di tale criterio ad individuare nella maggioranza dei casi la legge con cui la successione è più strettamente connessa, presenta tuttavia il non lieve inconveniente di rendere malferma ed incerta la pianificazione ereditaria delle persone che non sono in grado di prevedere con sicurezza in quale paese si localizzerà la loro residenza abituale al momento del loro decesso²¹⁷. Ciò è particolarmente vero riguardo alla validità e all'efficacia delle disposizioni a causa di morte che possono essere contenute in un testamento o in un patto successorio. Un mutamento del paese di residenza intervenuto nell'intervallo di tempo compreso tra il momento dell'adozione delle disposizioni a causa di morte interessate e il decesso della persona della cui eredità si tratta potrebbe infatti determinare il poco soddisfacente risultato che disposizioni che sarebbero state pienamente valide ed efficaci secondo la legge del paese della residenza anteriore dovrebbero invece essere considerate nulle o comunque prive di effetto in base alla nuova legge divenuta applicabile in seguito al trasferimento della residenza in un diverso paese.

76. Al fine di evitare o almeno ridurre la possibilità che si verifichino simili situazioni di instabilità e di incertezza alcune legislazioni ricorrono all'accorgimento di sottoporre l'ammissibilità, la validità sostanziale e a volte, in più o meno ampia misura, anche gli effetti delle disposizioni a causa di morte²¹⁸ alla c.d. legge successoria «anticipata» o «ipotetica», e cioè alla legge che sarebbe stata applicabile alla successione qualora essa si fosse aperta al momento del compimento dell'atto che contiene le disposizioni in questione. La maggior parte delle leggi che accolgono soluzioni del genere, quali, ad esempio, tra le leggi degli Stati membri, quelle austriaca, spagnola e tedesca²¹⁹, le estende indifferentemente ad ogni sorta di disposizioni a causa di morte senza distinguere a seconda del tipo di atto – testamento, testamento congiuntivo o patto successorio – in cui sono inserite. Un orientamento minoritario più restrittivo, seguito, tra l'altro, dalla legge svizzera di diritto internazionale privato (art. 95) e dalla Convenzione dell'Aja del 1989 (artt. 9 e 10), ne limita invece l'applicazione alla sola categoria dei

²¹⁶ Sembra invece accogliere un'opinione differente A. WISOCKA, «How can a valid *professio juris* be made under the EU Succession Regulation?», *Nederlands int. privaatrecht*, 2012, p. 574, la quale aderisce alla posizione dottrinale discussa *supra*, nota 201, secondo cui la mancanza nella norma di conflitto che conferisce il potere di scelta – o comunque nel sistema di diritto internazionale privato cui tale norma appartiene – della previsione di limiti alla revocabilità dell'atto di esercizio di quel potere andrebbe interpretata come manifestazione della volontà implicita di lasciare la determinazione dei suddetti limiti alla stessa legge oggetto di scelta.

²¹⁷ Cfr. *supra*, par. 35 e 49.

²¹⁸ La validità formale delle disposizioni a causa di morte rimane peraltro estranea all'indicato ordine di problemi dal momento che essa costituisce generalmente oggetto di regolamentazione apposita e specifica, avente, tra l'altro, di solito un contenuto particolarmente favorevole al suo riconoscimento e tale comunque da sottrarla in larga misura dai rischi connessi ad eventuali mutamenti della legge applicabile alla successione. Sulla disciplina dettata in proposito dal regolamento v. *infra*, par. 101 ss.

²¹⁹ V. l'art. 30 della legge austriaca di diritto internazionale privato, l'art. 9.8 del cod. civ. spagnolo e l'art. 26, par. 5, EGBGB.

patti successori. Si riconosce invero generalmente che rispetto a questi ultimi l'esigenza di conoscere con esattezza fin dal momento della loro stipulazione la legge competente a regolarne validità, effetti e cause di estinzione è resa particolarmente pressante dal fatto che essi creano immediatamente diritti ed obblighi tra le parti, le quali quindi necessitano di essere messe in grado di stabilirne la reale esistenza ed il contenuto senza essere costrette ad attendere il momento dell'apertura della successione, a differenza di quanto avviene per le disposizioni testamentarie, destinate di regola a non produrre effetti concreti fino a tale momento²²⁰. Inoltre – e si ha qui un ulteriore elemento di distinzione dalle disposizioni testamentarie, che, essendo revocabili a volontà del loro autore, non possono dar vita che a mere aspettative di fatto – nei patti successori vi è anche un problema di tutela delle situazioni giuridiche legittimamente acquisite dai loro beneficiari, che del resto potrebbero avere in contraccambio eseguito delle prestazioni o effettuato concessioni o rinunce, contro eventuali mutamenti della legge regolatrice suscettibili, oltre-tutto, di essere provocati unilateralmente da uno dei contraenti²²¹.

77. Sulla base dell'insieme di queste considerazioni la proposta della Commissione aveva egualmente limitato ai patti successori (art. 18) l'applicazione del suddetto riferimento alla legge successoria «anticipata» o «ipotetica». L'accoglimento di tale restrizione aveva tuttavia suscitato le critiche di una parte della dottrina, soprattutto di quella tedesca, tradizionalmente attaccata al principio della legge successoria anticipata o *Errichtungsstatut*, la quale aveva insistito nel sottolineare che non tutti gli autori di disposizioni testamentarie sono necessariamente consapevoli dei rischi che un cambiamento del paese di residenza comporta per la sopravvivenza delle medesime né della possibilità di prevenirli attraverso il compimento di una *professio juris* o comunque dell'esigenza di adattare, ove del caso, le disposizioni precedentemente assunte ai mutamenti del quadro giuridico²²².

Probabilmente anche tenendo conto di siffatti rilievi, il testo definitivo del regolamento ha esteso la speciale disciplina surriferita a tutti i tipi di disposizioni a causa di morte, dedicandovi due previsioni distinte, rispettivamente contenute nell'art. 24, riguardante le «disposizioni a causa di morte diverse dai patti successori» – e cioè i testamenti individuali e quelli congiuntivi non passibili di essere assimilati ai patti successori²²³ –, e nell'art. 25, relativo ai patti in questione. L'elemento principale su cui si fonda l'indicata ripartizione consiste nel fatto che le disposizioni a causa di morte rientranti nel primo gruppo, essendo liberamente revocabili, non creano vincoli giuridici a carico dei loro autori, cosicché l'art. 24 si limita a sottoporre alla legge successoria ipotetica «l'ammissibilità e la validità sostanziale», mentre per quanto concerne i patti successori l'art. 25 aggiunge a queste ultime i loro «effetti vincolanti tra le parti, comprese le condizioni di scioglimento». I due articoli regolano inoltre, esplicitamente o implicitamente, per entrambe le categorie di disposizioni, la loro modifica o revoca come pure, per i testamenti congiuntivi e per i patti concernenti la successione di più persone, i problemi posti dal con-

²²⁰ Può anzi aggiungersi che, nel caso in cui i patti concernano la successione di più persone, la loro sottoposizione a leggi successorie future, e quindi in suscettibili di essere determinate con certezza fino al decesso degli interessati, potrebbe rendere addirittura necessario attendere la morte dell'ultimo sopravvissuto anche soltanto per poter liquidare l'eredità di chi sia deceduto precedentemente, dato che la maggior parte delle regolamentazioni della materia – e, come si vedrà *infra*, par. 83 e 94 s., almeno per quanto riguarda l'ammissibilità dei patti, la stessa disciplina dettata dal regolamento (a meno che le parti posseggano la medesima legge nazionale ed abbiano optato di comune accordo per la sua applicazione) – stabilisce che, qualora le rispettive leggi successorie dei partecipanti all'atto siano diverse, esse devono essere applicate cumulativamente.

²²¹ Su questi elementi di differenziazione tra i due tipi di situazione v. A. DAVÌ, «Riflessioni sul futuro diritto internazionale privato europeo delle successioni», *Riv. dir. int.*, 2005, p. 330 s.; A. BONOMI, «Successions internationales: conflits de lois et de jurisdictions», *Recueil des cours*, vol. 350 (2010), p., pp. 307, 314.

²²² V. specialmente la presa di posizione del MAX-PLANCK-INSTITUT FÜR AUSLÄNDISCHES UND INTERNATIONALES PRIVATRECHT, «Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of succession and the creation of a European Certificate of Succession», *RabelsZ*, 2010, p. 616 ss.; inoltre A. DUTTA, «Succession and Wills in the Conflict of Laws on the Eve of Europeanisation», *RabelsZ*, 2009, p. 586 ss.; P. KINDLER, «Vom Staatsangehörigkeits- zum Domizilprinzip: das künftige internationale Erbrecht der Europäischen Union», *IPRax*, 2010, p. 47; cfr. pure, tra i commentatori del testo definitivo del regolamento, M. WILKE, «Das internationale Erbrecht nach der neuen EU-Erbrechtsverordnung», *Recht der internationalen Wirtschaft*, 2012, p. 606.

²²³ Si tratta, come si vedrà meglio *infra*, par. 81, di quei testamenti congiuntivi che sono tali per il solo fatto di essere contenuti in un unico documento ma nei quali le disposizioni a causa di morte adottate dai due o più testatori non sono legate da alcun vincolo di corrispettività o di interdipendenza.

corso (e dall'eventuale conflitto) tra le rispettive leggi successorie anticipate degli interessati, ove esse siano diverse. Tutti gli aspetti della disciplina della successione differenti da quelli testé menzionati rimangono invece assoggettati alla legge successoria «effettiva», vale a dire alla legge del paese in cui si trova al momento della morte la residenza abituale della persona – o di ognuna delle persone – della cui eredità si tratta, salvo ovviamente la possibilità di entrata in funzione della clausola di eccezione contenuta nell'art. 21, par. 2.

1. Legge regolatrice delle disposizioni a causa di morte diverse dai patti successori

78. La ristrettezza dei limiti del riferimento effettuato dall'art. 24 alla legge successoria ipotetica, confinato, come si è visto, alle sole questioni dell'ammissibilità e della validità sostanziale delle disposizioni testamentarie, ha naturalmente come conseguenza che l'obiettivo di rafforzamento della sicurezza della pianificazione ereditaria perseguito per tal via dal regolamento non può essere realizzato che in misura altrettanto ridotta. Resta, in particolare, compresa tra gli aspetti della disciplina della successione sottoposti alla legge successoria effettiva, potenzialmente soggetta a variazioni imprevedibili, la questione cruciale delle restrizioni imposte al potere di disporre del testatore dalle norme imperative che tutelano gli aventi diritto a una quota di legittima o gli altri titolari di diritti consimili. La sua inclusione nel novero dei profili della successione rientranti nell'ambito di applicazione di quest'ultima legge risulta esplicitamente dall'art. 23, par. 2, lett. h), e viene confermata dal considerando 50, il quale ulteriormente precisa che la soggezione dell'ammissibilità e della validità sostanziale delle disposizioni a causa di morte, nonché, per quanto concerne i patti successori, dei loro effetti vincolanti tra le parti alla legge successoria ipotetica non può in nessun caso «pregiudicare i diritti di chiunque, in forza della legge applicabile alla successione, abbia diritto a una quota di legittima o abbia un altro diritto di cui non può essere privato dalla persona della cui successione si tratta». Ne discende una perdita di sicurezza ben maggiore di quella suscettibile di essere provocata dalla disparità delle legislazioni materiali degli Stati concernenti l'ammissibilità e la validità sostanziale delle disposizioni testamentarie, le quali divergono tra loro (almeno per quanto riguarda le disposizioni testamentarie di tipo ordinario) assai meno di quelle relative alla protezione dei legittimari e sono, del resto, per lo più destinate a trovare applicazione soltanto in un numero circoscritto di ipotesi²²⁴. Può concludersene che l'unico mezzo realmente efficace messo a disposizione dal regolamento per assicurare stabilità e certezza alla pianificazione ereditaria rimane la *professio juris*.

79. D'altro canto, ai limitati vantaggi offerti dalla disciplina in esame si contrappone l'inconveniente creato dalla necessità di distinguere e delimitare gli ambiti di applicazione rispettivi della legge successoria ipotetica e di quella effettiva con i conseguenti problemi di qualificazione e di adattamento che sempre derivano nel diritto internazionale privato dalla sottoposizione di aspetti diversi di una stessa situazione a leggi regolatrici differenti²²⁵. E' peraltro vero che tali difficoltà vengono ridotte a proporzioni accettabili dal regolamento, il quale provvede a determinare con accuratezza gli ambiti applicativi di ciascuna delle due leggi indicando nell'art. 23, con una enumerazione tendenzialmente completa e comunque chiara e precisa, le categorie di questioni rientranti nella competenza della legge successoria effettiva e nell'art. 26, questa volta in maniera sicuramente esaustiva, quelle riconducibili alla nozione

²²⁴ Per questo motivo, durante i lavori preparatori del regolamento, il MAX-PLANCK-INSTITUT FÜR AUSLÄNDISCHES UND INTERNATIONALES PRIVATRECHT, «Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of succession and the creation of a European Certificate of Succession», *RabelsZ*, 2010, p. 617 ss., aveva proposto di estendere l'applicazione della regola della legge successoria anticipata anche alla disciplina degli effetti delle disposizioni testamentarie (v. pure nello stesso senso A. DUTTA, «Succession and Wills in the Conflict of Laws on the Eve of Europeanisation», *RabelsZ*, 2009, pp. 587, 591). Tuttavia tale suggerimento, che attribuiva alla regola una portata ben più ampia di quella generalmente riconosciuta ad essa dalle legislazioni nazionali che la ammettono, avrebbe potuto difficilmente essere accolto, data la sua incompatibilità con l'orientamento favorevole a conferire valore preminente alla tutela dei legittimari decisamente affermatosi, come si è visto *supra*, par. 57, nel processo di elaborazione dell'atto.

²²⁵ V. i rilievi svolti in proposito da A. BONOMI, «Successions internationales: conflits de lois et de juridictions», *Recueil des cours*, vol. 350 (2010), p. 315 s.

di «validità sostanziale delle disposizioni a causa di morte» e dunque di pertinenza della legge successoria ipotetica. Sono ricomprese, in particolare, nel secondo gruppo di questioni: la capacità di adottare disposizioni a causa di morte; le cause specifiche che impediscono di disporre a favore di certe persone o che impediscono ad una persona di ricevere beni facenti parte della successione dell'autore della disposizione; l'ammissibilità della rappresentanza; l'interpretazione della disposizione; il dolo, la violenza, l'errore e qualsiasi altra questione legata al consenso o alla volontà dell'autore della disposizione.

Uno dei maggiori profili di utilità che presenta la regola contenuta nell'art. 24 consiste probabilmente nel fatto che essa permette il mantenimento della validità di determinati tipi di disposizioni testamentarie, quali principalmente i testamenti congiuntivi ma anche, ad esempio, i fedecommissi, che, essendo considerate ammissibili e quindi valide dalla legge che sarebbe stata applicabile alla successione al momento in cui sono state adottate, non sono però contemplate o sono addirittura vietate dalla legge successoria effettiva (salvo in quest'ultimo caso l'eventuale entrata in funzione della clausola di ordine pubblico nel paese cui la seconda legge appartiene)²²⁶. In ipotesi del genere l'assenza nella legge successoria effettiva di norme regolatrici degli effetti di istituzioni che sono sconosciute alla medesima potrebbe tuttavia far sorgere complessi problemi di adattamento.

80. Sottponendo l'*ammissibilità*, al pari della validità sostanziale, delle «disposizioni a causa di morte diverse dai patti successori» alla legge successoria anticipata, l'art. 24 fornisce inoltre una chiara risposta – sia pure, come si vedrà meglio più avanti, in combinazione con l'art. 25, par. 2 – al controverso problema, attualmente risolto in modo discordante dai rispettivi sistemi di diritto internazionale privato degli Stati membri e lasciato privo di soluzione anche dalla Convenzione dell'Aja del 1961 sui conflitti di leggi in materia di forma delle disposizioni testamentarie, della qualificazione dell'ammissibilità (o della proibizione) dei testamenti congiuntivi come questione di sostanza o di forma²²⁷. L'assoggettamento di tale questione alla medesima disciplina stabilita per la validità sostanziale della categoria di atti in esame esclude infatti manifestamente la possibilità di accogliere la seconda qualificazione²²⁸. Quest'ultima soluzione avrebbe invece consentito ai testamenti congiuntivi di usu-

²²⁶ Per la sottolineatura di questo profilo v. I. RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, «La ley aplicable a las sucesiones *mortis causa* en el Reglamento (UE) 650/2012», *InDret*, 2/2013, p. 23 s., che adduce l'esempio dell'istituto, previsto e disciplinato dagli artt. 32 ss. della legge 1º luglio 1992 del *derecho civil foral* basco, della nomina da parte del testatore di un commissario munito del potere di sostituirsi al primo nella designazione del suo successore.

²²⁷ Come si dirà subito nei paragrafi successivi, i testamenti congiuntivi caratterizzati dall'esistenza, d'altronde non infrequente, di un legame giuridico di interdipendenza tra le disposizioni a causa di morte rispettivamente adottate dai due o più testatori sembrano dover essere assimilati, secondo l'interpretazione più plausibile del regolamento, ai patti successori concernenti la successione di più persone e conseguentemente sottratti alla sfera di applicazione dell'art. 24 per essere sottoposti alla norma regolatrice della seconda categoria di atti, che è l'art. 25, par. 2. Tuttavia la necessità di operare questa distinzione non esercita alcuna influenza sulla soluzione del problema ora in discussione, dal momento che anche l'art. 25 include a sua volta l'ammissibilità tra le questioni da esso disciplinate e sottoposte alle leggi successorie anticipate dei partecipanti all'accordo, mostrando quindi di presupporre la medesima qualificazione sostanziale desumibile dall'art. 24. Il riferimento in via principale a tale ultima disposizione effettuato nel testo è dovuto in parte a ragioni di semplificazione espositiva e in parte ad un'esigenza di adattamento alla sistematica del regolamento, che, come si vedrà, definisce unitariamente la categoria dei testamenti congiuntivi, pur ripartendone poi in effetti la disciplina tra gli artt. 24 e 25.

²²⁸ Desume egualmente dall'art. 24 – cui è da aggiungere, per i motivi indicati alla nota precedente, l'art. 25, par. 2) – l'accoglimento da parte del regolamento della qualificazione sostanziale di tale questione A. DUTTA, «Das neue internationale Erbrecht der Europäischen Union - Eine erste Lektüre der Erbrechtsverordnung», *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 2013, p. 10 s. Ritiene invece che il regolamento non darebbe soluzione al problema M. REVILLARD, «Portée de la loi applicable», in *Droit européen des successions internationales* (a cura di G. KHAIRALLAH / M. REVILLARD), Paris, 2013, p. 81, che sembra peraltro non tener conto del chiaro disposto dell'art. 24 (e, per quanto riguarda la parte di sua competenza, dell'art. 25) e concentrare piuttosto la sua attenzione unicamente sulla previsione relativa alla forma contenuta nell'art. 27, che tace al riguardo. Sul silenzio serbato in proposito anche dalla Convenzione dell'Aja del 1961, che, pur includendo esplicitamente nel proprio campo di applicazione le «formes des dispositions testamentaires faites dans un même acte par deux ou plusieurs personnes» (art. 4), non prende posizione sulla questione della qualificazione, v. altresì *infra*, par. 103, testo e nota 306. La qualificazione formale è predominante nella giurisprudenza francese, mentre la giurisprudenza tedesca tende a distinguere a seconda della *ratio* della proibizione e la qualificazione sostanziale, che è probabilmente la più diffusa internazionalmente, è accolta in termini espressi dalle legislazioni di alcuni paesi membri: v., ad esempio, l'art. 64, lett. c) del cod. civ. portoghese del 1966 e l'art. 18 della legge di diritto internazionale privato adottata nel 1963 dalla Cecoslovacchia e rimasta in vigore nei due nuovi Stati, Repubblica ceca e Slovacchia, sorti nel 1993 in seguito alla sua dissoluzione. Per un'analisi del problema e ulteriori indicazioni di diritto comparato v. A. BONOMI, «Successions internationales: conflits de lois et de juridictions», *Recueil des cours*, vol. 350 (2010), p. 301 ss.

fruire del regime ben più liberale istituito per le questioni di forma dall'art. 27 del regolamento nonché dalla stessa Convenzione dell'Aja del 1961 (per gli Stati membri che ne sono parti), i quali richiamano entrambi al riguardo alternativamente una pluralità di leggi al fine di favorire la validità formale di tutte le disposizioni *mortis causa*²²⁹. E' probabile che il regolamento abbia evitato di adottare in proposito un atteggiamento di favore spiccato fino a tal punto in considerazione del divieto e della conseguente nullità che colpiscono i testamenti congiuntivi negli ordinamenti di numerosi Stati membri (tra i quali Francia, Grecia, Italia, Paesi Bassi, Portogallo e Spagna), in cui essi sono riguardati come una pericolosa fonte di possibile condizionamento della libera esplicazione della volontà testamentaria²³⁰. D'altro canto, la sottoposizione della loro ammissibilità alla legge successoria o alle rispettive leggi successorie anticipate dei cotestatori, sottraendo gli atti in questione al rischio che possano essere giudicati parzialmente o totalmente invalidi a causa di un mutamento della residenza abituale di uno o più degli interessati, può essere già ritenuta una sia pur limitata forma di liberalizzazione.

81. Va peraltro tenuto presente che riguardo alla determinazione dell'esatta portata della nozione di testamento congiuntivo come atto suscettibile di essere ricondotto alla sfera di applicazione dell'art. 24 si pone un problema non semplice di delimitazione rispetto alla nozione di patto successorio, figura riconducibile invece all'ambito di operatività dell'art. 25. In proposito l'art. 3 contiene due norme definitorie, le quali precisano doversi intendere per testamento congiuntivo «il testamento redatto in un unico documento da due o più persone» (par. 1, lett. c, dell'articolo) e per patto successorio «l'accordo, anche derivante da testamenti reciproci, che conferisce, modifica o revoca, con o senza corrispettivo, diritti nella successione futura di una o più persone parti dell'accordo» (par. 1, lett. b)²³¹. Come si vede, le due definizioni si distinguono l'una dall'altra per il fatto che la prima si basa sul dato meramente formale della redazione collettiva o congiunta dell'atto a causa di morte, mentre la seconda utilizza il criterio sostanziale consistente nel descriverne contenuto ed effetti. Ne deriva che la possibilità di almeno parziali sovrapposizioni reciproche è tutt'altro che esclusa²³². Infatti, accanto ai testamenti congiuntivi che sono tali soltanto per il fatto che le dichiarazioni dei cotestatori sono racchiuse in un medesimo documento, ma nei quali le volontà dei partecipanti all'atto rimangono giuridicamente indipendenti, ve ne sono altri in cui tra quelle volontà esiste viceversa un rapporto di interconnessione, in quanto le parti perseguono un obiettivo comune o comunque le disposizioni adottate da ciascuna di esse vengono consentite in funzione del consenso dato corrispettivamente dall'altra o dalle altre, sia che le persone interessate si istituiscano reciprocamente eredi, sia che una o più delle stesse dispongano in favore di un terzo soggetto²³³. La presenza di questi legami esercita naturalmente una rilevante influenza sulla regolamentazione

²²⁹ V. al riguardo, più ampiamente, *infra*, par.101 ss.

²³⁰ Durante i lavori preparatori del regolamento l'accoglimento esplicito della qualificazione di tale divieto come questione attinente alla validità formale anziché a quella sostanziale dell'atto era stata invece proposta, con una dichiarata intenzione liberalizzatrice, dal MAX-PLANCK-INSTITUT FÜR AUSLÄNDISCHES UND INTERNATIONALES PRIVATRECHT, «Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition and Enforcement of Decisions and Authentic Instruments in Matters of Successions and the Creation of a European Certificate of Succession», *RabelsZ*, 2010, p. 623 s., e già da A. DUTTA, «Succession and Wills in the Conflict of Laws on the Eve of Europeanisation», *RabelsZ*, 2009, p. 585 s.

²³¹ La seconda definizione riproduce sostanzialmente quella già contenuta nell'art. 8 della Convenzione dell'Aja del 1989.

²³² Cfr. per il rilievo A. DUTTA, «Das neue internationale Erbrecht der Europäischen Union - Eine erste Lektüre der Erbrechtsverordnung», *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 2013, p. 9, nota 50.

²³³ La terminologia è variabile e spesso ambigua. In Italia vi è una certa tendenza a definire come semplicemente «simultanei» i testamenti del primo tipo e a riservare l'espressione «testamenti congiuntivi» a quelli del secondo. In Francia si distingue corrispondentemente tra *testaments conjoints* e *testaments conjointifs* (*réciproques* o *mutuels* in caso di istituzione reciproca) ma tale uso linguistico non è sempre seguito. Nella lingua inglese le locuzioni *joint wills* e *mutual wills* sono non di rado considerate intercambiabili ma si usa pure la specificazione *joint and mutual wills*. In Germania il par. 2270 BGB definisce disposizioni «interdipendenti» (*wechselbezügliche Verfügungen*) quelle contenute in un testamento congiuntivo (*gemeinschaftliches Testament*) dalle quali sia possibile desumere che ciascuna parte non avrebbe accettato di dare il suo consenso alle disposizioni da essa adottate se l'altra non avesse a sua volta acconsentito alle proprie. In Spagna l'espressione *testamento mancomunado* è considerata riferibile promiscuamente ad entrambe le ipotesi: cfr. I. RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, «La ley aplicable a las sucesiones *mortis causa* en el Reglamento (UE) 650/2012», *InDret*, 2/2013, p. 26. Per la sottolineatura di queste ambiguità terminologiche, ma che in realtà finiscono per diventare in non pochi casi anche concettuali e che contribuiscono a rendere complessa la materia in esame, v. altresì la nota «Les pactes successoraux» redatta dal *Bureau permanent* della Conferenza dell'Aja di diritto

materiale del secondo gruppo di disposizioni e, in particolare, sulla loro revocabilità separata, generalmente sottoposta a restrizioni più o meno severe, nonché sulla determinazione delle conseguenze che l'invalidità, l'inefficacia o la revoca delle disposizioni di una delle parti può produrre sul permanere degli effetti di quelle dell'altra o delle altre²³⁴.

82. Dal punto di vista della disciplina internazionalprivatistica, solamente le disposizioni appartenenti al primo gruppo, vale a dire quelle contenute in un unico atto ma non interdipendenti, possono farsi rientrare nell'ambito di applicazione dell'art. 24. L'assenza di vincoli di correlazione giuridica tra le disposizioni rispettivamente adottate dai due o più testatori consente infatti di assoggettare separatamente l'ammissibilità e la validità sostanziale di ciascuna delle suddette disposizioni alla legge successoria anticipata – e i rimanenti aspetti della successione alla legge successoria effettiva – dell'autore di essa senza che sorgano difficoltà di rilievo.

I testamenti congiuntivi che contengono disposizioni a causa di morte interdipendenti richiedono invece una regolamentazione più articolata e specifica che tenga conto adeguatamente di questa loro caratteristica. Gli atti in questione devono quindi essere assimilati ai patti successori concernenti la successione di più persone e, in conseguenza di tale assimilazione, venire ricondotti nell'alveo dell'art. 25, par. 2, che è la sola norma del regolamento idonea a fornire un'appropriata disciplina, oltre che della loro ammissibilità e validità sostanziale, anche dei loro effetti vincolanti tra le parti, ivi comprese le condizioni dello scioglimento²³⁵. Tale conclusione è condivisa dalla maggioranza dei primi commentatori del regolamento²³⁶ ed appare suffragata dall'art. 3, par. 1, lett. b), che include nella nozione di patto successorio ogni accordo che conferisca, modifichi o revochi diritti in una o più successioni future anche se «derivante da testamenti reciproci». Sembra in effetti ragionevole ritenere che l'espressione «testamenti reciproci» debba essere intesa in senso sufficientemente ampio da includere tutte le ipotesi di interdipendenza tra le disposizioni adottate dai coautori di un atto *mortis causa*: e ciò in considerazione sia delle oscillazioni terminologiche e definitorie cui si è già accennato²³⁷, sia e principalmente della idoneità della *ratio* della disciplina data dall'art. 25, par. 2, alla categoria di atti concernenti la successione di più persone cui la norma si riferisce a ricoprendere allo stesso modo l'intero insieme delle disposizioni a causa di morte adottate collettivamente ed interdipendenti rispetto alle quali, in ragione della presenza di siffatti elementi, può prospettarsi un problema di concorso e potenziale conflitto tra due o più leggi successorie simultaneamente applicabili²³⁸.

internazionale privato nella fase di elaborazione della Convenzione del 1989, in CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, *Actes et documents de la Seizième session* (1988), vol. II, *Successions - loi applicable*, La Haye, 1990, p.222, testo e nota 2 .

²³⁴ Un esempio piuttosto inconsueto di esclusione di questo tipo di influenza nonostante il vincolo di interdipendenza esistente tra le volontà dei cointestatori è costituito peraltro dal par. 1248 del cod. civ. austriaco, che consente alle coppie di coniugi di redigere in comune un testamento, esplicitamente definito «reciproco» (*wechselseitig*) dalla norma, nel quale le parti si nominano vicendevolmente eredi o istituiscono erede un terzo e che rimane unilateralmente revocabile da ciascuna di esse senza alcun effetto sulla sopravvivenza delle disposizioni dell'altra.

²³⁵ In proposito v. già *supra*, par. 77.

²³⁶ Cfr. specialmente A. DUTTA, «Das neue internationale Erbrecht der Europäischen Union – Eine erste Lektüre der Erbrechtsverordnung», *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 2013, p. 9, e I. RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, «La ley aplicable a las sucesiones *mortis causa* en el Reglamento (UE) 650/2012», *InDret*, 2/2013, p. 26, ma v. anche, in senso genericamente favorevole alla riconducibilità dei «testaments conjonctifs ou mutuels» alla categoria dei patti successori regolamentata dall'art. 25, G. KHAIRALLAH, «La détermination de la loi applicable à la succession», in *Droit européen des successions internationales* (a cura di G. KHAIRALLAH / M. REVILLARD), Paris, 2013, p. 61.

²³⁷ Cfr. la nota 233.

²³⁸ L'inciso «anche derivante da testamenti reciproci» era assente nella definizione di patto successorio contenuta nell'art. 2, lett. c), dell'originaria proposta di regolamento presentata nel 2009 dalla Commissione, nonostante che esso fosse invece compreso nella corrispondente definizione che si trova nell'art. 8 della Convenzione dell'Aja del 1989, di cui, come si è ricordato *supra*, nota 231, quella adottata dal regolamento (sia nella versione iniziale del 2009 che nella versione definitiva racchiusa nell'attuale art. 3, par.1, lett. b) è sostanzialmente riproduttiva. E' però significativa la constatazione del fatto che la relazione esplicativa della Commissione che accompagnava la proposta, nel commento dedicato alla disposizione riguardante i patti successori (allora numerata come art. 18), indicava essere obiettivo di quest'ultima quello di stabilire un'apposita disciplina del problema della «legge applicabile ai patti successori e ai testamenti congiuntivi» (COM(2009) 154 def., p. 7), implicando così il sostanziale riconoscimento di almeno una certa misura di comunanza tra le esigenze di regolamentazione delle due categorie di atti nonché della difficoltà di tracciare tra le medesime una linea di demarcazione precisa.

83. A differenza dall'art. 24, che regola isolatamente l'ammissibilità e la validità sostanziale delle singole disposizioni a causa di morte diverse dai patti successori che assume ad oggetto e soprattutto si disinteressa completamente della disciplina dei loro effetti giuridici, rimettendola implicitamente alla legge successoria effettiva di ciascuno dei disponenti, l'art. 25, par. 2, tiene invece largamente conto dell'esigenza di sottoporre le disposizioni legate da un vincolo di interdipendenza ad una regolamentazione il più possibile unitaria. In particolare, la norma assoggetta al concorso cumulativo delle leggi successorie anticipate, ove diverse, dei coautori dell'atto la sola questione dell'ammissibilità delle disposizioni interdipendenti implicate, stabilendo che queste non possono essere considerate ammissibili che quando sussista concordia al riguardo tra tutte le leggi interessate. I rimanenti aspetti della disciplina – validità sostanziale, effetti e condizioni dello scioglimento – sono viceversa sottoposti ad un'unica legge e precisamente a quella tra le leggi successorie anticipate delle persone delle cui eredità si tratta che presenta il collegamento più stretto con la fattispecie²³⁹. Vengono così ad essere evitati i ben noti e gravi inconvenienti che comporta l'applicazione di più leggi, di contenuto potenzialmente discordante o addirittura contraddittorio, ad una medesima situazione o ad elementi diversi ma strettamente connessi di essa, sia nella variante dell'applicazione distributiva, che è la conseguenza cui dovrebbe verosimilmente condurre la sottoposizione delle disposizioni a causa di morte interdipendenti all'art. 24, sia in quella del cumulo, opportunamente limitato, come si è visto, dall'art. 25, par. 2, al solo profilo dell'ammissibilità²⁴⁰. Tali inconvenienti sarebbero soprattutto significativi in ordine alla disciplina degli effetti dell'atto bi- o multilaterale da regolare, dal momento che l'applicazione distributiva – e quindi differenziata – a ciascuna parte della propria legge rischierebbe di determinare, almeno in un certo numero di casi, risultati contraddittori e vere e proprie ingiustizie, mentre il cumulo, imponendo la necessità del simultaneo rispetto di tutte le leggi concorrentemente applicabili, restringerebbe gli effetti in questione a quelli concordemente ammessi da ognuna, riducendo pertanto sensibilmente l'utilità del ricorso a questo tipo di atti anche quando la stipulazione ne sia consentita²⁴¹.

L'assoggettamento ad un trattamento uniforme di tutte le disposizioni a causa di morte che presentano le illustrate caratteristiche di interdipendenza, a prescindere dagli elementi di diversità di altra natura che possano esservi tra di esse, sembra dunque corrispondere all'interpretazione più ragionevole del regolamento.

²³⁹ Sui diversi aspetti della disciplina data ai patti successori e alle analoghe disposizioni a causa di morte interdipendenti dall'art. 25 v. più ampiamente *infra*, par. 89.

²⁴⁰ L'assoggettamento al sistema del cumulo dell'ammissibilità delle disposizioni a causa di morte interdipendenti operato dall'art. 25, par. 2, può essere ritenuto sufficientemente giustificato sia dal punto di vista strettamente tecnico che sul piano della politica legislativa. Sotto il primo profilo, siffatta soluzione, pur producendo evidentemente la conseguenza di restringere la possibilità delle parti interessate di avvalersi di questo utile strumento di pianificazione ereditaria, non dà luogo a nessuna difficoltà aggiuntiva ed è comunque probabilmente preferibile all'accoglimento della soluzione consistente nell'applicazione distributiva delle rispettive leggi successorie anticipate delle persone le cui successioni sono coinvolte alle disposizioni adottate da ciascuna di esse, che è quella cui avrebbe condotto la separata sottoposizione delle suddette disposizioni all'art. 24. L'impiego del metodo dell'applicazione distributiva avrebbe infatti comportato, tra l'altro, il rischio che la valutazione dell'ammissibilità delle disposizioni assunte dai singoli partecipanti all'atto, dovendo essere effettuata distintamente ed in base a leggi diverse, avesse esito positivo per una o più delle stesse e negativo per l'altra o le altre, compromettendo così la coerenza d'insieme della regolamentazione unitaria che gli interessati intendevano realizzare: cfr. i rilievi di ordine generale svolti in proposito da A. BONOMI, «Successions internationales: conflits de lois et de juridictions», *Recueil des cours*, vol. 350 (2010), p. 317 s. Sotto il secondo profilo, gli autori del regolamento, pur essendosi prefissi, come indicato esplicitamente dal considerando 49, l'obiettivo di «agevolare l'accettazione negli Stati membri dei diritti successori acquisiti per effetto di un patto successorio», hanno tuttavia dovuto tenere conto del fatto che la stipulazione di tale tipo di atti è tuttora oggetto di divieto in numerosi ordinamenti (sia di paesi membri dell'Unione che di paesi non membri): sulle ragioni storiche di quest'ultimo e sull'attuale tendenza ad un suo graduale superamento v. A. DAVÌ, «Riflessioni sul futuro diritto internazionale privato europeo delle successioni», *Riv. dir. int.*, 2005, p. 329 s.

²⁴¹ Per considerazioni sul punto che l'applicazione cumulativa di due o più leggi alla determinazione del contenuto degli effetti di un atto giuridico comporta difficoltà molto maggiori di quelle che può provocare l'impiego del medesimo metodo per la valutazione della sussistenza delle condizioni dell'ammissibilità e della validità dell'atto in questione v. A. DAVÌ, «Riflessioni sul futuro diritto internazionale privato europeo delle successioni», *Riv. dir. int.*, 2005, p. 332; inoltre, per una più ampia analisi di questi problemi, v., con specifico riferimento alla materia dei patti successori e delle disposizioni a causa di morte interdipendenti, A. BONOMI, «Successions internationales: conflits de lois et de juridictions», *Recueil des cours*, vol. 350 (2010), p. 317 ss., e, da un punto di vista tecnico più generale, A. DAVÌ, *L'adozione nel diritto internazionale privato italiano*, Milano, 1981, p. 75 ss.

84. L'art. 24 definisce la legge successoria anticipata o ipotetica di cui prescrive l'applicazione come la «legge che, in forza del presente regolamento, sarebbe stata applicabile alla successione della persona che ha fatto la disposizione se fosse deceduta il giorno in cui è stata fatta la disposizione». A prima vista tale definizione sembrerebbe comportare un riferimento alla legge normalmente competente a regolare la successione a titolo obiettivo in base all'art. 21, il quale, come sappiamo, adotta al riguardo in via principale il criterio di collegamento dell'ultima residenza abituale del *de cuius* integrandolo però con l'aggiunta della previsione della clausola di eccezione contenuta nel suo par. 2. Il considerando 51 si incarica tuttavia di smentire questa affrettata conclusione avvertendo che, in tutti i casi in cui il regolamento richiama la legge che avrebbe dovuto applicarsi alla successione dell'autore di una disposizione a causa di morte, o della sua modifica o della sua revoca, al momento del compimento dell'atto del quale si tratta, deve intendersi che il richiamo sia effettuato «alla legge dello Stato in cui la persona risiedeva abitualmente in quel momento o, se avesse scelto una legge ai sensi del presente regolamento, di cui possedeva la cittadinanza in quel momento». L'applicabilità della clausola di eccezione sembra quindi dover essere esclusa. La soluzione appare senz'altro giustificata dalla scarsa compatibilità dello stato di incertezza in ordine alla individuazione della legge regolatrice che la clausola è suscettibile di determinare con l'obiettivo di rafforzamento della sicurezza e della stabilità della pianificazione ereditaria perseguito dal principio dell'applicazione della legge successoria anticipata. E' peraltro da lamentare l'inserimento di una precisazione che rappresenta un elemento di non poco rilievo della complessiva regolamentazione stabilita dall'art. 24 in un semplice considerando anziché nel corpo stesso della disposizione con il risultato di renderne la reperibilità assai difficoltosa, anche in conseguenza dell'apparente chiarezza del tenore letterale della norma, non certo atto a favorire l'insorgenza di dubbi nel lettore²⁴².

85. In aggiunta alla determinazione, nei termini di cui si è detto, della legge applicabile a titolo obiettivo all'ammissibilità e alla validità sostanziale delle disposizioni testamentarie, l'art. 24 contiene, nel par. 2, il riconoscimento della possibilità di effettuare una *professio juris* ugualmente limitata alla disciplina di tali questioni. Il regolamento consente dunque due diversi tipi di scelta di legge: quello di carattere generale, concernente l'insieme della successione, previsto e disciplinato dall'art. 22 e quello di portata più ridotta ora in esame. Naturalmente l'esercizio del primo tipo di facoltà di scelta, purché anteriore o coeve all'adozione di una o più delle disposizioni testamentarie contemplate dall'art. 24, include nella propria sfera di efficacia anche le materie che possono costituire separato oggetto del secondo. L'art. 22 riferisce infatti questa ipotesi di *professio juris* all'«intera successione» senza restrizioni di sorta e d'altronde, una volta che la scelta sia stata operata, la legge che forma oggetto della designazione viene comunque ad essere autonomamente richiamata dall'art. 24 in quanto ormai divenuta la legge competente a regolare la successione al momento dell'assunzione delle disposizioni in causa. Qualora viceversa la *professio* avesse avuto luogo in un momento posteriore, l'ammissibilità e la validità sostanziale delle disposizioni testamentarie in causa rimarrebbero soggette alla legge successoria anticipata applicabile al momento della loro adozione, non potendo evidentemente la designazione della nuova legge avere effetto retroattivo. Ad ogni modo, sotto il profilo pratico, l'esistenza di due differenti specie di *professio juris* crea la necessità per le persone che desiderino avvalersi dell'una o dell'altra di esprimere le proprie intenzioni con chiarezza e precisione sufficienti ad evitare il rischio di travisamenti.

Sebbene l'art. 24, par. 2, dichiari che la scelta di legge da esso contemplata deve essere effettuata «conformemente all'articolo 22 alle condizioni ivi stabilite», il considerando 51 corregge parzialmente anche tale affermazione precisando che la scelta in questione può avere per oggetto soltanto la legge dello Stato di cui il suo autore possedeva la cittadinanza al momento del suo compimento, restando di conseguenza esclusa la possibilità di scegliere la legge nazionale posseduta al momento della morte, come invece l'art. 22 consentirebbe. In proposito non può che ripetersi l'osservazione fatta nel paragrafo precedente sull'inopportunità di inserire precisazioni di questo genere in un considerando: e ciò a più

²⁴² L'esistenza di questo tipo di difficoltà sembra confermata anche dal fatto che, con riferimento all'identico problema interpretativo che si presenta riguardo al richiamo della legge successoria anticipata effettuato dall'art. 25 per la disciplina dei patti successori, I. RODRÍGUEZ URÍA-SUAREZ, «La ley aplicable a las sucesiones *mortis causa* en el Reglamento (UE) 650/2012», *InDret*, 2/2013, p. 28, ritiene, diversamente da quanto qui sostenuto, che la clausola di eccezione debba ritenersi compresa in tale richiamo.

forte ragione in casi in cui, come in quello presente, di fronte al tenore in apparenza assolutamente chiaro di un enunciato normativo contenuto nella parte dispositiva di un regolamento, si può essere tentati di scorgere in una proposizione rettificatrice inclusa nel preambolo dell'atto, e dunque sprovvista di valore giuridicamente vincolante, piuttosto che una semplice specificazione, una vera e propria affermazione incompatibile, destinata in quanto tale a rimanere priva di rilievo²⁴³. Nel merito la riferita esclusione, pur giustificabile, entro certi limiti, in base all'esigenza di evitare i rischi insiti nella scelta di una legge la cui applicabilità è subordinata al verificarsi di una condizione futura, si pone tuttavia in contrasto con l'opposta soluzione accolta dall'art. 22 riguardo alla *professio juris* concernente l'intera successione, la quale esercita a sua volta una funzione di rafforzamento della sicurezza della pianificazione ereditaria non meno intensa²⁴⁴. E' peraltro vero che la restrizione che ne deriva delle possibilità di opzione offerte al *de cuius* dal regolamento non è che relativa, potendo essere facilmente rimossa tramite il ricorso alla *professio* di carattere generale, benché naturalmente solo a patto di essere disposti ad accettare gli effetti ulteriori che quest'ultimo è suscettibile di produrre su altri aspetti della disciplina della successione.

Sembra invece sicuro che l'art. 24 ammette la *professio juris* implicita, nonostante che essa presenti per la certezza e la prevedibilità del diritto applicabile rischi non inferiori a quelli che possono creare la scelta della legge del paese di una cittadinanza futura oppure la clausola di eccezione, a sua volta esclusa dal richiamo operato dallo stesso art. 24 all'art. 21. Ne risulta avvalorata in qualche misura l'impressione che la previsione di tale ipotesi di *professio* nel regolamento rappresenti uno strumento diretto, più che altro, al perseguimento dell'obiettivo di natura materiale di salvaguardare la validità e l'efficacia di disposizioni a causa di morte che, pur essendo state assunte in piena conformità alle condizioni all'uopo richieste dalla legge che il *de cuius* al momento della loro adozione reputava, a ragione o a torto, competente a disciplinare la sua successione, sarebbero in realtà invalide o inefficaci secondo la legge effettivamente regolatrice²⁴⁵.

86. Il vigore del principio della legge successoria anticipata o ipotetica si estende anche all'ammissibilità e alla validità sostanziale della modifica o della revoca delle disposizioni a causa di morte contemplate dall'art. 24. Il par. 3 dell'articolo dichiara al riguardo che il suo par. 1 «si applica, in quanto compatibile», ad entrambi i suddetti tipi di atti. La formula in verità non si distingue per particolare chiarezza, potendo *prima facie* essere intesa sia nel senso che la modifica e la revoca di una delle disposizioni in questione sono sottoposte alla legge che sarebbe stata applicabile alla successione al momento dell'adozione della disposizione stessa, sia nel senso che invece sono sottoposte alla legge, eventualmente diversa, che sarebbe stata applicabile al momento in cui sono compiute. Un elemento che può ritenersi decisivo a sostegno della seconda interpretazione è tuttavia desumibile dall'art. 26, il quale, dopo avere stabilito al par. 1, lett. a), che ai fini degli articoli 24 e 25 la capacità di assumere disposizioni a causa di morte deve considerarsi attinente alla validità sostanziale, aggiunge al par. 2 che, se una persona è munita della necessaria capacità nel momento in cui adotta una determinata disposizione, «una successiva modifica della legge applicabile lascia impregiudicata la sua capacità di modificare o revocare una tale disposizione». La precisazione fornita dalla norma presuppone evidentemente la soggezione della validità sostanziale della modifica e della revoca alla legge che avrebbe dovuto applicarsi alla successione nel momento in cui sono state effettuate anziché in quello nel quale la disposizione modificata o revocata è stata presa, dato che in caso contrario essa risulterebbe priva di ragion d'essere. Un'ulteriore conferma dell'esattezza di questa conclusione proviene poi dal considerando 51, che, come si è visto, si riferisce, tra l'altro, espressamente all'ipotesi che il regolamento richiami la legge che sarebbe stata applicabile alla successione dell'autore di una disposizione a causa di morte se egli fosse deceduto il giorno della sua modifica o della sua revoca²⁴⁶. Sembra infatti che l'art. 24, par. 3, sia l'unica norma – o indicazione racchiusa in un considerando – presente nel regolamento suscettibile di venire interpretata

²⁴³ Sul valore giuridico dei considerando v. *supra*, nota 55. Per il testo del considerando 51, nella parte che qui interessa, v. il par. precedente.

²⁴⁴ Cfr. in proposito *supra*, par. 51 e 53.

²⁴⁵ Su questa caratteristica della *professio juris* implicita v. *supra*, par. 62.

²⁴⁶ Cfr. *supra*, par. 84.

come contenente, benché solo implicitamente, un simile richiamo²⁴⁷. Del resto l'idea della sottoposizione dell'ammissibilità e della validità sostanziale di tutti gli atti giuridici con i quali il *de cuius* dispone, in un modo o nell'altro, della propria successione alla legge che avrebbe dovuto applicarsi alla medesima al momento del loro compimento risponde senza dubbio agli obiettivi di certezza e di stabilità della pianificazione ereditaria che il principio della legge successoria anticipata mira a realizzare²⁴⁸.

L'art. 24, par. 3, stabilisce peraltro che, qualora l'autore di una disposizione a causa di morte rientrante nell'ambito di applicazione dell'articolo abbia effettuato la *professio juris* di carattere limitato consentita dal suo par. 2, la modifica o la revoca della suddetta disposizione sono disciplinate dalla legge scelta. La soluzione sembra trovare adeguata spiegazione nel riconoscimento dell'opportunità di evitare, da un lato, restrizioni eccessive dello spazio concesso all'autonomia privata e, dall'altro, frammentazioni della regolamentazione della successione rese non più necessarie dall'avvenuta scelta di legge, idonea a soddisfare in misura almeno equivalente le esigenze di rafforzamento della sicurezza giuridica che si trovano alla base dell'accoglimento del principio della legge successoria anticipata.

87. Un particolare problema interpretativo che si presenta in materia di revoca consiste nel chiedersi se la regola contenuta nell'art. 24, par. 3, che la sottopone alla legge che al momento del suo compimento sarebbe stata competente a regolare la successione si applichi anche alla c. d. «revoca legale» cui in certi ordinamenti le disposizioni a causa di morte vengono assoggettate in dipendenza di dati avvenimenti della vita del *de cuius* quali il matrimonio, il divorzio o la sopravvenienza di figli. In casi del genere il momento rilevante da assumere come punto di riferimento sarebbe naturalmente quello del verificarsi degli eventi in questione. Non vi è dubbio che in siffatte ipotesi non vi è alcun atto di revoca ma si ha soltanto una conseguenza automatica stabilita direttamente dalla legge²⁴⁹. Rispetto ad essa non sussiste quindi l'esigenza che può avere l'autore di un atto giuridico di conoscere già al momento della sua confezione la legge cui compete regolarne l'ammissibilità e le condizioni di validità sostanziale. E' però vero che la sottoposizione di tale tipo di conseguenze ad una legge successoria futura che al momento del prodursi degli eventi suscettibili di determinarle non sempre l'autore delle disposizioni a causa di morte che ne sarebbero colpiti sarebbe in grado di individuare con certezza comporterebbe per la sicurezza e la stabilità della pianificazione ereditaria rischi non molto dissimili da quelli che può provocare l'assoggettamento alla stessa legge dell'ammissibilità e della validità di un atto giuridico con il quale una persona intenda disporre della propria successione²⁵⁰. La possibilità di un'interpretazione

²⁴⁷ Si è visto in effetti, *supra*, par. 67, che l'analogo problema interpretativo che può prospettarsi riguardo al considerando 40, il quale aggiunge alla enunciazione della regola che la validità sostanziale della *professio juris* dovrebbe essere determinata dalla stessa legge scelta l'ulteriore indicazione che «(a)ltrettanto dovrebbe valere» per la modifica o la revoca della *professio*, è verosimilmente da risolvere nel senso che anche la modifica, al pari della revoca, deve considerarsi sottoposta alla legge designata inizialmente e non alla nuova legge scelta. D'altro canto la *professio juris* non è neppure qualificata dal regolamento come una disposizione a causa di morte (v. la definizione di questa categoria di atti contenuta nell'art. 2, par. 1, lett. d).

²⁴⁸ Secondo A. DUTTA, «Das neue internationale Erbrecht der Europäischen Union - Eine erste Lektüre der Erbrechtsverordnung», *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 2013, p. 10, l'art. 24, par. 3, avrebbe invece ad oggetto solamente la determinazione della legge applicabile alla disciplina materiale degli atti di modifica o di revoca delle disposizioni a causa di morte diverse dai patti successori contemplate dall'articolo, mentre la revocabilità – e, sembrerebbe da ritenere, la modificabilità – di queste ultime dovrebbe rimanere, in quanto parte integrante della questione della loro «efficacia vincolante» (*Bindungswirkung*), sottoposta, a norma del par. 1, alla legge che avrebbe dovuto essere applicata alla successione al momento dell'adozione delle disposizioni interessate. L'opinione non pare condivisibile perché l'art. 24, par. 1, a differenza di ciò che fa l'art. 25 per i patti successori (o per le disposizioni a causa di morte ad essi assimilate) non disciplina l'efficacia vincolante delle disposizioni a causa di morte rientranti nel suo campo di applicazione ma unicamente la loro ammissibilità e la loro validità sostanziale, né d'altronde dovrebbe esservi motivo di ricondurre nell'orbita del par. 3 dell'articolo la sola regolamentazione della validità sostanziale e non anche quella dell'ammissibilità della revoca o della modifica di tali disposizioni, la quale, com'è ovvio, coincide largamente con la questione della loro efficacia vincolante. Per l'esclusione della possibilità di far rientrare il problema della revocabilità delle disposizioni testamentarie nella sfera di competenza della legge indicata dal par. 1 v. pure M. REVILLARD, «Portée de la loi applicable», in *Droit européen des successions internationales* (a cura di G. KHAIRALLAH / M. REVILLARD), Paris, 2013, p. 82.

²⁴⁹ In proposito v. già i rilievi svolti *supra*, par. 69, con riferimento al problema delle conseguenze che il verificarsi di queste ipotesi di revoca legale delle disposizioni testamentarie può avere sulla permanenza degli effetti di una *professio juris* eventualmente effettuata, in aggiunta ad esse, dal *de cuius*.

²⁵⁰ Nei paesi di *common law*, che sono probabilmente quelli nei quali la previsione delle suindicate ipotesi di revoca legale è più diffusa e che, d'altra parte, non conoscono il principio della legge successoria anticipata (salvo che per quanto riguarda

favorevole ad ammettere l'applicabilità – che si preferisca qualificarla come diretta od analogica – della regola stabilita dall'art. 24, par. 3, alle suddette ipotesi di «revoca legale» potrebbe dunque essere presa in considerazione²⁵¹.

2. Legge regolatrice dei patti successori

88. Alla categoria dei patti successori si presta ad essere ricondotta, benché in maniera non sempre sicura ed incontrovertibile, una gamma considerevolmente vasta di figure, di cui alcune presentano elementi o caratteri comuni ad istituti rientranti in categorie diverse e per lo più escluse dall'ambito di applicazione del regolamento, quali, ad esempio, le donazioni o altre specie di contratti, i *trusts* e gli accordi relativi ai rapporti patrimoniali tra coniugi²⁵². La determinazione esatta del contenuto della categoria in questione è quindi destinata a far sorgere non pochi problemi di delimitazione, parecchi dei quali non potranno ricevere soluzione certa e definitiva che dalla giurisprudenza interpretativa della Corte di giustizia. Si è già visto peraltro che l'art. 3, par. 1, lett. b), offre di tali patti una definizione, sostanzialmente mutuata dall'art. 8 della Convenzione dell'Aja del 1989 e che vi include ogni «accordo, anche derivante da testamenti reciproci, che conferisce, modifica o revoca, con o senza corrispettivo, diritti nella successione futura di una o più persone parti dell'accordo»²⁵³.

Si tratta di una nozione formulata in termini deliberatamente ampi, in modo da renderla atta a ricomprendere la massima parte degli accordi concernenti la devoluzione della successione previsti dagli ordinamenti nazionali, oltre ai testamenti congiuntivi recanti disposizioni a causa di morte corrispettive o interdipendenti, che non dovrebbero a rigore essere qualificati come accordi²⁵⁴. Ad essa sono dunque senza dubbio riconducibili tutte e tre i tipi di patti successori rientranti nella tripartizione tradizionale tra patti attributivi, rinunciativi e dispositivi, sempre che tuttavia siano conclusi con la partecipazione della persona o delle persone le cui eredità sono implicate. L'esistenza di questa restrizione, desumibile chiaramente dalla definizione sopra riferita, ha come conseguenza che i patti dispositivi con i quali una parte dispone a favore di un'altra dei diritti che le spettano nella futura successione di un terzo non partecipe all'accordo non sono suscettibili di venire ascritti alla categoria in esame e devono pertanto essere considerati come semplici contratti sottoposti alla legge normalmente competente a disciplinarli ai sensi del regolamento 593/2008 (Roma I)²⁵⁵. Meno facile è stabilire se siano qualificabili come patti successori i *contracts to make* (o *not to make*) a will propri del diritto inglese e degli altri paesi di *common law*, trat-

l'interpretazione del testamento), il verificarsi di questo genere di inconvenienti viene in pratica evitato attraverso la qualificazione delle ipotesi in questione come rientranti nell'ambito di applicazione delle regole di conflitto concernenti gli atti e i rapporti di famiglia da cui esse dipendono anziché nell'orbita di competenza delle regole di conflitto relative alla successione: v. al riguardo i dati giurisprudenziali forniti da A. BONOMI, «Successions internationales: conflits de lois et de juridictions», *Recueil des cours*, vol. 350 (2010), p. 127 s., nota 138.

²⁵¹ Tale interpretazione è sostenuta da M. REVILLARD, «Portée de la loi applicable», in *Droit européen des successions internationales* (a cura di G. KHAIRALLAH / M. REVILLARD), Paris, 2013, p. 82 s., che peraltro lamenta che il regolamento abbia mancato di risolvere il problema in modo esplicito.

²⁵² L'esclusione dalla sfera di applicazione del regolamento dei regimi matrimoniali, delle donazioni e dei *trusts* è stabilita rispettivamente dalle lettere d), g), e j) dell'art. 1, par. 2; per qualche precisazione ulteriore in merito v. *supra*, par. 17 e 19.

²⁵³ Cfr. *supra*, par. 81, anche per un sintetico esame dei rapporti fra tale definizione e quella di testamento congiuntivo contenuta nel par. 1, lett. c), dell'articolo.

²⁵⁴ V. al riguardo A. DUTTA, «Das neue internationale Erbrecht der Europäischen Union – Eine erste Lektüre der Erbrechtsverordnung», *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 2013, p. 10, anche per un raffronto con la più restrittiva nozione di patto successoria accolta dal diritto tedesco; G. KHAIRALLAH, «La détermination de la loi applicable à la succession», in *Droit européen des successions internationales* (a cura di G. KHAIRALLAH / M. REVILLARD), Paris, 2013, p. 61 s. Sull'assimilabilità ai patti successori dei testamenti congiuntivi contenenti disposizioni di ultima volontà interdipendenti v. *supra*, par. 81 ss.

²⁵⁵ La qualificazione contrattuale di questo tipo di accordi determina peraltro il risultato di renderli soggetti ad un regime internazionalprivatistico ben più liberale di quello stabilito dal regolamento per i patti successori, potendo, in particolare, le parti di un contratto internazionale sottoporlo, a norma dell'art. 3 del regolamento Roma I, a qualsiasi legge di loro scelta. Si tratta di una conseguenza non scevra di inconvenienti, dato che numerosi ordinamenti, compresi alcuni tra quelli che ammettono in linea generale i patti successori, come gli ordinamenti tedesco e svizzero, vietano la stipulazione di accordi di tal genere per comprensibili ragioni di buon costume e di ordine pubblico: cfr. le considerazioni svolte in proposito da A. BONOMI, «Successions internationales: conflits de lois et de juridictions», *Recueil des cours*, vol. 350 (2010), p. 269. La chiara lettera dell'art. 3, par. 1, lett. b), non sembra tuttavia permettere altra soluzione.

tandosi di atti non direttamente attributivi di diritti nella successione ma che si limitano ad imporre alla parte la cui successione è interessata l'obbligo di adottare (o di non adottare) determinate disposizioni a causa di morte. Nonostante che, per il suddetto motivo, essi non corrispondano pienamente ai termini della definizione dettata dall'art. 3, par. 1., lett. b), e nonostante che nei paesi il cui diritto li prevede la loro qualificazione contrattuale sia quella generalmente preferita, un'interpretazione estensiva potrebbe probabilmente essere ammessa.

Per quanto concerne i rapporti tra i patti successori e le donazioni, si è già ricordato che le seconde sono addirittura escluse dall'ambito di applicazione del regolamento²⁵⁶. Sembra tuttavia certo che siffatta esclusione debba essere intesa come riferibile alle sole donazioni *inter vivos*, attraverso le quali si realizza immediatamente un'attribuzione patrimoniale al donatario, mentre le donazioni *mortis causa*, vale a dire quelle destinate a non produrre effetto che alla morte del donante, dovrebbero essere assimilate alla prima categoria di atti, cui esse sono da considerare funzionalmente equivalenti²⁵⁷. Diversi commentatori del regolamento ritengono anzi che tale soluzione possa estendersi a figure quali la *donation-partage* o *partage d'ascendant* e l'*institution contractuelle* o *donation de biens à venir* del diritto francese, che si collocano a metà strada tra le donazioni e gli accordi con cui una persona dispone della propria successione ma sono prevalentemente qualificate dalla dottrina di quel paese come riconducibili alla materia successoria²⁵⁸.

89. Come si è già indicato, l'art. 25 sottopone alla legge successoria anticipata della persona o di ciascuna delle persone le cui eredità sono implicate solamente l'ammissibilità, la validità sostanziale e gli effetti obbligatori tra le parti dei patti successori, lasciando invece soggetti alle rispettive leggi successorie effettive (e cioè alle leggi dei paesi in cui gli interessati risiederanno abitualmente al momento del loro decesso, salvo la possibilità di intervento della clausola di eccezione o di esercizio della facoltà di opzione a favore della legge nazionale) tutti i rimanenti aspetti della disciplina delle successioni alle quali i patti si riferiscono²⁵⁹. Il fatto che tra gli aspetti in questione siano compresi i limiti al potere di disporre a causa di morte imposti dalle norme imperative stabilite dalle pertinenti leggi successorie effettive a tutela degli aventi diritto a una quota di legittima, o dei titolari di diritti analoghi, conferisce dunque un significativo margine di aleatorietà all'organizzazione anticipata della successione che il ricorso a questi strumenti di pianificazione ereditaria ha lo scopo di realizzare²⁶⁰. In effetti, al momento della stipulazione del loro accordo, le parti non possono avere nessuna definitiva certezza riguardo all'esistenza, all'inesistenza o al contenuto dei suddetti limiti, dipendendo essi da una legge futura in quel momento ancora non determinabile e virtualmente suscettibile di mutamenti imprevedibili. In particolare, nei patti successori dispositivi il *de cuius* potrebbe trovarsi a fare uso di un potere di disposizione che, alla stregua della legge successoria effettiva, egli potrebbe in realtà non possedere, mentre nei patti rinunciativi i potenziali legittimari potrebbero effettuare rinunce a diritti che, sulla base della stessa legge, potrebbero rivelarsi essere, almeno fino al giorno dell'apertura della successione, irrinunciabili. Naturalmente i

²⁵⁶ Cfr. la nota 252.

²⁵⁷ In questo senso v., ad esempio, H. DÖRNER, «EuErbVO: Die Verordnung zum Internationalen Erb- und Erbverfahrensrecht ist in Kraft!», *Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge*, 2012, p. 508; e A. DUTTA, «Das neue internationale Erbrecht der Europäischen Union - Eine erste Lektüre der Erbrechtsverordnung», *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 2013, pp. 5, 10; della medesima opinione, a quel che sembra, anche P. LAGARDE, «Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions», *Rev. crit. de droit int. privé*, 2012, p. 717, nota 55, nonostante qualche dubbio legato all'esclusione delle donazioni dalla sfera di operatività del regolamento.

²⁵⁸ V. ancora P. LAGARDE, «Les principes de base du nouveau règlement sur les successions», *Rev. crit. droit int. privé*, 2012, p. 717, nota 55, nonché G. KHAIRALLAH, «La détermination de la loi applicable à la succession», in *Droit européen des successions internationales* (a cura di G. KHAIRALLAH / M. REVILLARD), Paris, 2013, p. 61; sostanzialmente favorevole a questa qualificazione, su un piano generale, anche A. BONOMI, «Successions internationales: conflits de lois et de juridictions», *Recueil des cours*, vol. 350 (2010), pp. 269 s., 285 s.

²⁵⁹ Cfr. *supra*, par. 77.

²⁶⁰ L'inclusione dei suddetti limiti al potere di disporre della successione tra le questioni rientranti nell'ambito di competenza della legge successoria effettiva risulta chiaramente, come si è già visto *supra*, par. 78, dall'art. 23, par. 2, lett. h), del regolamento, che ascrive al novero di tali questioni «la quota disponibile, le quote di legittima e le altre restrizioni alla libertà di disporre a causa di morte nonché gli eventuali diritti che le persone vicine al defunto possono vantare nei confronti dell'eredità o degli eredi», ed è inoltre confermata dal considerando 50, per il cui testo cfr. ancora il par. 78.

rischi inerenti alla situazione descritta gravano soprattutto sui beneficiari delle disposizioni a causa di morte inserite nei patti, i quali potrebbero anche avere eseguito in contraccambio delle prestazioni o effettuato altre concessioni rimanendo tuttavia ugualmente esposti a subire le eventuali conseguenze sfavorevoli di un cambiamento della legge successoria effettiva sul cui possibile verificarsi non hanno alcun controllo e che invece l'autore delle disposizioni a causa di morte ha la possibilità di provocare unilateralmente mediante un trasferimento di residenza in un nuovo paese o il compimento o la revoca di una *professio juris*²⁶¹. Uno stato di cose sostanzialmente non dissimile si determina nei rapporti tra i coautori di un testamento congiuntivo contenente disposizioni reciproche o interdipendenti.

90. Sottponendo l'efficacia dei patti successori al limite costituito dalla sua compatibilità con le restrizioni imposte dalla legge successoria effettiva alla libertà di disposizione del *de cujus*, la disciplina stabilita dal regolamento priva quindi gli atti in questione di una parte non indifferente dell'utilità che essi possono presentare come strumenti di organizzazione anticipata della successione. La condizione di incertezza e di precarietà determinata dall'esistenza di un siffatto limite si pone infatti in radicale contrasto con l'idea stessa di pianificazione e dunque con la ragion d'essere principale di tali strumenti. Dal punto di vista della politica legislativa ne risulta indubbiamente un sensibile ridimensionamento dell'obiettivo assegnato alla loro disciplina dal considerando 49 «di agevolare l'accettazione negli Stati membri dei diritti successori acquisiti» per loro tramite dai beneficiari²⁶².

Durante la fase di gestazione del regolamento non erano mancati in dottrina i fautori dell'accoglimento di una soluzione maggiormente liberale che consentisse agli effetti dei patti di sopravvivere ad eventuali mutamenti della legge regolatrice della successione, rimettendo alla medesima legge che sarebbe stata ad essa applicabile al momento della stipulazione la protezione dei legittimari o di altri aventi diritto, salva naturalmente la possibilità di interventi della clausola di ordine pubblico: e ciò conto tenuto anche della considerazione che molti di questi accordi vengono conclusi con la partecipazione o il consenso dei discendenti della persona o delle persone della cui eredità si tratta, i quali possono pertanto ritenersi già sufficientemente tutelati dal fatto stesso di prendevi parte²⁶³. La prevalenza assunta nel corso dei lavori preparatori dall'orientamento favorevole ad attribuire alla protezione dei legittimari valore preminente rispetto ad altre sia pur rilevanti esigenze²⁶⁴ ha tuttavia impedito l'adozione di un atteggiamento meno rigido. Il regolamento si è così mantenuto fedele all'impostazione di principio secondo cui l'intangibilità dei diritti conferiti ai legittimari – o ad altre categorie di persone protette – dalla legge del

²⁶¹ Sebbene il compimento, anche contestualmente alla stipulazione del patto, di una *professio juris* a favore della propria legge nazionale da parte dell'autore delle disposizioni a causa di morte interessate offra il vantaggio di rendere più stabile, e quindi più facilmente prevedibile, la legge successoria effettiva, esso è comunque inidoneo a fornire alle controparti una vera garanzia, potendo la *professio* essere sempre discrezionalmente revocata: cfr. in proposito già *supra*, par. 74.

²⁶² L'interesse dell'Unione, attestato dalla riferita indicazione di scopo contenuta nel considerando, a promuovere il riconoscimento dell'ammissibilità dei patti successori negli ordinamenti degli Stati membri si fonda principalmente sulla considerazione della loro utilità quale mezzo atto a favorire la continuità della gestione delle piccole e medie imprese, non poche delle quali cessano annualmente la propria attività a causa di difficoltà relative alla successione, create soprattutto dalla ripartizione della loro proprietà tra un numero più o meno grande di coeredi non sempre in grado di raggiungere decisioni unanimi in merito alla loro conduzione o al loro destino:cfr. in proposito la raccomandazione 94/1069/CEE sulla successione nelle piccole e medie imprese rivolta dalla Commissione agli Stati membri il 7 dicembre 1994 (*GUCE L 385* del 31 dicembre 1994, p. 14 ss.), la quale ha esercitato una significativa influenza sulla scelta fatta in anni recenti da alcuni dei paesi membri aventi una tradizione giuridica ostile ai patti successori di introdurre limitate deroghe al divieto che li colpisce nelle rispettive legislazioni interne proprio al fine di facilitare la conservazione dell'unità gestionale di tale categoria di imprese:tra le misure legislative adottate al riguardo possono ricordarsi la legge francese del 23 giugno 2006 istitutiva, tra l'altro, della *renonciation anticipée à l'action en réduction*, e la legge italiana del 14 febbraio dello stesso anno che ha introdotto nel cod. civ. di questo paese il «patto di famiglia».

²⁶³ V. A. DAVÌ, «L'autonomie de la volonté en droit international privé des successions dans la perspective d'une future réglementation européenne», *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2004, p. 492 ss., e «Riflessioni sul futuro diritto internazionale privato europeo delle successioni», *Riv. dir. int.*, 2005 , p. 333 ss.; S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ / I. RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, «La ley aplicable a los pactos sucesorios en la Propuesta de Reglamento sobre sucesiones», *Diario La Ley*, n. 7726, 2011, pp. 6, par. 22, e 7, par. 26; inoltre, nello stesso senso, le prese di posizione del Max-Planck-Institut di Amburgo e di A. DUTTA riferite *supra*, nota 224, ed aventi peraltro portata più generale, in quanto non limitata alla disciplina degli effetti dei patti successori ma relativa a quella degli effetti di qualsiasi tipo di disposizione a causa di morte.

²⁶⁴ Cfr. le indicazioni fornite in proposito *supra*, par. 53 e 57.

paese in cui il *de cujus* ha la propria residenza abituale al momento dell'apertura della successione non può essere esposta al rischio di subire lesioni di sorta se non in conseguenza di una *professio juris* effettuata in favore della legge nazionale. L'accettazione di tale unica limitazione è stata del resto facilitata dalla circostanza che attualmente la maggioranza dei sistemi di conflitto degli Stati membri sottopone comunque la successione alla legge nazionale del *de cujus* e probabilmente anche dal rilievo che, almeno nei numerosi casi in cui i potenziali aventi diritto ad una quota di legittima sono connazionali dello stesso *de cujus*, difficilmente essi potrebbero aspirare ragionevolmente ad ottenere un'apposita tutela internazionalprivatistica di ragioni ereditarie derivanti da una legge che trae il suo solo titolo di applicabilità dal fatto che al momento della morte questi risiedesse in un paese diverso da quello della cittadinanza a tutti comune²⁶⁵. Si deve peraltro riconoscere che la posizione adottata dal regolamento non si discosta dalle tendenze internazionalmente prevalenti in materia. Sia la Convenzione dell'Aja del 1989, sia la più gran parte delle legislazioni nazionali che parimenti assoggettano i patti successori alla legge che sarebbe stata competente a regolare la successione al momento della loro conclusione contengono infatti una clausola espressa di salvaguardia dei diritti attribuiti ai legittimi dalla legge successoria effettiva oppure pervengono indirettamente ad eguale risultato restringendo l'ambito di applicazione della prima legge alle sole questioni dell'ammissibilità e della validità sostanziale dei patti²⁶⁶.

91. Sempre in relazione alla tutela dei legittimi, o dei titolari di altri diritti sottratti dalla legge successoria effettiva al potere di disposizione del *de cujus*, occorre ancora ricordare che, come in precedenza accennato²⁶⁷, il testo definitivo del regolamento ha apportato alla proposta originaria della Commissione una modifica di rilievo, consistente nella soppressione del par. 4 dell'art. 18 di quest'ultima (corrispondente all'attuale art. 25), il quale, sulla scia dell'analogia previsione racchiusa nell'art. 12, par. 2, della Convenzione dell'Aja, limitava siffatta protezione alle sole persone non partecipanti al patto²⁶⁸. Anche coloro che vi abbiano preso parte possono quindi invocare a loro vantaggio, al pari di chi vi sia rimasto estraneo, le norme protettive incompatibili con gli accordi conclusi, purché naturalmente provviste di carattere imperativo, contenute nella legge successoria effettiva. L'accoglimento della riferita soluzione da parte del regolamento risulta già dal fatto stesso dell'eliminazione del suddetto paragrafo, che permette di dispiegare incontrastatamente la propria efficacia normativa all'art. 23, par. 2, lett. h), il quale sottopone in via esclusiva alla legge successoria effettiva la categoria di diritti in questione, ma è altresì confermata dal considerando 50, che indica chiaramente che l'applicazione ai patti, come pure alle disposizioni a causa di morte contemplate dall'art. 24, della legge successoria anticipata non può pregiudicare la posizione di «chiunque» pretenda di trarre contrari diritti dalle norme imperative della prima legge.

La scelta finale in tal modo operata dagli autori del regolamento, pur avendo suscitato qualche critica in dottrina²⁶⁹, può a nostro avviso essere considerata difendibile. E' vero che essa è suscettibile di

²⁶⁵ Su questo punto v. già A. DAVÌ, «Riflessioni sul futuro diritto internazionale privato europeo delle successioni», *Riv. dir. int.*, 2005, p. 324 s.

²⁶⁶ V., ad esempio, per la prima soluzione, l'art. 12, par. 2, della convenzione e l'art. 9, par. 8, del cod. civ. spagnolo; per la seconda, l'art. 26, par. 5, EGBGB e gli artt. 63 e 64 del cod. civ. portoghese. Una delle rare eccezioni, d'altronde nemmeno sicura, a questo generale orientamento, è rappresentata dalla legge svizzera di diritto internazionale privato, che si limita a sottoporre i patti successori e le disposizioni testamentarie reciproche alla legge successoria anticipata (art. 95) senza però precisare l'esatto ambito di applicazione della medesima e senza nulla stabilire riguardo ai problemi di coordinamento, sotto il profilo qui in esame, tra tale legge e la legge successoria effettiva; ciò nondimeno, una parte consistente della dottrina ritiene ugualmente che i diritti garantiti ai legittimi dalla legge successoria effettiva dovrebbero ritenersi salvaguardati implicitamente: cfr. A. E. VON OVERBECK, «Le droit des personnes, de la famille, des régimes matrimoniaux et des successions dans la nouvelle loi fédérale suisse sur le droit international privé», *Rev. crit. droit int. privé*, 1988, p. 259; A. BUCHER, *Commentaire romand. Loi sur le droit international privé*, *Convention de Lugano* (a cura dello stesso Bucher), Bâle, 2011, p. 816; in senso contrario H. KUHN, *Der Renvoi im internationalen Erbrecht der Schweiz*, Zürich, 1998, p. 58 s.; A. HEINI, «Art. 90», *Zürcher Kommentar zum IPRG*, 2. ed., Zürich, Basel, Genf, 2004, p. 1067.

²⁶⁷ Cfr. *supra*, par. 74.

²⁶⁸ Un'eguale limitazione non è peraltro contenuta in nessuna delle leggi nazionali indicate nella nota precedente.

²⁶⁹ V. specialmente I. RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, «La ley aplicable a las sucesiones *mortis causa* en el Reglamento (UE) 650/2012», *InDret*, 2/2013, p. 37 s.; in favore della limitazione della tutela in esame ai soli legittimi (o titolari di diritti analoghi) non partecipanti al patto prevista inizialmente dalla proposta della Commissione v. già in precedenza S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ

dar luogo a situazioni in cui i potenziali legittimari partecipanti al patto che, in cambio di una rinuncia, totale o parziale, alla loro quota di riserva, abbiano ottenuto immediatamente altri benefici potrebbero, dopo averli ricevuti, rivendicare ugualmente, in base ad una eventuale nuova legge divenuta effettivamente applicabile alla successione al momento della sua apertura, diritti corrispondenti o analoghi a quelli di cui, dietro corrispettivo, avevano accettato di privarsi. Va però tenuto presente che, come sappiamo, questi soggetti si trovano pur sempre esposti al rischio di mutamenti della legge regolatrice della successione provocati unilateralmente dal *de cuius* e che potrebbero tornare a loro danno e a vantaggio dello stesso *de cuius* o di altri soggetti. Non sembra quindi ingiusto lasciare loro la possibilità di ricavare beneficio da modificazioni del quadro normativo determinate da eventi il cui verificarsi sfugge al loro controllo e che ben potrebbero, all'opposto, produrre sui loro interessi conseguenze nocive anziché favorevoli. D'altro canto, pressoché tutte le legislazioni che conoscono l'istituto della riserva ereditaria prevedono anche, in più o meno ampia misura, la collazione delle liberalità anticipatamente ricevute. Ne discende che nella maggioranza dei casi le norme sostanziali della nuova legge applicabile potranno provvedere a ristabilire un equilibrio ragionevole tra le rispettive posizioni di tutti gli interessati.

92. Occorre adesso esaminare più da vicino le soluzioni accolte dall'art. 25 riguardo alla determinazione della legge applicabile a titolo oggettivo all'insieme di questioni attinenti alla disciplina dei patti successori che esso concerne. Come si è già indicato, il principio generale della sottoposizione dei patti alla legge successoria anticipata richiede di essere specificato soprattutto rispetto a quelli che si riferiscono alla successione di più persone, a causa della necessità di risolvere i problemi creati dal concorso, e dal possibile conflitto, delle rispettive leggi successorie anticipate, ove diverse, degli interessati²⁷⁰. L'art. 25 regola quindi in due distinti paragrafi i patti relativi ad una sola successione e quelli che invece ne riguardano più d'una. Rispetto ai primi il par. 1 dell'articolo si limita alla semplice enunciazione del suddetto principio generale. Può ancora aggiungersi in proposito che, analogamente a quanto si è visto avvenire per la disciplina dell'ammissibilità e della validità sostanziale delle disposizioni a causa di morte contemplate dall'art. 24, anche nel caso in esame il solo criterio che deve essere utilizzato per individuare la legge successoria anticipata della persona della cui eredità si tratta è costituito dalla residenza abituale da questa posseduta al momento della stipulazione dell'accordo, dovendosi per contro escludere, per le ragioni già esposte, la possibilità del ricorso alla clausola di eccezione contenuta nell'art. 21, par. 2²⁷¹.

Un elemento di differenziazione tra la regolamentazione data dall'art. 25 ai patti successori e quella stabilita dall'art. 24 per la categoria di disposizioni che ne forma oggetto riguarda peraltro il regime della loro rispettiva revoca o modifica. L'art. 25 assoggetta infatti gli «effetti vincolanti tra le parti» e «le condizioni dello scioglimento» dei patti alla legge che sarebbe stata applicabile alla successione o a ciascuna delle successioni implicate nel momento in cui sono conclusi, sottponendo con ciò alla legge in questione anche l'ammissibilità della loro modifica o revoca²⁷². Viceversa l'art. 24, par. 3, sottopone l'ammissibilità, oltre che la validità sostanziale, degli stessi atti, qualora essi concernano le disposizioni a causa di morte ivi previste, alla legge che avrebbe dovuto applicarsi alla successione nel momento in cui sono compiuti e non in quello dell'adozione delle disposizioni modificate o revocate²⁷³. La disparità di trattamento delle due ipotesi si spiega facilmente con la considerazione che, mentre in rapporto ai patti successori (ed ai testamenti congiuntivi contenenti disposizioni interdipendenti) esiste l'esigenza di assicurare il rispetto del vincolo giuridico che essi creano tra le posizioni delle parti, le disposizioni a

/ I. RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, «La ley aplicable a los pactos sucesorios en la Propuesta de Reglamento sobre sucesiones», *Diario La Ley*, n. 7726, p. 6, par. 23.

²⁷⁰ Cfr. *supra*, par. 77 e, per un primo sommario esame delle soluzioni adottate in proposito dalla disposizione, par. 83.

²⁷¹ Su questa esclusione, risultante dalle indicazioni fornite al riguardo dal considerando 51, e sulle ragioni che vi stanno a base v. *supra*, par. 84.

²⁷² Invece la validità sostanziale degli atti di revoca o modifica che siano considerati ammissibili dalla legge regolatrice dei patti cui si riferiscono sembra da ritenere sempre sottoposta alla legge che sarebbe applicabile alla successione nel momento in cui tali atti sono compiuti e non alla legge regolatrice degli stessi patti: e ciò o a norma dell'art. 25, qualora gli atti di revoca o modifica consistano in nuovi patti tra tutte o alcune delle parti degli accordi anteriori, o a norma dell'art. 24, qualora abbiano carattere unilaterale.

²⁷³ In proposito v. già *supra*, par. 86.

causa di morte rientranti nell'ambito di applicazione dell'art. 24 sono di norma liberamente revocabili o modificabili.

93. Nella versione definitiva dell'art. 25 è stata soppressa la regola, inizialmente inserita nel par. 1 del corrispondente art. 18 della proposta della Commissione, che ammetteva la possibilità che un patto successoriale nato invalido secondo la legge che al momento della sua stipulazione sarebbe stata applicabile alla successione venisse nondimeno reputato valido se la sua validità fosse stata riconosciuta – naturalmente *a posteriori* e dunque, in pratica, retroattivamente – dalla (diversa) legge successoria effettiva. Tale tipo di soluzione (c.d. *rule of validation* o *curing rule*), improntata ad un atteggiamento massimalista di favore per la validità dei patti, pur potendo vantare a proprio sostegno i precedenti rappresentati dall'art. 9, par. 2, della Convenzione dell'Aja, alla quale del resto la disciplina data ai patti dal regolamento si è largamente ispirata, e da un piccolo numero di analoghe disposizioni contenute in leggi nazionali, viene generalmente guardata con ostilità dalla dottrina a causa degli evidenti rischi che presenta per la certezza del diritto la possibilità che situazioni ed assetti giuridici ormai consolidati e considerati come acquisiti dalle persone interessate vengano rimessi in discussione, eventualmente anche a molti anni di distanza, da mutamenti della legge regolatrice della successione che potrebbero essere a volte inaspettati²⁷⁴. Lo stesso art. 18 della proposta limitava d'altronde, al pari dell'art. 9, par. 2, della convenzione, l'applicabilità della regola in questione ai patti concernenti la successione di una sola persona, dato che la sua estensione ai casi in cui più successioni fossero coinvolte sarebbe stata foriera di inconvenienti ancor più gravi²⁷⁵. La sua esunzione dal testo del regolamento sembra quindi costituire la scelta più saggia.

94. Riguardo ai patti successori concernenti le eredità di più persone, si è già visto che la soluzione accolta dall'art. 25, par. 2, consiste nel sottoporre l'ammissibilità al cumulo delle leggi successorie anticipate di ciascuna di esse, assoggettandone invece la validità sostanziale e gli effetti obbligatori tra le parti, comprese le condizioni dello scioglimento, ad una legge unica, individuata in quella tra le leggi in questione con la quale il patto da disciplinare presenta il collegamento più stretto²⁷⁶. La disposizione viene in tal modo a realizzare un compromesso tra le due principali opzioni disponibili per risolvere il complesso e delicato problema del concorso – e del potenziale conflitto – tra le diverse leggi successorie astrattamente suscettibili di venire in linea di conto nella regolamentazione dei patti in cui due o più successioni si trovano implicate: la soluzione più restrittiva costituita dall'esigere il simultaneo rispetto di tutte le leggi successorie interessate e la soluzione più liberale consistente nell'accontentarsi del

²⁷⁴ Durante i lavori preparatori della Convenzione dell'Aja l'inserimento della suddetta regola nel testo della convenzione incontrò vivaci opposizioni ed essa poté esservi infine mantenuta soltanto dopo che una proposta tendente alla sua abolizione venne respinta con nove voti a favore, nove contrari ed undici astensioni: cfr. *Actes et documents de la Seizième session (1988)*, vol. II, *Successions - loi applicable*, La Haye, 1990, p. 437. Tra le poche disposizioni legislative nazionali che la accolgono possono ricordarsi l'art. 30 della legge austriaca di diritto internazionale privato e, nell'interpretazione che ne viene generalmente seguita, l'art. 9.8 cod. civ. spagnolo. In dottrina per valutazioni critiche di questo tipo di soluzione v., con riferimento all'art. 9 della Convenzione dell'Aja, P. LAGARDE, «La nouvelle Convention de La Haye sur la loi applicable aux successions», *Rev. crit. droit int. privé*, 1989, p. 271 s.; A.E. VON OVERBECK, «La Convention du premier août 1989 sur la loi applicable aux successions pour cause de mort», *Annuaire suisse droit int.*, 1989, p. 149; con riferimento alla proposta originaria del regolamento e, rispettivamente, al suo testo definitivo. S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ / I. RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, «La ley aplicable a los pactos sucesorios en la Propuesta de Reglamento sobre sucesiones», *Diario La Ley*, n. 7726, p. 4, par. 13 ss.; I. RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, «La ley aplicable a las sucesiones *mortis causa* en el Reglamento (UE) 650/2012», *InDret*, 2/2013, p. 29; per prese di posizione favorevoli v. invece A. DUTTA, «Succession and Wills in the Conflict of Laws on the Eve of Europeanisation», *RabelsZ*, 2009, p. 588; MAX-PLANCK-INSTITUT FÜR AUSLÄNDISCHES UND INTERNATIONALES PRIVATRECHT, «Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of succession and the creation of a European Certificate of Succession», *RabelsZ*, 2010, p. 619; F.M. WILKE, «Das internationale Erbrecht nach der neuen EU-Erbrechtsverordnung», *Recht der internationalen Wirtschaft*, 2012, p. 606.

²⁷⁵ In particolare, la ripartizione e la liquidazione della successione o delle successioni dei premortenti non avrebbero potuto avere che un carattere provvisorio fino al decesso dell'ultimo sopravvissuto, il quale, ricorrendone le condizioni, si sarebbe anzi trovato a disporre fino a tale momento del potere di influire retroattivamente sul regolamento dell'altra o delle altre successioni implicate attraverso un mutamento del suo paese di residenza o il compimento di una *professio juris* diretti a questo fine.

²⁷⁶ Cfr. *supra*, par. 83.

rispetto di una sola legge, determinabile con differenti metodi, quali quello, adottato dall'art. 25 per la disciplina della validità sostanziale e degli effetti dei patti, della ricerca casistica del collegamento più stretto oppure quello del concorso alternativo, che permette, in particolare, di considerare l'atto ammisible e valido qualora la sua ammissibilità e la sua validità siano riconosciute da una qualsiasi delle leggi concorrenti²⁷⁷.

L'art. 18, par. 2, della proposta della Commissione, ispirato ad una *policy* di chiaro favore per la validità dei patti, accoglieva invece essenzialmente la soluzione in ultimo indicata stabilendo che il patto avente ad oggetto la successione di più persone sarebbe stato valido quanto al contenuto se giudicato tale da una qualunque delle leggi successorie anticipate delle persone le cui eredità fossero coinvolte ed aggiungendo la precisazione che, nel caso in cui il patto fosse stato valido in base a due o più delle predette leggi, i suoi effetti avrebbero dovuto essere regolati da quella con la quale fosse più strettamente collegato. Il mantenimento della descritta forma di concorso alternativo lievemente ritoccato nel testo definitivo del regolamento avrebbe prodotto la conseguenza di rendere possibile la sottoposizione della successione di una persona, sia pure nei soli limiti risultanti dalle disposizioni del patto, alla legge di un paese con cui questa avrebbe potuto non avere direttamente alcun rapporto; inoltre esso avrebbe condotto, nelle relazioni tra i paesi europei le cui legislazioni ammettono i patti successori e quelli, almeno altrettanto numerosi, le cui legislazioni vi sono contrarie, alla sistematica esclusione dell'applicabilità delle seconde in tutte le situazioni in cui fossero implicate le eredità di persone abitualmente residenti in paesi diversi facenti rispettivamente parte dell'uno o dell'altro dei due gruppi. Si sarebbe trattato di una soluzione assai radicale e che non tutti gli Stati membri la cui tradizione giuridica – per ragioni, sia pure forse in parte malintese, di tutela della libertà testamentaria – è fondamentalmente contraria all'ammisibilità dei patti successori sarebbero stati disposti ad accettare, nonostante le tendenze contemporanee delle loro legislazioni verso una graduale apertura²⁷⁸. D'altronde l'adozione di un atteggiamento di favore tanto spiccato per l'ammissibilità dei patti sarebbe apparso in qualche misura contrastante con il riconoscimento fatto, come si è visto, dal regolamento della illimitata possibilità della legge successoria effettiva di intervenire ad inficiare *a posteriori* gli effetti degli atti in questione ogni qualvolta i medesimi si rivelino incompatibili con le norme imperative stabilite da quest'ultima a protezione dei legittimari²⁷⁹.

95. La soluzione accolta dall'art. 25, par. 2, è più equilibrata. Da un lato, infatti, la disposizione, imponendo, per quanto concerne l'ammissibilità dei patti, il simultaneo rispetto delle leggi successorie anticipate di tutte le persone le cui eredità sono coinvolte, tiene nel debito conto l'esigenza internazionalprivatistica della sussistenza di un legame ragionevole tra ciascuna delle successioni interessate e la legge o le leggi designate per la disciplina della fattispecie. D'altro lato, prevedendo la sottoposizione ad una legge unica della validità sostanziale, degli effetti e delle condizioni di scioglimento dei patti considerati ammissibili da tutte le leggi successorie ipotetiche implicate, essa evita le conseguenze esageratamente restrittive che l'indiscriminato impiego del sistema del cumulo è suscettibile di provo-

²⁷⁷ La terza soluzione teoricamente concepibile, rappresentata dall'applicazione distributiva delle leggi in presenza, viene generalmente ritenuta poco consigliabile (come lo è, del resto, la soluzione del cumulo, se applicata alla disciplina degli effetti dell'atto da regolamentare) a causa dei gravi inconvenienti che può determinare il separato assoggettamento delle disposizioni pattizie relative a ciascuna successione a leggi differenti: cfr. in proposito ancora *supra*, par. 83, ed ivi in particolare la nota 240.

²⁷⁸ I paesi membri le cui legislazioni sono maggiormente favorevoli ai patti successori e in cui il ricorso ai medesimi è più ampiamente diffuso sono quelli di tradizione giuridica germanica, mentre i paesi membri nei quali essi continuano a costituire in via di principio oggetto di divieto sono essenzialmente quelli latini. La tendenza alla progressiva attenuazione di tale divieto nei paesi che lo impongono si manifesta sia attraverso l'introduzione sempre più frequente di eccezioni nelle loro rispettive legislazioni (v. per qualche riferimento *supra*, nota 262), sia nell'ormai stabile orientamento della loro giurisprudenza ad escludere la contrarietà all'ordine pubblico delle leggi dei paesi che li ammettono: v., ad esempio, nel senso indicato, in Italia Trib. Bolzano 8 marzo 1968, *Riv. giur. Alto Adige*, 1968, p. 220; in Francia Cour d'appel Aix-en-Provence 16 ottobre 2003, *Rev. crit. de droit int. privé*, 2004, p. 589 ss. Per considerazioni di ordine generale in proposito v. A. Davì, «Riflessioni sul futuro diritto internazionale privato europeo delle successioni», *Riv. dir. int.*, 2005, p. 329 s., nonché la nota redatta dal Bureau permanent della Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato nel corso dei lavori preparatori della Convenzione del 1989, in CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, *Actes et documents de la Seizième session (1988)*, vol. II, *Successions - loi applicable*, La Haye, 1990, p. 230.

²⁷⁹ Sulla disciplina dettata in proposito dal regolamento v. *supra*, par. 88-90.

care, soprattutto qualora sia applicato alla determinazione degli effetti di un atto giuridico²⁸⁰. E' certo comunque che tale soluzione è maggiormente avanzata, sia perché atta a consentire un più frequente uso dei patti, sia perché di meno complessa attuazione, di quella del cumulo integrale, esteso anche alla determinazione della loro validità sostanziale e del loro contenuto di effetti, seguita oggi dalla quasi totalità delle leggi di diritto internazionale privato europee ed ugualmente adottata dall'art. 10, par. 1 e 2, della Convenzione dell'Aja²⁸¹. E' peraltro vero che, per quanto limitato dall'art. 25 alla mera questione dell'ammissibilità, il cumulo delle leggi successorie anticipate di tutti i soggetti le cui eredità sono interessate riduce pur sempre in maniera significativa le possibilità di ricorso a questi strumenti di pianificazione, dato che, naturalmente, il simultaneo rispetto delle diverse leggi che possono venire in linea di conto non esige soltanto che esse concordino nel generico riconoscimento della categoria del patto successorio ma richiede altresì che convergano nell'ammettere specificamente il tipo di patto che le parti intendono concludere. La notevole varietà dei modelli dell'istituto esistenti nelle singole legislazioni²⁸² ne restringe quindi ulteriormente la fruibilità.

96. Altre difficoltà di non lieve momento è destinata a creare l'individuazione, ove se ne manifesti l'esigenza, della legge che, tra quelle richiamate dall'art. 25, par. 2, presenta obiettivamente i legami più stretti con il patto da disciplinare. E' infatti probabile che in una consistente parte dei casi in cui i patti riguardino le successioni di due o più persone che risiedono abitualmente in differenti paesi, in ciascuno di questi siano situati beni ereditari o altri elementi rilevanti della fattispecie, la sussistenza dei quali finirà spesso per rendere problematica ed aleatoria la determinazione della sua localizzazione più appropriata. Come la dottrina non ha mancato di mettere in evidenza, un possibile rimedio allo stato di incertezza e di imprevedibilità del diritto applicabile che ne deriva è rappresentato dall'esercizio della facoltà attribuita alle parti dal par. 3 dell'articolo di optare per la sottoposizione del patto alla legge nazionale di una delle persone le cui eredità sono implicate²⁸³. L'efficacia di tale soluzione è tuttavia subordinata alla condizione che la legge o le leggi nazionali possibili di formare oggetto di scelta considerino ammissibile il tipo di patto in questione. Per permettere alle parti di conseguire in tutti i casi un adeguato livello di sicurezza giuridica sarebbe stato forse preferibile, come pure era stato suggerito, lasciare loro la libertà di scegliere esse stesse la legge regolatrice tra quelle delle diverse residenze abituali suscettibili

²⁸⁰ Cfr. a questo riguardo *supra*, par. 83, testo e nota 241.

²⁸¹ In particolare, l'art. 10 della convenzione, dopo aver stabilito al par. 1 che la «validité au fond» (nozione che nella terminologia della convenzione include anche quella che il regolamento definisce «ammissibilità») dei patti concernenti la successione di più persone non è riconosciuta se non a condizione di essere ammessa dalle leggi successorie anticipate di tutte le persone le cui eredità sono implicate, dispone esplicitamente al par. 2 che «(l)es effets du pacte et les circonstances de l'extinction de ces effets sont ceux qui sont reconnus par l'ensemble de ces lois». Se si considera la rilevante misura di discordanza esistente in materia tra le leggi dei paesi che consentono il ricorso a questi strumenti di pianificazione ereditaria, è facile comprendere che le possibilità di utile impiego dei medesimi ne riescono fortemente ridimensionate: cfr. in proposito già *supra*, nota 241, e v. anche I. RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, «La ley aplicable a las sucesiones *mortis causa* en el Reglamento (UE) 650/2012», *InDret*, 2/2013, p. 31. Non è priva di interesse la constatazione che, sotto il profilo in esame, i lavori preparatori della convenzione hanno avuto uno svolgimento piuttosto simile a quello del processo di elaborazione del regolamento: mentre in una prima fase di tali lavori era stata adottata, su proposta della delegazione danese, la soluzione liberalizzatrice consistente nell'applicabilità alternativa delle leggi successorie ipotetiche delle persone le cui eredità fossero implicate, in una fase successiva questa decisione iniziale venne rovesciata, su proposta della delegazione tedesca, in favore della regola ora contenuta nel testo definitivo dell'art. 10; cfr. CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, *Actes et documents de la Seizième session* (1988), vol. II, *Successions - loi applicable*, La Haye, 1990, pp. 416 s., 437 s. Per quanto concerne le leggi nazionali, può ricordarsi, ad esempio, che la soluzione cumulativa è espressamente prescritta dall'art. 95, alinea 3, della legge svizzera di diritto internazionale privato («Les dispositions réciproques pour cause de mort sont valables si elles sont conformes au droit du domicile de chacun des disposants ou au droit d'un Etat national commun qu'ils ont choisi») e in uguale senso vengono generalmente interpretati l'art. 26, par. 5, dell'EGBGB tedesco e l'art. 9.8 del cod. civ. spagnolo, i quali entrambi dispongono genericamente la sottoposizione dei patti alla legge che sarebbe stata applicabile alla successione al momento della loro conclusione: cfr. rispettivamente R. BIRK, *Art. 26*, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. X, *Einführungsgesetz*, 3^a ed., München, 1998, p. 1468 s., nn. 132, 134, 138, e J. KROPHOLLER, *Internationales Privatrecht*, 5^a ed., Tübingen, 2004, p. 440; I. RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, «La ley aplicable a las sucesiones *mortis causa* en el Reglamento (UE) 650/2012», *InDret*, 2/2013, p. 31.

²⁸² Cfr. in proposito *supra*, par. 87.

²⁸³ V. A. DUTTA, «Das neue internationale Erbrecht der Europäischen Union - Eine erste Lektüre der Erbrechtsverordnung», *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 2013, p. 10; G. KHAIRALLAH, «La détermination de la loi applicable à la succession», in *Droit européen des successions internationales* (a cura di G. KHAIRALLAH / M. REVILLARD), p. 64.

di venire in linea di conto²⁸⁴. Si sarebbe trattato di un modesto grado di ampliamento delle possibilità di opzione disponibili nel quale difficilmente avrebbe potuto vedersi un eccesso di liberalizzazione, essendo ampiamente sufficienti a controbilanciarlo la previsione della necessità che i patti vengano comunque riconosciuti ammissibili da tutte le leggi successorie ipotetiche interessate e la riserva dei diritti conferiti ai legittimari dalla legge o dalle leggi successorie effettive che dovessero divenire in seguito applicabili.

97. Venendo ora ad esaminare con maggiore attenzione la scelta della legge regolatrice dei patti consentita alle parti dall'art. 25, par. 3, occorre anzitutto precisare che la scelta in questione si distingue sia dalla *professio juris* di carattere generale, relativa cioè all'insieme della successione, prevista e disciplinata dall'art. 22, sia da quella più specifica che l'art. 24, par. 2, permette di effettuare riguardo all'ammissibilità e alla validità sostanziale delle disposizioni a causa di morte ivi contemplate, per il fatto di costituire il frutto di un accordo (*pactum de lege utenda*), mentre gli altri due atti di scelta sono dei negozi unilaterali²⁸⁵. Come tale, essa ha effetto vincolante per ognuno dei partecipanti all'accordo e non può quindi essere modificata o revocata che con il consenso di tutti. Il suo oggetto può consistere, secondo i termini dell'art. 25, par. 3, nella «legge che la persona o una delle persone della cui successione si tratta avrebbe potuto scegliere ai sensi dell'art. 22», vale a dire nella legge nazionale o in una delle rispettive leggi nazionali di ciascuna di queste persone. Analogamente a quanto si è visto avvenire per l'*optio legis* di portata limitata prevista dall'art. 24 e a differenza di ciò che stabilisce l'art. 22 per la *professio* concernente l'intera successione, è però possibile scegliere soltanto una legge nazionale che sia già posseduta dall'interessato al momento della designazione e non anche una legge nazionale futura che egli potrebbe avere eventualmente acquisito al momento dell'apertura della successione. L'accoglimento della predetta soluzione da parte del regolamento è confermato dal considerando 51 e si fonda principalmente sulle ragioni di garanzia della sicurezza della pianificazione ereditaria che stanno a base del principio della sottoposizione dei patti alla legge successoria anticipata nonché dell'adozione della medesima soluzione relativamente alle disposizioni a causa di morte rientranti nell'ambito di applicazione dell'art. 24²⁸⁶. Naturalmente nulla esclude che, una volta che la persona la cui eredità è implicata abbia acquistato una nuova legge nazionale, le parti possano corrispondentemente modificare il loro accordo, sempre che tuttavia si tratti di una legge che valuta come ammissibile e sostanzialmente valido il patto successorio da esse precedentemente stipulato, non autorizzando l'art. 25, par. 3, il separato assoggettamento degli effetti di un patto successorio già concluso ad una legge che non sia al tempo stesso designata per regolarne anche ammissibilità e condizioni di validità sostanziale.

In ordine ai rapporti tra la *professio* di carattere generale contemplata dall'art. 22 e la disciplina dei patti valgono considerazioni simili a quelle già svolte riguardo all'analogo problema che può porsi relativamente ai rapporti tra la prima e la regolamentazione dell'ammissibilità e della validità sostanziale delle disposizioni a causa di morte previste dall'art. 24²⁸⁷. Qualora la *professio* sia anteriore o contemporanea alla conclusione del patto di cui si tratta, l'applicabilità della legge designata si estende anche alla disciplina del patto, essendo tale legge richiamata dall'art. 25, par. 1 e 2, come legge che sarebbe stata competente a regolare la successione nel momento in cui il patto è concluso²⁸⁸. Una *professio* effettuata

²⁸⁴ Per questa proposta v. S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ / I. RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, «La ley aplicable a los pactos sucesorios en la Propuesta de Reglamento sobre sucesiones», *Diario La Ley*, n. 7726, p. 6, par. 20.

²⁸⁵ V. a questo proposito già. *supra*, nota 184, e cfr. pure I. RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, «La ley aplicable a las sucesiones *mortis causa* en el Reglamento (UE) 650/2012», *InDret*, 2/2013, p. 32. L'indicata distinzione tra i due tipi di atti, chiaramente desumibile dal testo dell'art. 25, par. 3 («le parti possono scegliere come legge regolatrice del loro patto...»), sembra invece sfuggire a G. KHAIRALLAH, «La détermination de la loi applicable à la succession», in *Droit européen des successions internationales* (a cura di G. KHAIRALLAH / M. REVILLARD), Paris, 2013, p. 64, secondo il quale la norma si limiterebbe a prevedere la possibilità che il patto successorio venga sottoposto, per quanto riguarda la sua ammissibilità, la sua validità sostanziale e i suoi effetti vincolanti tra le parti, alla legge designata dal disponente come regolatrice della sua successione mediante un atto unilaterale di *professio juris*.

²⁸⁶ Cfr. a tale ultimo riguardo *supra*, par. 85, e, per il testo del considerando 51, par. 84. Uguale interpretazione è accolta, seppure senza riferimento alle indicazioni contenute in proposito nel considerando in questione, da I. RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, «La ley aplicable a las sucesiones *mortis causa* en el Reglamento (UE) 650/2012», *InDret*, 2/2013, p. 34.

²⁸⁷ Cfr. ancora *supra*, par. 85.

²⁸⁸ Non è dunque necessario, diversamente da quanto sembra ritenere P. LAGARDE, «Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions», *Rev. crit. droit int. privé*, 2012, p. 722, che, onde ottenere la sottoposizione congiunta

in un momento posteriore non potrebbe invece ovviamente impedire che le questioni attinenti alla disciplina del patto sottoposte dall'art. 25 alla legge successoria anticipata o ipotetica continuino a rimanere soggette alla medesima legge.

98. Le funzioni che l'accordo di scelta della legge regolatrice dei patti è suscettibile di esercitare non coincidono peraltro interamente con quelle che può svolgere la *professio* concernente l'insieme della successione. Si è visto, in effetti, che la seconda, oltre ad offrire al *de cuius* l'opportunità di sottoporre la trasmissione ereditaria del suo patrimonio ad una legge il cui contenuto materiale è più favorevole alla realizzazione delle sue intenzioni di quanto lo sarebbe il contenuto della legge che dovrebbe venire applicata a titolo obiettivo, risponde anche allo scopo, non meno importante, di permettergli di sottrarre la pianificazione successoria allo stato di incertezza e ai rischi di instabilità provocati dalla possibilità di mutamenti, eventualmente soltanto temporanei e comunque non sempre facilmente prevedibili, del suo paese di residenza abituale²⁸⁹. Quest'ultima finalità è evidentemente estranea alla scelta di legge relativa ai patti successori, dato che rispetto ad essi il criterio di collegamento obiettivo della residenza abituale della persona o di ciascuna delle persone delle cui eredità si tratta è riferito dall'art. 25 al momento della stipulazione dei patti e non è quindi esposto a subire modifiche nel tempo. La sola ipotesi in cui alla scelta della legge regolatrice dei patti può essere demandata una funzione di garanzia della certezza del diritto applicabile, sebbene di tipo diverso, è quella particolare che si è già esaminata²⁹⁰ dei patti concernenti le eredità di più persone non aventi le rispettive residenze abituali nello stesso paese, per la disciplina della cui validità sostanziale e dei cui effetti occorre dunque individuare la legge, che potrebbe risultare a volte di problematica determinazione, con la quale i patti in questione sono da ritenere più strettamente collegati. In tutti gli altri casi la funzione dell'accordo di scelta è di carattere precipuamente materiale e consiste nel mettere a disposizione delle persone interessate, attraverso l'ampliamento del numero delle leggi suscettibili di essere rese alternativamente applicabili, maggiori possibilità di organizzare anticipatamente la devoluzione della successione mediante il ricorso allo strumento del patto successorio.

99. Sotto questo profilo, l'utilità che può presentare l'accordo di scelta di legge in relazione ai patti che riguardano la successione di una sola persona è, per la verità, piuttosto circoscritta, poiché l'unica legge che può costituire oggetto di designazione è la legge nazionale posseduta dal *de cuius* al momento della loro conclusione, la quale potrebbe comunque essere ugualmente resa applicabile, benché per via indiretta, anche tramite una *professio juris* concernente l'intera successione, purché effettuata contestualmente ai patti stessi o in una data anteriore²⁹¹. Non sembra tuttavia da escludere del tutto che la facoltà concessa agli interessati dal regolamento di compiere una scelta di legge limitata alle questioni attinenti all'ammissibilità, alla validità sostanziale e agli effetti *inter partes* dei patti possa offrire dei vantaggi, potendo essa, in particolare, consentire di sottoporre solamente tali questioni ad una legge che ammetta il tipo di patto che le parti intendono concludere e di lasciare i rimanenti aspetti della successione, quali, ad esempio, la disciplina dell'amministrazione e della trasmissione del patrimonio ereditario,

dei patti e dei rimanenti aspetti della successione o delle più successioni interessate alla (unica) legge nazionale della persona o delle persone le cui eredità sono implicate, vengano compiuti due o più distinti atti di scelta, e cioè l'accordo relativo alla disciplina dei patti previsto dall'art. 25, par. 3, e uno o più atti unilaterali di *professio juris* concernenti la successione o ciascuna delle successioni in causa, dal momento che già questi ultimi, estendendo automaticamente i loro effetti alla determinazione della legge regolatrice dei patti, sono sufficienti a produrre il risultato voluto.

²⁸⁹ Su questo fondamentale vantaggio offerto dalla *professio juris* v. già *supra*, par. 49.

²⁹⁰ Cfr. *supra*, par. 96.

²⁹¹ Il rilievo è comune in dottrina:cfr A. BONOMI, «Successions internationales: conflits de lois et de juridictions», *Recueil des cours*, vol. 350 (2010), p. 309; S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ / I. RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, «La ley aplicable a los pactos sucesorios en la Propuesta de Reglamento sobre sucesiones», *Diario La Ley*, n. 7726, p. 5, par. 19, i quali sottolineano che anche la differenza tra le due suddette possibilità di scelta rappresentata dal fatto che la *professio juris* può essere revocata o modificata unilateralmente, mentre la revoca o la modifica dell'atto di scelta relativo ai patti richiedono il consenso di tutte le parti, è priva di significato pratico (almeno per quanto riguarda la diretta regolamentazione delle questioni sottoposte dall'art. 25 alla legge regolatrice dei patti), dato che la revoca o la modifica della *professio* non potrebbe comunque impedire la perdurante applicabilità ai patti della legge inizialmente designata, essendo quest'ultima la legge che era competente a regolare la successione al momento della loro conclusione.

soggetti alla legge successoria effettiva, e cioè alla legge del paese dell'ultima residenza abituale del *de cùjus*, che potrebbe in certi casi essere meglio appropriata a regolarli.

Assai maggiore è invece l'utilità – e la portata liberalizzatrice – della scelta di legge riguardante i patti aventi ad oggetto la successione di due o più persone, che l'art. 25, par. 3, permette di assoggettare alternativamente, non soltanto per quanto attiene alla loro validità sostanziale e ai loro effetti tra le parti, ma anche relativamente all'elemento cruciale dell'ammissibilità, alla legge nazionale (o ad una delle più leggi nazionali eventualmente possedute) di una qualsiasi delle persone le cui eredità sono coinvolte. Il concorso alternativo tra le leggi nazionali, in ipotesi diverse, che ciascuno degli interessati avrebbe potuto individualmente scegliere come regolatrici della propria successione viene quindi ad assumere, nella disciplina datane dalla disposizione, carattere integrale, con il risultato di consentire virtualmente a uno o più di costoro di concludere, sulla base di una legge con la quale essi potrebbero non avere personalmente alcun legame, un patto concernente le rispettive successioni considerato inammissibile sia dalla loro legge nazionale, sia da quella del paese della loro residenza abituale. La disparità di trattamento tra la fatispecie di concorso in esame e quella del concorso tra le leggi successorie anticipate applicabili a titolo obiettivo regolata dal par. 2 dell'articolo, il quale viceversa richiede che il patto che le parti intendono stipulare sia ammesso da tutte le leggi successorie implicate²⁹², appare manifesta e fa risaltare con nettezza la finalità preminentemente materiale assegnata dal regolamento all'accordo di scelta della legge regolatrice dei patti. Questa discrepanza, nella quale non sarebbe impossibile ravvisare perfino una vera e propria contraddizione interna del regolamento, può in qualche modo spiegarsi, oltre che con la volontà dei partecipanti al processo di elaborazione dell'atto di raggiungere un compromesso tra le posizioni dei paesi membri in cui i patti successori sono largamente utilizzati e le posizioni di quelli che ne fanno invece divieto, anche con la considerazione che, essendo la cittadinanza delle persone molto meno facilmente soggetta a variazioni rispetto al criterio di collegamento obiettivo della residenza abituale, la limitazione della facoltà di opzione alla sola legge nazionale di uno dei soggetti le cui eredità sono implicate permette comunque al secondo gruppo di paesi di mantenere ancora una certa misura di controllo²⁹³.

100. L'art. 25 omette di regolare esplicitamente le diverse questioni che possono prospettarsi riguardo alla disciplina dell'accordo di scelta in quanto atto giuridico, tra cui principalmente la sua validità formale e sostanziale, come pure gli analoghi problemi che si pongono relativamente alla sua modifica o revoca. Sembra tuttavia da ritenere che il riferimento fatto dal par. 3 della disposizione alla disciplina della *professio juris* concernente l'intera successione dettata dall'art. 22, ed in particolare alla necessità che anche la scelta della legge regolatrice dei patti venga effettuata «alle condizioni ivi indicate», debba essere inteso come implicante l'estensione a quest'ultima dell'applicabilità di tutte le regole stabilite da tale articolo in proposito, tanto più che i due tipi di atti di esercizio della facoltà di *optio legis* presentano, sotto il profilo in esame, esigenze di regolamentazione non dissimili. Di conseguenza, l'accordo di scelta dovrà essere stipulato nella forma di una disposizione a causa di morte (sarà sufficiente, in pratica, il rispetto delle medesime formalità richieste per la validità dello stesso patto

²⁹² Cfr. al riguardo *supra*, par. 95.

²⁹³ Nella Convenzione dell'Aja del 1989 la disparità di regolamentazione del concorso tra le leggi, eventualmente diverse, applicabili a titolo oggettivo ai patti concernenti la successione di più persone e del concorso tra le leggi suscettibili di venire scelte relativamente ad essi dalle parti è ancora più vistosa di quanto avviene nel regolamento. Mentre infatti rispetto al primo tipo di concorso l'art. 10 della convenzione adotta, sia riguardo all'ammissibilità e alla validità, sia riguardo agli effetti dei patti, la soluzione estremamente restrittiva del cumulo di tutte le leggi successorie anticipate che si trovano implicate (cfr. in proposito *supra*, nota 281), riguardo al secondo l'art. 11 consente agli interessati di scegliere alternativamente come unica legge regolatrice dei patti, anche sotto il profilo della loro stessa ammissibilità, la legge nazionale o quella della residenza abituale di una qualunque delle persone delle cui eredità si tratta. Durante i lavori preparatori questa sostanziale contraddizione era stata messa in evidenza dal delegato danese Philip allo scopo di difendere la sua proposta, alla fine non accolta dal *plenum* della Conferenza, di estendere la soluzione dell'applicabilità alternativa anche al concorso tra le leggi richiamate a titolo oggettivo dall'art. 10: cfr. CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, *Actes et documents de la Seizième session (1988)*, vol. II, *Successions - loi applicable*, La Haye, 1990, p. 417 («It seemed odd that where there was a choice of law a *pacte successorial* was valid if materially valid under that one law, whereas if there was no choice of law but the parties had still made an agreement which they intended to be valid, a cumulative application of laws was necessary to validate it. There was at the very least no reason why that agreement should be invalid for a person by whose law it was valid, even if it was not valid under another relevant law»).

successorio cui l'accordo di scelta inerisce), la sua validità sostanziale sarà regolata dalla legge scelta e soluzioni corrispondenti dovranno essere applicate alla validità formale e sostanziale della modifica e della revoca dell'accordo²⁹⁴. Sempre in ragione del richiamo operato dall'art. 25, par. 3, all'art. 22, anche la scelta di legge implicita appare dover essere ammessa²⁹⁵.

X. Legge applicabile alla forma delle disposizioni a causa di morte e delle dichiarazioni dei beneficiari della successione

101. Innovando opportunamente rispetto all'originaria proposta della Commissione, il testo definitivo del regolamento reca all'art. 27 un'apposita disciplina dei problemi di conflitto relativi alla validità formale delle disposizioni a causa di morte. Tale disciplina è peraltro in larga misura riproduttiva, come si è del resto già avuto modo di accennare²⁹⁶, di quella data a questo importante aspetto del diritto internazionale privato delle successioni dalla Convenzione dell'Aja del 1961 sui conflitti di leggi in materia di forma delle disposizioni testamentarie. Il fatto che la convenzione, che ha riscosso ampio successo internazionale e vanta al presente quarantuno parti contraenti, abbia ricevuto la ratifica o l'adesione di diciassette Stati membri (inclusa la Croazia, entrata recentemente a far parte dell'Unione), di cui quattordici compresi tra i venticinque attualmente vincolati dal regolamento²⁹⁷, aveva indotto inizialmente la Commissione a ritenerne, conformandosi, tra l'altro, al suggerimento contenuto in proposito nell'*Étude* redatto su sua richiesta dal Deutsches Notarinstitut in collaborazione con i professori Dörner e Lagarde²⁹⁸, che fosse preferibile rinunciare all'adozione da parte dell'Unione di una propria disciplina parallela nel settore. Di conseguenza, la proposta aveva espressamente escluso (art. 19, par. 2, lett. k) dal campo di applicazione del progettato regolamento i problemi attinenti alla forma delle disposizioni a causa di morte e la Commissione, nella relazione esplicativa da essa allegata alla proposta, si era limitata ad auspicare che anche i rimanenti Stati membri ratificassero a loro volta la convenzione «nell'interesse dell'Unione»²⁹⁹. Tuttavia il ricorso a questo particolare procedimento, utilizzato, com'è noto, nelle situazioni in cui la competenza a condurre le relazioni con l'esterno dell'Unione è stata trasferita dagli Stati membri alla medesima, ma all'esercizio delle competenze trasferite si frappongono ostacoli di carattere politico o giuridico che non possono, almeno temporaneamente, venire superati, presentava il grave inconveniente di essere insufficiente a garantire il raggiungimento – o, comunque, un raggiungimento non eccessivamente lontano nel tempo – di una reale uniformità di regolamentazione della forma delle disposizioni a causa di morte tra gli Stati membri. Infatti nel procedimento in questione gli Stati membri vengono semplicemente autorizzati dall'Unione a ratificare nel suo interesse una data convenzione ma non sono giuridicamente vincolati a ratificarla effettivamente ed ancor meno a farlo tutti nello stesso momento³⁰⁰.

²⁹⁴ Per l'analisi della disciplina data dal regolamento a questo insieme di problemi in riferimento alla *professio juris* v. *supra*, par. 65-74.

²⁹⁵ Sulla *professio juris* implicita v. *supra*, par. 58-63.

²⁹⁶ Cfr. *supra*, par. 64.

²⁹⁷ Si tratta, in particolare, di Austria, Belgio, Croazia, Estonia, Finlandia, Francia, Germania, Grecia, Lussemburgo, Paesi Bassi, Polonia, Slovenia, Spagna e Svezia.

²⁹⁸ V. DEUTSCHES NOTARINSTITUT, «Étude de droit comparé sur les règles de conflits de juridictions et de conflits de lois relatives aux testaments et successions dans les Etats membres de l'Union européenne», in *Les successions internationales dans l'UE: perspectives pour une harmonisation*, Würzburg, 2004, p. 109.

²⁹⁹ Commissione delle Comunità europee, Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e degli atti pubblici in materia di successioni e alla creazione di un certificato successorio europeo, COM (2009) 154 def., p. 4, punto 3.2.

³⁰⁰ Nel caso di specie l'ostacolo alla partecipazione dell'Unione alla convenzione era rappresentato dal fatto che le convenzioni adottate dalla Conferenza dell'Aja anteriormente all'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam, avvenuta nel 1999, sono aperte unicamente alla partecipazione degli Stati (per quanto riguarda, in particolare, la Convenzione sulla forma delle disposizioni testamentarie v. i suoi artt. 14-16), a differenza di quelle negoziate successivamente a tale data, rispetto alle quali, proprio in vista dell'assunzione di competenza da parte della Comunità (oggi Unione) in materia, è stata stabilita l'apertura all'adesione da parte di «organizzazioni internazionali di integrazione economica». La sola convenzione adottata nel quadro della Conferenza relativamente alla quale è stata finora utilizzata la forma dell'adesione «nell'interesse della Comunità» è la Convenzione del

Durante i lavori preparatori diverse voci avevano quindi sottolineato l'esigenza di assicurare una sistemazione più adeguata di questa parte della disciplina della materia onde evitare il rischio che, in assenza di comuni norme di conflitto, la validità formale delle disposizioni a causa di morte – nonché quella della *professio juris*, che, come si è visto, in base all'art. 22, par. 2, del regolamento, deve rispettare i requisiti di forma richiesti per tali disposizioni³⁰¹ – venisse valutata in modo differente da uno Stato membro all'altro; e ciò a maggior ragione a causa dell'incompletezza della regolamentazione contenuta nella Convenzione dell'Aja, la quale non è applicabile alla forma dei patti successori³⁰².

102. La soluzione finalmente accolta è quella che era stata suggerita dalla maggioranza dei commentatori e che consiste nella combinazione del recepimento nell'art. 27 del regolamento della disciplina di conflitto data dagli articoli 1, 2 e 5 della convenzione alla validità formale delle disposizioni testamentarie con la sostanziale estensione, stabilita dallo stesso articolo 27, della suddetta disciplina alla validità formale dei patti successori e con la precisazione, effettuata dall'art. 75, par. 1, del regolamento, che gli Stati membri che sono parti contraenti della convenzione continuano ad applicare la medesima in luogo dell'art. 27 «per quanto riguarda la validità formale dei testamenti e dei testamenti congiuntivi»³⁰³. In conseguenza della descritta forma di recepimento sia la convenzione che il regolamento riconoscono dunque la validità formale delle disposizioni a causa di morte che rispondano alle condizioni richieste da una qualsiasi delle seguenti leggi: la legge del paese ove la disposizione di cui si tratta è stata assunta; la legge del paese della cittadinanza o del domicilio o della residenza abituale posseduti dall'autore della disposizione al momento della sua formulazione oppure al momento della morte; relativamente alla sola successione immobiliare, la legge del paese di situazione degli immobili che ne formano oggetto. Entrambi gli strumenti aggiungono che le disposizioni che ne revocano (o, come opportunamente precisa il regolamento, con una previsione che può peraltro ritenersi implicita nella convenzione, modificano) una anteriore sono valide quanto alla forma se soddisfano condizioni corrispondenti a quelle suindicate o se sono conformi a una qualunque delle leggi, ove diversa, in base a cui era valida la disposizione revocata (o modificata)³⁰⁴. Entrambi completano poi la generosa disciplina che si è riferita con la specificazione che le norme di legge che limitano le forme ammesse per ragioni riguardanti l'età, la cittadinanza o altre qualità personali dell'autore della disposizione o che determinano i requisiti che devono possedere i testimoni richiesti per la validità di un atto sono considerate come attinenti alla forma.

1996 sulla protezione dei minori che non è stata ancora ratificata da tutti gli Stati membri nonostante che la relativa decisione di autorizzazione risalga al 2003 (decisione 2003/93 CE). Peraltro nemmeno la possibilità di adesione da parte dell'Unione è sufficiente a garantire l'uniforme partecipazione ad una convenzione degli Stati membri nei casi in cui è richiesta anche la loro ratifica; tuttavia a seguito dell'adesione della Comunità alla Conferenza dell'Aja, che ha avuto luogo nel 2007, è ora possibile seguire un diverso procedimento, che consente all'organizzazione di ratificare una convenzione con effetti anche per gli Stati membri (salve le eccezioni introdotte dai noti protocolli relativi alle rispettive posizioni di Danimarca, Irlanda e Regno Unito). Cfr. sull'intero argomento A. ZANOBETTI, «Quelques réflexions sur les relations de l'Union européenne avec la Conférence de La Haye et Unidroit: ombres ou rayons de soleil?», in *La dimension extérieure de l'espace de liberté, de sécurité et de justice après le Traité de Lisbonne* (a cura di C. FLAESCH-MOUGIN / L.S. Rossi), Bruxelles, 2013, p. 268 ss.

³⁰¹ Cfr. *supra*, par. 66.

³⁰² V., in particolare, in questo senso i «Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of succession and the creation of a European Certificate of Succession» del Max-Planck-Institut, *RabelsZ*, 2010, p. 622 ss.; inoltre E. LEIN, «A Further Step towards a European Code of Private International Law - The Commission Proposal for a Regulation on Succession», *Yearbook of Priv. Int. Law*, 2009, p. 135; A. BONOMI, «Prime considerazioni sulla proposta di regolamento sulle successioni», *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2010, pp. 878, 898, e «Successions internationales: conflits de lois et de juridictions», *Recueil des cours*, vol. 350 (2010), p. 298.

³⁰³ Tale soluzione coincide essenzialmente con quella adottata in Germania dall'art. 26 EGBGB (nella versione risultante dalla legge di riforma del diritto internazionale privato del 1986), i cui par. 1-3 riproducono ugualmente gli artt. 1, 2 e 5 della convenzione, mentre il par. 4 dell'articolo estende la stessa disciplina alle «altre disposizioni a causa di morte», intendendo con ciò naturalmente riferirsi ai patti successori. Le legislazioni di altri paesi europei, quali in particolare la legge svizzera di diritto internazionale privato del 1987 (art. 93) e il codice belga di diritto internazionale privato del 2004 (art. 83) hanno invece rinunciato a riformulare direttamente le regole di conflitto contenute nella convenzione limitandosi ad effettuare ad esse un rinvio corredata dalla estensione della loro applicabilità (nella legge svizzera «per analogia») ai patti successori.

³⁰⁴ Su quest'ultimo punto v. le precisazioni fatte già *supra*, nota 199, con specifico riferimento alla modifica e alla revoca della *professio juris*.

Per quel che concerne i patti successori, non disciplinati, come si è detto, dalla convenzione, il regolamento dichiara sufficiente per l'applicabilità dei criteri di collegamento di carattere soggettivo (cittadinanza, domicilio, residenza abituale) che essi sussistano anche in capo ad una sola delle parti la cui successione è interessata³⁰⁵.

103. La sostanziale concordanza in tal modo realizzata, salva qualche variazione di ordine redazionale priva di influenza, tra i contenuti rispettivi dell'art. 27 del regolamento e delle corrispondenti norme di conflitto stabilite dalla convenzione dovrebbe garantire il mantenimento di un'uniformità di disciplina pressoché assoluta sia nei rapporti tra gli Stati vincolati dal regolamento che sono parti della convenzione e quelli che non lo sono, sia nei rapporti tra l'insieme di questi Stati e quelli (membri o non membri dell'Unione europea) che non sono vincolati dal regolamento ma sono parti del secondo strumento. Per quanto riguarda, in particolare, l'interpretazione dei criteri di collegamento, il regolamento (art. 27, par. 1) ha rinunciato ad ogni definizione autonoma della nozione di domicilio ed ha fatto propria la soluzione adottata in merito dall'art. 1, terzo comma, della convenzione, a termini del quale «(l)a question de savoir si le testateur avait un domicile dans un lieu déterminé est régie par la loi de ce même lieu». Viene così esclusa la possibilità di divergenze tra la giurisprudenza interpretativa della Corte di giustizia e quella dei giudici degli Stati parti della convenzione che non sono membri dell'Unione europea o comunque non sono vincolati dal regolamento. Analogamente, i due strumenti concordano nell'accoglimento della regola secondo cui, se l'autore di una disposizione testamentaria è cittadino di due o più Stati, è sufficiente per la validità formale della disposizione che essa soddisfi le condizioni di forma richieste dalla legge di uno qualsiasi dei suddetti Stati (art. 27, par. 1, lett. b), del regolamento; art. 1, primo comma, lett. b), della convenzione). Neanche riguardo al controverso problema della qualificazione dell'ammissibilità o del divieto dei testamenti congiuntivi come questione di forma o di sostanza vi è la possibilità che i due strumenti entrino in conflitto. La convenzione si astiene infatti dall'assumere in proposito una posizione propria³⁰⁶ e lascia quindi quelli dei suoi Stati contraenti che sono altresì vincolati dal regolamento pienamente liberi di conformarsi alla qualificazione sostanziale che, come si è visto, è stata adottata da quest'ultimo³⁰⁷.

Qualche rischio di difformità interpretativa esiste invece rispetto alla definizione della nozione di residenza abituale, dal momento che essa non soltanto forma oggetto della serie di precisazioni contenuta nei considerando 23, 24 e 25 del regolamento³⁰⁸, ma è anche sottoposta all'interpretazione pregiudiziale della Corte di giustizia, la cui efficacia obbligatoria dovrebbe però ritenersi a stretto rigore limitata in materia agli Stati membri che applicano il regolamento in luogo della convenzione e comunque non può certamente estendersi agli Stati non vincolati dal regolamento, membri o non membri dell'Unione che siano. Si tratta tuttavia di un inconveniente che potrebbe essere attenuato dalla stessa Corte di giustizia, la quale, nell'esercizio della sua competenza interpretativa, potrebbe cercare di tenere nel maggior conto possibile le tendenze prevalenti nella cerchia dei paesi (membri o non membri dell'Unione) che sono parti della convenzione e, più in generale, dei metodi internazionalmente più diffusi per favorire l'omogeneità di interpretazione degli strumenti di diritto internazionale privato uniforme. L'adozione di un tale orientamento non sarebbe del resto che conforme all'indicazione data dal considerando 52 del regolamento secondo cui questo dovrebbe disciplinare i conflitti di leggi relativi alla validità formale delle disposizioni a causa di morte «attraverso norme coerenti» con il dettato della convenzione.

³⁰⁵ Sotto tale profilo la disciplina dettata dal regolamento si presenta come innovativa rispetto a quella che esiste attualmente nelle legislazioni interne dei paesi membri, quali il Belgio e la Germania, che estendono già autonomamente alla forma dei patti successori l'applicabilità dell'ampia gamma di criteri di collegamento alternativi stabilita dalla convenzione riguardo alla determinazione della validità formale delle disposizioni testamentarie (cfr. in proposito *supra*, nota 303). Dette legislazioni non contengono infatti la medesima precisazione e debbono quindi essere verosimilmente interpretate nel più rigoroso senso che la validità formale di ciascuna delle disposizioni inserite in un patto successorio vada valutata separatamente sulla base della legge o delle leggi rese eventualmente applicabili da criteri di collegamento soggettivi suscettibili di essere direttamente riferiti alla parte la cui successione è interessata dalla disposizione in causa: v., ad es., in questo senso, relativamente al diritto tedesco, G. HOHLOCH, «Art. 25 EGBGB», in W. ERMAN / H.P. WESTERMANN, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 12^a ed., Köln, 2008, p. 6205, n. 19.

³⁰⁶ V. su questo punto il «Rapport explicatif» di H. BATIFFOL, in CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, *Actes et documents de la Neuvième session (1960)*, vol. III, *Forme des testaments*, La Haye, 1961, p. 167.

³⁰⁷ Cfr. *supra*, par. 80.

³⁰⁸ V. al riguardo ampiamente *supra*, par. 40.

104. Il regolamento lascia peraltro al di fuori del proprio ambito di applicazione i problemi di conflitto concernenti la validità formale delle disposizioni a causa di morte espresse in forma orale, ivi comprese quelle consegnate in una registrazione. Siffatta esclusione è esplicitamente stabilita dall'art. 1, par. 2, lett. f), ed è ulteriormente confermata dall'art. 27, che specifica di assumere ad oggetto di regolamentazione unicamente la forma di «(u)na disposizione a causa di morte fatta per iscritto». Dal punto di vista del diritto dell'Unione la disciplina di questa parte della materia rimane quindi per il momento non unificata. Gli inconvenienti che ne derivano sono d'altronde ridotti a proporzioni accettabili, oltre che dalla scarsa frequenza attuale dell'uso di tale tipo di disposizioni, dal fatto che esse sono invece incluse nel campo di applicazione della Convenzione dell'Aja e che anche i sistemi di diritto internazionale privato degli Stati membri che non sono parti della convenzione accolgono in genere riguardo alla forma degli atti di ultima volontà soluzioni non troppo divergenti e comunque improntate ad un sufficiente orientamento di favore³⁰⁹.

105. Va ancora aggiunto che l'art. 28 del regolamento contiene un'ulteriore prescrizione di forma, che concerne le dichiarazioni di accettazione o di rinuncia o quelle dirette a limitare la responsabilità per le passività ereditarie che possono essere emesse dagli eredi o aventi diritto a quote di eredità o dai legatari³¹⁰. Secondo la disposizione, tutte queste dichiarazioni sono valide quanto alla forma se soddisfano le condizioni richieste o dalla legge competente a regolare la successione (sia a titolo obiettivo che in virtù di una *professio juris*) o dalla legge del paese nel quale il loro autore ha la residenza abituale. Tale previsione, il cui scopo consiste evidentemente nel facilitare il compimento degli atti in questione, va letta in connessione con l'art. 13, che, sempre allo stesso fine, stabilisce che, quando simili dichiarazioni debbano essere rese dinanzi ad un organo giurisdizionale, sono competenti a riceverle, in aggiunta agli organi giurisdizionali ai quali spetta, ai sensi del regolamento, pronunciare in generale sulla successione, anche quelli dello Stato membro della residenza abituale delle persone interessate a effettuarle purché la legge processuale del predetto Stato lo consenta³¹¹.

In proposito è stato messo in rilievo in dottrina che l'obiettivo di favore perseguito dalla disposizione avrebbe potuto essere ancor meglio realizzato se il richiamo alternativo delle due leggi indicate fosse stato integrato da quello della legge del luogo in cui viene emessa la dichiarazione³¹². L'osservazione sembra in linea di massima condivisibile: da un lato, infatti, nelle situazioni caratterizzate dalla presenza di rilevanti elementi di internazionalità non sempre i criteri adottati dal regolamento per la determinazione della residenza abituale di una persona conducono ad individuare il luogo più appropriato per la formulazione di questo genere di dichiarazioni; d'altro lato, la limitazione sancita dalla disposizione difficilmente può trovare piena giustificazione nell'esigenza di assicurare la maggior misura possibile di coincidenza tra foro competente e diritto applicabile sia perché in alcuni casi (competenza sussidiaria, *forum necessitatis*) sarebbe proprio l'applicazione della *lex loci actus* che permetterebbe di mantenerla, sia perché comunque a tale principio il regolamento apporta già varie deroghe di ben più ampia portata.

³⁰⁹ Per una valutazione sostanzialmente analoga v. H. DÖRNER, «EuErbVO: Die Verordnung zum Internationalen Erb- und Erbverfahrensrecht ist in Kraft!», *Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge*, 2012, p. 511. L'art. 10 della convenzione consente peraltro agli Stati contraenti di riservarsi la facoltà di non riconoscere la validità delle disposizioni testamentarie espresse, salvo che in circostanze straordinarie, in forma orale da loro cittadini purché questi non siano in possesso anche di altre cittadinanze. Di tale facoltà si sono avvalsi l'Estonia, la Francia e i Paesi Bassi.

³¹⁰ Sulla esigenza di tenere distinto questo tipo di dichiarazioni rese davanti ad un'autorità giudiziaria dalle procedure che comportano forme di intervento più intense da parte di quest'ultima v. *infra*, par. 148.

³¹¹ Al riguardo v. anche il considerando 32, il quale precisa che «(d)ovrebbero essere le stesse persone che scelgono di avvalersi della possibilità di rendere dichiarazioni nello Stato membro di residenza abituale a informare l'organo giurisdizionale o l'autorità che si occupa o si occuperà della successione dell'esistenza di tali dichiarazioni entro i termini stabiliti dalla legge applicabile alla successione».

³¹² In questo senso A. DUTTA, «Das neue internationale Erbrecht der Europäischen Union – Eine erste Lektüre der Erbrechtsverordnung», *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 2013, p. 11, il quale ricorda che, tra l'altro, la più generosa soluzione consistente nell'ammettere tutte e tre le suddette alternative (*lex substantiae*, *lex loci actus* e legge della residenza abituale dell'autore dell'atto) è accolta, riguardo alla validità formale degli atti unilaterali relativi ad un contratto concluso o da concludere, dall'art. 11, par. 3, del regolamento 593/2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I).

XI. Il rinvio

1. Il principio generale dell'accoglimento del rinvio nel regolamento

106. Il regolamento lascia uno spazio di una certa ampiezza alla presa in considerazione dei sistemi di diritto internazionale privato degli Stati terzi le cui leggi sono dichiarate applicabili dalle disposizioni di conflitto in esso contenute, stabilendo in particolare, all'art. 34, par. 1, il principio, sia pure temperato da alcune eccezioni, che, qualora le leggi in questione non intendano regolare con le proprie norme materiali le situazioni per la cui disciplina sono richiamate ma effettuino in proposito un rinvio alla legge di uno Stato membro o a quella di un altro Stato terzo la quale sia d'accordo sulla propria applicabilità, tale rinvio deve essere seguito. Occorre peraltro subito chiarire che la distinzione tra Stati membri e Stati terzi operata dall'articolo è terminologicamente inappropriata e rischia anzi, nei termini in cui è formulata, di divenire una potenziale fonte di equivoci, dal momento che non tiene conto del fatto che tre paesi membri, e cioè Danimarca, Gran Bretagna e Irlanda, non avendo partecipato all'adozione del regolamento, non sono soggetti alla sua applicazione³¹³ e vanno quindi evidentemente equiparati, ai fini della soluzione da darsi al problema del rinvio, ai paesi facenti parte del secondo gruppo³¹⁴. In effetti questi tre paesi, appunto in ragione dell'inapplicabilità del regolamento nei loro confronti, hanno conservato in materia successoria nei rispettivi ordinamenti interni regole di conflitto e regole relative al rinvio per più versi divergenti da quelle introdotte dal medesimo nei rimanenti paesi membri. In base a tali regole i suddetti ordinamenti possono pertanto effettuare, al pari di quelli degli Stati non membri dell'Unione, rinvii che la completa uniformazione realizzata negli altri paesi membri rende invece impossibili nei loro rapporti reciproci ed inoltre, nei casi in cui siano essi stessi ad essere destinatari di un rinvio, mantengono inalterata la possibilità di assumere riguardo alla sua accettazione o al suo rifiuto una posizione pienamente autonoma. La distinzione tra Stati membri e Stati terzi fatta dall'art. 34 deve essere dunque interpretata come diretta ad indicare piuttosto la diversa e più corretta distinzione tra Stati vincolati e Stati non vincolati dal regolamento.

107. L'accoglimento del rinvio in una siffatta ampia misura costituisce indubbiamente un elemento di rilevante novità rispetto all'atteggiamento di contrarietà alla sua ammissione che era stato costantemente assunto dagli strumenti normativi di diritto internazionale privato uniforme adottati in precedenza dall'Unione. Sia i regolamenti 593/2008 (Roma I) e 864/2007 (Roma II), concernenti rispettivamente la legge applicabile alle obbligazioni contrattuali e la legge applicabile alle obbligazioni non contrattuali, sia il regolamento 1259/2010 istitutivo di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale, escludono infatti in termini generali la sua presa in considerazione³¹⁵. Anche in relazione al regolamento sulle successioni, la proposta originariamente presentata dalla Commissione aveva seguito il medesimo indirizzo, prevedendo all'art. 26 un'analogia esclusione, nonostante che un buon numero delle risposte date al libro verde da questa pubblicato in materia nel 2005, tra le quali quelle dei governi di otto paesi membri e del Groupe européen de droit

³¹³ Cfr. al riguardo *supra*, par. 1 e 12, e v. pure i considerando 82 e 83 del regolamento.

³¹⁴ Per rilievi in tal senso v. anche H. DÖRNER, «EuErbVO: Die Verordnung zum Internationalen Erb- und Erbverfahrensrecht ist in Kraft!», *Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge*, 2012, p. 511, nota 41; G. KHAIRALLAH, «La détermination de la loi applicable à la succession», in *Droit européen des successions internationales* (a cura di G. KHAIRALLAH / M. REVILLARD), Paris, 2013, p. 60.

³¹⁵ Art. 20 del regolamento 593/2008, art. 24 del regolamento 864/2007, art. 11 del regolamento 1259/2010. L'art. 7, par. 3, del regolamento 593/2008 ammette tuttavia un'eccezione (indirettamente riconosciuta dallo stesso art. 20) relativa al settore dei contratti di assicurazione, nel quale il diritto internazionale privato degli Stati membri non è ancora stato completamente uniformato ed essi conservano, in particolare, la possibilità di accordare alle parti del contratto una facoltà di scelta di legge più ampia di quella consentita in via generale dal regolamento; l'art. 7, par. 3, prescrive al riguardo che il rinvio effettuato dai sistemi di conflitto degli Stati che, quando la loro legge è designata come applicabile ad un dato contratto dal regolamento, si avvalgono della suddetta possibilità venga tenuto in conto: cfr. su questa forma di ammissione limitata del rinvio, accolto solo in quanto si realizzi attraverso l'impiego di un criterio di collegamento –quello, appunto, della scelta di legge operata dalle parti – direttamente predeterminato dal regolamento, A. DAVÌ, «Le renvoi en droit international privé contemporain», *Recueil des cours*, vol. 352 (2010), p. 302 ss.

international privé, come pure la risoluzione del Parlamento europeo del 2006 recante raccomandazioni rivolte alla stessa Commissione in ordine al contenuto da conferire all'atto in corso di elaborazione, avessero invece suggerito l'adozione della soluzione opposta³¹⁶. D'altra parte, durante l'intera fase di svolgimento dei lavori preparatori, opinioni favorevoli all'ammissione del rinvio erano state parimenti espresse, prima o dopo la presentazione della proposta della Commissione, da autorevoli istituzioni scientifiche quali il Deutscher Rat für internationales Privatrecht e il Max-Planck-Institut di Amburgo nonché dalla grande maggioranza dei commentatori³¹⁷.

Dall'approfondito dibattito sollevato dalla pubblicazione del libro verde era in tal modo chiaramente emersa la diffusa percezione dell'importanza che riveste, nelle situazioni che non sono collegate esclusivamente con la collettività degli Stati vincolati dal regolamento ma che presentano elementi di contatto anche con paesi terzi, le cui autorità giurisdizionali, di conseguenza, sono spesso investite dalle rispettive leggi nazionali di competenza a pronunciare sulla successione in via concorrente con le autorità del primo gruppo di Stati, la ricerca di una qualche misura di coordinamento con le posizioni dei sistemi di conflitto dei paesi terzi in questione al fine di pervenire, per quanto possibile, alla realizzazione effettiva degli obiettivi principali perseguiti dall'azione unifommatrice intrapresa dall'Unione nel settore: offrire ai cittadini europei un elevato grado di prevedibilità del diritto applicabile alla loro successione onde poterne attuare un'affidabile pianificazione; ridurre al minimo le occasioni di *forum shopping* e di *forum running* ed i connessi rischi di moltiplicazione delle liti tra persone che possono accampare pretese contrastanti sull'eredità; evitare che il riconoscimento reciproco delle decisioni rese in materia negli Stati che hanno partecipato all'adozione del regolamento possa incontrare ostacoli nella formazione in uno o più di essi di giudicati anteriori incompatibili provocata dall'attribuzione di efficacia all'interno dei loro ordinamenti a decisioni emesse in paesi terzi in applicazione di leggi diverse da

³¹⁶ Sul libro verde pubblicato dalla Commissione e sulle raccomandazioni rivolte alla medesima dal Parlamento europeo v. *supra*, par. 9. Gli otto governi che, in risposta al libro verde, si erano pronunciati in favore dell'accoglimento del rinvio nel regolamento erano quelli dei seguenti Stati membri: Finlandia, Germania, Gran Bretagna, Lituania, Lussemburgo, Paesi Bassi, Polonia, Slovacchia. In senso contrario si erano invece espressi i governi estone e svedese. La raccomandazione 6 (sulle questioni di carattere generale in materia di legge applicabile) indirizzata dal Parlamento europeo alla Commissione era così formulata: «[il Parlamento europeo ritiene] che, allo scopo di coordinare il sistema di conflitto comunitario sulle successioni con quello degli Stati terzi, lo strumento legislativo da adottare dovrà prevedere un'apposita disciplina in materia di rinvio stabilendo che, ove la legge applicabile alla successione sia la legge di uno Stato terzo e le norme di conflitto di tale Stato designino la legge di uno Stato membro ovvero la legge di un altro Stato terzo il quale, ai sensi del proprio sistema di diritto internazionale privato, applicherebbe al caso di specie la propria legge, dovrà essere applicata la legge di tale altro Stato membro o, rispettivamente, la legge di tale altro Stato terzo» (*GUUE C* 314 E del 21 dicembre 2006, p. 345).

³¹⁷ Per un resoconto dei lavori del Deutscher Rat für internationales Privatrecht concernenti la materia v. F. BAUER, «Neues europäisches Kollisions- und Verfahrensrecht auf dem Weg: Stellungnahme des Deutschen Rates für IPR zum internationalen Erb- und Scheidungsrecht», *IPRax*, 2006, p. 202 ss.; per la presa di posizione del Max-Planck-Institut di Amburgo, v. «Comments», *RabelsZ*, 2010, p. 656 ss. In dottrina, tra i molti autori favorevoli all'inclusione nel futuro regolamento di una disposizione che ammettesse, in una forma o nell'altra, la presa in considerazione del rinvio, v. K. SIEHR, «General Problems of Private International Law in Modern Codifications - *De Lege Lata* and *De Lege Europea Ferenda*», *Yearbook of Priv. Int. Law*, 2005, p. 44, e «Connecting Factors, Party Autonomy and Renvoi», in *The External Dimension of EC Private International Law in Family and Succession Matters* (a cura di A. MALATESTA / S. BARIATTI / F. POCAR), Padova, 2008, p. 262 ss.; A. DAVÌ, «Riflessioni sul futuro diritto internazionale privato europeo delle successioni», *Riv. dir. int.*, 2005, p. 315; A. BORRÁS, «L'approche du renvoi dans un système d'unité de la succession», in *Mélanges en l'honneur de Mariel Revillard*, Paris, 2007, p. 33; C. HEINZE, «Bausteine eines Allgemeinen Teils des europäischen Internationalen Privatrechts», in *Die richtige Ordnung. Festschrift für Jan Kropholler zum 70. Geburtstag*, Tübingen, 2008, p. 118 s.; A. DUTTA, «Succession and Wills in the Conflict of Laws on the Eve of Europeanisation», *RabelsZ*, 2009, p. 558 s.; A. BONOMI, «Prime considerazioni», p. 910 ss., 914; C. NOURISSAT, «Le futur droit des successions internationales de l'Union européenne», *Defrénois*, 2010, art. 39072, n. 13; K. SCHURIG, «Das internationale Erbrecht wird europäisch - Bemerkungen zur kommenden Europäischen Verordnung», in *Festschrift für Ulrich Spellenberg zum 70. Geburtstag*, München, 2010, p. 347 ss.; P. KINDLER, «La legge regolatrice delle successioni nella proposta di regolamento dell'Unione europea: qualche riflessione in tema di carattere universale, rinvio e *professio juris*», *Riv. dir. int.*, 2011, p. 428; H. J. SONNENBERGER, «Grenzen der Verweisung durch europäisches internationales Privatrecht», *IPRax*, 2011, p. 330. Per valutazioni ugualmente favorevoli dell'avvenuto accoglimento di questo strumento di coordinamento nel testo definitivo del regolamento v., tra i primi commentatori, D. SOLOMON, «Die Renaissance des Renvoi im Europäischen Internationalen Privatrecht», in *Liber Amicorum Klaus Schurig*, München, 2012, p. 263; G. KHAIRALLAH, «La détermination de la loi applicable à la succession», in *Droit européen des successions internationales* (a cura di G. KHAIRALLAH / M. REVILLARD), Paris, 2013, p. 60 s.; H. SCHACK, «Was bleibt vom renvoi?» *IPRax*, 2013, p. 319.

quelle considerate applicabili dal regolamento³¹⁸. Si tratta del resto di un'esigenza largamente comune a tutti i processi di codificazione collettiva del diritto internazionale privato messi in opera da gruppi più o meno numerosi di Stati su scala che, per quanto multilaterale, è comunque pur sempre geograficamente limitata e rispetto ai quali il problema del coordinamento con l'esterno della cerchia dei paesi partecipanti continua quindi inevitabilmente a porsi nei suoi termini abituali³¹⁹. Di questa esigenza gli autori del regolamento hanno opportunamente voluto tener conto sforzandosi di trovare adeguate soluzioni non soltanto ai conflitti negativi di leggi dai quali trae origine il rinvio, ma anche ai conflitti positivi di giurisdizione che possono crearsi nei rapporti con i paesi terzi (specialmente paesi di *common law*) che riguardo alla successione relativa ai beni, generalmente immobili, situati nei loro territori rivendicano la competenza giurisdizionale esclusiva dei propri tribunali e conseguentemente rifiutano di riconoscere ed eseguire decisioni eventualmente assunte in proposito dai giudici di altri paesi. L'art. 12 del regolamento conferisce infatti ai giudici degli Stati membri aditi per statuire sulla successione il potere discrezionale di astenersi, su richiesta di una delle parti, dal pronunciare in merito a uno o più beni compresi nell'eredità ed ubicati in uno Stato terzo qualora si possa prevedere che la decisione che dovrebbe essere resa su quei beni non sarebbe riconosciuta né, dunque, eseguita nello Stato predetto³²⁰. Inoltre la disposizione particolare contenuta nell'art. 30, che attribuisce priorità sull'applicazione della legge normalmente competente a disciplinare la successione ai regimi successori speciali cui determinate categorie di beni possono essere sottoposte, per ragioni di indole economica, familiare o sociale, dalla legge del luogo in cui i predetti beni si trovano, si riferisce anche alle relazioni con i paesi non vincolati dal regolamento ed esercita pertanto a sua volta una significativa funzione di coordinamento³²¹.

L'atteggiamento di ampia apertura mostrato dal regolamento nei confronti dell'esigenza di tenere in considerazione le posizioni adottate riguardo ai medesimi problemi dagli ordinamenti giuridici degli Stati terzi e, in particolare, l'accoglimento da esso fatto del rinvio, non si pone d'altronde necessariamente in un rapporto di contraddizione con il rifiuto dell'ammissione di quest'ultimo da parte dei precedenti strumenti di diritto internazionale privato uniforme elaborati in seno all'Unione, dal momento che tale rifiuto può spiegarsi con specifiche motivazioni proprie a ciascuno degli atti in questione e non costituisce quindi manifestazione di un orientamento di carattere generale³²². Appare pertanto non meno

³¹⁸ Il rilievo preminente conferito dal regolamento all'insieme degli obiettivi sopra indicati risulta esplicitamente dai considerando 7, 34, 37, 57 e 59. La possibilità che decisioni rese in paesi terzi riguardo a successioni che presentino elementi di collegamento anche con la cerchia dei paesi vincolati dal regolamento possano essere riconosciute, indipendentemente dal diritto in base al quale sono state pronunciate, soltanto in alcuni dei paesi rientranti nel secondo gruppo deriva dal fatto che, come si vedrà meglio *infra*, par. 151, il regolamento non contiene disposizioni relative alla litispendenza e al riconoscimento delle decisioni nei rapporti con i paesi che non hanno partecipato alla sua adozione e lascia quindi inalterate le divergenze esistenti in proposito tra le singole legislazioni nazionali. Di conseguenza, eventuali insufficienze nella predisposizione di strumenti di coordinamento con i punti di vista dei sistemi di conflitto dei paesi terzi possono finire per ripercuotersi sfavorevolmente anche sulla misura dell'uniformità di soluzioni conseguibile nei rapporti interni tra gli stessi Stati che hanno preso parte all'adozione del regolamento.

³¹⁹ Cfr., per più ampie considerazioni in merito, A. DAVÌ, «Le renvoi en droit international privé contemporain», *Recueil des cours*, vol. 352 (2010), p. 256 ss., e, con specifico riferimento ai problemi attinenti alla progressiva rimozione degli ostacoli frapposti dalla disparità delle legislazioni nazionali alla libera circolazione delle persone e all'effettivo esercizio dei loro diritti nello «spazio di libertà, sicurezza e giustizia» e nel mercato interno creati dai trattati istitutivi dell'Unione europea, p. 293 ss.

³²⁰ V. al riguardo, più ampiamente, *infra*, par. 146.

³²¹ Sull'applicabilità di tali regimi speciali v. *infra*, par. 127.

³²² La suddette motivazioni consistono, più precisamente, quanto ai regolamenti Roma I e Roma II, rispettivamente concernenti le obbligazioni contrattuali e non contrattuali, nella larga presenza in tali atti di disposizioni che contengono clausole di eccezione o che fanno ricorso ad altri metodi di ricerca casistica del collegamento più stretto oppure al criterio di collegamento della scelta di legge ad opera delle parti o che sono prevalentemente ispirate da preoccupazioni di natura materiale nonché di altre categorie di disposizioni generalmente ritenute, al pari delle precedenti, incompatibili o poco compatibili con l'accoglimento del rinvio; a ciò si aggiunge l'esistenza di un orientamento internazionalmente assai diffuso a ritenere, anche in considerazione dell'insieme di fattori ora indicati, poco opportuno l'impiego del rinvio nell'intero settore delle obbligazioni; quanto al regolamento 1259/2010 relativo alla legge applicabile al divorzio e alla separazione personale, si tratta piuttosto della scelta politica fatta dagli autori di questo strumento di promuovere e favorire la mobilità delle persone all'interno dello spazio giuridico tendenzialmente unificato attualmente in via di costruzione all'interno dell'Unione consentendo ad esse di trarre profitto dalla disparità delle legislazioni degli Stati membri per ottenere più facilmente e rapidamente la dissoluzione del vincolo matrimoniale: cfr. in proposito A. DAVÌ, «Le renvoi en droit international privé contemporain», *Recueil des cours*, vol. 352 (2010), pp. 298, 355 s., e, per l'analisi dei rapporti del rinvio con la materia delle obbligazioni in generale e con le finalità di politica legislativa perseguita dal regolamento 1259/2010, rispettivamente pp. 370 ss., 324 ss.

eccessivo vedere oggi nell'introduzione nel regolamento di una disposizione favorevole alla presa in considerazione del rinvio un'inaspettata reviviscenza o «rinascita» di una figura giuridica che si credeva destinata ad un inarrestabile declino di quanto lo era stato prima voler scorgere nella sua esclusione nei regolamenti Roma I, Roma II e Roma III i segni del suo avvio ad un definitivo tramonto³²³.

108. Come si è già indicato³²⁴, l'art. 34 ammette il rinvio effettuato dalla legge di un Stato terzo che sia stata inizialmente designata dalle disposizioni di conflitto dettate dal regolamento in due situazioni: quando il rinvio è rivolto alla legge di un altro Stato terzo la quale concordi circa la propria applicazione e quando è indirizzato alla legge di uno Stato membro (da intendersi nel più ristretto significato di Stato vincolato dal regolamento). La prima ipotesi, nota sotto il nome di «rinvio altrove accettato» (*renvoi au second degré accepté, accepted transmission*), corrisponde al modello di rinvio adottato dalla Convenzione dell'Aja del 1989 sulla legge applicabile alle successioni a causa di morte (art. 4) nonché dalle legislazioni rispettive di certi paesi membri³²⁵. L'accoglimento del rinvio in casi del genere si giustifica anzitutto in base alla considerazione che, se le leggi di non meno di due paesi stranieri con i quali la successione presenta dei legami significativi – e che anzi possono a volte essere quelli più direttamente interessati a regolarla³²⁶ – sono d'accordo sull'applicabilità di una di esse, l'insistenza degli Stati partecipanti alla codificazione collettiva a fare, ciò nonostante, applicazione dell'altra determinerebbe il venir meno degli effetti benefici di questa concordanza ed equivarrebbe in pratica alla creazione *ab extrinseco*, benché soltanto dal loro punto di vista, di un conflitto di leggi che di per sé sarebbe inesistente. Un siffatto risultato, almeno in assenza di specifiche ragioni in contrario, dovrebbe tendenzialmente essere evitato, ponendosi obiettivamente in contrasto con il principio fondamentale generalmente ammesso secondo cui uno degli obiettivi prioritari del diritto internazionale privato, specie se elaborato in comune da una pluralità di Stati, dovrebbe consistere nel cercare di favorire l'uniformità internazionale delle decisioni, piuttosto che, come avverrebbe se non si volesse seguire il rinvio nell'ipotesi in esame, esservi di ostacolo. Inoltre la concordia che sussiste tra non meno di due leggi straniere con le quali la successione da regolare è strettamente collegata garantisce al gruppo di paesi parti dello strumento di codificazione che la rinuncia da essi accettata a tener ferma la soluzione di conflitto che avevano prescelto inizialmente permette di ottenere in contropartita l'instaurazione di uno spazio di armonia giuridica di portata geograficamente più vasta della loro cerchia limitata. Nella seconda ipotesi, vale a dire quando il rinvio è effettuato alla legge di uno degli Stati vincolati dal regolamento, il suo accoglimento unisce ai

³²³ V., ad esempio, per affermazioni nel primo senso, D. SOLOMON, «Die Renaissance des Renvoi im Europäischen Internationalen Privatrecht», in *Liber Amicorum Klaus Schurig*, München, 2012, p. 237 ss., e F.M. WILKE, «Das internationale Erbrecht nach der neuen EU-Erbrechtsverordnung», *Recht der internationalen Wirtschaft*, 2012, p. 608; nel secondo senso, D. HENRICH, «Der Renvoi: Zeit für einen Abgesang?», in *Grenzen überwinden-Prinzipien bewahren. Festschrift für Bernt von Hoffmann*, Bielefeld, 2011, p. 159 ss.; per considerazioni di ordine più generale in argomento v. A. DAVÌ, «Le renvoi en droit international privé contemporain», *Recueil des cours*, vol. 352 (2010), pp. 30-44 e 358-361.

³²⁴ Cfr. *supra*, par. 106.

³²⁵ V., in particolare, l'art. 17 del cod. civ. portoghese e l'art. 13 della legge italiana di diritto internazionale privato. La soluzione accolta dalla Convenzione dell'Aja si distingue da quella adottata dal regolamento per il fatto di ammettere il solo rinvio effettuato alla legge di uno Stato terzo (e dalla medesima accettato), respingendo invece quello rivolto al diritto di uno Stato parte della convenzione. L'introduzione di questa limitazione è dovuta alla necessità, manifestatasi durante i lavori preparatori, di raggiungere un compromesso con le opposizioni provenienti dalle delegazioni di alcuni degli Stati la cui tradizione giuridica è in linea di principio contraria al rinvio e specialmente dalla delegazione danese, la quale ottenne anzi l'inserimento nella convenzione di una disposizione (art. 24, par. 1, lett. b) che prevede la possibilità di esprimere in proposito una riserva. La stessa soluzione – ma ad esclusione della possibilità di formulare riserve – è accolta anche dall'art. 21, par. 2, della Convenzione dell'Aja del 19 ottobre 1996 sulla competenza, la legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità parentale e di misure di protezione dei minori (sui cui rapporti con il sistema di diritto internazionale privato dell'Unione in corso di elaborazione v. *supra*, nota 300). Essa è generalmente criticata dalla dottrina, soprattutto sulla base dell'ovvia considerazione che le esigenze del coordinamento con l'esterno della cerchia degli Stati partecipanti all'opera di codificazione collettiva rimangono immutate quale che sia la direzione in cui opera il rinvio: v. P. LAGARDE, «La nouvelle Convention de La Haye sur la loi applicable aux successions», *Rev. crit. de droit int. privé*, 1989, p. 259; Y. LEQUETTE, «Le droit international privé de la famille à l'épreuve des conventions internationales», *Recueil des cours*, vol. 246 (1994), p. 222 ss.; A. DAVÌ, «Le renvoi en droit international privé contemporain», *ibid.*, vol. 352 (2010), p. 280 s., nota 575.

³²⁶ V. in proposito quanto si dirà nel par. seguente sui rapporti tra l'accoglimento del rinvio da parte del regolamento e i criteri di competenza giurisdizionale internazionale da esso adottati.

benefici di ordine generale derivanti dal coordinamento l’ulteriore vantaggio pratico di consentire l’applicazione della legge materiale del foro o di quella di uno degli altri Stati appartenenti a tale gruppo in sostituzione della legge originariamente designata, normalmente meno facile da conoscere e da tradurre in atto di quanto lo siano le leggi dei paesi in questione.

2. I limiti all’applicabilità di leggi diverse dalla *lex fori* stabiliti dal regolamento

109. E’ peraltro da tener presente che l’organizzazione generale del regolamento restringe notevolmente il numero delle occasioni in cui il rinvio ha la concreta possibilità di intervenire. Si è infatti già accennato che il criterio di collegamento adottato dall’art. 21 per la determinazione della legge applicabile a titolo obiettivo all’insieme della successione, costituito dalla residenza abituale che il *de cuius* aveva al momento della morte, coincide esattamente con il criterio utilizzato dall’art. 4 per individuare l’autorità giurisdizionale di norma competente a statuire³²⁷. Il regolamento tende in tal modo a realizzare un’unità di principio tra foro competente e diritto applicabile rivolta essenzialmente al fine di evitare, per quanto possibile, all’organo giurisdizionale precedente di doversi confrontare con le particolari e ben note difficoltà che spesso comporta l’applicazione del diritto straniero in materia successoria³²⁸. Una siffatta coincidenza di massima tra *forum* e *jus* esclude naturalmente alla radice, nella misura in cui essa sussiste, che possa prospettarsi un problema di rinvio. Questo può dunque sorgere soltanto nel circoscritto numero di ipotesi nelle quali il regolamento consente l’applicabilità di una legge diversa dalla *lex fori*³²⁹.

Il gruppo più consistente di ipotesi del genere è rappresentato dai casi in cui il regolamento ammette la competenza degli organi giurisdizionali di un Stato membro in base a criteri differenti da quello, sopra menzionato, dell’ultima residenza abituale del defunto³³⁰. Si tratta principalmente delle competenze sussidiarie indicate dall’art. 10, il cui par. 1 dispone che, nonostante che il *de cuius* al momento della morte non risiedesse abitualmente in nessuno degli Stati membri, tuttavia gli organi giurisdizionali di uno dei predetti Stati nel quale si trovino beni compresi nel patrimonio ereditario sono egualmente competenti a pronunciare sull’intera successione qualora egli ne possedesse la cittadinanza o, in mancanza, vi avesse risieduto abitualmente in precedenza fino ad una data non anteriore a cinque anni prima dell’inizio del procedimento, mentre il par. 2 stabilisce che, anche in difetto di tali presupposti, quegli stessi giudici sono comunque competenti a decidere sulla sola parte della successione che riguarda i beni in questione. Ad esse vanno aggiunte due ulteriori competenze di carattere più marginale, ma la cui messa in opera è parimenti suscettibile di determinare il venir meno del parallelismo tra *forum* e *jus*. La prima è costituita dal c.d. *forum necessitatis* contemplato dall’art. 11, che istituisce un criterio di competenza eccezionale destinato ad entrare in funzione nelle situazioni nelle quali nessun giudice di uno Stato membro possa essere adito sulla scorta delle regole di competenza ordinarie e sussista però il pericolo di un sostanziale diniego di giustizia in ragione dell’impossibilità o della grave difficoltà che vi è per l’attore o per il ricorrente di instaurare un procedimento in un paese terzo con cui la causa presenti uno stretto legame. La seconda è quella prevista dall’art. 13, che consente ad una persona che, ai sensi della legge regolatrice della successione, possa o debba rendere davanti a un organo giurisdizionale una dichiarazione di accettazione dell’eredità o di un legato o una dichiarazione di rinuncia ai medesimi o volta a limitare la propria responsabilità per le passività ereditarie di emetterla dinanzi alle autorità giurisdizionali del paese membro in cui risiede abitualmente, sempre che la possibilità di riceverla non sia esclusa dalla legge processuale ivi vigente³³¹.

³²⁷ Cfr. *supra*, par. 31e v. anche *infra*, par. 131 .

³²⁸ Su questo genere di difficoltà, che riguardano principalmente le fasi di amministrazione, trasmissione e ripartizione della successione, v. *supra*, par. 26 ss. L’esistenza dell’obiettivo indicato nel testo è confermata esplicitamente dal considerando 27 del regolamento, il quale sottolinea che le disposizioni contenute nell’atto «sono concepite in modo da far sì che l’autorità che si occupa della successione applichi, nella maggior parte delle situazioni, la propria legge».

³²⁹ Come si vedrà più precisamente nei paragrafi che seguono, anche in relazione alle suddette ipotesi l’art. 34, par. 2, introduce peraltro alcune eccezioni alla regola generale dell’accoglimento del rinvio, prevalentemente motivate dall’incompatibilità o dalla scarsa compatibilità del medesimo con l’impiego di determinati tipi di criteri di collegamento.

³³⁰ Per ragioni corrispondenti a quelle già esposte *supra*, par. 106, anche nelle norme del regolamento concernenti la competenza giurisdizionale l’espressione «Stati membri» deve essere intesa nel più limitato senso di« Stati vincolati dal regolamento».

³³¹ Per un più ampio esame dell’insieme delle regole di competenza giurisdizionale sopra riferite v. *infra*, par. 131 ss.

Molto più limitato è il numero dei casi in cui la rottura della tendenziale unità di *forum* e *jus* suscettibile di porre le basi per l'eventuale prodursi di un rinvio, anziché dipendere dall'impiego nel regolamento di criteri di competenza giurisdizionale aggiuntivi rispetto a quello principale dell'ultima residenza abituale del defunto, trae invece origine dal ricorso a particolari criteri di collegamento per la determinazione della legge applicabile a certe categorie di fattispecie che si è ritenuto opportuno sottoporre ad una speciale disciplina derogatrice della regola generale stabilita dall'art. 21. Le due sole ipotesi che sembrano dover essere assegnate a questo gruppo sono quelle contemplate dagli articoli 24 e 25, che, come si è visto, sottopongono rispettivamente l'ammissibilità e la validità sostanziale delle disposizioni testamentarie (comprese le disposizioni racchiuse in un testamento congiuntivo) e l'ammissibilità, la validità sostanziale e gli effetti obbligatori tra le parti dei patti successori alla legge o alle leggi successorie anticipate o ipotetiche della persona o delle persone le cui eredità sono implicate, vale a dire alle leggi del paese o dei paesi ove esse risiedevano abitualmente al momento dell'adozione delle disposizioni o della conclusione dei patti (salvo naturalmente la possibilità di *optio legis* ad opera degli interessati)³³². Qualora i paesi in questione non rientrino nel novero di quelli vincolati dal regolamento, l'applicabilità delle loro leggi rispettive, comportando la necessità di prendere altresì in considerazione le norme di diritto internazionale privato che vi sono contenute, rende in effetti possibile il verificarsi di un rinvio³³³.

3. Le eccezioni al principio generale dell'accoglimento del rinvio

110. Anche nel limitato ambito in cui il regolamento permette la dissociazione tra foro competente e diritto applicabile, il rinvio non deve tuttavia essere sempre seguito. L'art. 34, par. 2, prevede infatti cinque diverse eccezioni al suo accoglimento, per la maggior parte connesse all'impiego nell'atto di tipi di criteri di collegamento o di specifiche tecniche conflittuali che presentano problemi di compatibilità con il ricorso a questo strumento di coordinamento tra sistemi³³⁴.

La prima delle suddette eccezioni riguarda l'ipotesi in cui la legge regolatrice della successione sia stata determinata tramite la messa in opera della *clause échappatoire* o «clausola di eccezione» contenuta nell'art. 21, par. 2³³⁵. Sono note le ragioni che inducono a ritenere l'ammissione del rinvio, ed in particolare l'elemento di automatismo insito nel suo modo di operare, scarsamente conciliabile con il metodo casistico che si trova alla base di tal genere di clausole. Da un lato, se la legge individuata attraverso l'utilizzazione di una di siffatte clausole è realmente quella con la quale la situazione da regolamentare, conto tenuto di tutte le circostanze, risulta possedere i più intensi legami, un eventuale successivo intervento del rinvio non potrebbe che condurre all'applicazione di una legge che, per definizione, vi sarebbe meno strettamente connessa. L'esito dello sforzo compiuto per pervenire ad una localizzazione della fattispecie più precisa ed accurata di quella conseguibile attraverso l'uso dei tradizionali criteri di collegamento di carattere rigido ed astratto ne riuscirebbe quindi inevitabilmente vanificato. D'altro lato, la volontà di applicazione o non applicazione di ognuna delle diverse leggi con le quali la situazione in causa presenta dei punti di contatto di un qualche rilievo, e dunque anche i rinvii che cia-

³³² Cfr. in proposito *supra*, par. 77 ss.

³³³ La possibilità del verificarsi di un rinvio sussiste anche riguardo alla regola speciale contenuta nell'art. 28, che, come si è visto (cfr. *supra*, par. 105), sottopone alternativamente la validità formale delle dichiarazioni di accettazione dell'eredità o di un legato o di rinuncia ad essi nonché delle dichiarazioni volte a limitare la responsabilità dei loro autori per le passività ereditarie alla legge ordinariamente applicabile alla successione o a quella del paese ove la persona che compie la dichiarazione di cui si tratta ha la propria residenza abituale. Tuttavia la presa in considerazione del rinvio eventualmente operato dalla seconda legge è espressamente esclusa dall'art. 34, par. 2, mentre la dissociazione tra foro competente e diritto applicabile che costituisce il necessario presupposto della possibilità che debba essere tenuto conto di un rinvio effettuato dalla prima non può che dipendere dall'assunzione di competenza da parte dei giudici di uno Stato vincolato dal regolamento sulla base di un criterio diverso da quello dell'ultima residenza abituale del *de cujus*.

³³⁴ Eccezioni analoghe sono presenti anche negli ordinamenti di numerosi Stati membri, sia che vengano analiticamente indicate da specifiche disposizioni legislative, quale, ad esempio, l'art. 13 della legge italiana di diritto internazionale privato, sia che vengano unitariamente ricomprese in una formula generica ed indeterminata, destinata ad essere precisata attraverso l'opera interpretativa della giurisprudenza, come quella racchiusa nell'art. 4 dell'EGBGB tedesco, secondo cui il rinvio deve essere respinto ogni qualvolta il suo accoglimento appaia in contrasto con il «senso» del richiamo fatto da una norma di diritto internazionale privato di tale paese alla legge straniera («sofern dies nicht dem Sinn der Verweisung widerspricht»).

³³⁵ Sulla clausola in questione v. *supra*, par. 43 ss.

scuna delle leggi in questione può effettuare alle altre o ricevere da esse, vanno sicuramente annoverati tra i fattori più importanti di cui tenere conto onde determinare la realtà e l'effettiva consistenza dei loro rispettivi rapporti con la situazione stessa, dal momento che questi ultimi non possono che uscire rafforzati oppure – corrispondentemente – indeboliti dall'esistenza o dall'inesistenza di quella volontà. Di conseguenza, una ulteriore presa in considerazione del rinvio in funzione correttrice del risultato già raggiunto sarebbe inutile o addirittura controproducente, in quanto equivale a rifare un giudizio che era stato ormai compiuto sulla base di una completa ed adeguata valutazione di tutti gli elementi pertinenti, ivi comprese le posizioni adottate dai sistemi di conflitto dei differenti paesi interessati³³⁶. Ad ogni modo è certo che l'esplicito chiarimento fornito dall'art. 34, par. 2, della soluzione da dare, nell'applicazione del regolamento, al problema dei rapporti tra rinvio e clausola di eccezione costituisce un'avvertenza assai opportuna, dato che la generale assenza di precisazioni analoghe nelle legislazioni che ammettono, in un più o meno ampio numero di casi, il ricorso ad entrambi i suddetti strumenti non ha mancato di suscitare dubbi e difficoltà interpretative³³⁷.

Come si è visto, vi è un'altra ipotesi in cui il regolamento fa impiego di un metodo casistico di ricerca della legge più strettamente connessa con la fattispecie, seppure non tramite una clausola di eccezione bensì a titolo di criterio di collegamento ordinario ed anzi unico: si tratta della determinazione della legge regolatrice della validità sostanziale e degli effetti tra le parti dei patti successori concernenti le eredità di più persone, i quali sono sottoposti dall'art. 25, par. 2, a quella tra le leggi successorie anticipate o ipotetiche delle persone le cui eredità sono implicate che risulta possedere i più stretti legami con il patto da disciplinare³³⁸. L'art. 34, par. 2, non eccettua peraltro tale ipotesi dalla regola generale

³³⁶ Per una più ampia analisi dei rapporti del rinvio con le clausole di eccezione e, più in generale, con il metodo casistico di soluzione dei conflitti di leggi di cui tali clausole costituiscono espressione v. A. Davì, *Recueil des cours*, pp. 131 ss., 382 ss.

³³⁷ Sul contrasto di opinioni esistente in proposito nella dottrina svizzera, come pure su quello presente nella dottrina italiana e nella dottrina tedesca riguardo al problema, sostanzialmente simile, che si pone relativamente all'interpretazione delle norme di conflitto che utilizzano a titolo sussidiario il metodo della ricerca casistica del collegamento più stretto per l'eventualità di *défaillance* dei criteri di collegamento di tipo classico adottati dalle stesse in via principale (quali, in particolare, i criteri della cittadinanza, della residenza o del domicilio comuni delle parti di un rapporto di famiglia), v. A. Davì, «Le renvoi en droit international privé contemporain», *Recueil des cours*, vol. 352 (2010), pp. 136 s., 386 ss. Anche la Convenzione dell'Aja del 1989 sulla legge applicabile alle successioni a causa di morte, che fa del pari impiego, rispettivamente negli artt. 3 e 4, della clausola di eccezione e del rinvio, omette di prendere esplicitamente posizione sui loro rapporti reciproci, sebbene il silenzio serbato in merito dalla convenzione debba probabilmente essere interpretato nel senso che essa non intende escludere un accoglimento del rinvio successivo all'applicazione della clausola.

La soluzione seguita dal regolamento è criticata da D. SOLOMON, «Die Renaissance des Renvoi im Europäischen Internationalen Privatrecht», in *Liber Amicorum Klaus Schurig*, München, 2012, p. 256 ss., il quale, per dimostrare l'incongruenza dei risultati che la medesima, a suo avviso, sarebbe suscettibile di produrre, adduce ad esempio l'ipotesi di residenza abituale di una persona in uno Stato terzo la cui legge rinvii, per la regolamentazione della successione concernente un immobile sito in uno Stato membro, alla legge del secondo Stato: questo rinvio deve naturalmente essere ammesso; tuttavia, se prima dell'apertura della successione il *de cuius* avesse trasferito la sua residenza abituale in un diverso Stato membro per un periodo di tempo sufficientemente breve da giustificare la persistente applicabilità, in virtù dell'entrata in funzione della clausola, della legge del paese della residenza precedente, il suddetto rinvio dovrebbe adesso venire invece rifiutato perché incompatibile con la messa in atto della clausola e tale legge essere quindi applicata in luogo di quella del paese membro di situazione dell'immobile ad onta del fatto che, proprio in conseguenza del mutamento di residenza, essa sia ormai meno strettamente connessa con la fattispecie di quanto lo fosse anteriormente. Sembra che in realtà il riferito esempio valga assai meno a dimostrare l'inadeguatezza della soluzione accolta dal regolamento che a confermare la pericolosità della clausola per la certezza del diritto che si è già avuto modo di sottolineare (cfr. *supra*, par. 44 ss.) e che nel caso in esame emerge con chiarezza dalla constatazione che la determinazione del diritto applicabile dipende dal dato *a priori* imprevedibile della durata maggiore o minore della nuova residenza e dalla valutazione discrezionale, a sua volta ugualmente imprevedibile, che di questa circostanza possa essere effettuata dal giudice chiamato a decidere in proposito. Il fatto che nell'esempio in questione il rinvio operato dalla legge del paese della residenza iniziale del *de cuius* non venga seguito automaticamente dipende dal passaggio da un metodo di applicazione meccanica di regole astratte e rigide legislativamente predeterminate ad un metodo flessibile di ricerca individualizzata del collegamento più stretto della fattispecie. Esso però viene pur sempre preso in considerazione, insieme a tutte le altre circostanze del caso, all'interno del procedimento di applicazione della clausola al fine di giungere all'individuazione di quella delle tre diverse leggi implicate (la legge del paese della precedente residenza abituale, la legge del paese della nuova residenza e la legge del paese di situazione dell'immobile) che presenta i legami più significativi con la situazione da disciplinare. Nulla dunque impedisce che il risultato finale dell'analisi di tutti gli elementi pertinenti, conto tenuto, in particolare, dell'affievolimento dei rapporti tra il *de cuius* e il paese della residenza anteriore derivante dall'effetto combinato della sussistenza del rinvio e del trasferimento della residenza, possa consistere nella decisione di applicare una delle altre due leggi.

³³⁸ Cfr. *supra*, par. 83 e 94.

dell'applicabilità del rinvio. L'accoglimento di questa soluzione può ritenersi sufficientemente giustificato dal carattere soltanto parziale dell'utilizzazione del metodo casistico fatta dalla disposizione. Gli elementi di connessione che nell'ipotesi in esame formano oggetto di apprezzamento e di comparazione sono infatti unicamente quelli che sussistono tra i patti in questione e le leggi successorie anticipate degli interessati, vale a dire le leggi dei paesi ove essi risiedono abitualmente al momento della conclusione dei medesimi. I rapporti che possono esistere con le leggi di altri paesi rimangono viceversa, quale che ne sia il rilievo, del tutto esclusi dal processo di valutazione. Di conseguenza, una volta che il processo si sia concluso con l'individuazione di quella delle suddette leggi che presenta i contatti più significativi con la fattispecie, non vi sarebbe ragione di rifiutare di tener conto del rinvio eventualmente operato dalla legge così determinata ad una legge diversa: e ciò tanto più che la soluzione opposta creerebbe una disparità di trattamento difficilmente comprensibile con la disciplina dei patti che si riferiscono alla successione di una persona sola, riguardo ai quali il rinvio è sicuramente ammesso dal regolamento. E' solo nelle relazioni interne tra le leggi successorie anticipate i cui rispettivi legami con la fattispecie siano già stati compiutamente analizzati che non dovrebbe invece esservi più spazio ulteriore per una autonoma presa in considerazione del rinvio³³⁹.

111. La seconda eccezione stabilita dall'art. 34, par. 2, alla regola generale dell'accoglimento del rinvio concerne l'ipotesi in cui il *de cuius* abbia fatto esercizio della facoltà di scegliere il diritto applicabile alla successione accordatagli dall'art. 22. L'esclusione del rinvio qualora vi sia scelta di legge costituisce una soluzione comunemente ammessa e, tra l'altro, seguita sia dalla Convenzione dell'Aja del 1989, l'art. 4 della quale limita la presa in considerazione del rinvio al solo caso in cui la legge che lo effettua sia stata determinata attraverso uno dei criteri di collegamento obiettivi indicati dall'art. 3, sia, come soluzione di principio, dalle legislazioni di diversi Stati membri³⁴⁰. Accogliere il rinvio in presenza di una *professio juris* significherebbe, in effetti, attribuire prevalenza alla posizione assunta in merito alla propria applicazione dalla legge designata dal *de cuius* sulla libertà di autodeterminazione che si era ritenuto opportuno conferire a quest'ultimo e contraddirebbe quindi l'intenzione iniziale di permettere ad esso di sottoporre la propria successione alla regolamentazione da lui ritenuta più confacente alle proprie esigenze. Si comprende del resto facilmente che, una volta fatta la scelta di politica legislativa di offrire alla persona della cui eredità si tratta la possibilità di provvedere da se stessa a tutelare i suoi interessi connessi alla determinazione del diritto applicabile alla successione nella maniera che giudica più conveniente, la ricerca dell'uniformità internazionale delle soluzioni, che rappresenta l'obiettivo fondamentale del rinvio, perde buona parte della sua importanza, tanto più che le ragioni che possono indurre al compimento di una *professio juris* possono essere di varia natura³⁴¹. Va poi aggiunto che l'ammissione del rinvio, mentre potrebbe in alcuni casi tradire le aspettative dell'interessato producendo risultati da lui

³³⁹ La ricerca casistica del collegamento più stretto della fattispecie viene utilizzata nel regolamento anche dagli artt. 36 e 37 per determinare, nelle ipotesi di richiamo di ordinamenti plurilegislativi, e cioè divisi in subsistemi distinti su base territoriale o personale, lo specifico subsistema da cui desumere la normativa da applicare qualora i suddetti ordinamenti siano privi di criteri di soluzione centralizzati, o comunque unitari, dei loro conflitti di leggi interne. Tuttavia in simili ipotesi la necessità di seguire un metodo casistico di determinazione del diritto applicabile non esercita nessuna speciale influenza sulla questione del rinvio. L'ordinamento plurilegislativo nel suo insieme è stato infatti individuato tramite la messa in opera di una disposizione di conflitto di tipo ordinario. Non vi è quindi ragione di non tenere conto di un eventuale rinvio da esso effettuato: e ciò indipendentemente dal fatto che quest'ultimo venga operato da una regola di conflitto unificata o invece appartenente ad un singolo subsistema. Cfr., in generale, su tale problema nonché su quello discusso nella parte del testo che precede, A. Davì, «Le renvoi en droit international privé contemporain», *Recueil des cours*, vol. 352 (2010), p. 388 ss.

³⁴⁰ V., in particolare, l'art. 13, secondo comma, lett. a), della legge italiana di diritto internazionale privato del 1995, l'art. 19, secondo comma, del cod. civ. portoghese del 1966 e l'art. 6, par. 3, della legge slovena di diritto internazionale privato del 2003, il quale si spinge anzi al punto di escludere l'ammissibilità del rinvio in tutte le materie in cui la legge in questione conferisce alla parti una facoltà di scelta del diritto applicabile anche qualora tale facoltà non sia stata effettivamente esercitata.

³⁴¹ Può trattarsi, tra l'altro, come si è già avuto modo di indicare (cfr. *supra*, par. 49, ma v. pure il par. 56), di considerazioni attinenti al contenuto materiale della legge scelta, particolarmente propizio alla realizzazione delle intenzioni del *de cuius*, o dell'esigenza di assicurare alla pianificazione ereditaria stabilità e sicurezza maggiori di quelle offerte dall'impiego da parte del regolamento di un criterio di collegamento obiettivo mutevole e non sempre di facile determinazione quale il criterio dell'ultima residenza abituale dell'interessato o ancora della finalità di sottoporre la successione e gli effetti della dissoluzione del regime matrimoniale ad una medesima legge.

non voluti, in altri potrebbe, all'opposto, consentirgli di aggirare per questa via indiretta i ristretti limiti imposti alla facoltà di opzione dal regolamento, che, come sappiamo, autorizza unicamente la scelta della legge nazionale (o al più, nell'ipotesi di cittadinanza plurima, la scelta di una delle leggi nazionali possedute)³⁴².

Sebbene l'esclusione del rinvio motivata dall'esistenza di una scelta di legge sia riferita formalmente dall'art. 34, par. 2, alla sola *professio juris* concernente l'intera successione contemplata dall'art. 22, non dovrebbe esservi dubbio sul punto che essa debba intendersi estesa anche ai casi più specifici di scelta della legge regolatrice delle disposizioni testamentarie e della legge regolatrice dei patti successori rispettivamente previsti dagli articoli 24, par. 2, e 25, par. 3. Già dal punto di vista della stessa interpretazione letterale, il fatto che le due norme in questione abbiano cura di precisare che la scelta di legge cui hanno riguardo debba essere effettuata in conformità all'art. 22 e «alle condizioni ivi stabilite» o «ivi indicate» dovrebbe essere considerato sufficiente a rendere applicabile a tale scelta di legge di carattere limitato tutto l'insieme della disciplina dettata dal regolamento in relazione alla *professio juris* avente portata generale, e quindi anche la disciplina dei rapporti tra la medesima *professio* ed il rinvio, dato che il contenuto precettivo dell'art. 22 che costituisce oggetto del richiamo è a sua volta integrato dall'art. 34, par. 2. Sotto un profilo più sostanziale, occorre poi tener presente che l'interpretazione opposta provocherebbe conseguenze che si può difficilmente immaginare esser state volute dagli autori del regolamento: anzitutto l'impossibilità, determinata dall'operare soltanto parziale del meccanismo del rinvio, di far coincidere, attraverso il compimento di uno o più atti di scelta, la legge regolatrice delle disposizioni testamentarie o dei patti successori con quella applicabile ai rimanenti aspetti della successione o delle successioni implicate; in secondo luogo l'impossibilità di evitare relativamente alle sole ipotesi di scelta di legge previste dagli articoli 24 e 25, e dunque in inspiegabile contrasto con l'opposta soluzione accolta riguardo alla *professio juris* di portata generale ammessa dall'art. 22, lo sfruttamento del rinvio al fine di eludere i limiti fissati alla facoltà di opzione³⁴³.

112. La terza eccezione stabilita dall'art. 34, par. 2, concerne la determinazione della legge regolatrice della forma delle disposizioni a causa di morte ed è anch'essa in accordo con un orientamento ampiamente diffuso sia nella dottrina internazionalprivatistica che nelle legislazioni degli Stati membri³⁴⁴. Si è visto infatti che l'art. 27 del regolamento, al fine di favorire il riconoscimento della validità formale di tali disposizioni, istituisce una lista di ben otto leggi diverse (mutuata dalla Convenzione

³⁴² Cfr. in proposito *supra*, par. 48 e 53 ss. L'esclusione del rinvio stabilita dal regolamento per il caso in cui vi sia stata scelta di legge è criticata da D. SOLOMON, «Die Renaissance des Renvoi im Europäischen Internationalen Privatrecht», in *Liber Amicorum Klaus Schurig*, München, 2012, p. 259 s., e F.M. WILKE, «Das internationale Erbrecht nach der neuen EU-Erbrechtsverordnung», *Recht der internationalen Wirtschaft*, 2012, p. 608, i quali tuttavia non sembrano tenere conto di nessuna delle considerazioni svolte nel testo. Una questione diversa dal problema dei rapporti tra rinvio e scelta di legge ma ad esso riconnessa è quella che consiste nel determinare se la facoltà accordata al *de cuius* di optare per l'applicazione della sua legge nazionale debba avere necessariamente ad oggetto le sole norme materiali della legge in questione o possa invece riferirsi anche alle sue norme di diritto internazionale privato. Nonostante che la formulazione letterale dell'art. 22 sia astrattamente compatibile con entrambe le interpretazioni, la seconda deve senza alcun dubbio essere scartata, soprattutto per una ragione analoga a quella indicata in ultimo nel testo e cioè che la presa in considerazione delle norme di conflitto della legge scelta consentirebbe di aggirare i limiti imposti dal regolamento alla facoltà di opzione del *de cuius*.

³⁴³ In favore dell'estensione della regola dell'inammissibilità del rinvio alla scelta di legge prevista dagli artt. 24 e 25 v. anche A. DUTTA, «Das neue internationale Erbrecht der Europäischen Union - Eine erste Lektüre der Erbrechtsverordnung», *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 2013, p. 12, testo e nota 70; in senso dubitativo I. RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, «La ley aplicable a las sucesiones *mortis causa* en el Reglamento (UE) 650/2012», *InDret*, 2013, p. 42, che lamenta a ragione l'assenza di maggiore chiarezza in proposito nel regolamento.

³⁴⁴ Per l'esclusione del rinvio in materia di forma degli atti giuridici in generale v., oltre all'art. 13, secondo comma, lett. b), della legge italiana di diritto internazionale privato, gli artt. 8 e 16 di quella austriaca e gli artt. 11 e 26 dell'EGBGB tedesco, i quali, riferendosi rispettivamente alle «prescrizioni di forma» (*Formvorschriften*) e ai «requisiti di forma» (*Formerfordernisse*) stabiliti dalle leggi straniere che essi richiamano, mostrano di voler prendere in considerazione soltanto le norme materiali contenute nelle leggi in questione e non anche le loro norme di diritto internazionale privato. Un'eguale posizione è assunta pure dalla Convenzione dell'Aja del 1961 sui conflitti di leggi in materia di forma delle disposizioni testamentarie, il cui art. 1, per indicare la volontà di escludere ogni riferimento alle regole di diritto internazionale privato contenute nelle leggi che dichiara applicabili, si avvale, secondo l'uso generalmente seguito in proposito dalle convenzioni adottate dalla Conferenza dell'Aja nei primi decenni successivi alla seconda guerra mondiale, del ricorso all'espressione «*lo iuris* interne».

dell'Aja del 1961 sui conflitti di leggi in materia di forma delle disposizioni testamentarie), dichiarandole tutte, almeno potenzialmente, applicabili in via concorrente ed ammettendo la validità quanto alla forma delle disposizioni che soddisfino le condizioni richieste da una qualsiasi delle predette leggi³⁴⁵.

L'impiego della tecnica di cui quindi si avvale l'articolo in questione, e cioè il concorso alternativo di leggi in funzione del raggiungimento di un dato risultato di cui si mira a promuovere la realizzazione, viene in genere considerato scarsamente conciliabile con l'accoglimento del rinvio³⁴⁶. In effetti, la presa in considerazione di un rinvio che avesse luogo nei rapporti interni tra leggi che si trovano già comprese nell'elenco di quelle direttamente designate dalla norma di conflitto del foro avrebbe come conseguenza la riduzione – o, eventualmente, perfino la completa eliminazione – delle alternative di cui questa intende assicurare la disponibilità, mentre un rinvio indirizzato ad una legge ulteriore potrebbe impedire il conseguimento del risultato ricercato – che avrebbe forse potuto essere altrimenti ottenuto – qualora il contenuto della legge che è destinataria del rinvio vi fosse contrario. In entrambi i casi l'ammissione del rinvio si porrebbe dunque in contrasto con l'obiettivo di politica legislativa cui tende la norma di conflitto che utilizza la tecnica in esame. Non resterebbe pertanto che l'ipotesi del rinvio rivolto ad una legge non facente parte della lista di quelle originariamente e direttamente richiamate ed il cui contenuto fosse favorevole all'ottenimento dello scopo. Tuttavia anche nei confronti di un tale accoglimento selettivo e materialmente orientato del rinvio, che si tradurrebbe in pratica in un ampliamento del numero delle alternative inizialmente previste (c. d. rinvio *in favorem*), è possibile avanzare delle riserve, dato che il suo intervento rischierebbe di compromettere l'equilibrio creato dalla norma di conflitto tra differenti esigenze, tra cui vanno incluse, accanto alla finalità di promuovere un determinato risultato materiale, la necessità di non trascurare del tutto, adottando un atteggiamento di favore eccessivo, la protezione di altri interessi concomitanti od antagonisti nonché l'esigenza di garantire comunque un'appropriata localizzazione della fattispecie. Inoltre far dipendere la misura del *favor* accordato al risultato in questione dal variabile ed imprevedibile modo di disporre del diritto internazionale privato straniero equivale ad affidare la realizzazione della politica legislativa dell'ordinamento del foro ad un fattore puramente casuale ed interamente sottratto al suo controllo, laddove invece sarebbe assai più semplice, oltre che più opportuno, perseguire il medesimo obiettivo attraverso una propria autonoma regolamentazione³⁴⁷.

All'insieme delle considerazioni di ordine generale che si sono esposte vanno poi aggiunte, a sostegno della soluzione accolta dal regolamento, due ragioni più specifiche ed il cui rilievo pratico pressoché decisivo finisce per relegare su un piano poco più che teorico le discussioni dottrinali relative alla compatibilità del rinvio con il concorso alternativo di leggi in favore del conseguimento di un determinato effetto giuridico. La prima di queste ragioni si fonda sulla constatazione che l'elenco dei criteri di collegamento resi alternativamente applicabili dall'art. 27 del regolamento è talmente esteso da comprendere in sostanza quasi tutti quelli concretamente reperibili nella legislazione comparata³⁴⁸. Il ruolo effettivo che potrebbe giocare il rinvio sarebbe quindi in ogni caso estremamente limitato. La seconda ragione è che anche la Convenzione dell'Aja del 1961, di cui l'art. 27 riproduce senza significativi cam-

³⁴⁵ Cfr. *supra*, par. 102.

³⁴⁶ Per un ampio esame dei principali orientamenti dottrinali esistenti riguardo a tale problema v. A. DAVÌ, «Le renvoi en droit international privé contemporain», *Recueil des cours*, vol. 352 (2010), p. 408 ss.

³⁴⁷ Come è stato efficacemente osservato (P. MAYER / V. HEUZÉ, *Droit international privé*, 7^a ed., Paris, 2001, p. 410), se il legislatore del foro che ha emanato la regola di conflitto alternativa dovesse ritenere che la misura di favore per il risultato che il numero o la qualità dei criteri di collegamento da lui stesso adottati permettono di ottenere non è ancora sufficiente, nulla gli impedirebbe di allungarne o modificarne la lista a proprio piacimento. E' appunto questo il motivo principale che induce a considerare poco razionale il ricorso al rinvio come mezzo per perseguire finalità di carattere materiale, dato che l'abbandono da parte del legislatore del foro della soluzione di conflitto che aveva inizialmente giudicato preferibile per abbracciare invece quella prescelta da un legislatore straniero può difficilmente essere giustificato da ragioni diverse dall'interesse ad applicare la *medesima legge* che verrebbe applicata all'estero, vale a dire da un obiettivo di coordinamento: v. al riguardo A. DAVÌ, «Le renvoi en droit international privé contemporain», *Recueil des cours*, vol. 352 (2010), pp. 107 s., 417 ss.

³⁴⁸ Una delle pochissime alternative possibili che non vengono prese in considerazione dalla disposizione è costituita dalla sottoposizione della successione alla legge regolatrice del regime matrimoniale del *de cujus*, prevista, ad esempio, in Europa, limitatamente ai diritti successori spettanti *ex lege* al coniuge superstite, dall'art. 9.8 del cod. civ. spagnolo e, sulla base di una eventuale scelta di legge effettuata in tal senso dall'interessato, dal capitolo 26, sezione 6, del codice finlandese delle successioni.

biamenti il contenuto precettivo essenziale, esclude a sua volta, come abbiamo visto, l'accoglimento del rinvio³⁴⁹. La sua ammissione nel regolamento avrebbe dunque introdotto un elemento di discontinuità, sia pure di non grande portata, nella uniformità tendenzialmente completa della disciplina di conflitto data dai due strumenti alla forma delle disposizioni a causa di morte che la recezione del contenuto della convenzione da parte del regolamento si proponeva come fine precipuo di realizzare³⁵⁰.

113. Le ultime due eccezioni sono di minore importanza. Una di esse non è anzi nemmeno una vera eccezione poiché riguarda un'ipotesi in cui la possibilità del rinvio è, già in partenza, esclusa necessariamente. Si tratta della specifica previsione dell'art. 30, a termini del quale, se la legge dello Stato in cui sono situati determinati beni immobili, imprese o altre particolari categorie di beni, contiene norme speciali che, per ragioni di carattere economico, familiare o sociale, impongono restrizioni alla successione relativa ai beni in questione, tali norme devono essere applicate prioritariamente rispetto a quelle della legge che sarebbe ordinariamente competente a regolare la successione, sempre che, in base alla legge dello Stato di situazione dei beni, le prime «si applichino indipendentemente dalla legge applicabile alla successione»³⁵¹. E' dunque evidente che la precisazione fornita dall'art. 34, par. 2, secondo cui la regola generale dell'accoglimento del rinvio stabilita dal par. 1 della disposizione è inoperante nella suddetta ipotesi non può avere che un valore meramente ricognitivo di uno stato di fatto esistente, dato che, se la legge del paese nel quale i beni si trovano considera applicabili le norme speciali indicate dall'art. 30, essa non effettua in proposito alcun rinvio³⁵².

La rimanente eccezione si riferisce alla particolare prescrizione di forma dettata dall'art. 28 riguardo alle dichiarazioni di accettazione o di rinuncia o volte a limitare la responsabilità per i debiti ereditari che possono essere rese dagli eredi, dagli aventi titolo ad una quota di eredità o dai legatari. Come si è già indicato, tale disposizione sottopone la validità formale di tutte queste dichiarazioni o alla legge regolatrice dell'insieme della successione o, alternativamente, alla legge del paese ove il loro autore risiede abitualmente³⁵³. In ordine alla seconda delle due alternative l'art. 34, par. 2, esclude la possibilità dell'accoglimento di un eventuale rinvio, ammettendola quindi implicitamente rispetto alla prima. La spiegazione di una siffatta esclusione, che comporta, tra l'altro, il rifiuto di tenere conto anche del rinvio che potrebbe essere operato alla *lex loci actus*, è probabilmente da ricercare nella preoccupazione di non ampliare troppo, in riferimento alla forma richiesta per la validità di atti il cui compimento è di norma funzionalmente collegato all'amministrazione e alla liquidazione del patrimonio ereditario, entrambe

³⁴⁹ Cfr. *supra*, nota 344. Va peraltro tenuto presente che, sebbene la convenzione non accolga direttamente il rinvio, il suo art. 3 consente agli Stati contraenti di mantenere o introdurre in futuro nei loro ordinamenti regole che ammettono la validità di disposizioni testamentarie adottate in forme previste da leggi diverse da quelle incluse nella lista delle leggi dichiarate alternativamente applicabili dal suo art. 1 (corrispondente all'art. 27 del regolamento). Ne deriva, nonostante che tale circostanza venga raramente rilevata, che la convenzione non si oppone alla possibilità che gli Stati che ne sono parti prendano in considerazione, in base ai rispettivi sistemi nazionali di conflitto, eventuali rinvii a leggi non comprese nella suddetta lista effettuati da una di quelle che vi sono inserite: v. al riguardo J. DERRUPPÉ, «Le renvoi dans les conventions internationales», *Juris-Classeur droit int.*, fasc. 532-3, Paris, 1993, p. 3, n. 8. Sembra tuttavia che, a prescindere dalla limitata rilevanza pratica della questione, nessuno degli Stati attualmente vincolati dalla convenzione si sia finora avvalso di questa possibilità.

³⁵⁰ A questo riguardo cfr. *supra*, par. 101 ss. Nel corso dei lavori preparatori del regolamento una proposta di inserire nell'atto, ad integrazione della già ampia gamma di criteri di collegamento che si progettava di mutuare dall'art. 1 della Convenzione dell'Aja, un'ulteriore previsione che ammettesse la validità formale delle disposizioni a causa di morte che fossero considerate tali dalla legge in via generale applicabile all'insieme della successione, al momento della sua apertura oppure al momento della redazione delle disposizioni implicate, era stata effettuata dal Max-Planck-Institut di Amburgo, «Comments», p. 623, nonché da A. DUTTA, «Succession and Wills in the Conflict of Laws on the Eve of Europeanisation», *RabelsZ*, 2009, p. 585. L'ampliamento delle alternative disponibili che avrebbe potuto discenderne si ricollegava, come esplicitamente indicato dagli stessi proponenti, oltre che alla corrispondente estensione del numero delle leggi di cui essi suggerivano di permettere la designazione da parte del *de cùjus* tramite una *professio juris*, anche alla possibilità che la legge regolatrice dell'insieme della successione venisse a sua volta individuata attraverso il rinvio (operato, ad esempio, ad una delle leggi menzionate *supra*, nota 349). Per le ragioni esposte nel testo la suddetta proposta non ha però avuto seguito.

³⁵¹ In proposito v. più ampiamente *infra*, par. 127 ss.

³⁵² V. per il medesimo rilievo D. SOLOMON, «Die Renaissance des Renvoi im Europäischen Internationalen Privatrecht», in *Liber Amicorum Klaus Schurig*, München, 2012, p. 262, e F.M. WILKE, «Das internationale Erbrecht nach der neuen EU-Erbrechtsverordnung», *Recht der internationalen Wirtschaft*, 2012, p. 608, che considera tale precisazione «überflüssig aber auch nicht schädlich».

³⁵³ Cfr. *supra*, par. 105.

caratterizzate da un intreccio spesso assai stretto tra diritto sostanziale e processuale, il numero delle leggi potenzialmente applicabili diverse da quella competente a disciplinare in via generale la successione: e ciò al fine di ridurre al minimo gli inconvenienti suscettibili di derivare dalla rottura dell'unità di *forum e jus* che il regolamento si è sforzato di favorire per quanto possibile. In una tale ottica la scelta di restringere la presa in considerazione del rinvio unicamente all'ipotesi in cui esso abbia luogo ad opera della legge applicabile all'insieme della successione appare in effetti più facilmente comprensibile, dal momento che in questa ipotesi il fatto stesso della sussistenza del rinvio può essere considerato di per sé sufficiente a dimostrare l'assenza di ostacoli particolarmente significativi alla sottoposizione della dichiarazione della quale si tratta ad una legge differente da quella rinviante³⁵⁴.

4. I casi più frequenti di concreta applicazione del rinvio

114. Il caso probabilmente più frequente nel quale il rinvio, nei termini e nei limiti in cui è ammesso dal regolamento, è destinato ad agire concretamente è quello della successione dei cittadini dei paesi membri che abbiano avuto la loro ultima residenza abituale in un paese terzo la cui legge, designata come applicabile a titolo oggettivo dall'art. 21, adotti in materia il criterio di collegamento della cittadinanza del *de cujus* e richiami, di conseguenza, la legge del paese nazionale dell'interessato. In aggiunta ai già illustrati benefici di ordine generale che sempre presenta il coordinamento con le posizioni dei sistemi di conflitto degli Stati stranieri i cui tribunali siano muniti di competenza concorrente con quella dei giudici dello Stato del foro³⁵⁵, l'accoglimento del rinvio in situazioni del genere offre anche gli importanti vantaggi pratici connessi a quello che è stato definito in dottrina il «rimpatrio» nell'Unione della disciplina della successione dei cittadini dei paesi membri³⁵⁶. Tra questi vantaggi vi è anzitutto il ripristino di quella unità di foro competente e diritto applicabile il cui mantenimento nella più ampia misura possibile rappresenta, come sappiamo, una delle principali linee guida del regolamento³⁵⁷ e che tuttavia la previsione nell'art. 10, par. 1, lett. a), del criterio sussidiario di competenza giurisdizionale della cittadinanza del *de cujus*, collocato, per di più, al primo posto nell'ordine gerarchico dei suddetti criteri stabilito dalla disposizione, sarebbe suscettibile, in assenza di rinvio o della sua accettazione, di fare venir meno; in un tal caso, infatti, i giudici nazionali sarebbero costretti ad applicare il diritto del paese estero dell'ultima residenza abituale nonostante che esso, dal proprio punto di vista, non intenda applicarsi³⁵⁸. In secondo luogo vi è anche il vantaggio consistente nella possibilità di evitare di dover affrontare i vari e complessi problemi che comporterebbe la necessità di sottoporre a discipline materiali poco adatte la successione dei cittadini europei che abbiano avuto la loro ultima residenza abituale in qualcuno dei numerosi paesi asiatici o africani le cui culture e tradizioni giuridiche, specie se direttamente basate sull'osservanza prestata a principi o precetti di carattere religioso, differiscono profondamente da quelle occidentali³⁵⁹. E' precisamente in considerazione della sussistenza dell'insieme di questi

³⁵⁴ La soluzione restrittiva accolta dal regolamento, ed in particolare l'esclusione dell'applicabilità della *lex loci actus* in concorso con quella della legge regolatrice dell'insieme della successione e della legge del paese in cui risiede abitualmente il dichiarante, è criticata da A. DUTTA, «Das neue internationale Erbrecht der Europäischen Union - Eine erste Lektüre der Erbrechtsverordnung», *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 2013, p. 11; in proposito v. già *supra*, par. 105. Sulle difficoltà che non di rado comporta l'applicazione di una legge diversa da quella del foro nella fase di amministrazione della successione v. il par. 26.

³⁵⁵ Cfr. *supra*, par. 107.

³⁵⁶ V. per l'impiego di questa espressione C. NOURISSAT, «Le futur droit des successions internationales de l'Union européenne», *Defrénois*, 2010, art. 39072, n. 13.

³⁵⁷ Cfr. *supra*, par. 31 e, per il testo del considerando 27 del regolamento, da cui emerge chiaramente l'importanza attribuita a questo obiettivo dagli autori dell'atto, nota 328.

³⁵⁸ Sui rapporti tra il rinvio e la disciplina della competenza giurisdizionale dei tribunali degli Stati membri dettata dal regolamento v. *supra*, par. 109.

³⁵⁹ Il più noto e discusso, nonché più spesso ricorrente nella pratica, di questi problemi consiste sicuramente nell'esigenza di valutare la compatibilità con i principi fondamentali di ordine pubblico dello Stato del foro di regolamentazioni della successione, quali, in particolare, quelle vigenti nei paesi musulmani, aventi carattere discriminatorio per motivi attinenti alla religione, al sesso o all'organizzazione giuridica della famiglia e alla disciplina dei rapporti di filiazione (v. in proposito *infra*, par. 124, specialmente nota 403). Altre difficoltà possono però presentarsi nei rapporti con i sistemi di diritto confessionale o di diritto interpersonale a base etnica o religiosa nei quali l'appartenenza dell'individuo ad una determinata comunità costitu-

benefici che la dottrina aveva criticato quasi unanimemente l'esclusione del rinvio inizialmente contenuta nella proposta della Commissione, mentre oggi si esprime favorevolmente riguardo all'accoglimento fattone nel testo definitivo del regolamento³⁶⁰.

115. Un'altra ipotesi nella quale il rinvio sarà chiamato ad operare con una certa frequenza è quella in cui il *de cuius* abbia avuto l'ultima residenza abituale in un paese non membro che adotti in materia successoria il principio dualista o scissionista ed assoggetti quindi alla legge personale dell'interessato (generalmente individuata in quella del suo domicilio o della sua residenza ma, più raramente, anche in quella della cittadinanza) la sola successione mobiliare, sottponendo invece la successione relativa agli immobili alla legge del paese o dei paesi ove essi si trovano³⁶¹. La possibilità che il rinvio effettuato alla legge del *situs rei* dal diritto internazionale privato di un paese scissionista debba essere tenuto in conto è, tra l'altro, sensibilmente accresciuta dal regime della competenza giurisdizionale istituito dal regolamento, dato che l'art. 10, par. 2, considera la presenza di uno o più beni ereditari nel territorio di uno Stato membro di per sé sufficiente a far sorgere, anche in mancanza di ulteriori elementi di collegamento relativi alla persona del *de cuius* o di diversa natura, la competenza degli organi giudiziari del suddetto Stato a pronunciare sulla devoluzione ereditaria dei beni in questione. Tuttavia, qualora l'assunzione di competenza da parte dei giudici degli Stati membri si fondi su criteri di più generale portata rispetto a quello della mera presenza di singoli beni, quali la cittadinanza o una residenza abituale anteriore del defunto (art. 10, par. 1, lett. a, e lett. b), e, d'altro canto, l'asse ereditario comprenda beni immobili situati in vari paesi, l'accoglimento del rinvio nei rapporti con gli ordinamenti che seguono il sistema della scissione si traduce inevitabilmente in una serie più o meno ampia di rinvii parziali che possono essere diretti sia alla legge dello stesso paese del foro, sia a quelle di altri paesi, membri o non membri dell'Unione³⁶². Attraverso l'entrata in funzione del meccanismo del rinvio la frammentazione

isce condizione necessaria dell'applicabilità del diritto proprio della comunità in questione alle relazioni giuridiche di natura personale e familiare ed alla successione dell'interessato. In alcuni di tali sistemi addirittura non esiste neanche un diritto laico applicabile in via residuale agli stranieri non appartenenti a nessuna delle comunità summenzionate con la conseguente impossibilità di regolarne le relazioni giuridiche in base alla legge locale. Si spiega quindi il fatto che i paesi rientranti in questo gruppo sottopongono di solito lo statuto personale, inteso generalmente in senso sufficientemente ampio da includere la disciplina della successione, alla legge nazionale in modo da assicurare ai propri cittadini residenti all'estero il beneficio dell'applicazione del diritto della loro comunità etnica o religiosa di appartenenza e da evitare, conversamente, di assoggettare gli stranieri ad una regolamentazione materiale che riuscirebbe spesso inappropriata. Per lo stesso motivo essi di norma non accettano il rinvio eventualmente rivolto dalla legge nazionale degli stranieri alla loro legge in quanto legge del domicilio o della residenza: v., ad esempio, la decisione relativa al caso *Philibert* resa dalla Corte di cassazione del Libano il 28 maggio 1998, *Journal du droit int.*, 2001, p. 873 ss., la quale ha giustificato il rifiuto di accogliere il rinvio effettuato dalla legge francese a quella libanese riguardo alla successione di un cittadino francese il cui ultimo domicilio, al pari dei beni immobili compresi nell'asse ereditario, si trovava in Libano con la considerazione dell'inesistenza in quel paese di un diritto comune delle successioni la cui applicazione potesse essere estesa agli stranieri. Per ragioni corrispondenti i paesi occidentali di diritto laico i cui sistemi di conflitto sottopongono in linea di principio la successione alla legge del paese dell'ultimo domicilio o dell'ultima residenza abituale del *de cuius* avrebbero invece convenienza ad avvalersi, nei rapporti con i paesi i cui ordinamenti presentano simili caratteristiche, proprio dello strumento del rinvio per evitare il sorgere di difficoltà del tipo descritto. V. più ampiamente sull'intero argomento A. DAVÌ, «Le *renvoi en droit international privé contemporain*», *Recueil des cours*, vol. 352 (2010), p. 115 ss.

³⁶⁰ Cfr. i riferimenti contenuti nella nota 317 ed in particolare, per la sottolineatura dei vantaggi in ultimo indicati v. A. BONOMI, «Prime considerazioni sulla proposta di regolamento sulle successioni», *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2010, p. 910, testo e nota 151; C. NOURISSAT, «Le futur droit des successions internationales de l'Union européenne», *Defrénois*, 2010, art. 39072, n. 13; P. KINDLER, «Le legge regolatrice delle successioni nella proposta di regolamento dell'Unione europea: qualche riflessione in tema di carattere universale, rinvio e *professio juris*», *Riv. dir. int.*, 2011, p. 428; P. LAGARDE, «Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions», *Rev. crit. droit int. privé*, 2012, p. 705.

³⁶¹ Sulla contrapposizione storica esistente tra sistemi che accolgono il principio della sottoposizione della successione ad una legge unica e sistemi che seguono invece il principio scissionista, divenuto probabilmente oggi minoritario ma ancora diffuso soprattutto nei paesi di *common law* ed in America latina, v. ampiamente *supra*, par. 23 ss.

³⁶² Occorre peraltro ricordare che i sistemi di conflitto di alcuni paesi scissionisti, tra i quali ad esempio la Turchia (art. 20 del codice di diritto internazionale privato promulgato con la legge n. 5718 del 2007), assoggettano alla *lex rei sitae* unicamente la successione relativa agli immobili che si trovano nei rispettivi territori. Di conseguenza, nei rapporti con tali paesi la possibilità di un rinvio provocato dall'accoglimento da essi fatto del principio della scissione non sussiste o, al più, sussiste soltanto riguardo alla parte mobiliare della successione, sempre che rispetto a questa i loro sistemi di conflitto adottino criteri di collegamento diversi da quello dell'ultima residenza abituale del *de cuius* utilizzato dal regolamento, come, in particolare, avviene proprio nel caso della Turchia, ove è applicabile al riguardo la legge nazionale dell'interessato. D'altro canto, vi sono anche

del patrimonio ereditario in più masse distinte e sottoposte a leggi diverse (*tot hereditates quot territoria*) determinata dall'applicazione del principio scissionista può dunque divenire operante anche all'interno dello spazio giuridico comune alla collettività degli Stati membri, nonostante che il regolamento, dal canto suo, accolga invece l'opposto principio del collegamento unitario della successione.

Proprio in considerazione dei numerosi e ben noti inconvenienti che la scissione è suscettibile di provocare³⁶³ ed al fine di escluderne ogni rischio di propagazione alla cerchia degli Stati membri, durante i lavori preparatori alcuni autori avevano sostenuto l'opportunità di subordinare l'ammissione del rinvio alla condizione che essa non compromettesse l'unità della disciplina di conflitto della successione³⁶⁴. Il testo definitivo del regolamento ha peraltro attribuito maggiore importanza ai vantaggi di ordine generale offerti dall'accoglimento del rinvio che all'esigenza di evitare le difficoltà create dalla scissione. L'art. 34 non stabilisce infatti in proposito alcuna restrizione³⁶⁵. Del resto anche sotto altri profili il regolamento mostra di non attribuire carattere assoluto al suo atteggiamento di contrarietà al sistema della scissione, dal momento che gli articoli 10, par. 2, e 12, par. 1, consentono, rispettivamente, al tribunale adito sia di limitarsi a pronunciare (in assenza di altri criteri di competenza giurisdizionale) sulla sola parte della successione relativa ai beni che si trovano nello Stato del foro, sia di astenersi dal giudicare sulla parte della medesima concernente beni situati in uno Stato terzo qualora vi sia ragione di presumere che questo rifiuterebbe di riconoscere la decisione³⁶⁶.

paesi che estendono l'applicazione del principio della scissione a tutti i beni compresi nell'asse ereditario, indipendentemente dalla loro natura mobiliare o immobiliare: per gli esempi offerti dal diritto messicano e da quello argentino v. *supra*, nota 82.

³⁶³ In proposito v. *supra*, par. 24.

³⁶⁴ In questo senso v. specialmente A. DUTTA, «Succession and Wills in the Conflict of Laws on the Eve of Europeanisation», *RabelsZ*, 2009, p. 558 s.; inoltre, sostanzialmente in favore della medesima soluzione, K. SIEHR, «Connecting Factors, Party Autonomy and *Renvoi*», in *The External Dimension of EC Private International Law in Family and Succession Matters* (a cura di A. MALATESTA / S. BARATTI / F. POCAR), Padova, 2008, p. 265, nonché A. BONOMI, «Prime considerazioni sulla proposta di regolamento sulle successioni», *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2010, p. 911. L'accoglimento del rinvio anche nei casi in cui esso produca un effetto di scissione era stato invece propugnato dal Max-Planck-Institut di Amburgo, «Comments», *RabelsZ*, 2010, p. 660.

³⁶⁵ Anche l'art. 4 della Convenzione dell'Aja del 1989 non prevede sotto questo aspetto nessuna limitazione all'ammissione del rinvio. Una certa tendenza a rifiutare il rinvio quando il suo accoglimento avrebbe per effetto la rottura dell'unità della disciplina di conflitto della successione o, al contrario, ad ammetterlo quando esso consente di ricostituirla è peraltro attualmente riscontrabile nella legislazione o nella giurisprudenza rispettive di alcuni Stati membri. In particolare, in Spagna il Tribunal supremo, con una interpretazione marcatamente limitatrice della portata precettiva dell'art. 12. 2 del cod. civ., ha respinto, riscuotendo la generale approvazione della dottrina, nelle due decisioni rispettivamente rese il 15 novembre 1996 nel caso *Lowenthal* e il 21 maggio 1999 nel caso *Denney*, *Rev. esp. der. int.*, 1997, p. 264 ss., e 1999, p. 756 ss., il rinvio indietro rivolto dalla legge nazionale del defunto, cittadino straniero, alla legge spagnola in quanto legge del luogo della situazione dei beni immobili ereditari che erano oggetto della controversia, ritenendo l'effetto di scissione che ne sarebbe derivato incompatibile con lo spirito e gli obiettivi propri della disposizione di conflitto interna che sottopone unitariamente la successione alla *lex patriae*. Viceversa, in un paese avente una tradizione scissionista come il Belgio, l'art. 78 del codice di diritto internazionale privato del 2004, che dichiara applicabile alla successione mobiliare la legge del paese dell'ultima residenza abituale del *de cujus* e a quella immobiliare la legge del luogo in cui si trovano i beni interessati, prescrive di tenere conto del rinvio eventualmente effettuato dalla seconda legge solo a condizione che esso, rivolgendosi alla prima, permetta di ripristinare l'unità di regolamentazione della successione che lo stesso legislatore del foro aveva giudicato opportuno scomporre (almeno fintanto che la legge del paese di localizzazione degli immobili non mostrasse di essere in disaccordo circa la propria applicazione). Analoga soluzione viene accolta in Francia dalla Corte di cassazione –relativamente però al solo rinvio operato alla *lex fori* – a partire dalle due note decisioni del 21 marzo 2000 (*Moussard*), *Rev. crit. droit int. privé*, 2000, p. 399 ss., e del 20 giugno 2006 (*Wildenstein*), *Journal du droit int.*, 2007, p. 125 ss., con cui, tra l'altro, la Corte ha modificato la propria giurisprudenza anteriore che escludeva del tutto la competenza dei giudici francesi a pronunciare sulla successione concernente beni immobili situati all'estero. Tutti i rimanenti Stati membri i cui sistemi di diritto internazionale privato ammettono in generale il rinvio ne estendono invece l'applicazione, al pari di quanto fa ora il regolamento, anche all'ipotesi in cui esso determini una scissione territoriale ed al medesimo orientamento si conforma ugualmente la Svizzera, ove l'art. 91 della LDIP sottopone senza restrizioni di sorta la successione delle persone il cui ultimo domicilio si trovasse in un paese straniero alla legge che designano le regole di conflitto di tale paese. Per maggiori ragguagli e per una più ampia analisi di queste diverse posizioni v. A. DAVÌ, «Le *renvoi en droit international privé contemporain*», *Recueil des cours*, vol. 352 (2010), p. 471 ss.

³⁶⁶ Un effetto di scissione, per quanto di più ridotta portata, può essere provocato anche dall'applicazione della particolare disposizione contenuta nell'art. 30 del regolamento (sulla quale v. *infra*, par. 127 s.) che fa salvi i regimi successori speciali cui determinate categorie di beni (soprattutto proprietà fondiarie o stabimenti produttivi) possono essere sottoposte, per ragioni di carattere economico, familiare o sociale, dalla legge del luogo ove si trovano.

116. Ipotesi di rinvio meno frequenti, e quindi di importanza pratica più marginale, potranno inoltre verificarsi nei rapporti con paesi i cui sistemi di conflitto, pur avvalendosi in materia successoria di criteri di collegamento apparentemente simili o addirittura identici a quello della residenza abituale del *de cuius* impiegato dall'art. 21, quali i criteri della residenza o del domicilio dell'interessato, interpretino tuttavia tali nozioni in un senso diverso dal significato attribuito alla prima dal regolamento, come in particolare avviene con la nozione di *domicile* utilizzata dal diritto inglese e, seppure con ulteriori eventuali discrepanze, da altri paesi di *common law*. E' in effetti ben possibile che dal punto di vista di questi sistemi di conflitto si debba a volte giungere alla conclusione che il defunto fosse residente o domiciliato al momento della morte in un paese differente da quello nel quale egli dovrebbe essere considerato avere avuto la residenza abituale alla stregua della nozione che ne è accolta dal regolamento³⁶⁷.

5. Il modello di rinvio adottato dal regolamento

117. Il problema principale che occorrerà risolvere riguardo all'interpretazione dell'art. 34 consistrà senza alcun dubbio nel determinare se il modello di rinvio da esso adottato è quello del rinvio «semplice» o «parziale» (*single* o *partial renvoi* nella terminologia inglese internazionalmente diffusa) o quello del rinvio «doppio» o «totale» o «integrale» (*double* o *total renvoi*), dato che la disposizione omette di fornire esplicite indicazioni in merito e lascia pertanto aperte, forse intenzionalmente, entrambe le possibilità interpretative³⁶⁸. Com'è noto, il primo modello comporta la mera presa in considerazione, al fine di verificare se ci si trovi o meno in presenza di un rinvio, delle sole norme di collegamento della legge straniera, mentre il secondo modello richiede allo stesso fine una ricostruzione completa del contenuto del suo sistema di conflitto, comprensiva, in particolare, dell'esame della posizione che la legge in questione assume a sua volta in ordine al rinvio³⁶⁹: occorre dunque valutare compiutamente la sua reazione all'iniziale designazione di cui è fatta oggetto dalla regola di conflitto del foro ed eventualmente, in caso di rinvio «altrove» o *ad aliud jus* (*transmission, renvoi au second degré, Weiterverweisung*), anche quelle relative ai successivi richiami dei quali possa essere destinataria da parte di altre leggi che vengano ad essere implicate nel circuito dei riferimenti in tal modo innescato³⁷⁰.

118. Il rinvio semplice costituisce il modello storicamente più antico, essendosi, tra l'altro, formato per via di elaborazione giurisprudenziale in un'epoca in cui, a causa della novità del problema, la massima parte delle legislazioni, al contrario di quanto avviene attualmente, non stabiliva in proposito

³⁶⁷ Cfr. la breve analisi di queste discordanze fatta da K. SCHURIG, «Das internationale Erbrecht wird europäisch - Bemerkungen zur kommenden Europäischen Verordnung», in *Festschrift für Ulrich Spellenberg zum 70. Geburtstag*, München, 2010, p. 348 s.

³⁶⁸ Per il riconoscimento della compatibilità di entrambe le opzioni con il tenore letterale della disposizione v. anche D. SOLOMON, «Die Renaissance des Renvoi im Europäischen Internationalen Privatrecht», in *Liber Amicorum Klaus Schurig*, München, 2012, pp. 241 s., 253.

³⁶⁹ L'uso delle espressioni rinvio «parziale» o «totale» serve appunto ad indicare il grado di rispettiva completezza dell'esame del contenuto del sistema straniero di diritto internazionale privato in ciascuna delle due ipotesi. L'espressione rinvio «doppio», in contrapposizione a rinvio «semplice», costituisce invece un modo figurato di descrivere il fatto che, se si accetta di ricostruire compiutamente il punto di vista del sistema di conflitto straniero, è possibile essere condotti a constatare di trovarsi di fronte a due rinvii, di cui il primo è quello eventualmente rivolto dalla legge straniera alla legge del foro che l'aveva originariamente richiamata ed il secondo è quello indirizzato in risposta dalla stessa legge del foro alla legge straniera e del quale quest'ultima può a sua volta decidere di tener conto al fine di stabilire la sua posizione definitiva.

³⁷⁰ Soprattutto in una variante del rinvio altrove come quella accolta dall'art. 34, il cui par. 1, lett. b), prescrive di determinare se esso venga o meno «accettato», occorrerà altresì ripetere la medesima operazione riguardo a ciascuna delle ulteriori leggi di paesi terzi eventualmente coinvolte nella catena dei riferimenti. Nella pratica il rischio che l'esigenza di compiere questo insieme di accertamenti renda l'individuazione della legge finalmente applicabile eccessivamente complessa è fortunatamente piuttosto remoto, come del resto dimostra l'esperienza ormai secolare degli ordinamenti che ammettono il rinvio, anche di tipo integrale; i casi di successioni che presentino connessioni con una pluralità di paesi non membri i cui sistemi di conflitto adottino al riguardo criteri di collegamento tutti reciprocamente divergenti sono infatti evidentemente molto rari. La stessa eventualità del rinvio altrove è statisticamente assai meno frequente di quella del rinvio rivolto immediatamente alla legge del foro dalla legge straniera da essa inizialmente richiamata. Per un'ampia analisi, condotta sia dal punto di vista del funzionamento tecnico, sia sul piano della politica legislativa, dei due modelli di rinvio indicati nel testo v. A. DAVÌ, «Le renvoi en droit international privé contemporain», *Recueil des cours*, vol. 352 (2010), specialmente pp. 146 ss., 170 ss., 208 ss.

nessuna soluzione precisa ed è sicuramente ancor oggi quello maggiormente seguito. Dal punto di vista pratico esso presenta il rilevante vantaggio di permettere, qualora sia rivolto alla stessa legge del foro (rinvio «indietro», *remission, renvoi au premier degré, Rückverweisung*), di sostituire l'applicazione delle sue norme materiali a quella delle norme materiali della legge straniera originariamente designata, evitando così di dovere affrontare le difficoltà spesso legate all'accertamento del contenuto e all'interpretazione della medesima. E' principalmente questa la ragione che spiega il successo incontrato dal modello del *single renvoi* nella giurisprudenza di molti paesi a partire dalla fine del XIX secolo³⁷¹.

Ad una siffatta maniera di concepire il rinvio può tuttavia fondatamente opporsi l'obiezione che, rifiutando di procedere ad una compiuta verifica della posizione effettiva del sistema di conflitto della legge straniera, essa corre deliberatamente il rischio di travisarne le intenzioni attribuendole una volontà di rinviare in realtà inesistente. E' infatti perfettamente possibile che la suddetta legge, pur richiamando inizialmente la legge del foro, accetti però a sua volta il rinvio indietro rivoltale simmetricamente dalla prima e finisce quindi per concordare con la sua decisione di considerare applicabili le proprie disposizioni materiali interne, esattamente come avrebbe fatto se avesse adottato già in partenza un identico criterio di collegamento o, eventualmente, anche un criterio di collegamento diverso ma suscettibile di condurre nella fattispecie ad un risultato coincidente. Sotto il duplice profilo della razionalità astratta e della politica legislativa la scelta di «accettare» un simile rinvio, che evidentemente non è che puramente fittizio o immaginario, non si presenta facile da essere spiegata. In effetti, una volta che il legislatore del foro, avendo debitamente valutato tutti gli elementi rilevanti, sia giunto per suo conto a concludere che l'applicazione delle norme materiali della legge straniera richiamata costituisce una soluzione preferibile rispetto all'applicazione di quelle della propria, il rovesciamento improvviso di tale conclusione non può comprendersi che a condizione di essere giustificato da una reale volontà di coordinamento con il punto di vista della legge in questione, essendo questo il solo motivo che può ragionevolmente indurre a rinunciare a tenere ferma la decisione anteriore. La realizzazione di un siffatto obiettivo richiederebbe però precisamente il compimento di quell'indagine volta ad accettare la posizione definitiva della legge straniera – peraltro nella maggioranza dei casi neanche eccessivamente gravosa da svolgere – che il modello del rinvio «semplice» non consente invece di effettuare. Il suo accoglimento appare dunque compatibile unicamente con l'intenzione di servirsene come espeditivo per raggiungere il fine dell'ampliamento dell'ambito di applicazione della *lex fori* anche a costo di distorcere il volere effettivo della legge straniera. Ma, se è il suddetto ampliamento il vero obiettivo che si ha in vista, diviene legittimo chiedersi se non sarebbe ben più semplice e più efficace provvedere ad attuarlo direttamente apportando alla regola di conflitto interna le appropriate modifiche piuttosto che farlo dipendere da un fattore del tutto estrinseco, oltre che casuale, quale il contenuto del diritto internazionale privato straniero, per di più manipolandolo e faintendendolo ad arte per ottenere lo scopo³⁷².

³⁷¹ Per l'esame di questi svolgimenti giurisprudenziali, realizzatisi soprattutto in Francia, Germania e Belgio, v. D. ANZIOTTI, «La questione del rinvio ed i conflitti fra le disposizioni legislative di diritto internazionale privato», *Studi critici di diritto internazionale privato*, Rocca S. Casciano, 1898, p. 217 ss.; H. LEWALD, «La théorie du renvoi», *Recueil des cours*, vol. 29 (1929), p. 539 ss.; A. DAVÌ, «Le renvoi en droit international privé contemporain», *ibid.*, vol. 352 (2010), p., *ibid.*, pp. 47 ss., 150 ss., 170 ss.

³⁷² L'accoglimento del *single renvoi* non può più al giorno d'oggi essere giustificato neppure con il vecchio argomento rappresentato dalla pretesa esigenza di interrompere il circolo vizioso che verrebbe altrimenti creato dal gioco dei riferimenti reciproci tra la norma di conflitto della legge straniera richiamata e quella dell'ordinamento del foro che aveva inizialmente designato quest'ultima. Tale argomento era stato opposto con qualche successo già negli ultimi anni del XIX secolo ai sostenitori della concezione puramente «logica» del rinvio allora prevalente e che si basava sulla supposta inseparabilità – la quale sarebbe a sua volta dipesa da ragioni egualmente di carattere logico – delle norme materiali e di quelle di diritto internazionale privato contenute nella legge straniera ed era altresì favorita dall'assenza nella quasi totalità delle legislazioni dell'epoca di specifiche disposizioni concernenti il rinvio. Oggigiorno pressoché tutti i sistemi nazionali di conflitto e tutti gli strumenti di diritto internazionale privato uniforme assumono invece una precisa posizione al riguardo, cosicché il rinvio non è più un problema di carattere logico o teorico ma una semplice questione di diritto positivo di ciascun ordinamento. Di conseguenza, ogni legislatore sa di poter contare sull'esistenza di punti di riferimento ragionevolmente sicuri nei diversi sistemi di conflitto stranieri con i quali quello del foro può trovarsi ad interagire e non ha quindi che da decidere, in piena autonomia e conoscenza di causa, in quale modo intende provvedere a regolare dal proprio punto di vista i rapporti reciproci. Le tre situazioni che possono presentarsi in concreto consistono nel rifiuto dell'ordinamento straniero di prendere in considerazione il rinvio o nell'adozione da parte del medesimo di un modello di rinvio semplice o di un modello di rinvio integrale e rispetto ad ognuna di esse il legislatore del foro è perfettamente libero di scegliere la soluzione che ritiene opportuna. Il circolo vizioso di cui parlava la vecchia

Applicato al rinvio altrove, il modello del *single renvoi* si rivela d'altronde almeno altrettanto inefficiente, dal momento che, come si vedrà meglio più avanti, l'impossibilità che, in molti casi esso determina di ricostruire esattamente le posizioni effettive delle leggi straniere implicate impedisce di conseguire l'uniformità internazionale di regolamentazione – sola finalità ragionevolmente attribuibile alla presa in considerazione di questa ipotesi di rinvio – che, qualora dette posizioni fossero tenute in linea di conto, potrebbe invece essere senza eccessivo sforzo realizzata³⁷³.

119. Il rinvio di tipo «integrale» o *total renvoi* ha origini più recenti, essendo stato introdotto, sotto il nome di *foreign court theory*, da alcune famose decisioni inglesi emesse, proprio relativamente alla materia delle successioni, nel periodo compreso tra le due guerre mondiali, quando ormai in diversi paesi la legislazione o la giurisprudenza avevano elaborato riguardo al rinvio soluzioni nazionali differenziate e sufficientemente precise da potere rappresentare per gli operatori giuridici stranieri un punto di riferimento dotato di una sufficiente misura di attendibilità³⁷⁴.

Nella sua applicazione al rinvio indietro, la differenza con il modello del *single renvoi* consiste nel fatto che, accettando di ricostruire il reale punto di vista della legge straniera, esso permette di raggiungere un coordinamento effettivo sia nei rapporti con gli ordinamenti che, non accogliendo a loro volta il rinvio, richiamano in maniera definitiva ed incondizionata la *lex fori*, sia nei rapporti con quelli che viceversa lo ammettono in forma «semplice» e, di conseguenza, pur avendo designato inizialmente la stessa legge del foro, tengono però poi conto della sua norma di conflitto giungendo in definitiva a ritenere applicabili le proprie norme materiali interne³⁷⁵. Il *single renvoi* consente invece di ottenere l'uniformità della disciplina soltanto nei confronti delle leggi straniere che non ammettono affatto il rinvio e per di più, poiché rifiuta di verificare la loro posizione reale, anche quando perviene a tale risultato non lo fa che in modo puramente fortuito. In effetti, nei rapporti tra due leggi che si richiamano inizialmente a vicenda è possibile ripristinare una situazione di concordia attraverso il rinvio unicamente a condizione che anche nei suoi riguardi le leggi in questione adottino due atteggiamenti contrari: occorre, in particolare, che una delle due lo accetti (in una qualsiasi forma) mentre l'altra lo respinga oppure che una lo ammetta in forma semplice e l'altra in forma integrale³⁷⁶. E' dunque solo quando entrambe le leggi implicate accolgono il

dottrina è dunque in realtà inesistente, come del resto è stato ormai da tempo ampiamente riconosciuto: v in proposito, per tutti, P. FRANCESCAKIS, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, Paris, 1958, p. 99 ss.; P.A. REICHART, *Der Renvoi im schweizerischen IPR*, Zürich, 1996, p. 29; B. AUDIT, *Droit international privé*, 3^a ed., Paris 2000, p. 189; A. DAVÌ, «Le renvoi en droit international privé contemporain», *Recueil des cours*, vol. 352 (2010), pp. 79 ss., 172 ss. D'altro canto, anche coloro che ne ammettevano l'esistenza, non hanno mai spiegato convincentemente per quale motivo il modo «più logico» o comunque più giusto di interromperlo avrebbe dovuto necessariamente consistere nell'accettare di fare applicazione della legge materiale del foro che in origine non intendeva applicarsi, anziché perseverare nell'iniziale designazione della legge straniera: v. per questo rilievo, già nella dottrina anteriore alla seconda guerra mondiale, J. MAURY, «Règles générales des conflits de lois», *Recueil des cours*, vol. 57 (1936), p. 535; E.N. GRISWOLD, «Renvoi Revisited», *Harvard Law Review*, 1938, p. 1177, e *Id.*, «In Reply to Mr. Cowan's Views on Renvoi», *Univ. of Pennsylvania Law Review*, 1939, p. 258 ss.

³⁷³ V. in proposito *infra*, par. 120, ed in particolare gli esempi fatti alla nota 381.

³⁷⁴ Si tratta precisamente delle decisioni *rese*, rispettivamente il 21 maggio 1926 ed il 14 novembre 1929, nei casi *In Re Annesley*, 1 Ch. (1926), p. 692 ss., e *In Re Ross*, 1 Ch. (1930), p. 377 ss., la prima delle quali concerneva la successione di una cittadina inglese che aveva avuto il suo ultimo domicilio in Francia, dove la giurisprudenza era ormai stabilmente orientata ad ammettere il rinvio in forma «semplice», mentre la seconda riguardava la successione di una testatrice ugualmente inglese ma il cui ultimo domicilio si trovava in Italia, dove viceversa la giurisprudenza aveva una posizione nettamente contraria al rinvio. Tali due decisioni si richiamavano al precedente molto più antico rappresentato dal caso *Collier c. Rivaz*, 2, *Curteis*, (1841), p. 855 ss., nel quale il giudice Sir Herbert Jenner aveva enunciato per la prima volta il principio che si trova a base della *foreign court theory* secondo cui, quando il giudice inglese è chiamato ad applicare il diritto di un paese straniero, egli deve giudicare esattamente come farebbe il giudice del paese in questione («the Court sitting here... must consider itself sitting in Belgium under the particular circumstances of the case»), senza allora naturalmente poter immaginare le implicazioni che a quasi un secolo di distanza avrebbero potuto esserne tratte.

³⁷⁵ In base a questo schema di ragionamento la prima delle due decisioni ricordate alla nota precedente applicò quindi il diritto francese, in considerazione del fatto che un giudice di quel paese avrebbe accettato il rinvio rivolto alla sua legge, in quanto *lex domicilii*, dal diritto inglese che la legge francese richiamava a sua volta perché dal suo punto di vista il domicilio della defunta si trovava in Inghilterra, mentre nella seconda decisione il Tribunale inglese si arrestò all'applicazione della sua legge interna perché la giurisprudenza italiana non accettava il rinvio.

³⁷⁶ Come già spiegava E. M. MEIJERS, «La question du renvoi», *Bulletin de l'Institut jurid. int.*, vol. XXXVIII, 1938, p. 220, infatti «(l)es deux contradictions... se contrebalancent mutuellement».

rinvio di tipo integrale che questo non è più in grado di svolgere utilmente la sua funzione di coordinamento³⁷⁷. Si tratta peraltro di una eventualità resa attualmente rara nella pratica dalla grande disparità delle regolamentazioni adottate in proposito dai diversi sistemi, come del resto è attestato dalla pressoché completa assenza in tutti i paesi di precedenti giurisprudenziali noti nei quali essa si sia realizzata³⁷⁸.

Qualora una simile ipotesi si presenti, il solo modo appropriato di farvi fronte dovrebbe comunque consistere, nell'ottica dei sistemi che utilizzano il suddetto modello di rinvio, nel rimanere fedeli all'originaria designazione delle norme materiali della legge straniera. Tale soluzione è da ritenere implicita nella logica di funzionamento del tipo di rinvio in esame, che si prefigge come unico obiettivo la ricerca di un migliore coordinamento sul piano internazionale e subordina quindi la rinuncia a tenere ferma la scelta operata all'inizio dalla regola di conflitto interna di sottoporre la disciplina della fatti-specie alle disposizioni materiali della legge straniera all'accertamento del fatto che la legge richiamata considera viceversa applicabili quelle della *lex fori*. Ne deriva che, se la certezza della sussistenza della condizione richiesta non può essere acquisita, o perché l'ordinamento straniero interessato accoglie il rinvio di tipo semplice e pertanto concorda con l'ordinamento del foro in merito all'applicabilità delle proprie norme materiali o perché segue a sua volta il rinvio di tipo integrale e, di conseguenza, fa dipendere la sua posizione definitiva dalla decisione presa al riguardo dallo stesso ordinamento del foro, non vi è più alcuna ragione che giustifichi l'abbandono della scelta iniziale³⁷⁹.

120. Anche quando il rinvio sia rivolto alla legge di uno Stato terzo anziché a quella del paese del foro, la sua efficacia come mezzo di coordinamento è naturalmente condizionata all'esattezza della

³⁷⁷ In materia successoria una situazione del genere indicato potrebbe, ad esempio, venire a crearsi, sussistendo le condizioni, nei rapporti tra il diritto svizzero e quello della Louisiana. L'art. 91, alinea 1, della legge di diritto internazionale privato svizzera sottopone infatti, come già si è visto (cfr., *supra*, nota 365), la successione di una persona che aveva il suo domicilio in un paese straniero alla legge designata dalle regole di conflitto del paese in questione, mentre l'art. 3534 del cod. civ. della Louisiana dichiara applicabile alla successione relativa ai beni immobili situati all'estero la legge che applicherebbero i tribunali dello Stato in cui tali beni si trovano. Di conseguenza, la successione negli immobili localizzati in Svizzera i quali siano appartenuti ad un *de cuius* che era domiciliato in Louisiana dovrebbe essere regolata in base al diritto del primo paese dalla legge designata dalle disposizioni di conflitto del secondo e viceversa.

³⁷⁸ Una delle ragioni principali che rendono poco probabile il verificarsi di questa eventualità è data dal fatto che il modello del rinvio integrale è attualmente impiegato, anche se soltanto in alcune materie, soprattutto dai paesi di *common law*, i quali tuttavia, in linea di massima, accolgono già in partenza soluzioni di conflitto identiche o simili in quasi tutti i settori del diritto internazionale privato, cosicché nei loro rapporti interni il problema del rinvio ha difficilmente occasione di sorgere. Una seconda ragione consiste poi nell'esistenza di sistemi di conflitto che adottano –eventualmente con eccezioni– il rinvio di tipo semplice quando esso è rivolto alla legge del foro e il rinvio di tipo integrale quando è effettuato alla legge di uno Stato terzo: tra di questi, in particolare, il sistema svizzero, benché soltanto in ipotesi specifiche (artt. 14, alinea 2, 37, alinea 1, 91, alinea 1, e, in base all'interpretazione maggioritaria, 119, alinea 3, della legge di diritto internazionale privato), e, secondo l'opinione prevalente della dottrina e della giurisprudenza, quello tedesco (art. 4 EGBGB); ad avviso di A. BONOMI, «La loi applicable aux successions dans le nouveau droit international privé italien et ses implications dans les relations italo-suisses», *Rev. suisse de droit int. et de droit européen*, 1996, p. 485 ss., nel medesimo senso sarebbe altresì interpretabile l'art. 13, primo comma, lett. a) e b), della legge di diritto internazionale privato italiana; in realtà il tenore letterale della disposizione non sembra autorizzare simili distinzioni e non mancano anzi elementi che inducono piuttosto a pensare che essa accolga unicamente il rinvio di tipo integrale: cfr. al riguardo A. DAVÌ, «Le renvoi en droit international privé contemporain», *Recueil des cours*, vol. 352 (2010), p. 163 ss., con ulteriori riferimenti di dottrina. Altri sistemi utilizzano invece, in un più o meno ampio numero di ipotesi, il solo rinvio semplice o non ammettono affatto il rinvio. Va poi aggiunto che anche gli ordinamenti che adottano un uguale modello di rinvio non se ne servono sempre nelle stesse materie o negli stessi casi.

³⁷⁹ La conformità della soluzione indicata alla logica del rinvio di tipo integrale trova conferma, ad esempio, nell'accoglimento che ne è fatto dall'art. 18 del cod. civ. portoghese del 1966, che è la più antica disposizione legislativa di un paese europeo continentale che abbia esplicitamente adottato questo modello di rinvio. Secondo la suddetta disposizione, il rinvio indietro effettuato al diritto portoghese dal diritto straniero inizialmente richiamato deve essere accettato unicamente quando sia rivolto alle sue sole norme di diritto «interno» o materiale (*o direito interno português*) ed escluda quindi la presa in considerazione delle sue regole di conflitto da parte del diritto straniero rinvianti: v. sull'interpretazione della disposizione J. BAPTISTA MACHADO, *Lições de direito internacional privado*, Almedina, Coimbra, 1974, p. 201 ss.; A. FERRER CORREIA, *A codificação do direito internacional privado. Alguns problemas*, Coimbra, 1979, p. 208 ss. Un esempio contrario di adozione ugualmente espressa del modello del rinvio semplice è fornito dall'art. 5 della legge austriaca di diritto internazionale privato del 1978, il quale stabilisce che il rinvio indietro fatto al diritto austriaco deve sempre considerarsi come operato alle sue norme materiali (*österreichische Sachnormen*) e specifica anzi *ad abundantiam* che come tali devono intendersi le «norme giuridiche ad esclusione delle norme di collegamento» (*Rechtsnormen mit Ausnahme der Verweisungsnormen*), anche quando la posizione dell'ordinamento straniero da cui proviene il rinvio sarebbe in realtà diversa.

ricostruzione delle posizioni effettive dei sistemi di conflitto stranieri interessati. Tra le due ipotesi esiste peraltro la significativa differenza data dalla considerazione che nella prima l'opzione di politica legislativa consistente nell'utilizzare il rinvio come espeditivo per ampliare l'ambito di applicazione della *lex fori* a spese di quello accordato al diritto straniero è assente, non essendo quest'ultima direttamente coinvolta, almeno in origine ed ordinariamente, nel circuito dei riferimenti³⁸⁰. Appare dunque evidente che il rinvio di tipo integrale costituisce l'unico modello di rinvio il cui impiego possa essere ritenuto coerente con la sola funzione che il rinvio può essere chiamato ad esercitare nell'ipotesi in esame, vale a dire la ricerca del coordinamento tra sistemi. Il rinvio di tipo semplice, recidendo arbitrariamente i legami che all'interno degli ordinamenti stranieri uniscono indissolubilmente le norme di collegamento alle rispettive disposizioni relative al rinvio e concorrono in modo decisivo a definire il senso e la portata dei riferimenti che quegli ordinamenti operano ad ordinamenti diversi, crea infatti elevati margini di rischio di travisamenti delle loro intenzioni effettive, i quali possono, in particolare, concretarsi nell'attribuzione ai medesimi di una volontà di rinviare, o di respingere i rinvii di cui sono destinatari, che è in realtà inesistente. Ne discende la possibilità di frequenti distorsioni nel funzionamento del meccanismo del rinvio come strumento di coordinamento suscettibili di impedire di sfruttarne appieno le potenzialità applicative o di condurre a farne false applicazioni³⁸¹. Il rinvio integrale, permettendo di ricostruire fedelmente in tutte le circostanze il contenuto dei sistemi di conflitto stranieri, mette invece l'ordinamento del foro nella condizione di raggiungere con le loro posizioni un coordinamento reale e comunque, anche nell'eventualità in cui esse si rivelassero discordanti, di adottare al riguardo con pienezza di informazione la soluzione che reputa più appropriata³⁸².

Si spiega quindi che alcuni sistemi, pur accogliendo rispetto al rinvio indietro, in via generale o soltanto in settori specifici, il modello del *single renvoi*, facciano sempre ricorso al rinvio di tipo inte-

³⁸⁰ La possibilità che un rinvio diretto inizialmente alla legge di uno Stato terzo finisca per sfociare, dopo una catena più o meno lunga di richiami successivi, in un riferimento alla *lex fori* non può naturalmente essere esclusa. Si tratta tuttavia di una eventualità notevolmente rara e, per di più, imprevedibile. Ad ogni modo è certo che essa non può essere razionalmente assunta a base della scelta del modello di rinvio da adottare anche nei casi, molto più numerosi, in cui non si verifica.

³⁸¹ Ad esempio, se in un paese il cui sistema di diritto internazionale privato adotta in materia successoria il criterio di collegamento della cittadinanza, come avviene attualmente in buona parte dei paesi europei, quali l'Austria o l'Italia, si dovesse decidere della successione mobiliare di un cittadino danese domiciliato in Germania si constaterebbe che la legge danese, designata dalla regola di conflitto interna, rinvierebbe alla legge tedesca del domicilio, la quale però considererebbe applicabile, in prima battuta, la legge nazionale danese (art. 25 EGBGB). Se ci si limitasse all'esame delle sole norme di collegamento dei due paesi interessati, occorrerebbe quindi concludere di trovarsi in presenza di un rinvio non accettato. In realtà il diritto tedesco accoglie il rinvio indietro secondo il modello del *single renvoi* (art. 4 EGBGB), mentre il diritto danese non lo ammette affatto. Nell'esempio fatto esisterebbe dunque un accordo tra le due leggi sull'applicabilità delle norme materiali della legge tedesca, la cui esistenza non potrebbe tuttavia essere rilevata che a condizione di addentrarsi in una ricostruzione completa delle posizioni effettive dei rispettivi sistemi di conflitto. D'altra parte, se nello stesso esempio alla Danimarca si sostituisse la Francia, che sottopone parimenti la successione mobiliare alla legge del domicilio ma, al pari della Germania e a differenza dalla Danimarca, accetta il rinvio indietro in forma semplice, il rinvio al diritto tedesco sarebbe solo apparente e non corrisponderebbe alla volontà effettiva del diritto francese, nonostante che la Germania, rifiutando di ricostruirla esattamente, continuerebbe ugualmente ad «accettarlo». Ciascuno dei due paesi finirebbe pertanto per applicare le proprie disposizioni materiali interne. Fraintendimenti analoghi potrebbero naturalmente crearsi se si interpretasse l'art. 34 del regolamento nel senso che esso accoglie il rinvio di tipo semplice: ad esempio, se in un paese membro si dovesse giudicare della successione di un *de cujus* inglese che risiedeva abitualmente, possedeva degli immobili ed era altresì domiciliato (dal punto di vista inglese) in un paese extraeuropeo il quale considera applicabile alla materia successoria la legge nazionale e non ammette il rinvio, come l'Egitto o la Siria, si dovrebbe essere indotti a ritenere che il rinvio effettuato dalla legge egiziana o siriana, designate dall'art. 21 del regolamento, a quella inglese non è accettato, dal momento che le regole di conflitto inglesi assoggettano la successione mobiliare alla legge del domicilio del defunto e la successione immobiliare alla *lex rei sitae*; si tratterebbe però di una conclusione errata perché la legge inglese, tenendo conto del rinvio ad essa operato dalla legge egiziana o siriana, in realtà concorderebbe sull'applicabilità delle proprie norme materiali. Se invece il *de cujus* inglese fosse residente e domiciliato (nel senso inglese) in Liechtenstein, il diritto di tale paese, pur rinviano in partenza alla legge inglese, in quanto legge nazionale dell'interessato, accetterebbe (nella forma del *single renvoi*) il rinvio di cui questa lo fa oggetto ma la legge inglese, seguendo, come si è detto, il principio della *foreign court theory*, si conformerebbe alla sua posizione.

³⁸² A differenza di quanto fa l'art. 34 del regolamento, certi ordinamenti, tra cui quelli dei paesi di *common law*, quello svizzero e quello tedesco, non subordinano l'ammissione del rinvio altrove alla condizione della sua accettazione da parte della legge del paese terzo alla quale è rivolto, ma preferiscono uniformarsi in ogni caso alla posizione definitiva del sistema di conflitto della legge da essi designata inizialmente. La soluzione prescelta dal regolamento è accolta invece, ad esempio, dall'art. 13, primo comma, lett. a), della legge italiana di diritto internazionale privato e dall'art. 17 del cod. civ. portoghese.

grale in relazione al rinvio rivolto alla legge di uno Stato terzo³⁸³. Ed appare altrettanto significativa la constatazione del fatto che non pochi dei sistemi che attualmente utilizzano il *single renvoi* come unico modello di rinvio escludono addirittura del tutto la presa in considerazione del rinvio altrove³⁸⁴.

121. Anche l'art. 34 del regolamento dovrebbe essere interpretato nel senso che esso intende accogliere il modello del rinvio integrale³⁸⁵. A sostegno di questa interpretazione militano in effetti diversi argomenti. Anzitutto è lo stesso regolamento che fornisce una chiara indicazione in tale direzione, dal momento che il considerando 57 contiene la precisazione che il rinvio «dovrebbe essere accettato per assicurare la coerenza internazionale» ed attribuisce quindi all'uso del suddetto strumento una funzione di ricerca del coordinamento con i sistemi di conflitto dei paesi terzi, se non di carattere esclusivo, di certo quanto meno prevalente. Il rinvio di tipo semplice si prefigge, per contro, come principale obiettivo l'ampliamento dell'ambito di applicazione della legge interna, eventualmente anche a scapito di un coordinamento che sarebbe perfettamente raggiungibile se si accettasse di ricostruire esattamente l'effettivo punto di vista degli ordinamenti stranieri; inoltre, nei casi in cui consente di pervenire al secondo risultato, non lo fa che in maniera puramente accidentale. Quest'ultimo viene dunque considerato dai sistemi che impiegano il modello di rinvio in questione tutt'al più come un vantaggio di ordine accessorio, conseguibile condizionalmente nei soli limiti della sua compatibilità con la realizzazione del fine prioritario. Nel rinvio di tipo integrale il rapporto tra i due obiettivi si presenta invece rovesciato: la ricerca dell'uniformità internazionale di regolamentazione costituisce il fine preminente ed il risultato pratico del ritorno all'applicazione della *lex fori*, per quanto positivamente valutato, non è che un beneficio collaterale e secondario, sempre sacrificabile ove ciò venga reso necessario dal perseguimento di quel fine. Non dovrebbe dunque esservi dubbio che il rinvio integrale è il modello che corrisponde meglio all'enunciazione di scopo contenuta nel considerando.

In secondo luogo, l'art. 34, par. 1, prescrive di tenere conto del rinvio sia quando venga rivolto alla legge di uno Stato terzo che si ritenga a sua volta applicabile e quindi, come si suol dire, «accetti» la designazione, sia qualora sia diretto alla legge di uno Stato membro. Almeno nella prima ipotesi l'ammissione del rinvio non può evidentemente avere che l'unica finalità della ricerca del coordinamento. Di conseguenza, occorrerebbe concepirlo come rinvio di tipo integrale, dato che si è già visto che assai spesso un coordinamento effettivo non può essere ottenuto se non attraverso la completa valutazione delle interazioni reciproche e delle posizioni definitive dei sistemi di conflitto degli ordinamenti stranieri interessati che solamente l'impiego di tale modello di rinvio consente³⁸⁶. Restano i casi nei quali il rinvio sia indirizzato alla legge di uno Stato membro. Riguardo a questi l'art. 34 non distingue a seconda che la legge destinataria della designazione sia la stessa legge del paese del foro o quella di uno Stato membro diverso. Un trattamento unitario delle due situazioni pertanto si impone. Ne deriva che l'argomento che viene tradizionalmente addotto a favore dell'utilizzazione del rinvio effettuato alla *lex fori* principalmente come strumento di ampliamento della sua sfera di efficacia e

³⁸³ Cfr. le indicazioni fornite in proposito *supra*, nota 378.

³⁸⁴ Tra gli ordinamenti dei paesi membri dell'Unione è questo, ad esempio, il caso di quello spagnolo (art. 12. 2 del cod. civ.) e di quelli di diversi paesi ex-socialisti dell'Europa centrale e orientale. D'altro canto, anche in Francia, paese che adotta ugualmente il solo modello del rinvio semplice ed ove per tradizione la giurisprudenza ed una parte consistente della dottrina tendono ad attribuire preminenza al vantaggio pratico -reale o presunto- offerto dal rinvio di permettere di ampliare la sfera di applicazione della legge interna sulla funzione di coordinamento che esso può esercitare, i casi di concreta ammissione del rinvio altrove sono sempre stati assai rari. In materia di successione immobiliare il recente indirizzo della Cassazione riferito *supra*, nota 365, favorevole ad accogliere il rinvio effettuato dalla legge del luogo di situazione degli immobili ereditari solo a condizione che tale rinvio consenta di ripristinare l'unità di regolamento della successione esclude anzi implicitamente la possibilità di tenerne conto qualora sia rivolto ad una legge straniera: cfr. al riguardo, anche per la critica del suddetto orientamento, F. BOULANGER, «La limitation de la prise en compte du renvoi dans le règlement d'une succession internationale», *Juris-Classeur pér. (Semaine jur., éd. générale)*, 2009, p. 29 s.

³⁸⁵ In favore della soluzione opposta, almeno per quanto concerne il rinvio indietro e pur riconoscendo che si tratta di un problema interpretativo aperto, v. invece D. SOLOMON, «Die Renaissance des Renvoi im Europäischen Internationalen Privatrecht», in *Liber Amicorum Klaus Schurig*, München, 2012, p. 253; nello stesso senso H. SCHACK, «Was bleibt vom renvoi?», *IPRax*, 2013, p. 319. Per una posizione più possibilista v. A. BONOMI, «Il regolamento europeo sulle successioni», *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2013, p. 307.

³⁸⁶ V. in proposito il par. precedente e, in particolare, i diversi esempi fatti alla nota 381.

che è rappresentato dalla maggiore accessibilità della sua conoscenza e dalla sua maggiore facilità di interpretazione ed applicazione rispetto a quelle delle leggi straniere perde molta parte del suo peso, dovendo essere esteso all'insieme delle leggi degli Stati membri ed ai loro rapporti con le leggi dei paesi terzi. In effetti, non è affatto certo che nell'Europa a ventotto l'accertamento dell'esatto contenuto e la concreta attuazione delle disposizioni materiali delle leggi di tutti i paesi membri siano sempre necessariamente più rapidi ed agevoli per il tribunale adito di quanto avverrebbe per le leggi degli Stati terzi o che comunque simili vantaggi abbiano una portata tale da giustificare un uso del rinvio basato sul volontario fraintendimento del diritto internazionale privato straniero. E' del resto significativo che il suggerimento di sancire in modo esplicito una soluzione del genere che nel corso dei lavori preparatori del regolamento era stato avanzato dal Max-Planck Institut di Amburgo non sia stato accolto. In particolare, il Max-Planck-Institut aveva raccomandato di limitarsi a disciplinare nel regolamento la sola ipotesi del rinvio diretto alla legge di uno Stato membro, adottando espressamente in proposito il modello del *single renvoi*, e di lasciare invece al giudice il compito di risolvere in ciascun caso di specie i problemi riguardanti il rinvio indirizzato alla legge di uno Stato terzo, in considerazione, tra l'altro, della relativa rarità della loro occorrenza³⁸⁷. Il mancato accoglimento di questa proposta, unito alla constatazione del fatto che l'art. 34, non effettuando alcuna distinzione fondata sulla direzione nella quale è rivolto il rinvio, mostra di volerlo costruire unitariamente, sembra dunque corroborare l'opinione che esso vada sempre inteso come rinvio integrale. Conseguentemente, il par. 1, lett. a), della disposizione, che prescrive l'accettazione del rinvio operato dalle regole di conflitto dei paesi terzi alla legge di un paese membro, dovrebbe essere interpretato come non escludente la necessità di verificare che il suddetto rinvio sia reale, vale a dire che provenga da una legge che non accetti a sua volta il richiamo inizialmente diretto alla medesima dal regolamento.

Un ulteriore elemento di conferma della conclusione raggiunta è poi fornito dalla considerazione che l'art. 34 ammette il rinvio anche quando ne derivi la scissione territoriale della disciplina della successione. Poiché l'obiettivo essenziale al quale mira l'adozione del modello del *single renvoi* consiste, in linea generale, nella semplificazione del compito del giudice suscettibile di essere determinata dalla possibilità di sostituire l'applicazione della legge del foro a quella della legge straniera, ma, d'altra parte, gli inconvenienti creati dalla scissione sono spesso anche più rilevanti delle difficoltà che l'applicazione della seconda legge ordinariamente comporta³⁸⁸, appare ragionevole pensare che, se l'accettazione del rinvio indirizzato alle leggi degli Stati membri non avesse avuto che questo limitato fine, essa sarebbe stata probabilmente esclusa nei casi in cui provochi un effetto di scissione: e ciò tanto più che durante i lavori preparatori l'introduzione di una siffatta restrizione all'accoglimento del rinvio non

³⁸⁷ Cfr. MAX-PLANCK-INSTITUT FÜR AUSLÄNDISCHES UND INTERNATIONALES PRIVATRECHT, «Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition and Enforcement of Decisions and Authentic Instruments in Matters of Successions and the Creation of a European Certificate of Succession», *RabelsZ*, 2010, p. 656 ss. L'emendamento suggerito dal Max-Planck-Institut al testo dell'art. 26 della proposta iniziale della Commissione (corrispondente all'attuale art. 34 del regolamento) era formulato nei seguenti termini: «Where this Regulation provides for the application of the law of a non-Member State, the rules of private international law of that State shall apply where they designate, as to matters of succession, the law of any Member State; the law of that Member State shall apply except for its rules of private international law». Prevedendo l'ammissione del rinvio soltanto in quanto fosse diretto alla legge di uno Stato membro, tale emendamento accoglieva in sostanza una soluzione esattamente opposta a quella adottata dalla Convenzione dell'Aja del 1989 sulla legge applicabile alle successioni a causa di morte, il cui art. 4, come si è riferito *supra*, nota 325, ammette invece unicamente il rinvio effettuato alla legge di uno Stato terzo e da essa accettato. La caratterizzazione del modello di rinvio contemplato dall'emendamento in questione come *single renvoi* risultava ovviamente dalla precisazione finale, analoga a quella contenuta nell'art. 5 della legge austriaca di diritto internazionale privato e riportata *supra*, nota 379, che la legge dello Stato membro cui è rivolto il rinvio avrebbe sempre dovuto essere applicata «except for its rules of private international law». A sostegno di questa proposta di modifica l'istituto di ricerca tedesco adduceva, oltre all'argomento costituito dai vantaggi di ordine pratico offerti dalla possibilità di applicare il diritto materiale di un paese membro invece di quello dello Stato terzo rinvianto, anche l'argomento di carattere politico rappresentato dal rafforzamento dell'unità e della coesione dell'Unione verso l'esterno che sarebbe derivato dall'accoglimento del rinvio nei termini indicati (cfr. *ibid.*, p. 660: «a new European concept, which might help to endorse the unity of the European Union»). Per un più ampio esame del suddetto emendamento v. A. DAVÌ, «Le renvoi en droit international privé contemporain», *Recueil des cours*, vol. 352 (2010), p. 351 ss.

³⁸⁸ Sugli inconvenienti provocati dalla scissione territoriale della successione cfr. *supra*, par. 24.

aveva mancato di trovare dei sostenitori³⁸⁹ e che attualmente orientamenti analoghi sono seguiti dalla giurisprudenza o dalla legislazione in alcuni paesi membri³⁹⁰.

122. Qualora il rinvio effettuato dalla legge di uno Stato terzo inizialmente designata dalle norme di conflitto contenute nel regolamento sia rivolto alla legge di un altro Stato terzo, l'art. 34, par. 1, lett. b), disciplina esplicitamente la sola ipotesi in cui il suddetto rinvio venga accettato. Sembra quindi opportuno esaminare brevemente i casi di mancata accettazione del rinvio in questione, la quale può evidentemente dipendere o dal fatto che la legge che ne è destinataria considera a sua volta applicabile la normativa materiale della stessa legge rinvianti o dal fatto, peraltro meno frequente, che essa richiama invece ulteriormente la legge di uno Stato ancora diverso (e che potrebbe anche essere la *lex fori*). La soluzione da adottare in tutti questi casi si fonda sempre su un unico principio: poiché l'art. 34 stabilisce che si deve tenere conto del rinvio soltanto a condizione che la legge cui questo è diretto concordi circa la propria applicazione, ognqualvolta tale condizione non sia soddisfatta non rimane che applicare le norme materiali della legge originariamente designata dal regolamento. Si tratta di una soluzione che può ritenersi implicita nella logica del modello del «rinvio altrove accettato» e che, pur non essendo enunciata espressamente dall'art. 34, può tuttavia desumersene in base ad un semplice *argumentum a contrariis* ed è inoltre spesso sancita dalle disposizioni contenute in leggi interne o in convenzioni internazionali che accolgono il medesimo modello di rinvio³⁹¹.

Nel primo dei due casi sopra indicati, vale a dire quando la legge che riceve il rinvio considera applicabili le norme materiali della legge rinvianti, non sorge dunque nessun particolare problema: dal momento che la condizione dell'accettazione del rinvio non è realizzata, quest'ultimo non deve essere seguito³⁹². Il secondo caso – quello in cui la legge alla quale è indirizzato il rinvio designi a sua volta una legge diversa – è invece più complesso, sussistendo la possibilità che non soltanto il nuovo rinvio venga accettato ma che anche la legge che si trova all'inizio della catena dei riferimenti successivi sia disponibile a prenderlo in considerazione e finisca quindi per allinearsi sulla posizione comune delle altre due. Situazioni del genere sono certamente rare. In materia successoria potrebbe però accadere che, ad esempio, la legge del paese dell'ultima residenza abituale del *de cujus*, designata in origine dall'art. 21 del regolamento, richiami la legge nazionale dell'interessato, la quale, aderendo al principio della scissione, effettui un rinvio alla legge del luogo di situazione di uno o di taluni immobili ereditari accettato, per un motivo o per l'altro, dalla stessa e che al riguardo sussista altresì l'accordo della prima

³⁸⁹ Cfr. in proposito, per alcune indicazioni di dottrina, *supra*, nota 364.

³⁹⁰ Secondo A. BONOMI, «Successions internationales: conflits de lois et de juridictions», *Recueil des cours*, vol. 350 (2010), p. 145, e G. KHAIRALLAH, «La détermination de la loi applicable à la succession», in *Droit européen des successions internationales* (a cura di G. KHAIRALLAH / M. REVILLARD), Paris, 2013, p. 59, sarebbe stata proprio la preoccupazione di evitare che la frammentazione della disciplina della successione che sia la proposta della Commissione, sia il testo definitivo del regolamento, si sono sforzati di ridurre al minimo potesse venire reintrodotta in misura assai più ampia dall'operare del rinvio a costituire il motivo principale dell'assoluta esclusione di quest'ultimo prevista inizialmente dalla proposta. Sulla tendenza della giurisprudenza spagnola a respingere il rinvio nei casi in cui la sua ammissione produrrebbe un effetto di scissione e sulla soluzione, opposta e simmetrica, consistente nell'ammetterlo solo a condizione che esso consenta di ripristinare l'unità della disciplina di conflitto della successione, accolta dalla giurisprudenza francese e dall'art. 78 del codice di diritto internazionale privato belga *v. supra*, nota 365.

³⁹¹ V. ad esempio l'art. 4, terzo comma, della legge venezuelana di diritto internazionale privato del 1984 («deberá aplicarse el Derecho interno del Estado que declare competente la norma venezolana de conflicto») e l'art. 21, secondo comma, della Convenzione dell'Aja del 1996 concernente la competenza, la legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e di protezione dei minori. Nel diritto portoghese l'accoglimento della stessa soluzione può desumersi con chiarezza dall'enunciazione, contenuta nell'art. 16 cod. civ., del principio generale secondo cui, in assenza di esplicite disposizioni in contrario (e cioè di disposizioni che nel caso di specie ammettano il rinvio), il riferimento ad un ordinamento giuridico straniero operato dalle regole di conflitto di tale paese determina solo l'applicazione delle norme materiali dell'ordinamento in questione.

³⁹² Esiste, tra l'altro, anche la possibilità che sia piuttosto la legge originariamente rinvianti ad accettare il rinvio di ritorno ad essa indirizzato e che quindi manchi non soltanto l'accettazione del rinvio iniziale ma addirittura lo stesso rinvio. E' facile constatare che, dal punto di vista della ricerca del coordinamento tra sistemi, in questo caso si produrrebbe comunque un risultato sostanzialmente analogo a quello che si determina quando il rinvio altrove viene invece accettato, dato che tutte le leggi implicate nel circuito condividerebbero ugualmente la soluzione accolta dal regolamento, che, come si è visto, consisterebbe appunto nel tenere ferma la designazione delle disposizioni materiali della prima legge.

legge. Teoricamente si potrebbero perfino concepire sequenze ancora più lunghe di rinvii nelle quali tutte le leggi comprese nella catena finiscano per concordare sull'applicabilità dell'ultima. Simili situazioni non si distinguono da quella in cui il rinvio è immediatamente accettato dalla prima legge cui è rivolto che per il maggior numero delle leggi straniere implicate. Di conseguenza, la presa in considerazione di queste serie di rinvii da parte dell'ordinamento del foro, permettendo di conseguire una misura di uniformità internazionale di regolamentazione addirittura più ampia, corrisponde perfettamente alla *ratio* delle disposizioni che, come l'art. 34 del regolamento, adottano il modello del «rinvio altrove accettato». Si spiega quindi che tale soluzione goda generalmente del favore della dottrina nei paesi i cui sistemi di conflitto fanno impiego del modello di rinvio in questione³⁹³.

Le opinioni emesse in senso contrario, soprattutto nella dottrina italiana, si basano unicamente sull'argomento di carattere testuale secondo cui la «chiara» lettera delle disposizioni del suddetto tipo ammetterebbe soltanto la possibilità di tenere conto del rinvio operato dalla legge designata inizialmente dalla regola di conflitto del foro e non anche di quelli successivi eventualmente effettuati da leggi diverse³⁹⁴. In realtà una ricostruzione tecnicamente corretta del funzionamento del rinvio in casi del genere consente di dimostrare facilmente che interpretazioni maggiormente liberali sono tutt'altro che incompatibili con il tenore letterale di siffatte disposizioni, almeno fintanto che esse utilizzino, come è da ritenere che faccia l'art. 34 del regolamento³⁹⁵, il principio del rinvio «integrale». In effetti, una volta accettata una concezione del rinvio che esige, ai fini dell'accertamento della sua esistenza, una valutazione completa del contenuto del sistema di conflitto dell'ordinamento rinvianto, non si vede come si possa rifiutare di riconoscere che, quando ci si trovi di fronte ad una sequenza di rinvii il cui punto di arrivo è rappresentato da una legge che finalmente si consideri applicabile e che è designata unanimemente da quelle che la precedono nella catena, tale legge è richiamata dalla prima al pari di quanto lo è da tutte le altre. Dal punto di vista dell'ordinamento del foro il risultato cui si perviene consiste dunque precisamente nella constatazione del fatto che la legge che la sua regola di conflitto aveva inizialmente indicato come applicabile rivolge ad un'altra legge un rinvio – sia pure effettuato per il tramite della presa in considerazione di uno o più sistemi di conflitto diversi – che è accettato dalla medesima. Anche in queste ipotesi l'accoglimento del rinvio sembra pertanto rispondere ad una ragionevole interpretazione dell'art. 34³⁹⁶.

Ad uguale conclusione dovrebbe inoltre giungersi, per gli stessi motivi, ove in una sequenza di tre o più rinvii tra leggi straniere l'ultima di esse, invece di accettare la designazione di cui è oggetto, rinvii indietro ad una legge intermedia, sempre che naturalmente la legge in questione accetti di appli-

³⁹³ V. in particolare, riguardo all'art. 17 del cod. civ. portoghese, A. FERRER CORREIA, «La doctrine des droits acquis dans un système de règles de conflit bilatérales», in *Multitudo Legum Jus Unum. Festschrift für Wilhelm Wengler*, vol. II, Berlin, 1973, p. 306; J. BAPTISTA MACHADO, *Lições de direito internacional privado*, Almedina, Coimbra, 1974, p. 198; riguardo all'art. 13 della legge italiana di diritto internazionale privato, N. BOSCHIERO, *Appunti sulla riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, Torino, 1996, p. 184 ss; A. BONOMI, «La loi applicable aux successions dans le nouveau droit international privé italien et ses implications dans les relations italo-suisses», *Rev. suisse de droit int. et de droit européen*, 1996, p. 488 ss.; T. BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, 3. ed., Padova, 1999, p. 263; nella dottrina francese che interpreta il sistema di conflitto di quel paese in senso favorevole all'accoglimento del modello di rinvio in questione, D. HOLLEAUX / J. FOYER / G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, Paris, 1987, pp. 247, 255; H. BATIFFOL / P. LAGARDE, *Droit international privé*, vol. I, 8^a ed., Paris, 1993, p. 502; Y. LEQUETTE, «Renvoi», *Répertoire int. Dalloz*, 1998, p. 9, n. 57.

³⁹⁴ V., ad esempio, con riferimento all'interpretazione dell'art. 13 della legge italiana di diritto internazionale privato, P. PICONE, «La teoria generale del diritto internazionale privato nella legge italiana di riforma della materia», *Riv. dir. int.*, 1996, p. 311, e *Id.*, «Il rinvio nel diritto internazionale privato italiano», in *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel Magalhães Collaço*, Almedina, Coimbra, 2002, p. 588; F. POCAR, *Il nuovo diritto internazionale privato italiano*, Milano, 1997, p. 33 s.; F. MOSCONI / C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, vol. I, *Parte generale e obbligazioni*, 6^a ed., Torino, 2013, p. 244 s.; relativamente all'interpretazione dell'art. 17 del cod. civ. portoghese, A.E. VON OVERBECK, «Les questions générales du droit international privé à la lumière des codifications et projets récents», *Recueil des cours*, vol. 176 (1982), p. 144.

³⁹⁵ Cfr. il par. precedente.

³⁹⁶ Nello stesso senso, con riferimento al testo provvisorio dell'art. 34 contenuto nella versione finale della proposta di regolamento concordata informalmente tra le istituzioni nel corso del 2011 (allora numerato come art. 26), v. D. SOLOMON, «Die Renaissance des Renvoi im Europäischen Internationalen Privatrecht», in *Liber Amicorum Klaus Schurig*, München, 2012, p. 255, il quale tuttavia manca di distinguere chiaramente le diverse conseguenze cui in situazioni simili è suscettibile di condurre l'accoglimento rispettivo del modello del *single renvoi* e di quello del rinvio integrale.

carsi e che sussista al riguardo anche l'accordo della prima nonché quello delle altre eventuali leggi che occupano nella catena una posizione anteriore. E' solo qualora nella serie dei riferimenti successivi si vengano a creare delle soluzioni di continuità che il meccanismo del «rinvio altrove accettato» cessa di funzionare ed occorre quindi mantenere ferma l'applicazione delle norme materiali della legge originalmente designata dalla regola di conflitto del foro. Va ancora aggiunto che nel caso di rinvio indietro «indiretto», vale a dire quando la sequenza dei riferimenti termini con un richiamo operato alla legge del foro, la logica del rinvio di tipo integrale richiede che l'applicazione delle disposizioni materiali di quest'ultima in luogo di quelle della legge inizialmente richiamata sia subordinata alla verifica della sua rispondenza alla comune volontà di tutte le leggi straniere implicate, dal momento che l'obiettivo cui tende l'accoglimento di tale tipo di rinvio non consiste in un indiscriminato ampliamento dell'ambito di applicazione del diritto interno ma nella ricerca dell'uniformità internazionale di regolamentazione.

123. L'analisi che si è svolta ha condotto dunque a mettere in evidenza che il modello di rinvio adottato dal regolamento, correttamente interpretato ed applicato, permette di raggiungere frequentemente un'adeguata misura di coordinamento con le posizioni dei sistemi di conflitto stranieri sia nel rinvio altrove che nel rinvio indietro; ed in particolare, nella prima ipotesi, ognqualvolta vi sia accordo tra tutte le leggi degli Stati terzi interessate ma non di rado anche quando l'accordo sussista solo tra alcune delle medesime³⁹⁷ e, nella seconda, tanto nei rapporti con i paesi che non ammettono affatto il rinvio quanto nei rapporti con quelli che accolgono il modello del *single renvoi*. In pratica è quasi soltanto qualora ci si trovi di fronte ad un rinvio indietro effettuato da una legge che faccia a sua volta impiego del rinvio di tipo integrale che occorrerà rinunciare del tutto al coordinamento delle posizioni rispettive. Si tratta peraltro, come si è visto, di un'eventualità poco comune³⁹⁸. Attualmente essa appare suscettibile di verificarsi pressoché unicamente nelle relazioni con i paesi di *common law* nei casi di successione relativa a beni immobili situati in uno Stato membro e facenti parte dell'asse ereditario di un *de cuius* che abbia avuto la sua ultima residenza abituale in uno dei paesi in questione³⁹⁹. Infatti questi ultimi, essendo seguaci del principio della scissione, sottopongono la successione concernente gli immobili che si trovano all'estero alla *lex rei sitae* ed ammettono inoltre il rinvio nella forma della *foreign court theory*. Poiché, d'altro canto, i suddetti paesi escludono generalmente la competenza dei propri tribunali a pronunciare sulle successioni aventi ad oggetto immobili localizzati all'estero⁴⁰⁰ e non subordinano alla condizione del rispetto delle loro regole di conflitto il riconoscimento delle decisioni giudiziarie straniere, l'assenza di coordinamento con le posizioni dei loro sistemi di diritto internazionale privato è tuttavia destinata a rimanere quasi sempre priva di conseguenze concrete⁴⁰¹. L'interpretazione del modello di

³⁹⁷ D'altronde, in caso di disaccordo tra le leggi straniere implicate, la soluzione accolta dal regolamento, consistente nell'applicazione delle norme materiali di quella inizialmente designata dalle sue regole di conflitto, coinciderà quasi sempre con la soluzione adottata da almeno una delle leggi in questione, diversamente da quanto avverrebbe molto più spesso se il regolamento non ammettesse il rinvio. E' del resto superfluo sottolineare che, quando i sistemi di conflitto delle leggi straniere con le quali la successione presenta dei collegamenti hanno posizioni discordi, una situazione di armonia di carattere generale non può essere conseguita con nessun mezzo.

³⁹⁸ Cfr. *supra*, par. 119, ed ivi, in particolare, la nota 379.

³⁹⁹ Sicuramente molto più rare saranno le ipotesi nelle quali il sorgere di un problema di rinvio nei rapporti con uno di questi paesi potrà essere provocato dalle differenze di significato intercorrenti tra il concetto di *domicile* utilizzato dai suddetti paesi come criterio di collegamento in materia di successione mobiliare e la nozione di residenza abituale accolta dal regolamento: cfr. in proposito *supra*, par. 116. Nelle relazioni con un paese europeo non appartenente all'Unione e che in materia successoria adotta a sua volta il modello del rinvio integrale, quale la Svizzera, la possibilità di un rinvio è invece quasi completamente esclusa, dato che l'art. 91 della sua legge di diritto internazionale privato sottopone l'intera successione al diritto dello Stato di ultimo domicilio del *de cuius* e che l'art. 20 della stessa legge definisce il domicilio in termini assai prossimi alla nozione di residenza abituale impiegata dal regolamento.

⁴⁰⁰ Possono peraltro esistere delle eccezioni. La più significativa è rappresentata dal diritto inglese che, quando l'asse ereditario si compone sia di beni situati in Gran Bretagna che di beni situati all'estero, ammette la competenza dei propri organi giurisdizionali a statuire sull'intera successione e quindi anche sulla parte di questa che concerne gli immobili che si trovano all'estero. Inoltre i giudici di tutti i paesi in questione, pur non potendo intervenire direttamente nelle operazioni relative al regolamento della successione né risolvere in via principale le controversie che la riguardano, possono però naturalmente sempre conoscere di essa o di alcuni suoi aspetti a titolo di questione preliminare o in altri contesti analoghi.

⁴⁰¹ V. per rilievi in tal senso anche K. SIEHR, «Connecting Factors, Party Autonomy and Renvoi», in *The External Dimension of EC Private International Law in Family and Succession Matters* (a cura di A. MALATESTA / S. BARATTI / F. POCAR),

rinvio adottato dal regolamento come rinvio integrale anziché come *single renvoi* non produrrà quindi nei rapporti con tali paesi altro inconveniente che quello, reale o presunto, costituito dalla rinuncia a sfruttare il rinvio quale mero espediente atto determinare l'ampliamento dell'ambito di applicazione della *lex fori*. Siffatto inconveniente può comunque ritenersi ampiamente compensato dal vantaggio rappresentato dalla possibilità di evitare le difficoltà provocate dalla scissione.

XII. I limiti all'applicazione della legge richiamata

1. L'ordine pubblico

124. L'art. 35 del regolamento contiene una clausola relativa all'ordine pubblico formulata in termini conformi a quelli divenuti ormai usuali negli atti dell'Unione concernenti il diritto internazionale privato, in base alla quale l'applicazione della legge richiamata può essere esclusa solo qualora essa «risulti manifestamente incompatibile con l'ordine pubblico del foro dell'autorità giurisdizionale o di altra autorità competente che si occupa della successione».

Lo studio di diritto comparato compiuto dal Deutsches Notarinstitut su incarico della Commissione europea aveva evidenziato «la relative rareté, parfois même l'inexistence» della giurisprudenza in materia negli Stati membri⁴⁰²; l'entrata in vigore del regolamento dovrebbe rendere il ricorso all'ordine pubblico ancora meno frequente di quanto sia avvenuto finora, dato che la tendenziale coincidenza fra *forum* e *jus* che l'atto persegue porta ad una conseguente diminuzione delle ipotesi di richiamo di leggi straniere. Anche gli Stati membri che adottano attualmente il criterio della cittadinanza sottoporranno alla legge del paese di ultima residenza abituale le successioni dei cittadini di Stati terzi stabiliti nel loro territorio, limitando così ai soli casi nei quali questi ultimi abbiano usufruito della facoltà di effettuare una *professio juris* le ipotesi di applicazione di leggi estere che potrebbero prevedere regole di devoluzione successoria suscettibili di porsi in contrasto con l'ordine pubblico, soprattutto per il mancato rispetto dei principi fondamentali della non discriminazione in base al sesso e alla religione⁴⁰³.

Padova, 2008, p. 266; cfr. inoltre in argomento L. FUMAGALLI, «Rinvio e unità della successione nel nuovo diritto internazionale privato italiano», *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1997, p. 829 ss.

⁴⁰² L'affermazione si basa sui rapporti nazionali che hanno costituito il fondamento dello studio; v. «Étude de droit comparé sur les règles de conflits de juridictions et de conflits de lois relatives aux testaments et successions dans les Etats membres de l'Union européenne», compiuta dal Deutsches Notarinstitut con la collaborazione di H. Dörner e P. Lagarde, in *Les successions internationales dans l'UE: perspectives pour une harmonisation*, Würzburg, 2004, p. 89.

⁴⁰³ Come è noto, è specialmente il diritto dei paesi islamici che contiene norme che possono suscitare problemi di compatibilità con i suddetti principi, quali le norme secondo cui un non musulmano non ha diritto di successione dei confronti di un musulmano, quelle che stabiliscono l'esclusione dalla successione dei figli nati fuori dal matrimonio o quote di eredità diverse a seconda del sesso degli eredi; v. le disposizioni legislative di alcuni di tali paesi riportate nel volume *Le droit musulman de la famille et des successions à l'épreuve des ordres juridiques occidentaux* (a cura di S. ALDEEB ABU-SAHLEH / A. BONOMI), Zurich, 1999, p. 309 ss. L'analisi della giurisprudenza dei diversi Stati membri, che non è particolarmente copiosa, mostra però che anche in casi di regimi che presentano aspetti discriminatori l'applicazione della legge straniera non viene del tutto esclusa, ma riceve invece un'applicazione selettiva che esclude unicamente le disposizioni che risultano gravemente lesive dei diritti delle persone interessate: v. a questo proposito A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, Madrid, 13^a ed., Granada, 2012, vol. I, p. 486, ove questo modo di funzionamento del limite dell'ordine pubblico è definito come *orden público internacional «parcial»*. E' quindi possibile che la legge straniera che non ammette la successione del figlio nato fuori del matrimonio (che, com'è noto, secondo il diritto islamico non ha alcuna relazione di parentela con il padre) venga solo parzialmente scartata, ed applicata invece nella parte nella quale non si pone in contrasto con il principio dell'uguaglianza dei figli nei rapporti con i genitori, che è da considerarsi fondamentale per lo meno negli ordinamenti dei paesi parti alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (come affermato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nella sentenza resa il 13 giugno 1979, *Marckx c. Belgio*, n. 683/74). Per quanto riguarda le regole che riservano alle figlie la metà di quanto ricevono i maschi, previste dal Corano, 4:7 e 4:11, i testi di diritto islamico fanno notare che queste regole, all'epoca in cui vennero adottate, costituivano un significativo progresso della condizione femminile rispetto a quella prevista da altri ordinamenti e, in particolare, dal diritto consuetudinario previgente nei paesi arabi, nel quale le donne erano escluse completamente dall'eredità: v. A. HUSSAIN, *The Islamic Law of Succession*, Riyadh, 2005, p. 24 s.; D.S. POWERS, «The Islamic Inheritance System: A Socio-Historical Approach», in *Islamic Family Law* (a cura di C. MALLAT / J. CONNORS), London, 1993, p. 11 ss. Fra le scarse decisioni che fanno riferimento a questo tipo di regolamentazioni può citarsi quella pronunciata dal Landgericht Hamburg 12 febbraio 1991, *IPRechtssprechung 1991*, p. 264 ss., il quale ha ritenuto che la regola di diritto islamico (nella specie, si trattava del diritto iraniano) che limita la quota dell'eredità paterna da devolversi alle figlie alla metà di quella attribuita ai maschi non

125. Il ricorso al limite dell'ordine pubblico costituisce la tecnica fondamentale con la quale l'ordinamento del foro blocca l'applicazione di norme che violano i diritti fondamentali⁴⁰⁴; è però possibile che lo stesso funzionamento di tale limite e la conseguente disapplicazione della norma richiamata possano concretare una misura discriminatoria quando l'interesse tutelato dai giudici nazionali appare perseguito in maniera sproporzionata e non giustificata, come anche la Corte europea dei diritti dell'uomo ha avuto modo di affermare⁴⁰⁵. Il considerando 58 del regolamento qualifica dunque il ricorso all'ordine pubblico come una misura eccezionale e sottolinea che esso non potrebbe comunque giustificare la disapplicazione della legge di un altro Stato membro «qualora ciò avvenisse in violazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in particolare del suo articolo 21 che vieta qualsiasi forma di discriminazione».

In particolare, il divieto di discriminazione sulla base del sesso e dell'orientamento sessuale dovrebbe imporre il riconoscimento degli effetti successori delle unioni fra persone dello stesso sesso, contratte sia in forma di matrimonio, sia in forma di unione civile o di partenariato⁴⁰⁶, nonché dei diritti ereditari spettanti ai figli, anche adottivi, di coppie omosessuali: e ciò malgrado le notevoli divergenze

è contraria all'ordine pubblico tedesco, almeno se applicata a persone che aderiscono spontaneamente a quella cultura, perché il genitore avrebbe comunque potuto differenziare le quote spettanti ai figli mediante disposizione testamentaria anche secondo il diritto tedesco; sul rapporto fra diritto internazionale privato e rispetto dell'identità culturale v. le osservazioni di carattere generale di C. CAMPILIO, «Los conflictos normo-culturales en el ámbito familiar», *Cuadernos der. transnacional*, 2012, 2, p. 4 ss. Anche in molti paesi islamici queste norme sono ormai percepite con un certo sentimento di ingiustizia, al quale può tuttavia porsi rimedio mediante il ricorso a donazioni fatte dai genitori nei confronti di figli e figlie, poiché nel diritto islamico non si fa luogo a collazione; identica soluzione può essere adottata per rimediare all'incapacità di un non musulmano di succedere ad un musulmano e alla conseguente esclusione della moglie non musulmana dagli eredi legittimi. E' quindi possibile che la relativa scarsità della giurisprudenza in materia nei paesi europei dipenda anche dal fatto che un musulmano, senza violare i precetti della Sharia', può sempre disporre dei suoi beni facendo testamento per la parte disponibile oppure facendo ricorso a donazioni.

⁴⁰⁴ Si vedano a questo proposito le osservazioni di J. MEEUSEN, «Le droit international privé et le principe de non-discrimination», *Recueil des cours*, vol. 353 (2012), spec. p. 137 ss.

⁴⁰⁵ V. in particolare la sentenza del 3 maggio 2011, *Negrepontis-Giannisis c. Grecia*, n. 56759/08, nella quale la Corte ha rilevato al punto 90 che l'applicazione del limite dell'ordine pubblico da parte delle autorità giurisdizionali di uno Stato «ne doit pas être faite de manière arbitraire et disproportionnée» e, nella specie, ha considerato che non costituisse una misura proporzionata includere nel concetto di ordine pubblico norme di origine religiosa e per di più risalenti ad epoche lontane, con conseguente violazione da parte della Grecia dei diritti fondamentali del ricorrente. Dal canto suo, la Corte di giustizia dell'Unione europea nella decisione resa il 22 dicembre 2010, *I. Sayn-Wittgenstein c. Landeshauptmann von Wien*, C-208/09, Racc. 2010, p. I-13693, ha indicato al punto 87 che «le circonstances spécifiques atte à giustifier une application du limite dell'ordine pubblico possono variare da uno Stato membro all'altro e da un'epoca all'altra» e che le autorità nazionali godono di «un certo margine di discrezionalità» che deve però essere esercitato «entro i limiti imposti dal Trattato». V. in proposito l'analisi di P. KINSCH, «Droits de l'homme et reconnaissance internationale des situations personnelles et familiales», in *La tutela dei diritti umani e il diritto internazionale, Atti del XVI Convegno della Società Italiana di diritto internazionale, Catania, 23-24 giugno 2011* (a cura di A. DI STEFANO / R. SAPIENZA), Napoli, 2012, pp. 221, 232 s.

⁴⁰⁶ V. *supra*, par. 21. Anche in un paese membro, come l'Italia, nel quale non sono previsti né il matrimonio omosessuale, né alcuna forma di partenariato registrato, recentemente la Corte costituzionale nella pronuncia n. 138 del 14-15 aprile 2010 (in GU 21 aprile 2010, n. 16, serie 1^a spec.), ha affermato che l'art. 2 della Costituzione italiana – che tutela i diritti fondamentali dell'individuo nelle formazioni sociali – si applica senza dubbio alla «unione omosessuale, intesa come stabile convivenza fra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone – nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri». La Corte ha osservato che detto riconoscimento non necessariamente deve avvenire in tutti gli Stati con le stesse modalità; ha tuttavia aggiunto che essa si riserva di intervenire per garantire, in relazione ad ipotesi particolari, il «trattamento omogeneo tra la condizione della coppia coniugata e quella della coppia omosessuale». L'interpretazione dell'art. 2 della Costituzione italiana consente pertanto di attribuire alle coppie di persone dello stesso sesso il diritto a un «trattamento omogeneo» che potrebbe risultare anche più pregnante del diritto alla protezione familiare che la Corte europea dei diritti dell'uomo ha riconosciuto alle coppie omosessuali nella sentenza 14 giugno 2009, *Schalk e Kopf c. Austria*, 30141/04. La Corte di cassazione italiana 15 marzo 2012, n. 4184, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2012, p. 747, nell'affermare la non trascrivibilità in Italia di matrimoni contratti all'estero da cittadini italiani appartenenti allo stesso sesso ha fondato la propria decisione unicamente sulla «loro inidoneità a produrre, quali atti di matrimonio appunto, qualsiasi effetto giuridico nell'ordinamento italiano»; ha però ribadito che i «componenti della coppia omosessuale (...) quali titolari del diritto alla vita familiare e nell'esercizio del diritto inviolabile di vivere liberamente una condizione di coppia e del diritto alla tutela giurisdizionale di specifiche situazioni, segnatamente alla tutela di diritti fondamentali, possono adire i giudici comuni per far valere, in presenza appunto di "specifiche situazioni", il diritto ad un trattamento omogeneo a quello assicurato dalla legge alla coppia coniugata». Queste pronunce fanno ritenere che il limite dell'ordine pubblico non dovrebbe essere considerato opponibile dal giudice italiano alla possibilità di una persona di succedere al coniuge o al partner dello stesso sesso.

sussistenti a questo proposito fra gli ordinamenti degli Stati membri. D'altra parte, come è noto, per giurisprudenza costante e consolidata gli effetti successori di istituti che, in ragione della loro forte connotazione discriminatoria, non vengono riconosciuti come tali negli ordinamenti della maggior parte degli Stati membri – quali, in particolare, i matrimoni poligamici – sono ammessi senza esitazioni, talora imponendo alcuni adattamenti della pertinente normativa interna⁴⁰⁷.

126. Come già si è detto, la giurisprudenza di numerosi paesi membri si mostra progressivamente incline a ritenere che le norme che prevedono quote di riserva non possiedono carattere di ordine pubblico⁴⁰⁸. Si può anzi notare una – per ora moderato – tendenza ad un rovesciamento di valutazioni, che porta a sforzarsi piuttosto di salvaguardare la libertà del testatore di disporre dei propri beni. Tuttavia, durante la procedura di adozione del regolamento sono state espresse, in particolare da parte di alcuni parlamenti nazionali, consistenti preoccupazioni riguardanti la tutela degli eredi necessari. Ne è derivata la decisione di eliminare dal testo definitivo del regolamento, come già si è detto, la disposizione originariamente contenuta nella proposta della Commissione secondo cui una legge straniera non avrebbe potuto essere considerata in contrasto con l'ordine pubblico «per il solo fatto che le modalità da quella previste in relazione alla legittima differiscono dalle modalità vigenti nel foro»⁴⁰⁹. La questione resta dunque aperta, e vi è chi ritiene che il regolamento si mostri nel complesso favorevole ad una certa tutela della riserva⁴¹⁰. La comparazione della regolamentazione data all'istituto nei vari ordinamenti che lo prevedono mette peraltro in evidenza ampie divergenze sia per quanto concerne l'identificazione delle categorie di persone protette che l'ammontare delle quote ad esse assegnate, cosicché occorrerebbe vagliare caso per caso la contrarietà all'ordine pubblico dell'esclusione di una particolare classe di beneficiari, valutando, al contempo, se la mancata previsione di una quota di legittima non sia controbilanciata da altri istituti previsti dalla legge richiamata, quali forme di compensazione o assegnazione di altre provvidenze di carattere economico⁴¹¹. Inoltre, per quanto riguarda il coniuge superstite, occorrerebbe in

⁴⁰⁷ Ad esempio, in Spagna la giurisprudenza ammette gli effetti successori del matrimonio poligamico in applicazione della tesi del c.d. *orden público internacional atenuado* (v. A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, Madrid, 13^a ed., Granada, 2012, vol. I, p. 488), generalmente accolta anche in Francia. In Italia la Corte di cassazione (ad es., Cass. civ. 2 marzo 1999, n. 1739) ha seguito invece anche recentemente la vecchia dottrina secondo la quale nella successione del figlio del musulmano poligamo la presa in considerazione delle norme straniere relative al rapporto di filiazione o al rapporto matrimoniale nell'ordinamento giuridico interno non implica la loro «inserzione» nell'ordinamento giuridico interno, ma costituisce solo «un elemento del processo di interpretazione della norma straniera sulla successione», per cui il problema della contrarietà all'ordine pubblico non si porrebbe neanche (cfr. R. AGO, *Teoria del diritto internazionale privato*, Padova, 1934, p. 322). In realtà, la tesi in questione, come era stato già dimostrato (A. DAVÌ, *L'adozione nel diritto internazionale privato italiano*, Milano, 1981, p. 335 s., in nota 98), non è sostenibile sul piano tecnico, sia perché le norme straniere non costituiscono soltanto un elemento di interpretazione delle norme che regolano la questione principale, ma concorrono anch'esse alla complessiva disciplina della fattispecie, sia perché la distinzione puramente meccanica fra le ipotesi in cui una situazione giuridica debba essere riconosciuta in via principale e quella in cui svolga semplicemente la funzione di premessa di effetti ulteriori contrasta con la necessità di valutare la contrarietà all'ordine pubblico in ogni singolo caso concreto ed è idonea a portare a risultati inaccettabili sul piano pratico. Peraltro in alcuni casi l'applicazione della normativa straniera in concorso con quella della normativa nazionale può richiedere particolari adattamenti, come nella famosa sentenza della Corte di cassazione francese del 3 gennaio 1980 relativa al caso *Bennedouche, Rev. crit. droit int. privé*, 1980, p. 331, riguardante la successione di un musulmano poligamo, in cui la Corte dovette dividere la quota riservata dal diritto francese al coniuge superstite (pari ad un terzo dell'eredità) in parti uguali fra le due mogli, che ricevettero quindi ognuna un sesto del totale.

⁴⁰⁸ Al riguardo già *supra*, par. 57.

⁴⁰⁹ V. *supra*, nota 163. Si vedano anche gli auspici relativi alla protezione della riserva mediante il ricorso all'ordine pubblico nei confronti di una legge successoria straniera che non dovesse prevederla che sono contenuti nelle proposte formulate dal 108^o congresso dei notai di Francia, nelle quali, preso atto dell'entrata in vigore del regolamento 650/2012, si afferma il carattere essenziale della riserva e la sua natura di ordine pubblico per salvaguardare la sua funzione sociale e, dopo aver premesso che «il faudrait, pour que la réserve héréditaire puisse être opposée à l'application d'une loi étrangère, qu'elle soit considérée comme faisant partie de l'ordre public international», si indica ai notai francesi il criterio generale di condotta consistente nel cercare di far rispettare la riserva mediante un accordo fra gli eredi, e, nel caso questo si rivelasse impossibile, nell'invitare le parti a rivolgersi al tribunale competente; v. il testo di tali proposte all'indirizzo: <http://2012.congresdesnotaires.fr/l-ouvrage-du-108eme-congres>.

⁴¹⁰ Così M. GRIMALDI, «Brèves réflexions sur l'ordre public et la réserve héréditaire», *Defrénois*, 2012, p. 755 s.; l'autore mette in evidenza come i considerando 38 e 50 (sui quali v. *supra*, rispettivamente par. 53 e par. 74) possano essere considerati indici della volontà del regolamento di proteggere tale istituto.

⁴¹¹ V. *supra*, par. 2.

ogni caso tenere conto della disciplina del regime matrimoniale, la cui liquidazione a seguito della morte di uno dei coniugi precede la devoluzione della successione⁴¹².

2. L'applicazione di speciali regimi previsti dalla *lex rei sitae*

127. Lo stretto legame esistente fra la disciplina della proprietà e dei diritti reali e la regolamentazione delle successioni, sul quale si fonda, come si è visto⁴¹³, l'adozione da parte di alcuni sistemi di conflitto di un regime scissionista e la conseguente sottoposizione della successione concernente i beni immobili alla *lex rei sitae*, si trova anche alla base dei regimi speciali cui le legislazioni di alcuni paesi sottopongono la successione relativa a determinati beni. Nel corso della elaborazione della Convenzione dell'Aja del 1989 si era pertanto deciso di inserire nel testo dello strumento una disposizione secondo la quale la legge richiamata per la disciplina della successione non avrebbe dovuto fare ostacolo all'applicazione di norme dello Stato della situazione di immobili, imprese o particolari categorie di beni che li sottoponessero ad un regime successorio speciale, motivato da considerazioni di carattere economico, familiare o sociale⁴¹⁴.

Anche nel regolamento, in considerazione di identiche preoccupazioni, è stata inserita una disposizione – l'art. 30 – che, in termini molto simili a quelli utilizzati dalla corrispondente norma della convenzione, ammette la prevalenza sulla legge successoria delle speciali disposizioni della legge dello Stato di situazione di «immobili, imprese o altre categorie particolari di beni» che impongano restrizioni alla successione concernente tali beni «per ragioni di carattere economico, familiare o sociale» purché, in base al diritto di tale Stato, esse si applichino indipendentemente dalla legge applicabile alla successione⁴¹⁵.

Occorre sottolineare che l'art. 30 si riferisce alle leggi di qualunque Stato e non unicamente a quelle degli altri Stati membri e che la sua applicazione rende possibile un'almeno parziale dissociazione fra *forum* e *jus*, motivato essenzialmente dall'esigenza di coordinamento con le posizioni dei sistemi di conflitto degli altri paesi. Tale esigenza si presenta con altrettanta, se non maggiore, forza con riferimento agli Stati terzi essendo, tra l'altro, funzionale a facilitare il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni nei paesi di situazione dei beni.

128. A questi speciali regimi appartengono, innanzitutto, normative di origine antica, in alcuni casi risalenti addirittura all'Alto Medioevo, che tendono ad evitare che terreni coltivati o addetti a bosco o a pascolo vengano parcellizzati a causa della loro divisione fra più eredi, con la conseguenza che il

⁴¹² V. le argomentazioni svolte *supra*, par. 22.

⁴¹³ *V. supra*, par. 23 s.

⁴¹⁴ Già all'epoca della negoziazione del progetto di convenzione in materia di successioni in seno alle prime sessioni della Conferenza dell'Aja numerose delegazioni avevano sollevato preoccupazioni di tal genere; la soluzione individuata all'epoca avrebbe dovuto consistere in un'indicazione precisa di questi speciali regimi ad opera di ognuno dei governi interessati (V. *supra*, nota 22). Il diritto tedesco prevede all'art. 3, par. 3, EGBGB una norma simile, avente però carattere più generale, ispirata al rispetto delle «disposizioni speciali» (besondere Vorschriften) della *lex rei sitae* anche in situazioni regolate da una legge diversa.

⁴¹⁵ La corrispondente norma contenuta nel testo della proposta del 2009 era stata esaminata con particolare attenzione dal Max-Planck-Institut di Amburgo, che aveva suggerito di modificarla in maniera radicale, modellandola più sul testo dell'art. 9 del regolamento 593/2008 (Roma I), avente ad oggetto le c.d. norme di applicazione necessaria, che su quello della convenzione dell'Aja (cfr. MAX-PLANCK-INSTITUT FÜR AUSLÄNDISCHES UND INTERNATIONALES PRIVATRECHT, «Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of succession and the creation of a European Certificate of Succession», *RabelsZ*, 2010, p. 643 ss.). La norma avrebbe dovuto contemplare l'applicazione delle *overriding mandatory norms* della *lex rei sitae*. Tuttavia, la formulazione contenuta nel regolamento Roma I, riguardando norme che dovrebbero essere provviste di carattere imperativo, non si presta ad essere utilizzata nella materia successoria per tener conto di questi regimi, perché essa risulterebbe contraddetta dal fatto che alcune delle disposizioni in questione possono essere derogate per testamento. Lo stesso dibattito si era svolto anche all'epoca dell'adozione della convenzione dell'Aja; il delegato francese P. Lagarde nel corso della discussione aveva indicato che Belgio, Francia, Germania e Polonia possiedono norme destinate a proteggere imprese artigianali, commerciali o industriali, che possono però essere derogate da disposizioni testamentarie che ne escludano l'applicazione e pertanto non possono considerarsi come aventi natura imperativa malgrado il fatto che, in assenza di un'espressa esclusione, esse siano destinate ad applicarsi anche quando la successione è soggetta ad una legge diversa (CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, *Actes et documents de la seizième session* (1988), vol. II, *Successions - loi applicable*, La Haye, 1990, p. 15).

loro sfruttamento rischierebbe di diventare poco interessante sul piano economico ed essi vengano conseguentemente abbandonati. Si tratta di regimi applicabili a porzioni limitate di territorio, in zone disageate o di clima sfavorevole, come, ad esempio, il regime del «maso chiuso» che continua ad applicarsi in buona parte dell'Alto Adige italiano e che prevede che alla morte del proprietario il fondo agricolo con le sue pertinenze (il «maso») non venga diviso fra i beneficiari dell'eredità ma passi ad un'unica persona, eventualmente indicata dal *de cunctis* nel testamento oppure individuata d'accordo fra gli eredi o, in mancanza di accordo, determinata dal giudice fra gli stessi coeredi secondo un ordine di preferenza che ora è stabilito dalla legge⁴¹⁶. Anche altri Stati membri, come ad esempio la Germania e la Francia, sottopongono a regimi simili i fondi agricoli in alcune parti dei rispettivi territori⁴¹⁷.

Per quanto riguarda, invece, le attività produttive, indicate genericamente dal regolamento come «imprese», alcuni paesi prevedono particolari regole successorie volte a favorirne la continuazione, che potrebbe essere messa in pericolo dopo il decesso dell'imprenditore da contrasti fra coeredi o comunque dal frazionamento dell'impresa. E' stata del resto la stessa Commissione europea ad incoraggiare gli Stati membri ad adottare provvedimenti volti a «facilitare la successione nelle piccole e medie imprese al fine di assicurare la sopravvivenza delle imprese ed il mantenimento dei posti di lavoro»⁴¹⁸. Si tratta di regimi che perseguono, dunque, finalità di interesse generale che il regolamento ha inteso salvaguardare.

Alcuni ordinamenti contengono speciali discipline che limitano la categoria dei successibili ai soli discendenti relativamente a beni di natura particolare – gioielli, arredi, collezioni d'arte o biblioteche, o, nei paesi ove sono ancora previsti, titoli nobiliari – affinché rimangano all'interno di una famiglia. La Francia prevede casi di successione definita «anomala», fra cui, ad esempio, l'ipotesi regolata dall'art. 747 del *code civil*, secondo cui alla morte di una persona che non lasci discendenti, i beni che questa ha ricevuto in donazione da un ascendente e che si trovino ancora nel suo patrimonio ritornano al donante. Regole specifiche sono poi previste in molti paesi membri per quanto concerne la successione nei diritti d'autore. Numerosi paesi conoscono inoltre forme di attribuzione preferenziale della piena proprietà o di altri diritti reali sull'abitazione principale a favore del coniuge o del *partner* superstite, con finalità di sostegno economico e specialmente per impedire che persone spesso di età avanzata rimangano prive di alloggio al momento della morte del compagno⁴¹⁹.

129. I regimi suscettibili di essere compresi nel campo di applicazione dell'art. 30 potrebbero quindi rivelarsi molto numerosi; tuttavia, poiché la disposizione introduce un'eccezione all'applicazione della legge successoria, essa deve essere in linea generale interpretata, come viene sottolineato nel considerando 54, «in modo restrittivo per essere compatibile con l'obiettivo generale» del regolamento⁴²⁰. Sarà dunque necessario stabilire di volta in volta se le discipline speciali eventualmente previste dalla legge del luogo di situazione di un bene rivestono o meno la particolare natura che è condizione per la loro prevalenza sulla legge richiamata.

⁴¹⁶ Legge della Provincia di Bolzano 28 novembre 2001, n. 17 (Legge sui masi chiusi). La legge, che ha recentemente adattato l'antico istituto, è accompagnata da una relazione che mette in rilievo l'opportunità economica di mantenere in vita questo regime fondato sulla constatazione di fatto che i terreni qualificati come «masi» risultano mediamente più produttivi di terreni che si trovano in condizioni geografiche simili ma che sono sottoposti alle regole comuni.

⁴¹⁷ In Germania le disposizioni in materia sono contenute nella *Höfeordnung* del 26 luglio 1976; in Francia la normativa sulla «attribution préferentielle» si trova negli artt. 831 ss. del *code civil*; v. per un'applicazione giurisprudenziale di quest'ultima v. il paragrafo successivo.

⁴¹⁸ Raccomandazione della Commissione 94/1069/CEE del 7 dicembre 1994 sulla successione nelle piccole e medie imprese (*GUCE L* 385 del 31 dicembre 1994, p. 14 ss.), su cui si veda *supra*, nota 262, nonché il commento di E. CALÒ, «Le piccole e medie imprese: cavallo di Troia di un diritto comunitario delle successioni?», *Nuova giurisprud. civile comm.*, 1997, II, p. 217 ss.; alla raccomandazione la Commissione ha fatto seguire la Comunicazione 98/C 93/2 relativa alla trasmissione delle piccole e medie imprese e una ulteriore comunicazione nel 2006.

⁴¹⁹ V., ad es., gli artt. 763 ss. e 831-2 e 831-3 *code civil* francese e l'art. 540 cod. civ. italiano e cfr. in proposito A. DEVAUX, «The European Regulation on Succession of July 2012: A Path Towards the End of the Succession Conflicts of Law in Europe, or Not?», all'indirizzo http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2230663 (e in corso di pubblicazione in *The International Lawyer*, 2013), secondo cui questi regimi potrebbero essere opponibili alla legge successoria.

⁴²⁰ Il considerando in questione precisa che l'art. 30 non può comunque avere per effetto di rendere applicabili norme che prevedono «una quota di legittima maggiore di quella prevista dalla legge applicabile alla successione ai sensi del presente regolamento».

Una prima importante affermazione in tal senso è stata fatta dalla Cour de cassation francese in una controversia riguardante la devoluzione di un'impresa agricola situata in territorio francese fra coeredi belgi, uno dei quali invocava la c.d. *attribution préférentielle* che, ai sensi degli art. 831 ss. del *code civil*, spetta su beni aziendali di qualunque natura al coniuge superstite o ad ogni altro erede comproprietario che abbia partecipato effettivamente alla gestione dell'impresa durante la vita del dante causa. La controversia ha fornito alla Corte l'occasione di enunciare, come aveva già fatto la Cour d'appel di Reims nella sentenza oggetto del ricorso, che «les règles relatives à l'*attribution préférentielle* sont, en raison de leur destination économique et sociale, des lois de police de sorte qu'ont vocation à s'appliquer celles que fixe la loi du lieu de situation de l'immeuble». Va osservato in proposito che, poiché la questione era comunque sottoposta alla legge francese in applicazione della norma di conflitto del foro, la Corte non aveva in realtà alcuna necessità di qualificare quelle norme come *lois de police* per poterle applicare al caso di specie; l'affermazione pare dunque suggerita dalla volontà di prendere una posizione di carattere «preventivo» in vista dell'entrata in vigore del regolamento; tale impressione è in effetti confermata dall'impiego nel testo della sentenza dell'espressione «*destination économique et sociale*» che riprende esattamente la terminologia utilizzata dall'art. 30⁴²¹.

130. L'autorità di uno Stato membro competente ad assumere provvedimenti sulla successione in un cespote ereditario situato in un diverso Stato la cui legge sottopone quel tipo di beni ad un regime particolare dovrà dunque valutare se tale regime risponde alle condizioni previste dall'art. 30. Si dovrà tenere presente che, come si è detto, la norma persegue una finalità di coordinamento; infatti, qualora l'autorità di uno Stato membro competente a prendere provvedimenti sulla successione concernente un bene soggetto, secondo la legge dello Stato in cui si trova, ad un regime speciale, dovesse ritenere che il suddetto regime non possiede il carattere di imperatività richiesto dall'art. 30, è possibile che la decisione, l'atto pubblico o l'eventuale certificato successorio che essa dovesse emettere non siano poi riconosciuti nello Stato di situazione del bene in quanto valutati come contrari all'ordine pubblico e che, di conseguenza, ne venga rifiutata l'esecuzione. Questo potrebbe avvenire, in particolare, quando il regime speciale concerne beni situati in Stati terzi, non vincolati dal regolamento. In casi del genere potrebbe peraltro rendersi opportuno un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia al fine di ottenere precisazioni sulle condizioni di applicazione della norma.

Una guida interpretativa importante può comunque già fin d'ora provenire dalla giurisprudenza della Corte che, a partire dalle sentenze rese nei casi *Arblade* e *Mazzoleni*, ha ripetutamente affermato che le norme di natura imperativa stabilite da uno Stato membro a tutela dell'interesse generale possono limitare l'applicazione del diritto degli altri Stati membri imposta dal diritto dell'Unione solo nel rispetto dei criteri della necessità, della proporzionalità e della non discriminazione e, in particolare, previa verifica della condizione che la normativa straniera non offra già una protezione equivalente degli interessi tutelati⁴²². Occorrerebbe pertanto valutare in ogni ipotesi concreta la compatibilità dell'applicazione della legge successoria con gli obiettivi delle norme poste dalla *lex rei sitae*, la cui realizzazione potrebbe essere assicurata con altrettanta pienezza anche dalla prima. Si potrebbe realizzare in questo modo una equilibrata coesistenza tra l'esigenza di protezione degli interessi di natura familiare, economica e sociale posta alla base dell'adozione dei regimi successori speciali e l'opportunità di non sacrificare in misura non necessaria la normale applicazione della legge competente a disciplinare in via generale la successione. In questo modo si eviterebbe di dover restringere eccessivamente il numero delle disposizioni suscettibili di venire ricomprese nella previsione dell'art. 30 del regolamento, come

⁴²¹ Cass. 10 ottobre 2012, n. 11-18.345, *Juris-Classeur pér. (Semaine juridique, éd. générale)*, 2012, p. 2304, con nota di L. PERREAU-SAUSSINE, «Les règles relatives aux attributions préférentielles sont des lois de police», che qualifica di «hétéodoxe» il ragionamento seguito dalla Corte e si chiede appunto se la decisione non debba essere considerata manifestazione della volontà di dare anticipate indicazioni sul modo in cui dovrà in futuro applicarsi il regolamento.

⁴²² CGUE 23 novembre 1999, *J.-C. Arblade e Arblade & Fils SARL*, C-369/96 e *B. Leloup, S. Leloup e Sofrage SARL*, C-376/96, Racc. 1999, p. I-8435; CGUE 15 marzo 2001, *A. Mazzoleni e Inter Surveillance Assistance SARL*, C-165/98, Racc. 2001, p. I-2189.

invece potrebbe accadere se fosse loro attribuita una funzione di limite preventivo all'applicazione di qualunque diritto straniero⁴²³.

XIII. La competenza

1. Le norme sulla competenza: considerazioni introduttive

131. Le norme poste nel capo II del regolamento costituiscono un sistema autonomo ed autosufficiente che tende ad individuare le autorità di un unico Stato membro come competenti a regolare tutti gli aspetti della successione, evitando per quanto possibile la coesistenza di fori alternativi. Si ottiene in questo modo quella «unité de compétence juridictionnelle» che era stata preconizzata come la soluzione migliore in materia di successioni⁴²⁴, cui il regolamento apporta alcune – peraltro limitate – deroghe, essenzialmente al fine di facilitare l'esercizio di specifici adempimenti collegati con le diverse fasi della devoluzione e trasmissione della successione o per l'assunzione di particolari provvedimenti. Al fine di favorire il conseguimento del parallelismo fra competenza giurisdizionale e legge applicabile, il sistema si impernia sull'adozione del criterio di competenza generale dell'ultima residenza abituale della persona della cui eredità si tratta, accompagnato dalla possibilità di spostamento della competenza a favore del giudice dello Stato membro la cui legge sia stata eventualmente oggetto di *professio juris*⁴²⁵. Il carattere *erga omnes* di queste disposizioni, che sostituiscono interamente le norme nazionali, le quali non conservano neppure il ruolo residuale che è stato loro mantenuto in altri atti dell'Unione, ha dettato per le ipotesi in cui il *de cuius* non avesse l'ultima residenza abituale in uno degli Stati membri l'adozione di criteri ulteriori di competenza c.d. sussidiaria e la previsione di un *forum necessitatis*⁴²⁶.

⁴²³ Una definizione delle norme di applicazione necessaria sufficientemente aperta può consentire, in effetti, la verifica della compatibilità del contenuto della legge richiamata con i loro obiettivi e permettere di includervi un ampio numero di disposizioni, favorendo così la protezione degli interessi che esse hanno la funzione di tutelare, mentre si rischia di doverne restringere l'ambito in maniera eccessiva se le norme in questione sono intese come un limite preventivo al normale riferimento internazionalprivatistico agli ordinamenti stranieri: v. in proposito A. DAVÌ, «La Rivista e gli studi di diritto internazionale privato in Italia nel dopoguerra», *Riv. dir. int.*, 2007, p. 36 ss.

⁴²⁴ V. DEUTSCHES NOTARINSTITUT, «Étude de droit comparé sur les règles de conflits de juridictions et de conflits de lois relatives aux testaments et successions dans les Etats membres de l'Union européenne», in *Les successions internationales dans l'UE: perspectives pour une harmonisation*, Würzburg, 2004, p. 44. L'interesse ad accentuare tutte le questioni riguardanti una medesima successione innanzi alle autorità di un unico paese era già stata posta in luce da G. DROZ, «Orientation des études relatives à certains problèmes du droit des successions, Document préliminaire de mai 1968 à l'intention de la Onzième session», in CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, *Actes et documents de la Douzième session (1972)*, vol. II, *Matières diverses - Administration des successions*, La Haye, 1974, p. 17, ed aveva dettato le soluzioni fatte proprie dalla Convenzione sull'amministrazione delle successioni del 1972, ispirata al «monismo juridictionnel» cui si è fatto riferimento *supra*, nota 29; v. anche l'art. 5 della «Proposition pour une convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière familiale et successorale», adottata dal Groupe européen de droit international privé (GEDIP) nella sessione di Heidelberg del 1993 e citata *supra*, nota 20.

⁴²⁵ Sull'opportunità di promuovere per quanto possibile la coincidenza fra *forum e jus*, i rilievi svolti *supra*, par. 27.

⁴²⁶ Il regolamento 44/2001 e, limitatamente alla materia matrimoniale, il regolamento 2201/2003 prevedono l'applicazione residuale delle norme nazionali, rispettivamente agli artt. 4 e 7, per le fattispecie nelle quali i criteri da essi posti non consentano a nessun giudice di Stato membro di fondare la propria competenza. Sull'opportunità che le norme in materia di competenza giurisdizionale poste dall'Unione europea possiedano carattere *erga omnes* v. A. BONOMI, «The Opportunity and the Modalities of the Introduction of *Erga Omnes* Rules on Jurisdiction», in *The External Dimension of EC Private International Law in Family and Succession Matters* (a cura di A. MALATESTA / S. BARIATTI / F. POCAR), Padova, 2008, p. 149 ss.; *Id.* «La compétence des juridictions des États membres de l'Union européenne dans les relations avec les États tiers à l'aune des récentes propositions en matière de droit de la famille et des successions», in *Festschrift für Ivo Schwander*, Zürich / S. Gallen, 2011, p. 665 ss., ove l'autore definisce gli atti di questo tipo come regolamenti «de la nouvelle génération»; J. WEBER, «Universal Jurisdiction and Third States in the Reform of the Brussels I Regulation», *RabelsZ*, 2011, p. 619. Il ricorso a norme *erga omnes* presenta innanzitutto convenienze di carattere pratico, legate all'eliminazione della coesistenza di norme uniformi applicabili alle situazioni intra-UE e norme nazionali applicabili alle relazioni con Stati terzi, che può comportare problemi di delimitazione dell'ambito rispettivo di applicazione dei due tipi di regole; in secondo luogo, evita il trattamento differente di situazioni simili, causato dalla sopravvivenza nelle legislazioni nazionali di criteri di giurisdizione divergenti – e a volte esorbitanti – riducendo al contempo il rischio di conflitti negativi e positivi di giurisdizione fra gli Stati membri; infine, consente un miglior coordinamento fra le norme sulla competenza giurisdizionale e quelle sul riconoscimento delle decisioni. La proposta di eliminare, in occasione

Come chiaramente indicato dall'art. 2, le norme del regolamento disciplinano unicamente la competenza internazionale; pertanto, la competenza interna – per territorio, materia o valore – continuerà ad essere regolata dalle norme nazionali.

132. Le norme sulla competenza si applicano, sia nell'esercizio della giurisdizione contenziosa che di quella volontaria, agli «organi giurisdizionali» degli Stati membri, così come definiti dall'art. 3, par. 2, del regolamento; la definizione, volutamente ampia, include, oltre ai giudici, anche le altre autorità – eventualmente anche professionisti e notai – che agiscano su delega del potere giudiziario oppure sotto il suo controllo qualora assumano decisioni che «abbiano forza ed effetto equivalenti a quelli di una decisione dell'autorità giudiziaria nella stessa materia»⁴²⁷.

L'art. 64 stabilisce che le stesse norme regolano la competenza a rilasciare il certificato successorio europeo da parte di qualunque autorità cui gli Stati membri decideranno di attribuire questa funzione⁴²⁸.

133. Emerge con chiarezza dal testo dell'art. 4 che le norme sulla competenza sono destinate ad operare dopo l'apertura della successione, poiché la disposizione si riferisce alla residenza abituale del defunto «al momento della morte». Esse non si applicano quindi ad eventuali controversie relative alla materia successoria che dovessero sorgere durante la vita del *de cujus*, quali, ad esempio, contestazioni sulla validità di un patto successorio, oppure di un atto di rinuncia anticipata all'eredità⁴²⁹. Sembra infatti da escludersi che possa ricoprendere anche queste ipotesi un criterio giurisdizionale che fa espresso riferimento alla morte della persona della cui eredità si tratta; inoltre il criterio della residenza abituale del *de cujus*, qualora dovesse essere utilizzato in via analogica, potrebbe anche apparire poco appropriato se la controversia vertesse, ad esempio, su un patto successorio fra due futuri eredi. La competenza giurisdizionale nell'ipotesi di procedimenti instaurati prima dell'apertura della successione rimarrà dunque soggetta alle norme nazionali degli Stati membri. Le decisioni così adottate dovranno peraltro applicare le norme del regolamento sulla determinazione della legge applicabile e potranno comunque beneficiare del riconoscimento automatico negli altri Stati membri previsto dal capo IV, il cui operare non è limitato

della revisione del regolamento 44/2001, il ricorso in via residuale alle norme nazionali degli Stati membri, sostituendolo con norme uniformi, non è stata accolta; si veda a questo proposito l'analisi comparatistica e le proposte contenute nello «Study on Residual Jurisdiction (Review of the Member States' Rules concerning the "Residual Jurisdiction" of their courts in Civil and Commercial Matters pursuant to the Brussels I and II Regulations)», svolto su incarico della Commissione da A. NUYTZ e K.A SZYCHOWSKA e pubblicato nel 2007, consultabile all'indirizzo: http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study_residual_jurisdiction_en.pdf, nonché R. LUZZATTO, «On the proposed application of jurisdictional criteria of Brussels I Regulation to non-domiciled defendants», in *Recasting Brussels I* (a cura di F. POCAR / I. VIARENGO / F. VILLATA), Padova, 2012, p. 111, il quale dopo aver affermato che l'adozione di criteri uniformi di giurisdizione anche per le questioni escluse dal regolamento 44/2001 appare opportuno, mette però in luce le difficoltà connesse al raggiungimento di questo obiettivo.

⁴²⁷ L'art. 3, par. 2, precisa che ai fini del regolamento «il termine 'organo giurisdizionale' indica qualsiasi autorità giudiziaria e tutte le altre autorità e i professionisti legali competenti in materia di successioni che esercitano funzioni giudiziarie o agiscono su delega di un'autorità giudiziaria o sotto il controllo di un'autorità giudiziaria, purché tali altre autorità e professionisti legali offrano garanzie circa l'imparzialità e il diritto di audizione delle parti e purché le decisioni che prendono ai sensi della legge dello Stato membro in cui operano: a) possano formare oggetto di ricorso o riesame davanti a un'autorità giudiziaria; e b) abbiano forza ed effetto equivalenti a quelli di una decisione dell'autorità giudiziaria nella stessa materia»; la stessa norma prevede che gli Stati membri debbano notificare alla Commissione entro il 14 novembre 2014 l'elenco delle «altre autorità» e dei «professionisti legali» che rientrano nella definizione. Il considerando 20 indica che alla nozione di organo giurisdizionale deve essere attribuito un significato ampio, che non dovrebbe però «comprendere le autorità non giudiziarie degli Stati membri abilitate dalla legge nazionale a trattare questioni di successione, come i notai della maggior parte degli Stati membri, qualora, come accade generalmente, non esercitino funzioni giudiziarie».

⁴²⁸ A tale proposito si rinvia all'analisi svolta *infra*, par. 167 e 170.

⁴²⁹ Il Max-Planck-Institut di Amburgo, «Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of succession and the creation of a European Certificate of Succession», *RabelsZ*, 2010, pp. 568, 570 s., aveva proposto di aggiungere una disposizione che avesse specificamente ad oggetto le questioni relative alla successione futura di una persona, individuando come competenti al riguardo le autorità del paese di residenza abituale della persona stessa, onde evitare di lasciare aperta una lacuna nel costruendo diritto internazionale privato dell'Unione, dato che le controversie in questione non rientrano né nell'ambito di applicazione del regolamento sulle successioni, né in quello del regolamento 44/2001, che, come si è detto, non disciplina la materia successoria. La proposta non è però stata accolta.

che dalla provenienza della pronuncia dalle autorità di uno Stato membro e dalla materia che essa ha ad oggetto come delimitata dagli articoli 1, 3 e 23 del regolamento⁴³⁰.

134. Secondo quanto previsto dalle proposte di regolamento presentate nel 2011 e relative alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia di regimi patrimoniali tra coniugi e di effetti patrimoniali delle unioni registrate, le autorità di uno Stato membro investite della successione di un coniuge o di un *partner* dovrebbero essere anche competenti per pronunciarsi, rispettivamente, sul regime matrimoniale fra coniugi o sugli effetti patrimoniali dell'unione registrata⁴³¹; tale soluzione è chiaramente ispirata, oltre che a ragioni di economia processuale, all'opportunità che vi sia coordinamento fra l'assetto dato ai rapporti patrimoniali della coppia e il regime successorio⁴³².

2. Il criterio di competenza generale: l'ultima residenza abituale del *de cujus*

135. Una delle caratteristiche del regolamento è quella di tendere all'unità di *forum e jus*: se ne sono già illustrate le ragioni, che consistono, essenzialmente, nell'intreccio che in questa materia si presenta fra norme materiali e norme processuali, in particolare nella fase di amministrazione delle successioni⁴³³. Lo strumento attraverso il quale viene perseguito tale obiettivo consiste nella simultanea adozione dell'ultima residenza abituale del defunto al momento della morte come criterio generale di competenza e come criterio di collegamento oggettivo utilizzato per l'individuazione della legge successoria, cui si aggiunge l'introduzione di alcune regole che consentono di trasferire la competenza giurisdizionale alle autorità del paese membro di cui il defunto era cittadino, qualora egli abbia effettuato una *professio juris* in favore della sua legge nazionale.

136. L'art. 4 del regolamento, dal titolo «Competenza generale», stabilisce che sono «competenti a decidere sull'intera successione gli organi giurisdizionali dello Stato membro in cui il defunto aveva la residenza abituale al momento della morte». Il riferimento alla «intera» successione, che po-

⁴³⁰ La proposta presentata nel 2009 dalla Commissione prevedeva all'art. 29 il riconoscimento delle «decisioni emesse in applicazione del presente regolamento». Questa limitazione è stata eliminata nel testo definitivo, avallando così l'interpretazione indicata, secondo cui qualunque decisione resa in uno Stato membro e riguardante la materia successoria gode del riconoscimento stabilito dal capo IV del regolamento. Inoltre, conformemente a quanto suggerito dal considerando 59, il quale indica che il regolamento «dovrebbe prevedere norme relative al riconoscimento, all'esecutività e all'esecuzione delle decisioni simili a quelle di altri strumenti dell'Unione nel settore della cooperazione giudiziaria in materia civile», è possibile, come si vedrà più ampiamente *infra*, par. 158, suffragare la conclusione indicata nel testo con l'applicazione data alle corrispondenti norme sul riconoscimento contenute nel regolamento 44/2001 e, prima di esso, nella Convenzione di Bruxelles del 1968. A questo proposito può vedersi la sentenza resa dalla Corte di giustizia l'11 giugno 1985, *Debaecker e Plouvier c. Bouwman*, 49/84, Racc. 1985, p. 1779, nella quale la Corte, al punto 11, ha ritenuto applicabili le norme sul riconoscimento poste dall'art. 27 della Convenzione di Bruxelles ad una decisione resa in un caso puramente interno, nel quale pertanto la competenza del giudice non era fondata sui criteri di giurisdizione posti dalla convenzione, evidenziando il tenore letterale della norma da cui risultava «che il giudice di uno stato contraente dinanzi al quale venga richiesto il riconoscimento può rifiutarlo solo per uno dei motivi ivi espressamente contemplati». La stessa «Relazione sulla convenzione concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, del 27 settembre 1968», elaborata da P. JENARD, *GUCE*, 5 marzo 1979, C-59, dopo aver affermato a p. 42 che la convenzione tendeva «a facilitare per quanto possibile la libera circolazione delle sentenze, ed è in questo spirito che deve essere interpretata», aggiungeva a p. 43 che le norme sul riconoscimento erano applicabili «a tutte le sentenze pronunciate da un organo giurisdizionale di uno Stato contraente nelle materie civili e commerciali che rientrano nel campo della convenzione, prescindendo dal fatto che le parti siano o meno domiciliate nella Comunità e dalla loro nazionalità». V. a questo proposito A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, Madrid, 13^a ed., Granada, 2012, vol. I, p. 534; H. GAUDEMÉT-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, Paris, 4^a ed., 2010, p. 373 s.; F. SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel regolamento (CE) 44/2001*, 3^a ed., Padova, 2006, p. 302.

⁴³¹ Le due proposte (per i riferimenti v. *supra*, nota 72) prevedono, più precisamente, nei rispettivi artt. 3 che «(l)e autorità giurisdizionali di uno Stato membro investite di una domanda riguardante la successione di un coniuge» o «di un *partner*» ai sensi del regolamento in materia di successioni «sono altresì competenti a decidere sulle questioni inerenti al regime patrimoniale tra coniugi» o «agli effetti patrimoniali dell'unione registrata» correlate alla domanda. Tuttavia, l'art. 3, par. 2, della proposta relativa agli effetti patrimoniali delle unioni registrate consente che le autorità giurisdizionali di uno Stato membro investite di una domanda riguardante la successione di un *partner* di «dichiararsi incompetenti ove il loro diritto nazionale non contempli l'istituto dell'unione registrata».

⁴³² Sui problemi relativi a tale coordinamento v. *supra*, par. 22.

⁴³³ V. in proposito *supra*, par. 26.

trebbe apparire pleonastico, vuole mettere in risalto che, diversamente da quanto prevedono attualmente numerose legislazioni di Stati membri, la norma sulla competenza si applica a tutte le questioni che possono presentarsi in ogni fase della successione e quali che siano i beni, mobili o immobili, che ne formano oggetto, anche nell'eventualità che essi si trovino, in tutto o in parte, in paesi terzi; tale regola subisce solo due limitate eccezioni che verranno specificate più avanti⁴³⁴. L'uso di questa espressione non implica peraltro l'impossibilità che giudici diversi si occupino di aspetti distinti di una medesima successione; come si vedrà, lo spostamento di competenza verso i giudici del paese la cui legge sia stata oggetto di *professio juris* può infatti operare anche solo per una singola questione⁴³⁵.

137. Per le modalità di accertamento dell'ultima residenza abituale valgono le considerazioni che già sono state fatte nei paragrafi dedicati al criterio di collegamento oggettivo⁴³⁶. E' vero che in linea di principio, come ha avuto modo di osservare la Corte di giustizia, il significato da darsi alle nozioni utilizzate come criteri di competenza potrebbe anche non coincidere con quello che deve essere dato alle identiche nozioni nella determinazione della legge applicabile, poiché la diversità delle funzioni svolta dai due tipi di criteri deve essere tenuta in considerazione nella loro interpretazione⁴³⁷. Tuttavia, il legislatore europeo ha voluto per quanto possibile realizzare in materia successoria un parallelismo fra la legge regolatrice e la competenza; è di tutta evidenza che per ottenere questo risultato l'interpretazione da darsi alle nozioni utilizzate per definire gli elementi di collegamento deve essere la stessa⁴³⁸. E' anzi probabile che, come si è già accennato, sia proprio al momento della verifica della sussistenza della propria giurisdizione che il giudice di uno Stato membro dovrà valutare se il defunto risiedeva abitualmente nello Stato in questione. In caso affermativo, egli dovrà applicare la propria legge interna senza rimettere in discussione l'accertamento dell'ultima residenza abituale; infatti, qualora dovesse stabilire, sulla base di risultanze emerse nel corso del procedimento, che il *de cuius* risiedeva abitualmente in un diverso paese, sarebbe evidentemente tenuto ai sensi dell'art. 15 a dichiarare d'ufficio la propria incompetenza se tale paese è un paese membro, oppure a procedere alla verifica della propria competenza sulla base dei criteri sussidiari di cui agli articoli 10 e 11, se si tratta di uno Stato terzo.

3. La competenza c.d. sussidiaria basata sulla presenza di beni in uno degli Stati membri

138. Come si è visto, il regolamento appartiene ad una nuova generazione di atti dell'Unione⁴³⁹, nei quali le norme nazionali perdono la funzione residuale che era loro assegnata dai primi regolamen-

⁴³⁴ V. *infra*, rispettivamente, par. 139 e par. 146.

⁴³⁵ V. *infra*, par. 141.

⁴³⁶ V. *supra*, par. 29 ss.

⁴³⁷ La Corte, che pure ha spesso utilizzato nozioni di uno dei due sistemi di norme per trarne criteri interpretativi validi per l'altro tipo di disposizioni, non ritiene che si possano estendere automaticamente le valutazioni aventi ad oggetto la determinazione della legge applicabile all'individuazione della competenza (CGCE 15 febbraio 1989, *Six Constructions Ltd. c. P. Humbert*, 32/88, Racc. 1989, p. 341, par. 14). Nel caso *Koelzsch c. État du Grand-Duché de Luxembourg* (CGCE 15 marzo 2011, C-29/10, Racc. 2011, p. I-1595) l'avvocato generale Trstenjak nelle sue conclusioni (punti 82 e 83) ha sottolineato i limiti di un'interpretazione «parallela»; a suo avviso, «è necessaria una certa prudenza nell'interpretare parallelamente nozioni simili o analoghe che compaiono nelle norme di conflitto e nelle norme per la determinazione della competenza giurisdizionale, in quanto i due sistemi di norme hanno diversi obiettivi»; v. in proposito il commento di A. ZANOBETTI, «Employment Contracts and the Rome Convention: The Koelzsch Ruling of the European Court of Justice», *Cuadernos der. transnacional*, 2011, n. 2, p. 355 ss.

⁴³⁸ V. al riguardo J.D. GONZALEZ CAMPOS, «Les liens entre la compétence judiciaire et la compétence législative en droit international privé», *Recueil des cours*, vol. 156 (1977), p. 334. L'osservazione di H. BATIFFOL, «Observations sur les liens de la compétence judiciaire et de la compétence législative», in *De conflictu legum. Mélanges R.D. Kollewijn et J. Offerhaus*, Leyden, 1962, p. 66, secondo cui proprio in materia di successioni la nozione di domicilio è interpretata «avec souplesse pour la compétence judiciaire et avec rigueur pour la compétence législative», perché le due categorie di norme rispondono a esigenze differenti, non tiene conto delle esigenze del parallelismo; sarebbe infatti del tutto illogico che l'autorità giurisdizionale di uno degli Stati membri procedesse a due diversi accertamenti dell'ultima residenza abituale del *de cuius*, di cui uno per stabilire la competenza e l'altro per determinare la legge applicabile, perché verrebbe in questo modo vanificato il ricercato obiettivo di realizzare la coincidenza fra foro e legge applicabile.

⁴³⁹ V. le considerazioni svolte in proposito da A. BONOMI, «La compétence des juridictions des Etats membres de l'Union européenne dans les relations avec les Etats tiers à l'aune des récentes propositions en matière de droit de la famille et des successions», in *Festschrift für Ivo Schwander*, Zürich / S. Gallen, 2011, p. 665 ss.

ti⁴⁴⁰; è stato pertanto necessario indicare anche criteri di competenza applicabili alle ipotesi nelle quali il *de cuius* non abbia avuto l'ultima residenza abituale in uno degli Stati membri.

139. La c.d. competenza sussidiaria prevista dall'art. 10 si fonda sulla presenza di beni appartenenti alla massa ereditaria in uno degli Stati membri. In questo caso, le autorità del paese in questione sono competenti a regolare l'intera successione – ovvero, ovviamente, singoli aspetti di essa che siano loro sottoposti – a condizione che il *de cuius* possedesse la cittadinanza di quello stesso paese. In mancanza di uno Stato membro che possa esercitare la competenza sulla base di questi criteri, le autorità del paese membro di situazione dei beni sono competenti se il defunto aveva avuto la residenza abituale in quel paese e, alla data di inizio del procedimento, aveva cessato di risiedervi da non più di cinque anni⁴⁴¹. Se non ricorre nessuno di questi presupposti, secondo il par. 3 della disposizione i giudici degli Stati membri sono comunque competenti limitatamente alle questioni successorie riguardanti i beni che si trovano sul loro territorio⁴⁴².

Nell'ipotesi in cui il defunto abbia lasciato beni in due o più paesi di cui aveva la cittadinanza, oppure in due o più paesi in cui aveva risieduto fino ad epoca non anteriore a cinque anni, potranno essere aperti parallelamente procedimenti in più Stati membri; opererà pertanto, in caso di identità dell'oggetto, la disposizione sulla litispendenza contenuta nell'art. 17⁴⁴³. E' anche possibile che procedimenti

⁴⁴⁰ V. *supra*, par. 131 e nota 426.

⁴⁴¹ I suddetti criteri sono quindi ordinati gerarchicamente; infatti, malgrado la formulazione non chiarissima della norma, l'art. 10 pone fra i due presupposti idonei a fondare la competenza dei giudici del paese di situazione dei beni a decidere sull'intera successione l'espressione «in mancanza», che non avrebbe ovviamente alcun significato se tali criteri si ponessero invece come alternativi; pertanto il giudice del paese in cui si trovano beni e in cui il *de cuius* ha risieduto fino ad un'epoca non anteriore a cinque anni potrà esercitare la propria competenza sull'intera successione unicamente se non vi è nessuno Stato membro in cui si trovino beni e di cui il defunto avesse la cittadinanza; v. a questo proposito le osservazioni di A. BONOMI, «Prime considerazioni sulla proposta di regolamento sulle successioni», *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2010, p. 908, che definisce questi criteri «a cascata», e *Id.*, «La compétence des juridictions des Etats membres de l'Union européenne dans les relations avec les Etats tiers à l'aune des récentes propositions en matière de droit de la famille et des successions», in *Festschrift für Ivo Schwander*, Zürich / S. Gallen, 2011, p. 673 ss.; v. altresì H. DÖRNER, «Der Entwurf einer europäischen Verordnung zum Internationalen Erb- und Erbverfahrensrecht - Überblick und ausgewählte Probleme», *ZEV Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge*, 2010, p. 225. Il Max-Planck-Institut di Amburgo aveva suggerito di eliminare la locuzione «in mancanza» e di porre i due criteri sullo stesso piano onde facilitare l'accesso alla giustizia da parte degli eredi e altri beneficiari, malgrado l'inevitabile possibilità di moltiplicazione di fori alternativi che ne sarebbe derivata (vedine i «Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of succession and the creation of a European Certificate of Succession», *RabelsZ*, 2010, p. 583); il suggerimento non è stato accolto perché, come si è detto, il regolamento tende, per quanto possibile, all'individuazione di un'unica giurisdizione competente. Poiché il regolamento si limita a richiedere che nel paese di cui il *de cuius* aveva la cittadinanza o in cui aveva precedentemente risieduto si trovino «beni», che potrebbero anche consistere, ad esempio, semplicemente in un conto corrente bancario oppure in un credito (si deve anzi notare a tale riguardo che il termine «property» contenuto nella versione inglese della proposta della Commissione del 2009 è stato sostituito con quello assai più ampio di «assets»), la competenza sussidiaria potrebbe essere considerata esorbitante nel paese terzo nel quale il *de cuius* aveva l'ultima residenza abituale, soprattutto se in detto paese si trovano beni ereditari di maggiore rilevanza economica ed eventualmente beni immobili, con la conseguenza che il provvedimento assunto dai giudici dello Stato membro potrebbe non essere riconosciuto. In un'ipotesi di questo tipo potrebbe comunque farsi ricorso a quanto prevede l'art. 12 che, come si vedrà *infra*, par. 146, consente di limitare, su istanza di parte, l'oggetto della pronuncia resa dai giudici di uno Stato membro ai soli beni che si trovano nei territori degli Stati membri.

⁴⁴² La regola, che ovviamente facilita la successiva fase di esecuzione, tende essenzialmente ad evitare il diniego di giustizia che potrebbe verificarsi ove il paese di ultima residenza abituale del defunto dovesse ritenersi competente unicamente per i beni situati nel suo territorio. Diversamente dalla competenza basata sul *forum necessitatis*, che si vedrà *infra*, par. 145, non è però in questo caso necessario provare che un procedimento nel paese terzo si rivelerebbe impossibile o troppo gravoso.

⁴⁴³ In ipotesi come queste, infatti, la gerarchia fra i criteri stabiliti dall'art. 10 non è sufficiente ad escludere in maniera assoluta che le autorità di più Stati membri vantino competenza sulla stessa successione, come ritiene invece H. GAUDEMEL TAL-LON, «Les règles de compétence judiciaire dans le règlement européen sur les successions», in *Droit européen des successions internationales* (a cura di G. KHAIRALLAH / M. REVILLARD), Paris, 2013, p. 148. Per evitare conflitti positivi di competenza, A. BONOMI, «Il regolamento europeo sulle successioni», *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2013, suggerisce di interpretare l'art. 10 nel senso che esso intenda riferirsi soltanto alla «ultima residenza abituale che il defunto ha avuto prima di spostarsi nello Stato in cui era residente nel momento della morte (in altri termini, la sua «penultima» residenza abituale)». L'interpretazione sembra eccessivamente restrittiva; non corrisponde all'interpretazione letterale della disposizione, né alla sua *ratio*, che è evidentemente quella di fondare la giurisdizione sussidiaria degli Stati membri su collegamenti effettivi, obiettivo, questo, che è sufficientemente garantito dalla duplice condizione della situazione dei beni nel paese membro e della cessazione della residenza in quel medesimo paese da non oltre cinque anni, calcolata dalla data di inizio del procedimento.

paralleli siano avviati in uno Stato membro e in uno o più Stati terzi quando questi ultimi si ritengano competenti sulla base delle loro norme interne, perché la competenza sussidiaria opera senza che sia necessario accertare previamente che un procedimento non sia possibile in uno Stato terzo – ad esempio, quello nel quale il defunto aveva la residenza abituale al momento della morte. In questa ipotesi non potrà operare la regola sulla litispendenza dettata dal regolamento, che si applica unicamente nei rapporti fra gli Stati membri; è tuttavia possibile che ricorrono le condizioni per fare ricorso alle norme nazionali di litispendenza, ove ve ne siano nella legislazione dello Stato membro o, eventualmente, in quella dello Stato terzo, oppure alle convenzioni internazionali eventualmente applicabili nei rapporti fra gli Stati interessati. In caso contrario, il coordinamento fra i procedimenti potrà essere attuato solamente *a posteriori*, mediante le regole sul riconoscimento delle decisioni.

4. Effetti della *professio juris* sulla competenza

140. Al fine di mantenere, per quanto possibile, il parallelismo fra competenza giurisdizionale e legge applicabile, il regolamento consente in caso di *professio juris* – anche implicita – lo spostamento della competenza fondata sul criterio generale posto dall'art. 4 o sui criteri sussidiari dell'art. 10 a favore dei giudici del paese membro la cui legge è stata scelta, a condizione che vi sia l'accordo di tutte le parti al procedimento, oppure che il giudice investito della causa, su istanza di parte, decida di spogliarsi della causa. Spetta al giudice adito verificare d'ufficio la sussistenza dei presupposti per lo spostamento di competenza, fra cui evidentemente vi è anche la validità della scelta di legge effettuata dal *de cuius*, implicitamente o meno, valutazione, quest'ultima, dalla quale dipende naturalmente anche la determinazione della legge applicabile.

141. L'art. 5 conferisce alle parti del procedimento il potere di attribuire competenza esclusiva a decidere su una qualunque questione relativa alla successione agli organi del paese membro la cui legge è stata oggetto di *professio juris* mediante un accordo concluso in forma scritta, datato e firmato, oppure consoluso in una forma elettronica che ne consenta la registrazione durevole⁴⁴⁴; in presenza di un simile accordo, il giudice che sia stato eventualmente adito deve dichiarare la propria incompetenza, secondo quanto stabilito dall'art. 6, lett. b), e le parti potranno riassumere la causa innanzi al giudice designato. L'esercizio di questa facoltà potrà rivelarsi particolarmente utile nel caso in cui i beneficiari dell'eredità risiedano tutti o per la maggior parte nello stesso paese del quale il *de cuius* aveva la cittadinanza; la *professio juris* permetterà in tal modo di sottoporre le questioni successorie ad una autorità giurisdizionale accessibile più comodamente e con minor dispendio. Le parti che abbiano concluso fra loro un accordo di questo tipo possono anche rivolgersi direttamente all'autorità oggetto di scelta; eventuali altre parti del procedimento che non abbiano partecipato all'accordo possono contestare la competenza del giudice designato, il quale in questo caso dovrà, secondo quanto dispone il par. 2 dell'art. 9, declinare la propria competenza, oppure possono comparire senza sollevare eccezioni e sanare così la loro mancata partecipazione all'accordo, come prevede l'art. 9, par. 1⁴⁴⁵.

⁴⁴⁴ Poiché l'art. 5 prevede espressamente che l'accordo debba essere firmato dalle parti, in caso di accordo concluso mediante l'uso di una delle nuove tecnologie potrebbe essere ritenuta necessaria la firma elettronica, a proposito della quale la Comunità europea ha adottato la direttiva 1999/93/CE del Parlamento europeo e del Consiglio relativa ad un quadro comunitario per le firme elettroniche, GUUE L 13, 19 gennaio 2000, p. 12.

⁴⁴⁵ Il regolamento non precisa in base a quale legge debba essere valutata la validità sostanziale dell'accordo. Trattandosi di accordo processuale, si dovrebbe ritenere applicabile la *lex fori*, cioè quella del paese di ultima residenza abituale, ai sensi dell'art. 5, oppure quella della legge designata, in applicazione dell'art. 7, lett. b), a seconda del giudice dal quale la validità dell'accordo debba essere valutata. L'accordo dovrebbe quindi in pratica rispettare i requisiti stabiliti da entrambe le leggi. È stato però suggerito che la validità sostanziale dell'accordo di scelta del foro sia invece da considerare sottoposta alla stessa legge che regola la successione: v. in tal senso A. DUTTA, «Das neue internationale Erbrecht der Europäischen Union - Eine erste Lektüre der Erbrechtsverordnung», *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 2013, p. 6. La soluzione offrirebbe certamente il vantaggio di consentire la sottoposizione dell'accordo ad un'unica legge. Tuttavia, in assenza di precise indicazioni nel testo del regolamento, essa dovrebbe basarsi sull'interpretazione analogica delle norme riguardanti la validità sostanziale delle disposizioni per causa di morte, che non pare possano essere facilmente ritenute estensibili alla disciplina di un'ipotesi così diversa.

142. La seconda ipotesi di spostamento della competenza è regolata dall'art. 6, il quale stabilisce che, una volta iniziato un procedimento in uno degli Stati membri fondato sull'applicazione dell'art. 4 o dell'art. 10, una delle parti possa chiedere al giudice di declinare la propria giurisdizione a favore delle autorità dello Stato membro la cui legge è stata oggetto di *professio juris*; in questo caso, il giudice dovrà valutare se le autorità di tale ultimo paese siano più adatte a decidere sulla successione «tenuto conto delle circostanze pratiche di quest'ultima, quali la residenza abituale delle parti e il luogo in cui sono situati i beni». La suddetta disposizione attribuisce quindi al giudice un certo margine di discrezionalità che appare però rigorosamente delimitato dalla necessità di tener conto unicamente delle circostanze «pratiche» dello spostamento di competenza, quali ragioni di economia processuale, di convenienza per le parti, di migliore assunzione degli elementi probatori, di più agevole svolgimento di alcuni adempimenti⁴⁴⁶. Tale rigore appare particolarmente appropriato se si considera che, benché lo spostamento della competenza in queste ipotesi non comporti mutamento della legge successoria ma, anzi, consenta di far coincidere *forum e jus*, rendendo più agevole l'accertamento del contenuto materiale della legge applicabile e facilitando l'eventuale adozione di provvedimenti di carattere processuale, esso può comunque provocare effetti anche sulla soluzione del caso concreto, in particolare per la diversa soluzione che può essere data alle questioni preliminari e per la mancata uniformizzazione di materie connesse, nonché per le possibili differenze di valutazione della conformità all'ordine pubblico della legge richiamata⁴⁴⁷; si tratta di una conseguenza peraltro inevitabile allo stato attuale del diritto internazionale privato dell'Unione.

L'esercizio di questa valutazione discrezionale è attribuito unicamente al giudice del paese di ultima residenza abituale oppure al giudice dotato di competenza sussidiaria; invece, come si è visto – e come l'art. 7 del regolamento ribadisce – il giudice del paese della cittadinanza, la cui legge sia stata eventualmente designata dal *de cuius* mediante una *professio juris*, può essere investito di una questione riguardante la successione unicamente nel caso in cui gli organi giurisdizionali preventivamente aditi sulla base degli articoli 4 o 10 abbiano declinato la competenza su istanza di una delle parti, oppure nel caso di accordo di tutte le parti al procedimento, o di accordo di alcune parti soltanto, purché accompagnato dalla comparizione delle altre parti che non ne contestino la competenza.

143. Un'interpretazione letterale sembrerebbe escludere che la designazione di legge fatta in un patto successorio possa produrre effetti sulla competenza, perché gli articoli 5, 6 e 7 del regolamento si riferiscono alla possibilità di decidere sulla successione dei giudici del paese la cui legge è stata scelta dal defunto «conformemente all'articolo 22», mentre la possibilità di scegliere la legge regolatrice dei patti successori è contemplata dall'art. 25. Questo elemento testuale non è però del tutto conclusivo, perché a sua volta l'art. 25 contiene un richiamo espresso allo stesso art. 22, che potrebbe militare a favore dell'opinione secondo cui lo spostamento di competenza è possibile anche in caso di scelta di legge effettuata in un patto successorio. Inoltre, poiché lo spostamento di competenza è previsto per ristabilire il parallelismo fra *forum e jus*, si potrebbe sostenere che analoga operazione sarebbe opportuna anche quando la legge è designata per regolare un patto successorio.

Vi sono tuttavia due elementi che fanno propendere per una diversa opinione. Innanzitutto, il regolamento vuole evitare, per quanto possibile, l'instaurazione di una competenza concorrente delle autorità di più paesi membri rispetto ad un'unica successione, che potrebbe invece verificarsi se il patto successorio riguardasse solo un aspetto dell'eredità; la prevalenza di questo obiettivo rispetto a quello della coincidenza fra *forum e jus* è confermata, del resto, dal rigore con cui è regolato l'eventuale spo-

⁴⁴⁶ Si tratta di una moderata applicazione della teoria del *forum non conveniens*, analogia a quella che già aveva fatto l'art. 15 del regolamento 2201/2003, motivata, in questo secondo caso, dalla maggiore idoneità di un altro giudice a conoscere della questione e dalla valutazione dell'interesse superiore del minore, sull'esempio degli art. 8 e 9 della Convenzione dell'Aja del 1996 concernente la competenza, la legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di potestà genitoriale e di misure di protezione dei minori. La differenza fra le due regolamentazioni è peraltro sensibile, perché nel caso del regolamento sulle successioni il giudice si limita a declinare la propria competenza, mentre nel caso del regolamento 2201/2003, analogamente a quanto previsto dalla Convenzione del 1996, il giudice deve anche disporre il trasferimento della causa; v. *infra*, nota 449.

⁴⁴⁷ V. a questo proposito *supra*, par. 21 s.

stamento di competenza a favore del giudice la cui legge è stata oggetto di *professio juris*⁴⁴⁸. In secondo luogo, la legge designata nel patto successoriale ne regola, come si è visto, l'ammissibilità, la validità sostanziale e gli effetti vincolanti tra le parti, ma la vicenda ereditaria nel suo complesso rimane comunque regolata dalla legge successoria, ed è con riferimento a quest'ultima che il legislatore europeo ha valutato la convenienza di far coincidere competenza e legge applicabile.

Si deve pertanto concludere che, in assenza di una chiara disposizione del regolamento, non sia possibile lo spostamento della competenza a favore delle autorità del paese la cui legge è stata designata come regolatrice del patto successoriale, a meno che, naturalmente, questa non coincida con la legge che regola l'intera successione.

144. Quando il giudice adito declina la propria competenza, l'eventuale riassunzione della causa è rimessa all'iniziativa delle parti, che potrebbero naturalmente anche abbandonarla, perché non sono previsti né trasferimento degli atti da un giudice all'altro, né alcun altro sistema di coordinamento fra le giurisdizioni⁴⁴⁹. Il regolamento peraltro non precisa quale sia in questi casi la sorte dei provvedimenti già adottati, quali, ad esempio, la nomina di un curatore; sembra comunque logico ritenere che essi mantengano la propria validità e che anzi possano, se ne ricorrono i presupposti, essere oggetto di riconoscimento e di esecuzione anche negli altri Stati membri.

5. Il *forum necessitatis*

145. L'art. 11 del regolamento introduce un criterio eccezionale destinato ad operare quando nessuno dei criteri previsti dalle norme precedenti consente di fondare la competenza dei giudici di uno Stato membro. In questo caso, gli organi giurisdizionali di uno Stato membro con cui la questione presenta un «collegamento sufficiente» possono decidere sulla successione se un procedimento «non può ragionevolmente essere intentato o svolto o si rivela impossibile in uno Stato terzo con il quale la causa ha uno stretto collegamento».

La norma, che concreta un'ipotesi di *forum necessitatis*, ha l'obiettivo di evitare i conflitti negativi di competenza ed ha quale premessa il carattere universale delle disposizioni del regolamento⁴⁵⁰.

⁴⁴⁸ Infatti non sono stati ammessi, al di fuori dell'ipotesi in cui sussista una *professio juris*, né possibilità di proroga di foro, né spostamenti di competenza basato sulla semplice comparizione delle parti; v. in proposito H. GAUDEMÉT-TALLON, «Les règles de compétence judiciaire dans le règlement européen sur les successions», in *Les successions internationales dans l'UE: perspectives pour une harmonisation*, Würzburg, 2004, p. 130, nota 5, la quale osserva che queste limitazioni si spiegano appunto con la preoccupazione degli autori del regolamento di evitare il più possibile rotture dell'unità di foro competente e diritto applicabile.

⁴⁴⁹ La proposta originaria della Commissione prevedeva che le parti avessero a disposizione un termine entro il quale riassumere la causa innanzi al giudice a favore del quale era stata pronunciata la declinatoria di competenza; trascorso inutilmente tale termine, il giudice preventivamente adito avrebbe riacquistato la competenza. Questa disciplina, modellata sull'art. 15 del regolamento 2201/2003 (a sua volta ispirato agli artt. 8 e 9 della Convenzione dell'Aja del 1996 sulla protezione dei minori), non è stata però recepita nel testo finale del regolamento, perché il legislatore europeo ha voluto introdurre una semplice possibilità di spostamento della competenza e non prevedere una ipotesi di trasferimento di un procedimento da un giudice ad un altro.

⁴⁵⁰ L'espressione *forum necessitatis* si riferisce ad «un criterio di giurisdizione di carattere eccezionale volto a garantire al singolo il diritto di accesso alla giustizia nell'ipotesi in cui, in relazione a una determinata controversia, sia impossibile identificare un giudice competente», oppure lo svolgimento della controversia si riveli impossibile, o troppo oneroso, nel paese terzo; v. G. ROSSOLILLO, «Forum necessitatis e flessibilità dei criteri di giurisdizione nel diritto internazionale privato nazionale e dell'Unione europea», *Cuadernos der. transnacional*, 2010, N. 1, p. 403; v. anche J. WEBER, «Universal Jurisdiction and Third States in the Reform of the Brussels I Regulation», *RabelsZ*, 2011, p. 641, che qualifica questo criterio di competenza come «indispensable in an instrument of full harmonisation». Solo alcune legislazioni nazionali prevedono espressamente una norma che fonda la competenza giurisdizionale su questo presupposto; fra queste, ad esempio, la legge svizzera di diritto internazionale privato all'art. 3, quella portoghese all'art. 65-A, lett. c), del *código de processo civil*, quella austriaca all'art. 28, par. 1, n. 2, della *Jurisdiktionsnorm*, quella rumena all'art. 153 della legge di diritto internazionale privato del 1992, quella belga all'art. 11 del *code de droit international privé* del 2004 e quella olandese all'art. 9 del codice di procedura civile. Esigenze di giustizia portano però anche altri ordinamenti ad ammettere l'esercizio dell'attività giurisdizionale quando essa si riveli impossibile, per motivi giuridici o di fatto, in un altro paese. La giurisprudenza francese ha fondato la competenza dei giudici nazionali sulla nozione di «*déni de justice*»; v. Cour d'appel Paris, 29 marzo 2001, *JurisData* n. 2001-184972, che ha indicato come nel caso di specie il giudice francese, benché privo di giurisdizione secondo le norme applicabili, fosse il giudice «le moins mal placé»

Essa è presumibilmente destinata ad entrare in funzione in ipotesi poco frequenti. Infatti, perché possa giustificarsi la competenza dei giudici di uno Stato membro, occorrerà che sussistano entrambi i requisiti previsti dalla disposizione. Il collegamento sufficiente fra la causa e lo Stato membro del foro potrà, in particolare, consistere nella cittadinanza del defunto, oppure nella sua precedente residenza abituale nel paese, cessata da oltre cinque anni alla data di inizio del procedimento, oppure da un periodo di tempo meno lungo, ma non accompagnata dalla presenza di beni in quello stesso paese; anche la residenza degli eredi in uno degli Stati membri potrebbe costituire un collegamento sufficiente. Per quanto riguarda il secondo presupposto, si dovrà verificare che un procedimento si riveli impossibile, oppure non possa «ragionevolmente» svolgersi, in uno Stato terzo con cui la causa presenta uno stretto collegamento. Il caso più frequente sarà probabilmente quello in cui nessuno Stato terzo consideri competenti i propri giudici. Inoltre, la causa potrebbe rivelarsi impossibile per motivi eccezionali, come il fatto che il paese che dovrebbe e potrebbe esercitare la giurisdizione sulla successione si trovi coinvolto in eventi bellici; è l'esempio suggerito dal considerando 31, che si riferisce ad una guerra civile. In casi come questi, che concretano ipotesi di conflitti negativi di competenza, il margine discrezionale del giudice dello Stato membro con cui la questione successoria presenti un legame sufficiente sarà pressoché inesistente.

Si possono immaginare altre ipotesi che potrebbero essere invece di più difficile apprezzamento, in particolare qualora sussistessero elementi di natura sostanziale idonei ad incidere sulla valutazione della «ragionevolezza» dello svolgimento di una causa in un determinato paese terzo. Si potrebbe ad esempio pensare al caso di un figlio naturale che non abbia la possibilità di avanzare pretese sull'eredità paterna in un paese islamico i cui giudici siano competenti secondo le sue leggi interne ad occuparsi di quella successione; in un caso come questo, l'attore non avrebbe modo di vedersi riconoscere un diritto di carattere sostanziale che potrebbe invece essergli accordato da uno degli Stati membri con cui la questione presenti un sufficiente contatto⁴⁵¹. Il giudice di quest'ultimo paese potrebbe quindi essere

per occuparsi della questione. In Spagna il *foro de necesidad* è stato ugualmente ammesso dalla giurisprudenza (*Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 12 de mayo de 2003*: cfr. A.-L. Calvo CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, Madrid, 13^a ed., Granada, 2012, vol. I, p. 265 ss); una recente sentenza della Corte di cassazione italiana, 17 luglio 2008, n. 19595, *Giustizia civile*, 2009, I, p. 659, ha fondato sull'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo un'interpretazione adeguatrice delle norme sulla competenza contenute nella legge italiana di diritto internazionale privato del 1995, tale da giustificare l'assunzione di competenze da parte dei giudici del foro nella «ipotesi (invero eccezionale) in cui, non sussistendo la giurisdizione del giudice italiano in ragione dell'applicazione dei tre criteri di collegamento ivi previsti, non risulti neppure la giurisdizione di alcun giudice straniero con la conseguenza che risulterebbe del tutto negata la tutela giurisdizionale». Negli atti dell'Unione europea, una norma simile è contenuta nell'art. 7 del regolamento 4/2009 del Consiglio del 18 dicembre 2008 relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari. La proposta di inserire un'analogia disposizione nel regolamento 44/2001 in occasione della sua revisione non è invece stata accolta, dato che questo atto lascia sussistere competenze residue basate sul diritto interno degli Stati membri, i quali quindi rimangono liberi di affrontare le ipotesi che potrebbero giustificare il ricorso ad un *forum necessitatis* secondo i propri principi nazionali.

⁴⁵¹ Come afferma F. SALERNO, «Competenza giurisdizionale, riconoscimento delle decisioni e diritto al giusto processo nella prospettiva europea», in *La tutela dei diritti umani e il diritto internazionale. Atti del XVI Convegno della Società Italiana di diritto internazionale, Catania, 23-24 giugno 2011* (a cura di A. Di STEFANO / R. SAPIENZA), Napoli, 2012, p. 302, il giudice dello Stato membro con cui la causa presenta un sufficiente contatto deve procedere ad una valutazione «sulla adeguatezza complessiva del sistema giurisdizionale dello Stato terzo a cui la fattispecie processuale è – o sarebbe stata – originariamente agganciata» e l'esercizio della giurisdizione si basa pertanto sulla necessità di garantire nella concreta fattispecie l'accesso alla giustizia, che costituisce un diritto fondamentale nell'ordinamento dell'Unione europea oltre che negli Stati membri e che non viene soddisfatto dall'ordinamento straniero. Ipotesi di questo tipo sono state anche oggetto di regolamentazione positiva; in particolare, la legge svizzera di diritto internazionale privato, con espressioni molto simili a quelle utilizzate dal regolamento, stabilisce che sia possibile rivolgersi al giudice svizzero nelle situazioni previste dagli artt. 45, 60, 65b, 67 e 76 concernenti rispettivamente gli effetti del matrimonio, il divorzio, lo scioglimento delle unioni registrate, la filiazione e all'adozione, anche quando le persone interessate non abbiano la cittadinanza della Confederazione né vi siano domiciliate, «sempreché sia impossibile proporre l'azione» nel paese di domicilio di una delle parti «o non lo si possa ragionevolmente pretendere»; l'ipotesi potrebbe presentarsi, ad esempio, nel caso di scioglimento di una *partnership* registrata fra parti domiciliate in un paese che non conosce queste forme di unione. Si deve però notare che queste disposizioni attribuiscono al giudice un potere discrezionale di portata meno ampia di quella che potrebbe farsi discendere dall'art. 11 del regolamento; infatti il giudice svizzero deve valutare l'impossibilità, o l'irragionevolezza, dello svolgimento del procedimento nel paese estero, ma invece il legame richiesto con l'ordinamento elvetico è direttamente specificato dalla legge. V. altresì su questi problemi G. ROSSOLILLO, «*Forum necessitatis* e flessibilità dei criteri di giurisdizione nel diritto internazionale privato nazionale e dell'Unione europea», *Cuadernos der transnacional*, 2010, n. 1, p. 408, che riferisce di alcuni casi presentatisi innanzi alla giurisprudenza francese che ha stabilito che esigenze di natura sostanziale possono fondare una competenza di necessità, facendo ricorso alla nozione di *déni de justice*

chiamato a valutare se, in un caso come questo, tenuto conto dell'insieme delle circostanze, sussistano i presupposti per l'esercizio della giurisdizione. La guida interpretativa offerta dal regolamento non è però chiarissima: infatti mentre il presupposto della «ragionevolezza» indicato dall'art. 11 appare piuttosto ampio e sembra conferire al giudice dello Stato membro un significativo margine di discrezionalità, d'altra parte la norma precisa – come ribadito anche dal considerando 31 – che l'esercizio della giurisdizione in casi di questo tipo deve rimanere eccezionale. Un limite alla discrezionalità del giudice è comunque costituito dalla possibile difficoltà del riconoscimento nei paesi non membri interessati della decisione che egli dovrebbe rendere, specie in considerazione del fatto che il legame su cui si è fondato l'esercizio della sua competenza potrebbe esservi ritenuto insufficiente.

6. Possibilità di escludere dall'oggetto della causa beni situati in Stati terzi

146. Le norme sulla competenza previste dal regolamento si applicano – con l'eccezione prevista dal par. 2 dell'art. 10 – «all'intera successione» e quindi riguardano tutti i beni facenti parte dell'asse ereditario, ovunque essi si trovino. Il legislatore europeo ha tuttavia voluto tener conto del fatto che alcuni Stati stabiliscono la competenza esclusiva delle loro autorità giurisdizionali per l'adozione di provvedimenti riguardanti beni situati sul loro territorio, in particolare quando si tratta di immobili, e non sono pertanto disposti a riconoscere le decisioni emanate in merito a detti beni dai giudici di altri paesi⁴⁵². L'art. 12 prevede pertanto che, quando la successione riguardi anche beni situati in Stati terzi, una delle parti possa chiedere al giudice di non pronunciare su uno o più di quei beni «qualora si possa supporre che la sua decisione sui beni in questione non sarà riconosciuta né, se del caso, dichiarata esecutiva in tale Stato terzo». La norma, dettata da esigenze di economia processuale, reintroduce però quella pluralità di fori competenti a conoscere della successione che si era voluto evitare, in considerazione dei ben noti inconvenienti legati al *morcellement* delle successioni che si sono sopra illustrati⁴⁵³; se, infatti, può sembrare inutile ottenere una pronuncia che non potrebbe poi essere eseguita nel luogo di situazione del bene, è altresì possibile che il giudice valuti che, nel caso di specie, sia essenziale ad una corretta amministrazione della giustizia che la successione riceva comunque una regolamentazione unitaria e non ritenga quindi opportuno accogliere la richiesta di parte di limitare l'oggetto della causa, anche se alcuni capi della sua decisione non dovessero essere suscettibili di riconoscimento⁴⁵⁴.

Qualora invece la limitazione dell'oggetto del procedimento sia richiesta concordemente da tutte le parti, il giudice potrà comunque limitare l'oggetto del procedimento in base alle norme contenute in proposito nella propria legge nazionale, come indicato dal par. 2 dello stesso art. 12.

7. La competenza degli organi giurisdizionali del paese di residenza abituale di una persona che deve rendere una dichiarazione relativa alla successione

147. Per semplificare e rendere meno onerosi per le parti interessate, in particolare per i beneficiari, gli adempimenti legati alla devoluzione e alla trasmissione della successione, l'art. 13 consente ad una persona che, secondo la legge successoria, debba rendere innanzi ad un organo giurisdizionale una dichiarazione con la quale accetta l'eredità, un legato o una quota di legittima ovvero vi rinuncia, oppure limita la propria responsabilità in relazione alle passività ereditarie – ad esempio accettando la

(«le risque de déni de justice suffit à fonder la compétence internationale des tribunaux français»; v. Cour de cassation, 3 febbraio 1987, *JurisData*, n. 1987-000164).

⁴⁵² Come si è visto *supra*, par. 127 ss., l'art. 30 del regolamento, che consente di tener conto degli speciali regimi posti dalla *lex rei sitae*, è dettato da preoccupazioni in una certa misura analoghe.

⁴⁵³ V. *supra*, par. 24.

⁴⁵⁴ Anche il Groupe européen de droit international privé (GEDIP) ha incluso nella «Proposition pour une convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière familiale et successorale», adottata nella sessione di Heidelberg del 1993, una norma simile, secondo la quale «Les tribunaux ou autorités dont la compétence est prévue au paragraphe premier du présent article peuvent se déclarer incompétents pour statuer sur la dévolution ou l'administration d'un immeuble situé hors du territoire des États contractants s'ils estiment que les tribunaux du lieu de situation de cet immeuble sont plus appropriés pour en connaître, notamment lorsque ces derniers ont, selon leur propre loi, une compétence exclusive» (art. 5, par. 4, della proposta, all'indirizzo <http://www.gedip-egpil.eu/documents/gedip-documents-3pf.html>).

successione con beneficio di inventario come previsto dalla legge italiana, oppure esercitando la *option* prevista dal diritto francese – di rivolgersi, oltre che alle autorità competenti a decidere sulla successione, anche alle autorità giurisdizionali del proprio paese di residenza abituale, a condizione che queste possano ricevere la dichiarazione in base alla legge locale.

La disposizione deve essere letta assieme all'art. 28, ai sensi del quale, come si è visto, queste dichiarazioni sono valide quanto alla forma non solo quando rispettano i requisiti stabiliti dalla legge successoria, ma anche se effettuate secondo le forme previste dalla legge dello Stato in cui la persona che fa la dichiarazione ha la propria residenza abituale⁴⁵⁵. Il considerando 32 precisa che spetterà alla persona stessa informare l'autorità che si occupa, o dovrà occuparsi, della successione dell'esistenza di tali dichiarazioni, rispettando i termini eventualmente prescritti dalla legge successoria⁴⁵⁶.

148. Questa speciale regola di competenza si applica unicamente alle dichiarazioni e non ad altri tipi di adempimenti. Per quanto riguarda, specificamente, la limitazione della responsabilità degli eredi per le passività, è necessario tener conto del considerando 33, secondo il quale una persona non può limitare la propria responsabilità per i debiti ereditari attraverso una semplice dichiarazione resa in tal senso davanti alle autorità del proprio Stato membro di residenza abituale qualora la legge successoria imponga invece a questo fine «una specifica procedura giuridica, ad esempio una procedura inventariale, davanti all'organo giurisdizionale competente». Non v'è dubbio che sarebbe stato opportuno che la precisazione fosse contenuta nel testo stesso del regolamento, tanto più che a volte può essere difficile stabilire se quanto richiesto dalla legge successoria è una semplice dichiarazione resa ad un organo giurisdizionale – a cui si applica la deroga alla competenza prevista dall'art. 28 – oppure una vera e propria procedura «giuridica» (o piuttosto «giudiziaria»)⁴⁵⁷. Si tratta di un aspetto di non trascurabile rilievo, al quale i beneficiari dell'eredità dovranno prestare molta attenzione, anche perché simili limitazioni di responsabilità sono a volte soggette a termini perentori.

8. La competenza ad adottare provvedimenti provvisori e cautelari

149. L'art. 19 riconosce ai giudici di ogni Stato membro il potere di assumere i provvedimenti provvisori o cautelari in materia successoria previsti dalla loro legge nazionale anche nei casi in cui le norme del regolamento attribuiscano la competenza a conoscere del merito agli organi giurisdizionali di un altro Stato. La disposizione mira ad assicurare, per evidenti motivi di celerità e di semplicità, la possibilità di richiedere questo tipo di provvedimenti ai giudici dello stesso paese nel quale devono essere eseguiti⁴⁵⁸. Anch'essa è sostanzialmente riproduttiva delle corrispondenti disposizioni contenute nell'art. 31 del regolamento 44/2001 e, già precedentemente, nell'art. 24 della Convenzione di Bruxelles del 1968. La giurisprudenza interpretativa della Corte di giustizia ha precisato al riguardo che l'ambito delle possibilità di intervento dei giudici in base a normative nazionali deve intendersi limitato alle ipotesi in cui sussista «un effettivo nesso di collegamento fra l'oggetto dei provvedimenti richiesti e la competenza territoriale dello Stato contraente del giudice adito»⁴⁵⁹. Sembra certo che tale nesso possa considerarsi esistente nell'ipotesi in cui provvedimenti relativi a beni appartenenti alla massa ereditaria siano assunti dalle autorità del paese in cui i beni si trovano.

⁴⁵⁵ V. *supra*, par. 105.

⁴⁵⁶ Per il testo del considerando v. *supra*, nota 311; al riguardo, v. le osservazioni di F. SAUVAGE, «L'option et la transmission du passif dans les successions internationales au regard du règlement européen du 4 juillet 2012», in *Droit européen des successions internationales* (a cura di G. KHAIRALLAH / M. REVILLARD), Paris, 2013, p. 115 s.

⁴⁵⁷ La versione italiana è particolarmente infelice, come lo è quella spagnola («procedimiento jurídico específico»); cfr., invece, la versione francese e inglese, che utilizzano con maggiore chiarezza rispettivamente le espressioni «procédure judiciaire spécifique» e «specific legal proceedings».

⁴⁵⁸ Per quanto la condizione che il provvedimento debba essere eseguito nel paese in cui è emesso non sia imperativamente stabilita dalla disposizione, si tratterà senza dubbio dell'ipotesi più comune, anche perché dovranno essere comunque rispettate le norme sulla competenza poste dagli ordinamenti nazionali, che solitamente collegano a questo presupposto l'esercizio della giurisdizione cautelare delle loro autorità qualora esse non siano competenti nel merito: v., a proposito delle norme corrispondenti poste dal regolamento 44/2001, H. GAUDEMÉT-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, Paris, 4^a ed., 2010, p. 319 s.

⁴⁵⁹ CGUE 17 novembre 1998, *Van Uden c. Kommanditgesellschaft*, C-391/95, Racc. 1998, p. 7091.

150. Come risulta dalle condizioni richieste in generale per il riconoscimento delle decisioni dall'art. 40, lett. b), del regolamento, e come la Corte di giustizia, riferendosi alla Convenzione di Bruxelles del 1968, ha del resto affermato con chiarezza, i provvedimenti provvisori e cautelari non possono tuttavia essere riconosciuti quando siano stati assunti *inaudita altera parte* e quindi sostanzialmente senza il rispetto delle regole del contraddittorio nonostante che ciò nei casi di particolare urgenza costituisca la regola in molte legislazioni⁴⁶⁰. E' quindi evidente che in una procedura connotata da elementi di internazionalità provvedimenti urgenti assunti senza contraddittorio potranno in pratica essere utilmente adottati soltanto dalle autorità del paese in cui essi sono destinati ad avere esecuzione.

9. Litispendenza e connessione

151. Come d'uso negli atti dell'Unione che regolano la competenza giurisdizionale, anche il regolamento sulle successioni prevede la litispendenza e la connessione, rispettivamente agli articoli 17 e 18, con disposizioni largamente ispirate ai corrispondenti articoli 27 e 28 del regolamento 44/2001⁴⁶¹.

152. L'art. 17 prevede che in caso di litispendenza il giudice successivamente adito debba sospendere d'ufficio il procedimento e dichiarare poi la propria incompetenza a favore del primo giudice, non appena quest'ultimo abbia accertato la propria competenza. Poiché i criteri di competenza previsti dal regolamento tendono all'individuazione di un'unica autorità competente, si tratta di ipotesi che si verificheranno assai raramente. Non si dovrebbero, infatti, presentare casi di litispendenza fra cause pendenti innanzi ai giudici del paese dell'ultima residenza abituale e procedimenti iniziati nel paese la cui legge è stata oggetto di *professio juris*, perché la competenza delle autorità di quest'ultimo paese si fonda o sulla declinatoria di competenza dei primi giudici oppure sull'accordo fra le parti, che le conferisce carattere esclusivo. Conseguentemente, le ipotesi in cui potrebbe sussistere la competenza concorrente dei giudici di più Stati membri sono solo quelle previste dagli articoli 10 e 11 per le successioni di persone non residenti in uno degli Stati membri⁴⁶².

153. E' peraltro possibile che, anche al di fuori delle ipotesi ora indicate, vengano radicati ugualmente due o più procedimenti in Stati membri diversi qualora ognuno dei giudici valuti che il

⁴⁶⁰ Cfr. la decisione del 21 maggio 1980, *Denilauler c. Cochet*, 125/79, Racc. 1980, 1553 (punto 7), in cui la Corte ha stabilito che le condizioni cui la Convenzione subordina il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni giudiziarie «non sono soddisfatte per quanto riguarda i provvedimenti provvisori o cautelari disposti o autorizzati da un giudice senza che la parte contro cui essi si rivolgono sia stata citata a comparire e destinati ad essere eseguiti senza essere stati prima comunicati a detta parte».

⁴⁶¹ A seguito della revisione del regolamento 44/2001, il nuovo regolamento 1215/2012 destinato a sostituirlo regola all'art. 33 l'eccezione di litispendenza nei rapporti con procedimenti aperti parallelamente in Stati terzi, con un meccanismo diverso, sia nei presupposti, sia nei risultati, da quello previsto per la litispendenza nelle relazioni fra giudici di paesi membri: v. F. MARONI BUONAIUTI, «La disciplina della litispendenza nei rapporti tra giudici di paesi membri e giudici di paesi terzi nella proposta di revisione del regolamento n. 44/2001», *Riv. dir. int.*, 2011, p. 496 s.; J. SUDEROW, «Nuevas normas de litispendencia y conexidad para Europa: ¿el ocaso del torpedo italiano? ¿Flexibilidad versus previsibilidad?», *Cuadernos der. transnacional*, 2013, N. 1, p. 195 s.; P. HAY, «Notes on the European Union's Brussels-I "Recast" Regulation. An American Perspective», *The European Legal Forum*, 2013, p. 4.

⁴⁶² Nel caso in cui più procedimenti siano instaurati in Stati membri diversi a proposito di una successione futura, per i quali, come si è detto, il regolamento non contiene norme uniformi di competenza, restando essa quindi disciplinata dal diritto interno dei singoli Stati membri, dovrebbero comunque valere le norme sulla litispendenza stabilite dall'art. 17, come è stato stabilito dalla Corte di giustizia in sede di interpretazione pregiudiziale delle norme sulla litispendenza previste dalla Convenzione di Bruxelles del 1968, che sono state riprese nel regolamento 44/2001 e, ora, con identico tenore, nel regolamento sulle successioni; questo perché gli atti dell'Unione in materia di cooperazione giudiziaria civile pongono la libera circolazione delle decisioni come obiettivo principale, rispetto al quale la regola della litispendenza si presenta comunque come strumentale a prescindere dalla fonte, nazionale o europea, delle disposizioni sulla competenza. Nel caso deciso il 27 giugno 1991, *Overseas Union Insurance Ltd et al. c. New Hampshire Insurance Co.*, C-351/89, Racc. 1991, I-3348, la Corte di giustizia ha affermato che le regole sulla litispendenza sono volte «ad escludere, per quanto possibile e sin dall'inizio, una situazione come quella contemplata dall'art. 27, punto 3, vale a dire il mancato riconoscimento di una decisione in quanto contrastante con una decisione pronunciata tra le stesse parti nello Stato richiesto. Ne consegue che, per raggiungere questi scopi, l'art. 21 deve costituire oggetto di un'interpretazione ampia, che ricomprenda, in linea di massima, tutte le situazioni di litispendenza dinanzi a giudici di Stati contraenti, indipendentemente dal domicilio delle parti».

defunto avesse la propria ultima residenza abituale nella rispettiva circoscrizione⁴⁶³. In questo caso, il rimedio offerto dal regolamento consiste nella sospensione del procedimento da parte del giudice successivamente adito – da determinarsi sulla base delle norme uniformi elative alla prevenzione contenute nell'art. 14 – fino a quando il primo giudice si sarà pronunciato in via definitiva sulla propria competenza. Una volta conclusosi positivamente tale accertamento, il secondo giudice dovrà declinare la propria competenza⁴⁶⁴. In un'ipotesi come questa, è anche possibile che il giudice preventivamente adito possa sollevare una questione pregiudiziale innanzi alla Corte di giustizia volta ad ottenere la precisazione dei criteri da adottare, nell'interpretazione dell'art. 4, per l'accertamento dell'ultima residenza abituale della persona della cui eredità si tratta. In questo caso, entrambi i processi rimarranno sospesi, il primo sino alla pronuncia della Corte, il secondo, in attuazione del meccanismo della litispendenza, fino a quando il giudice preventivamente adito non si sarà pronunciato in via definitiva sulla propria competenza.

154. Stabilire se due (o eventualmente più) procedimenti rientranti nel campo di applicazione del regolamento diano luogo a litispendenza può risultare complesso, perché una stessa successione può dare luogo a controversie tra più persone ed aventi eventualmente anche diverso oggetto. Infatti è ovviamente ben possibile che più procedimenti riguardino aspetti distinti della successione, ad esempio, attribuzione di diversi legati; inoltre, come si è visto, le parti possono accordarsi per conferire competenza esclusiva relativamente anche ad un solo aspetto di una successione ai giudici dello Stato membro la cui legge sia stata designata dal *de cuius* mediante *professio juris*, cosicché non dovrebbe essere considerata un'ipotesi di litispendenza l'eventuale sottoposizione di altri aspetti della successione al giudice del paese dell'ultima residenza abituale. E' però necessario sottolineare che la Corte di giustizia ha accolto nella sua giurisprudenza una concezione non formale dell'identità di oggetto, in base alla quale l'eccezione di litispendenza può essere sollevata ogni volta in cui possano avversi decisioni contrastanti, il cui contenuto sia idoneo a impedire o limitare il riconoscimento della decisione resa successivamente⁴⁶⁵.

155. L'art. 18 del regolamento prevede che il giudice possa sospendere il procedimento nel caso di pendenza di cause connesse – definite come «le cause aventi tra di loro un collegamento così stretto da rendere opportune una trattazione e una decisione uniche per evitare decisioni tra loro incompatibili ove le cause fossero trattate separatamente» – e dichiararsi incompetente su richiesta di una delle parti ove entrambe le cause pendano in primo grado, a condizione «che l'organo giurisdizionale preventivamente adito sia competente a conoscere delle domande proposte e la sua legge consenta la riunione dei proce-

⁴⁶³ V. *supra*, par. 41 s.

⁴⁶⁴ La questione della possibilità per uno dei giudici di valutare, d'ufficio o su istanza di parte, la sussistenza dei presupposti per l'esercizio della competenza dell'altro giudice innanzi a cui pende il procedimento aperto parallelamente si è posta con riferimento all'interpretazione da darsi alle corrispondenti norme sulla litispendenza contenute nella Convenzione di Bruxelles del 1968 e nel regolamento 44/2001. Secondo quanto affermato dalla Corte, il giudice adito successivamente non può egli stesso valutare la competenza del giudice preventivamente adito, né d'ufficio, né nel caso in cui la questione venga sollevata innanzi a lui da una parte, perché «tale competenza è determinata direttamente dalle norme della convenzione, che valgono per entrambi i giudici e che possono venir interpretate ed applicate con pari autorità da ciascuno di essi». V. la decisione resa dalla Corte di giustizia il 27 giugno 1991 nel caso *Overseas Union Insurance et al. v. New Hampshire Insurance Co.*, C-351/89, Racc. 1991, p. I-3317, punto 23, e le osservazioni svolte al riguardo da F. MARONGIU BUONAIUTI, *Litispendenza e connessione internazionale*, Napoli, 2008, p. 427 ss. e H. GAUDEMÉT-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, Paris, 4^a ed., 2010, p. 351 s.

⁴⁶⁵ V. F. MARONGIU BUONAIUTI, *Litispendenza e connessione internazionale*, Napoli, 2008, p. 291 ss. Secondo la nota decisione resa dalla Corte nel caso *Gubisch Maschinenfabrik KG c. Giulio Palumbo* (CGCE 8 dicembre 1987, 144/86, Racc. 1987, p. 4861) a proposito dell'interpretazione da darsi all'espressione «medesimo oggetto e medesimo titolo» contenuta nell'art. 21 della Convenzione di Bruxelles del 1968 sulla competenza e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, dato che la norma aveva per obiettivo «nell'interesse di una buona amministrazione della giustizia nella Comunità», di evitare contrasti fra decisioni al fine di escludere «per quanto possibile e sin dall'inizio» l'eventualità del «mancato riconoscimento di una decisione in quanto contrastante con una decisione resa tra le medesime parti nello Stato richiesto» (punto 8), l'identità dell'oggetto e del titolo che costituisce presupposto della litispendenza non deve essere ristretta all'identità formale delle domande (punto 17), ma valutata verificando se la eventuale decisione resa in uno Stato il cui contenuto sia in contrasto con la decisione resa nell'altro Stato costituirebbe, per l'appunto, un ostacolo al riconoscimento e finirebbe dunque per limitarne gli effetti al solo territorio nazionale (punto 18).

dimenti». La norma potrà svolgere una funzione importante specialmente nei casi in cui per l'assenza di identità dell'oggetto o delle parti non sia possibile sollevare l'eccezione di litispendenza⁴⁶⁶.

156. Il considerando 36 contempla l'ipotesi che in due o più Stati membri diversi siano contemporaneamente in corso in relazione alla stessa successione procedimenti innanzi ad autorità non giurisdizionali, che, come si è detto, non sono tenute al rispetto delle norme sulla competenza del regolamento, ma possono continuare ad operare sulla base delle loro rispettive norme interne; potrebbero poi avversi anche due o più procedimenti di cui uno di natura giurisdizionale e uno o più altri di carattere extragiudiziale. In casi come questi, che potrebbero verificarsi quando, ad esempio, siano esperiti con l'assistenza di un notaio o di un'altra autorità di carattere amministrativo tentativi di addivenire ad una transazione stragiudiziale, il considerando suggerisce che siano le parti stesse ad individuare il miglior modo di risolvere il conflitto. Nell'eventualità di mancato accordo, sarà necessario che sia l'organo giurisdizionale che possiede competenza in base alle norme del regolamento a decidere del merito della successione. In ogni caso, una decisione di carattere giurisdizionale prevarrebbe ovviamente sulla transazione, data l'inidoneità di quest'ultima ad acquistare autorità di cosa giudicata.

XIV. Le norme sulla circolazione delle decisioni, degli atti pubblici e delle transazioni giudiziarie

1. Riconoscimento ed esecuzione delle decisioni

157. Le norme sulla circolazione delle decisioni contenute nel capo IV del regolamento costituiscono un'importantissima novità per la materia delle successioni, sinora esclusa sia dagli strumenti processuali dell'Unione europea, sia da quelli di diritto internazionale privato uniforme adottati in altre sedi, e riguardo alla quale il riconoscimento dell'efficacia all'estero e negli stessi Stati membri dell'Unione delle pronunce giudiziarie incontra tuttora seri ostacoli⁴⁶⁷. Trova così affermazione anche in questo campo il principio del reciproco riconoscimento delle sentenze e altre decisioni delle autorità giudiziarie, codificato negli articoli 67 e 81 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e posto a fondamento della cooperazione giudiziaria in materia civile, come ricorda anche il considerando 3.

Queste disposizioni sono modellate su quelle corrispondenti contenute nel regolamento 44/2001; anzi, la proposta presentata nel 2009 dalla Commissione aveva previsto per la parte relativa all'esecuzione delle decisioni un semplice rinvio agli articoli da 38 a 57 del citato regolamento, soluzione che poi non è però stata mantenuta nel testo definitivo anzitutto per salvaguardare l'autonomia del nuovo atto ed in secondo luogo in considerazione del fatto che la procedura di revisione del regolamento 44/2001 che era in corso all'epoca avrebbe potuto portare – come in effetti è avvenuto – alla modifica delle disposizioni che avrebbero dovuto essere oggetto di richiamo⁴⁶⁸. Proprio per la sostanziale conformità

⁴⁶⁶ La Corte di giustizia nella decisione resa il 6 dicembre 1994, *Tatry c. Maciej Rataj*, C-406/92, Racc. 1994, p. I-5439, punti 34 e 35, ha affermato che, benché ai fini della sussistenza dei requisiti della litispendenza posti dall'art. 27 della Convenzione di Bruxelles del 1968 (sostanzialmente corrispondente all'art. 21 del regolamento 44/2001) non rilevi la posizione processuale delle parti nei procedimenti instaurati parallelamente, è tuttavia necessario che vi sia coincidenza totale delle parti al procedimento; se invece essa è solo parziale, il giudice adito successivamente deve dichiararsi incompetente solo relativamente alla posizione delle parti che siano parti del primo procedimento, ma non per quanto concerne la posizione delle altre parti. La Corte ha anche osservato che questa interpretazione ha il difetto di provocare un frazionamento della controversia, che peraltro può essere evitato qualora il giudice successivamente adito faccia ricorso alle norme sulla connessione: v. in proposito H. GAUDEMÉT-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, Paris, 4^a ed., 2010, p. 342 s.; F. MARONGIU BUONAIUTI, *Litispendenza e connessione internazionale*, Napoli, 2008, p. 268 ss.

⁴⁶⁷ V. *supra*, par. 3, ed inoltre i rilievi di ordine generale di A. BONOMI, «Successions internationales: conflits de lois et de jurisdictions», *Recueil des cours*, vol. 350 (2010), p. 403 s.

⁴⁶⁸ Come è noto, il regolamento 44/2001 sarà sostituito dal regolamento 1215/2012 del 12 dicembre 2012 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (rifusione) che si applicherà alla materia civile e commerciale a partire dal 10 gennaio 2015 (con l'esclusione di alcune norme riguardanti adempimenti a carico della Commissione europea e degli Stati membri, le quali si applicheranno dal 10 gennaio 2014). Pertanto le norme del regolamento sulle successioni modellate su quelle del regolamento 44/2001 non corrisponderanno a quelle del nuovo regolamento che apportano delle modifiche a contenuto dell'atto precedente.

delle disposizioni che il legislatore dell'Unione ha finalmente adottato a quelle, ampiamente note, del regolamento 44/2001, non è necessario in questa sede soffermarsi in maniera particolareggiata sulla loro analisi, di cui ci si limita ad offrire una breve presentazione; è fra l'altro ragionevole fare ricorso per interpretarle – per lo meno per quanto appaia compatibile con la specificità della materia successoria – alle pronunce che hanno riguardato le corrispondenti disposizioni sia del regolamento 44/2001 sia della Convenzione di Bruxelles che, com'è noto, ne ha costituito l'antecedente diretto⁴⁶⁹.

158. Le decisioni in materia successoria assunte in uno degli Stati membri sono riconosciute in tutti gli altri senza alcun procedimento, come stabilisce l'art. 39, par. 1, del regolamento sulle successioni, qualora sussistano i requisiti – previsti dall'art. 40, lett. da a) a d) – della loro non manifesta contrarietà all'ordine pubblico dello Stato richiesto, del rispetto delle regole di instaurazione del contraddittorio nel caso in cui tali decisioni siano state pronunciate in contumacia e della loro non incompatibilità con altra decisione emessa anteriormente in un procedimento fra le stesse parti nello Stato richiesto oppure emessa fra le stesse parti e con lo stesso oggetto in altro Stato membro o in un paese terzo, che sia riconoscibile nello Stato richiesto. L'accertamento della sussistenza delle condizioni per il riconoscimento può essere richiesto in via principale, facendo ricorso al medesimo procedimento previsto per la dichiarazione di esecutività di cui si dirà nel prossimo paragrafo oppure in via incidentale: a tale ultimo riguardo l'art. 39, par. 3, attribuisce competenza alle autorità giurisdizionali degli Stati membri innanzi alle quali pende il procedimento principale.

Per «decisione» deve intendersi, come precisa l'art. 2, lett. g), ogni provvedimento emesso da un organo giurisdizionale di uno Stato membro «in materia di successioni», nozione che evidentemente rinvia alla delimitazione, positiva e negativa, del campo materiale di applicazione del regolamento⁴⁷⁰. Non è necessario che la questione oggetto della pronuncia abbia carattere internazionale; anche una decisione su una questione puramente interna può godere del riconoscimento se è necessario farla valere in un altro Stato membro⁴⁷¹; non esercita, inoltre, alcuna influenza sulla possibilità di riconoscimento la circostanza che l'autorità che ha emesso la pronuncia abbia fondato o meno la propria competenza sulle norme del capo II del regolamento⁴⁷². Come risulta esplicitamente sia dalla terminologia utilizzata in questa parte dell'atto, sia dal considerando 59, le norme sul riconoscimento e l'esecuzione si applicano anche ai provvedimenti di volontaria giurisdizione, che in materia successoria rivestono una particolare importanza⁴⁷³.

⁴⁶⁹ La legittimità e l'opportunità dell'impiego di questo criterio ricevono conferma dall'indicazione contenuta nel considerando 59, secondo cui «(a)lla luce dell'obiettivo generale, ossia il riconoscimento reciproco delle decisioni emesse negli Stati membri in materia di successioni, indipendentemente dal fatto che dette decisioni siano emesse in procedimenti contenziosi o non contenziosi, il presente regolamento dovrebbe prevedere norme relative al riconoscimento, all'esecutività e all'esecuzione delle decisioni simili a quelle di altri strumenti dell'Unione nel settore della cooperazione giudiziaria in materia civile». Del resto, anche nei rapporti tra la Convenzione di Bruxelles e il regolamento 44/2001 esiste un principio di continuità interpretativa esplicitamente riconosciuto dal considerando 19 di quest'ultimo e costantemente applicato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia.

⁴⁷⁰ V. i rilievi svolti *supra*, par. 16 ss. L'art. 2, lett. g), precisa – come il corrispondente art. 32 del regolamento 44/2001 – che sono incluse nella definizione di decisione anche i provvedimenti relativi alla determinazione delle spese giudiziali da parte del cancelliere.

⁴⁷¹ Un caso di questo tipo potrebbe verificarsi, ad esempio, qualora un bene appartenente alla massa ereditaria, originariamente situato nello Stato del foro, fosse trasferito in un diverso Stato membro.

⁴⁷² V. *supra*, par. 133.

⁴⁷³ Il considerando 59 afferma che il reciproco riconoscimento delle decisioni è l'obiettivo generale del regolamento «indipendentemente dal fatto che dette decisioni siano emesse in procedimenti contenziosi o non contenziosi». Va inoltre notato che nella parte relativa al riconoscimento – ad es., nell'art. 40 – il regolamento utilizza il termine più ampio «procedimento» («proceedings» nel testo inglese) anziché «controversia» («dispute») come fa invece il regolamento 44/2001 nel suo corrispondente art. 40: v. al riguardo J. FOYER, «Reconnaissance, acceptation et exécution des jugements étrangers, des actes authentiques et des transactions judiciaires», in *Droit européen des successions internationales* (a cura di G. KHAIRALLAH / M. REVILLARD), Paris, 2013, p. 144. Occorre però precisare che la nozione di decisione implica esercizio di potere proprio da parte del giudice; la Corte di giustizia, in relazione alla Convenzione di Bruxelles, nella pronuncia del 2 giugno 1994, *Solo Kleinmotoren GmbH c. Emilio Boch*, C-414/92, Racc., 1994, p. I-2237, ha affermato ai punti 17 e 18 che la nozione di decisione nell'art. 25 ed in ogni altra norma del regolamento che ne faccia uso deve riferirsi unicamente ai provvedimenti che provengono «da un organo giurisdizionale che appartiene ad uno Stato contraente e che statuisce con poteri propri su questioni controverse tra le parti». La Corte nel caso di specie ha escluso che tale carattere fosse da attribuirsi alle transazioni giudiziarie, che «rivestono infatti carattere essenzialmente contrattuale, nel senso che il loro contenuto dipende innanzi tutto dalla volontà delle parti»; v. a questo

159. Le autorità giurisdizionali dello Stato membro in cui è domiciliata la parte contro cui deve essere eseguita la decisione oppure quelle del paese in cui deve avvenire l'esecuzione sono competenti, secondo quanto prevede l'art. 45, ad apporre la dichiarazione di esecutività ai provvedimenti resi in altri Stati membri, su semplice presentazione di una domanda corredata da alcuni documenti. E' possibile anche una dichiarazione di esecutività parziale quando così è richiesto dalla parte interessata oppure quando solo alcuni capi della decisione estera sono suscettibili di riconoscimento; ciò può avvenire, ad esempio, perché una decisione precedentemente emessa nello Stato richiesto, o ivi riconoscibile, risulta in contrasto solo con alcuni capi della sentenza in questione. L'art. 48 stabilisce che in questa fase non viene verificata la sussistenza dei requisiti necessari al riconoscimento e precisa che la parte contro cui viene richiesta l'esecuzione «non può, in tale fase del procedimento, presentare osservazioni». L'instaurazione del contraddittorio è rinviata ad una fase di opposizione eventuale, avviata su ricorso di parte da presentarsi entro trenta giorni dalla notifica della dichiarazione di esecutività, aumentati a sessanta nel caso di residenza della parte in altro Stato membro⁴⁷⁴. Come risulta dal testo dell'art. 50, par. 1, la legittimazione spetta unicamente alle parti del procedimento nel quale è stato emesso il provvedimento del cui riconoscimento si tratta.

Il ricorso può sospendere l'esecutività della decisione qualora la parte interessata ne faccia istanza; l'intero procedimento è delineato in maniera sommaria dal regolamento, che si limita a prevedere che esso debba svolgersi secondo le norme processuali interne dello Stato del foro e concludersi con una decisione di conferma, rigetto o revoca della dichiarazione di esecutività; si tratta però, come già per il regolamento 44/2001, di un procedimento che ha natura uniforme in tutti gli Stati membri e che ha carattere esclusivo, cosicché non può ricorrersi a nessun procedimento nazionale, neppure se meno oneroso ed idoneo a determinare lo stesso risultato pratico⁴⁷⁵. Gli Stati membri sono tenuti a comunicare alla Commissione quali siano gli organi competenti a ricevere il ricorso e a precisare i mezzi di impugnazione ammessi contro il provvedimento; si può presumere che la maggior parte degli Stati membri darà indicazioni identiche a quelle già fornite con riferimento alle corrispondenti disposizioni del regolamento 44/2001.

Il giudice cui viene chiesto di accertare il riconoscimento della decisione o di disporne l'esecutività può sospendere il procedimento, secondo quanto prevede l'art. 42, quando la pronuncia *de qua* sia oggetto di gravame nello Stato di origine con un mezzo di impugnazione ordinario⁴⁷⁶; ovviamente,

proposito, per quanto riguarda la nozione di decisione cui si riferiscono le norme sul riconoscimento poste dal regolamento 44/2001, H. GAUDEMEL-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, Paris, 4^a ed., 2010, p. 388 s. Applicando questi stessi principi, che discendono dalla nozione stessa di «decisione», anche alle norme del regolamento sulle successioni, si dovrebbe dunque escludere che sia possibile riconoscere, ai sensi dell'art. 39, i provvedimenti emessi da un organo giurisdizionale – nell'ampia nozione che ne dà il regolamento – che si limita a registrare la volontà delle parti; siffatti provvedimenti potrebbero comunque usufruire della circolazione di cui godono le transazioni giudiziarie e gli atti pubblici secondo quanto dispone il capo V del regolamento, a proposito del quale v. *infra*, par. 161 ss.

⁴⁷⁴ Il testo dell'art. 50, par. 5, prevede che il ricorso contro la dichiarazione di esecutività debba essere proposto «entro trenta giorni dalla data di notificazione o comunicazione della stessa», che diventano sessanta se «la parte contro la quale è chiesta l'esecuzione è domiciliata in uno Stato membro diverso da quello in cui è stata rilasciata la dichiarazione di esecutività»; la norma aggiunge che tale termine «non è prorogabile per ragioni inerenti alla distanza». Il regolamento 44/2001 contiene all'art. 43, come già faceva la Convenzione di Bruxelles del 1968 all'art. 36, analoga disposizione, che, al pari di quella in esame, non contempla in maniera esplicita l'ipotesi in cui la parte contro cui è chiesta l'esecuzione sia invece domiciliata in un paese terzo; la relazione di P. Jenard che accompagnava la Convenzione di Bruxelles del 1968, GUCE, C 59 del 5 marzo 1979, precisava (p. 51) che in caso di parte domiciliata in uno Stato terzo il termine di un mese avrebbe potuto essere esteso a motivo della distanza seguendo le regole vigenti a tale proposito nello Stato nel quale era stata rilasciata la dichiarazione di esecutività della decisione, mentre detta estensione non era possibile nel caso di parti domiciliate negli Stati membri per il quale la norma prevedeva una disposizione specifica. Poiché questa interpretazione è da accogliersi anche con riferimento al regolamento 44/2001 (v. in proposito le osservazioni di H. GAUDEMEL-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, Paris, 4^a ed., 2010, p. 476 s.) si può ritenere che la medesima soluzione si applichi anche nel caso del regolamento successioni.

⁴⁷⁵ V. a questo proposito F. SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel regolamento (CE) 44/2001*, 3^a ed., Padova, 2006, p. 351 s.

⁴⁷⁶ La nozione di mezzo ordinario di impugnazione è molto diversa da uno Stato membro all'altro; è interessante ricordare che la relazione redatta da P. SCHLOSSER alla convenzione di adesione di Danimarca, Irlanda e Regno alla Convenzione di Bruxelles (GUCE C 59 del 5 marzo 1979, p. 128 s.) indicava che si era rivelato impossibile trovare un concetto equivalente alla nozione di mezzi di impugnazione ordinari e straordinari nelle legislazioni di Irlanda e Regno Unito; negli stessi paesi continentali della (allora) Comunità la nozione non era univoca, sicché non potendosi fare affidamento su un criterio chiaro

qualora l'impugnazione nel paese di origine comporti la sospensione dell'esecutorietà della sentenza, conseguentemente essa non potrà ricevere esecuzione nemmeno nel paese richiesto, per il venir meno di un necessario presupposto.

160. Fra i motivi che possono giustificare il rifiuto di riconoscimento di una decisione pronunciata in altro Stato membro l'art. 40 indica la non contrarietà all'ordine pubblico dello Stato richiesto. A questo proposito si possono richiamare le considerazioni già fatte in merito a detto limite con riferimento alla legge applicabile⁴⁷⁷, cui è da aggiungere che potrà altresì costituire ostacolo all'ingresso del provvedimento straniero nell'ordinamento giuridico dello Stato membro l'eventuale contrasto con il c.d. ordine pubblico processuale, secondo l'accezione che ne è stata data dalla Corte di giustizia⁴⁷⁸.

Per quanto riguarda la condizione della non incompatibilità del provvedimento da riconoscere con altre decisioni rese nello Stato richiesto o ivi riconoscibili, non si può escludere, come si è detto⁴⁷⁹, la possibilità dell'apertura in differenti Stati membri, oppure in Stati membri e in Stati terzi, di procedimenti paralleli che potrebbero portare a pronunce diverse ed eventualmente contrastanti o comunque inconciliabili. Tuttavia il fatto che i criteri di competenza giurisdizionale si pongono tendenzialmente come esclusivi, unito all'esistenza dell'obbligo per il giudice di verificare d'ufficio la propria competenza ed alla previsione dei meccanismi della litispendenza e della concessione, dovrebbero consentire di ridurre a casi davvero sporadici questa eventualità, in particolare quando siano interessati unicamente Stati membri. Potrebbero invece essere più frequenti ipotesi di incompatibilità che si verifichino fra la pronuncia da riconoscere ed eventuali decisioni di Stati terzi – inclusi i paesi membri dell'Unione europea che non abbiano partecipato all'adozione del regolamento – che siano state riconosciute, o abbiano titolo per essere riconosciute, nello Stato richiesto.

In ogni caso, spetta a chi si oppone al riconoscimento o all'esecuzione addurre le prove a sostegno della sussistenza di una legittima ragione di rifiuto⁴⁸⁰. Il regolamento non precisa se sia possibile

di distinzione, era preferibile lasciare, con una «soluzione pragmatica», la questione alla discrezionalità del giudice richiesto, il quale avrebbe dovuto ricorrere «con moderazione» al potere di sospendere l'esecuzione. La nozione è stata poi oggetto di interpretazione pregiudiziale da parte della Corte di giustizia con riferimento alle norme contenute rispettivamente negli articoli 30 e 38 della Convenzione di Bruxelles; nella decisione resa il 22 novembre 1977, *Industrial Diamond Supplies c. Luigi Riva*, 43/77, *Racc.* 1977, p. 2175, la Corte ha ritenuto che l'espressione «mezzo ordinario» indica ogni tipo di impugnazione che rappresenti uno «sviluppo processuale che ciascuna parte può ragionevolmente prevedere», come avviene, in particolare, per quei tipi di gravami che la legge collega ad un termine che decorre dalla data della decisione di cui si chiede per l'appunto l'esecuzione, senza che abbia alcun rilievo la qualificazione eventualmente compiuta a tale effetto dal diritto nazionale: v. al riguardo le osservazioni di P. MERCIER / B. DUTOIT, *L'Europe judiciaire: les Conventions de Bruxelles et de Lugano*, Bâle, Francfort-sur-le-Main, 1991, p. 135 ss.

⁴⁷⁷ V. *supra*, par. 124.

⁴⁷⁸ V. per osservazioni in proposito J. J. FOYER, «Reconnaissance, acceptation et exécution des jugements étrangers, des actes authentiques et des transactions judiciaires», in *Droit européen des successions internationales* (a cura di G. KHAIRALLAH / M. REVILLARD), Paris, 2013, p. 156, il quale considera questa eventualità come molto rara in materia successoria. Si tratta, come è noto, della possibilità di verificare in sede di riconoscimento o di esecuzione il rispetto nel corso del processo dei diritti fondamentali della difesa, come la Corte di giustizia ha affermato nella pronuncia del 28 marzo 2000, *Dieter Krombach c. André Bamberski*, C-7/98, *Racc.*, 2000, p. I-1935; la Corte, dopo aver premesso che, alla luce della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, «il giudice nazionale di uno Stato contraente ha il diritto di ritenere che il rifiuto di sentire la difesa di un imputato assente dal dibattimento costituisca una violazione manifesta di un diritto fondamentale» (punto 40), ha affermato, con riferimento ad una sentenza emanata in contumacia in Francia, che «il ricorso alla clausola dell'ordine pubblico deve essere considerato possibile nei casi eccezionali in cui le garanzie previste dall'ordinamento dello Stato d'origine e dalla Convenzione stessa non sono bastate a proteggere il convenuto da una violazione manifesta del suo diritto a difendersi dinanzi al giudice d'origine, come sancito dalla CEDU» (punto 44); questo principio è stato poi confermato dalla Corte nella sentenza del 2 aprile 2009, *Marco Gambazzi c. Daimler Chrysler Canada Inc. e CIBC Mellon Trust Company*, C-394/07, *Racc.* 2009, p. I-2563: v. a tale proposito H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, Paris, 4^a ed., 2010, p. 412 ss.; A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, Madrid, 13^a ed., Granada, 2012, vol. I, p. 540 s.

⁴⁷⁹ V. *supra*, par. 151 ss.

⁴⁸⁰ L'art. 46 della Convenzione di Bruxelles poneva a carico della parte che invocava il riconoscimento o chiedeva l'esecuzione di una decisione resa in contumacia di produrre «l'originale o una copia certificata conforme del documento comprovante che la domanda giudiziale od un atto equivalente è stato notificato o comunicato al contumace»; il regolamento 44/2001 non contiene una disposizione corrispondente, ma nel suo allegato V si prescrive che debba essere fatta menzione nell'attestato rilasciato dal giudice *a quo*, necessario per chiedere il riconoscimento e l'esecuzione del relativo provvedimento, della data

che in questa fase sia il giudice stesso a rilevare d'ufficio motivi di ricusazione ulteriori rispetto a quelli eventualmente avanzati dalla parte che ha proposto opposizione; il principio di libera circolazione delle decisioni e il fatto che la procedura di opposizione è solo eventuale e avviata su istanza di parte inducono tuttavia a propendere per la soluzione negativa⁴⁸¹.

2. Accettazione ed esecutività degli atti pubblici

161. Gli atti pubblici sono definiti dall'art. 3, n. 1, lett. i), del regolamento come «qualsiasi documento in materia di successioni che sia stato formalmente redatto o registrato come atto pubblico in uno Stato membro e la cui autenticità: i) riguardi la firma e il contenuto dell'atto pubblico; nonché ii) sia stata attestata da un'autorità pubblica o da altra autorità a tal fine autorizzata dallo Stato membro di origine»⁴⁸². Data l'importanza che essi presentano in materia successoria⁴⁸³, il regolamento disciplina, rispettivamente agli articoli 59 e 60, la loro accettazione e la loro esecuzione⁴⁸⁴.

di «notificazione o comunicazione della domanda giudiziale in caso di decisioni contumaciali». E' probabile che anche per il regolamento sulle successioni venga prevista la stessa menzione nel modello di attestato che dovrà essere predisposto ai sensi dell'art. 46.

⁴⁸¹ Nemmeno il regolamento 44/2001 prevede una disposizione specifica a questo proposito; v. le osservazioni di F. SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel regolamento (CE) 44/2001*, 3^a ed., Padova, 2006, p. 365, il quale segnala il rischio che si pervenga ad un affievolimento dei valori giuridici garantiti; identica preoccupazione è espressa da H. GAUDEMEL-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, Paris, 4^a ed., 2010, p. 475, che si chiede se questo stato di cose non equivalga a «aller trop loin dans la confiance faite au juge étranger».

⁴⁸² Una nota della Presidenza UE del 1° ottobre 2010 (13510/10 JUSTCIV 156 CODEC 805) elencava in via esemplificativa fra gli atti pubblici in materia successoria i testamenti, i patti successori, gli atti notori, l'accettazione di un'eredità o la rinuncia a quest'ultima, l'inventario dei beni constituenti la successione e gli atti di divisione. Proprio a causa dell'eterogeneità degli atti emanati nei paesi membri, al fine di meglio precisare quali caratteristiche dovesse rivestire un atto per poter essere definito come «pubblico» (*acte authentique*, *authentic instrument*, *documento público*, *öffentliche Urkunde*), la relazione JENARD / MÖLLER alla Convenzione di Lugano del 1988, in *GUCE*, 1990, C-189, p. 57, aveva precisato al punto 72 che l'autenticità dell'atto doveva essere attestata da un'autorità pubblica e riguardare «il contenuto dell'atto e non solo, ad esempio, la firma». La Corte aveva avallato questa interpretazione nella decisione pronunciata il 17 giugno 1999, *Unibank A/S c. Flemming G. Christensen*, C-260/97, Racc. 1999, p. I-3715, nella quale, con riferimento alla Convenzione di Bruxelles del 1968, aveva negato la natura di atto autentico (questa era la terminologia utilizzata dalla convenzione) ad un titolo di credito danese e aveva affermato che, poiché l'art. 50 della convenzione prevedeva l'esecutività degli atti autentici alle stesse condizioni previste per le decisioni giudiziarie, «il carattere autentico di tali atti deve essere dimostrato in modo incontestabile, cosicché il giudice dello Stato di cui trattasi possa far affidamento sull'autenticità degli stessi»; questo, ad avviso della Corte, è possibile unicamente per quegli atti la cui autenticità sia stata attestata da un'autorità pubblica dello Stato d'origine da qualsiasi altra autorità a ciò autorizzata dal medesimo Stato. Sulla possibilità di confusione terminologica v., con riferimento ai regolamenti dell'Unione, R. CAFARI PANICO, «L'efficacia degli atti pubblici stranieri. la proposta di regolamento su giurisdizione e legge applicabile a successioni e testamenti», in *Le nuove competenze comunitarie. Obbligazioni alimentari e successioni* (a cura di M.C. BARUFFI / R. CAFARI PANICO), Padova, 2009, p. 184; più in generale, si veda la classificazione degli atti pubblici proposta da C. PAMBOUKIS, *L'acte public étranger en droit international privé*, Paris, 1993, p. 21 ss.

⁴⁸³ V. a questo proposito J. FITCHEN, «“Recognition”, Acceptance and Enforcement of Authentic Instruments in the Succession Regulation», *Journal of Private Int. Law*, 2012, p. 323 ss.; E. JACOBY, «Acte de notoriété ou certificat successoral européen? Du nouveau pour le notaire français chargé du règlement d'une succession internationale», *La semaine juridique notariale et immobilière*, 2012, n. 25, p. 65; D. DAMASCELLI, «La “circulation” au sein de l'espace judiciaire européen des actes authentiques en matière successorale», *Rev. crit. droit int. privé*, 2013, p. 425; J. FOYER, «Reconnaissance, acceptation et exécution des jugements étrangers, des actes authentiques et des transactions judiciaires», in *Droit européen des successions internationales* (a cura di G. KHAIRALLAH / M. REVILLARD), Paris, 2013, p. 148.

⁴⁸⁴ L'espressione «accettazione» è un termine nuovo nel diritto internazionale privato dell'Unione, coniato appositamente durante la negoziazione del regolamento per sostituire il termine «riconoscimento» utilizzato dalla proposta presentata nel 2009 dalla Commissione, ritenuto poco opportuno se riferito ad atti diversi da una decisione giudiziaria: v. in proposito M. KOHLER / M. BUSCHBAUM, «La «reconnaissance» des actes authentiques prévue pour les successions transfrontalières. Réflexions critiques sur une approche douteuse entamée dans l'harmonisation des règles de conflits de lois», *Revue critique de droit international privé*, 2010, spec. p. 647 s., e cfr. anche le osservazioni di J. FITCHEN, «“Recognition”, Acceptance and Enforcement of Authentic Instruments in the Succession Regulation», *Journal of Private Int. Law*, 2012, p. 323 ss.; più in generale, con riferimento agli atti pubblici anche relativi a materie diverse da quella successoria, H. GAUDEMEL-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, Paris, 4^a ed., 2010, p. 496 e nota 17. Invece l'espressione «esecuzione» riferita agli atti pubblici non è affatto nuova, essendo, tra l'altro, impiegata dall'art. 57 del regolamento 44/2001, come già dall'art. 50 della Convenzione di Bruxelles del 1968.

La prima disposizione stabilisce che gli atti pubblici redatti in uno Stato membro hanno «la stessa efficacia probatoria» che possiedono nello Stato membro d'origine o devono comunque essere ammessi a produrre «gli effetti più comparabili», alla sola condizione «che ciò non sia manifestamente contrario all'ordine pubblico dello Stato membro interessato»⁴⁸⁵. La seconda possibilità si riferisce all'ipotesi in cui, a causa dell'eterogeneità dei contenuti delle diverse legislazioni, nazionali, un determinato tipo di effetto sia ignoto al diritto dello Stato richiesto. In questo caso, con un'operazione di comparazione, dovrà essere identificato un tipo di atto che produca effetti equivalenti o per lo meno paragonabili a quello dell'atto straniero e detto atto subirà, di conseguenza, un processo di adeguamento a quanto previsto nello Stato richiesto⁴⁸⁶. A tale proposito l'art. 59 del regolamento, al fine di facilitare l'accettazione degli atti pubblici anche sul piano pratico, stabilisce che chi intende utilizzare un atto pubblico in un altro Stato membro può chiedere all'autorità che lo rilascia di «compilare il modulo elaborato secondo la procedura consultiva di cui all'articolo 81, paragrafo 2»⁴⁸⁷, precisando in esso anche «quali sono gli effetti probatori che l'atto pubblico ha nello Stato membro d'origine».

L'art. 60 ammette comunque la possibilità che gli atti pubblici siano dichiarati esecutivi attraverso lo stesso procedimento che il regolamento prevede per le decisioni. Si tratta di una disposizione analoga a quelle contenute nel regolamento 44/2001 e in precedenza nella Convenzione di Bruxelles del 1968, che non hanno suscitato problemi particolari⁴⁸⁸.

162. I paragrafi 2 e 3 dell'art. 59 riguardano le eventuali contestazioni che possono essere mosse nei confronti di un atto pubblico, distinguendo le ipotesi in cui sia confutata la sua autenticità da quelle in cui vengano sollevate obiezioni sul contenuto delle informazioni in esso registrate. Secondo il par. 2, l'autenticità dell'atto – che include la verifica della sua veridicità, del rispetto delle esigenze di forma e dei poteri dell'autorità che l'ha emanato, della data, dell'effettiva comparizione delle persone che vi sono indicate e della loro identità – deve essere valutata dagli organi giurisdizionali del paese di emanazione, i quali applicheranno la loro legge interna⁴⁸⁹. Invece ogni contestazione riguardante i

⁴⁸⁵ Nel corso dell'elaborazione del regolamento la norma era stata oggetto di critiche anche di carattere sostanziale, che evidenziavano la potenziale pericolosità dell'attribuzione di effetti ad un atto pubblico che non rispettasse la legge successoria applicabile e la conseguente esigenza di rendere più chiara la disposizione (M. KOHLER / M. BUSCHBAUM, *loc. ult. cit.*, p. 651) o addirittura di eliminarla: ad es. il Max-Planck-Institut aveva proposto la totale soppressione della norma, insistendo, fra l'altro, sull'opportunità di fare comunque regolare gli effetti degli atti pubblici «by the law applicable to the substantive effects of the instrument under the future Regulation and by the procedural rules of the *lex fori* rather than only by the law of the country of origin» («Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of succession and the creation of a European Certificate of Succession», *RabelsZ*, 2010, p. 671).

⁴⁸⁶ Il considerando 61 prevede al riguardo che «[n]el determinare l'efficacia probatoria di un determinato atto pubblico in un altro Stato membro o gli effetti più comparabili è opportuno fare riferimento alla natura e alla portata degli effetti probatori dell'atto pubblico nello Stato membro d'origine». Si tratta di un'operazione che viene solitamente compiuta in occasione del riconoscimento di effetti agli atti pubblici stranieri, inclusi gli atti notarili, per il tramite delle norme di diritto internazionale privato: v. C. PAMBOUKIS, *L'acte public étranger en droit international privé*, Paris, 1993, p. 193 ss.; P. PASQUALIS, «Il problema della circolazione in Italia degli atti notarili provenienti dall'estero», *Rivista del notariato*, 2002, p. 588, che sottolinea la necessità di individuare nell'atto straniero alcuni elementi minimi che consentano di stabilirne l'equivalenza ad un tipo di atto previsto dal diritto dello Stato richiesto; v. altresì A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZALEZ, *Derecho internacional privado*, Madrid, 13^a ed., Granada, 2012, vol. I, p. 645, che mettono in rilievo l'esigenza che sussista una «equivalencia funcional» fra l'atto straniero e l'atto interno. L'Institut de droit international nella Risoluzione su «La substitution et le principe d'équivalence en droit international privé» adottata in occasione della sessione di Santiago del 2007, in *Annuaire de l'Institut de droit international - Session de Santiago du Chili*, vol. 72, 2007, p. 73, ha indicato all'art. 1 che «(l)a substitution permet à un rapport de droit ou un acte établis sous l'empire d'une loi donnée de produire tout ou partie des effets attachés à un rapport de droit ou un acte similaires connus de la loi d'un autre Etat» e che il presupposto per avversi questo effetto è costituito dalla equivalenza, la quale si basa «sur une comparaison fonctionnelle des dispositions de la loi régissant les effets du rapport de droit ou de l'acte et de la loi selon laquelle le rapport de droit ou l'acte pris en considération s'est formé».

⁴⁸⁷ Per precisazioni sulla procedura di predisposizione del modulo v. *supra*, nota 20.

⁴⁸⁸ Come fa notare H. GAUDEMEL-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, Paris, 4^a ed., 2010, p. 501, la stessa Corte di giustizia, in un caso riguardante l'apposizione della formula esecutiva in Francia ad un atto pubblico tedesco, sembra aver ragionato esattamente come se si fosse trattato di una decisione giudiziaria; v. CGCE 2 luglio 1985, *Deutsche Genossenschaftsbank c. Brasserie du Pêcheur*, c. 148/84, Racc. 1985, p. 1981.

⁴⁸⁹ Il considerando 62 precisa ulteriormente che «(l)'autenticità» dell'atto pubblico dovrebbe essere un concetto autonomo comprendente elementi quali la genuinità dell'atto, i presupposti formali dell'atto, i poteri dell'autorità che redige l'atto

negozi e i rapporti giuridici riportati nell'atto deve essere sottoposta, a termini del par. 3 dell'articolo, alla cognizione dell'autorità giurisdizionale che risulta competente ad occuparsi della successione in applicazione dei criteri posti nel capo II del regolamento. Si tratta di una previsione del tutto logica, poiché in questo caso la contestazione non riguarda l'atto in se stesso ma investe il merito della materia successoria; secondo quanto indicato nel considerando 63, i negozi o i rapporti giuridici registrati in un atto pubblico si riferiscono al contenuto e alla sostanza dell'atto e possono consistere «nell'accordo tra le parti riguardo alla divisione o distribuzione dell'eredità ovvero in un testamento, in un patto successorio o in altra dichiarazione di volontà», oppure possono riguardare «la determinazione degli eredi e di altri beneficiari ai sensi della legge applicabile alla successione, le loro quote rispettive e l'esistenza di una quota di legittima, ovvero qualsiasi altro elemento stabilito secondo la legge applicabile alla successione»⁴⁹⁰.

In entrambi i casi, la pendenza di un ricorso riguardante l'atto ne blocca gli effetti negli altri Stati membri sino a quando la controversia non viene definita; per evitare pregiudizi provocati dal ritardo, la parte che ne ha interesse, qualora ne ricorrano i presupposti, può comunque chiedere provvedimenti provvisori o cautelari, secondo quanto stabilito dall'art. 19⁴⁹¹.

163. Esiste naturalmente la possibilità che all'autorità di uno Stato membro siano presentati due atti pubblici aventi contenuto in tutto o in parte contrastante, e tuttavia entrambi suscettibili di accettazione. Il considerando 66 indica che in questa eventualità l'autorità stessa dovrebbe valutare a quale dei due atti debba essere attribuita priorità «tenendo conto delle circostanze del caso specifico»⁴⁹² e che in caso di dubbio la questione dovrebbe essere sottoposta alle autorità giurisdizionali «competenti ai sensi del presente regolamento». E' importante porre in evidenza che identica soluzione deve essere data all'eventualità in cui uno degli atti sia un certificato successorio europeo perché, come si vedrà, il regolamento non gli attribuisce una natura differente da quella di qualunque altro atto pubblico reso in uno Stato membro⁴⁹³.

Lo stesso considerando aggiunge che in caso di incompatibilità tra un atto pubblico e una decisione «si dovrebbe tener conto dei motivi di rifiuto di riconoscimento delle decisioni previsti dal presente regolamento». Di conseguenza, un atto pubblico prevarrà, com'è ovvio, su una decisione non riconoscibile, mentre una decisione riconoscibile dovrà prevalere sull'atto pubblico incompatibile, per l'effetto di giudicato che essa è idonea a produrre.

3. Esecutività delle transazioni giudiziarie

164. Conformemente ad analoghe disposizioni contenute in altri atti dell'Unione, l'art. 61 del regolamento prevede la possibilità che le transazioni giudiziarie acquistino esecutività negli Stati mem-

e la procedura secondo la quale l'atto è redatto» e dovrebbe inoltre comprendere «gli elementi fattuali registrati dall'autorità interessata nell'atto pubblico, quali il fatto che le parti indicate sono comparse davanti a tale autorità nella data indicata e che hanno reso le dichiarazioni indicate».

⁴⁹⁰ V. a questo proposito D. DAMASCELLI, «La 'circulation' au sein de l'espace judiciaire européen des actes authentiques en matière successorale», in corso di pubblicazione, *Rev. crit. droit int. privé*, 2013, il quale rileva che le contestazioni riguardanti l'autenticità dell'atto mettono in causa «ses caractéristiques essentielles, qui le rendent expression du pouvoir souverain de l'État», la qual cosa richiede che il relativo controllo sia affidato alle autorità dello Stato da cui l'atto proviene e disciplinato dalla legge di quest'ultimo, mentre non vi è alcuna ragione di discostarsi dalle regole generali per quanto concerne le contestazioni relative al contenuto materiale dell'atto. Non appare invece condivisibile l'opinione di J. FOYER, «Reconnaissance, acceptation et exécution des jugements étrangers, des actes authentiques et des transactions judiciaires», in *Droit européen des successions internationales* (a cura di G. KHAIRALLAH / M. REVILLARD), Paris, 2013, p. 148, secondo cui la norma del regolamento dovrebbe essere interpretata nel senso che anche le contestazioni riguardanti i negozi o i rapporti giuridici registrati nell'atto pubblico dovrebbero essere di competenza dei giudici del paese di origine dell'atto stesso.

⁴⁹¹ In proposito v. *supra*, par. 149 s.

⁴⁹² Si potrebbe ad esempio ipotizzare la presentazione allo stesso conservatore di pubblici registri, ai fini della trascrizione dell'acquisto della proprietà di un immobile, di due atti provenienti da Stati membri differenti nei quali siano indicate come eredi persone diverse, determinate alla stregua di due testamenti successivi di contenuto difforme. In un caso del genere, se non vi sono dubbi sull'autenticità dei documenti e sull'esattezza del loro contenuto, la stessa autorità incaricata della trascrizione potrebbe valutare che l'atto basato sul testamento avente data più recente prevalga sull'altro.

⁴⁹³ V. *infra*, par. 172.

bri attraverso la stessa procedura prevista per le decisioni⁴⁹⁴. Il termine «transazione giudiziaria» include sia gli accordi conclusi nel corso di un procedimento giudiziario, sia le soluzioni transattive che siano state raggiunte in sede stragiudiziale ma siano poi state omologate dall'autorità giudiziaria⁴⁹⁵. L'unico possibile motivo di rifiuto – come è stabilito per gli atti pubblici – consiste nella contrarietà dell'esecuzione della transazione all'ordine pubblico dello Stato richiesto, che potrà essere invocato solo propnendo ricorso ai sensi dell'art. 50 o dell'art. 51⁴⁹⁶.

Per facilitarne la circolazione, il par 2 dell'articolo stabilisce che le autorità giurisdizionali che approvano o raccolgono la transazione ne rilasciano un attestato su istanza della parte interessata, utilizzando, anche in questo caso, un modello predisposto dalle istituzioni comunitarie secondo la stessa procedura consultiva prevista da altre disposizioni del regolamento⁴⁹⁷.

XV. Il certificato successorio europeo

165. Il regolamento istituisce nel capo VI un nuovo tipo di atto produttivo di effetti identici in tutti gli Stati membri: il certificato successorio europeo. Il documento, redatto secondo un modello uniforme che dovrà essere predisposto dalla Commissione, ha per obiettivo di facilitare la prova della qualità delle persone abilitate a far valere i propri diritti o ad esercitare poteri di amministrazione della successione, evitando così che siano necessari più documenti rilasciati da autorità diverse nel caso di beni situati in più Stati membri. Si tratta senza dubbio di una delle maggiori novità della nuova normativa, anche perché è il primo atto pubblico creato e regolato direttamente da norme dell'Unione⁴⁹⁸. Come si è visto, l'idea che l'istituzione di un certificato uniforme costituisce lo strumento più efficace per l'amministrazione delle successioni internazionali si trovava già alla base della convenzione adottata in materia nel 1973 dalla Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato⁴⁹⁹; l'atto istituito dal regolamento ha però un campo di applicazione più ampio, sia perché riguarda l'intera successione, e non la sola successione mobiliare, sia perché non indica unicamente la persona autorizzata all'am-

⁴⁹⁴ Sia il regolamento 44/2001 (e precedentemente la Convenzione di Bruxelles del 1968), sia il regolamento 4/2009 prevedono rispettivamente all'art. 58 e all'art. 48 che le transazioni giudiziarie dotate di esecutorietà nello Stato di origine possano essere dichiarate esecutive negli altri Stati membri. Invece l'art. 46 del regolamento 2201/2003 si riferisce con formula più generica agli «accordi fra le parti» aventi efficacia esecutiva.

⁴⁹⁵ L'art. 2, lett. h), precisa che il termine si riferisce ad ogni transazione «in materia di successioni approvata dall'organo giurisdizionale o conclusa davanti all'organo giurisdizionale nel corso di un procedimento». La disposizione, che riprende quella contenuta nell'art. 2, par. 1, n. 2, del regolamento 4/2009, è pertanto più precisa di quella contenuta nel corrispondente art. 48 del regolamento 44/2001, il quale, come già l'art. 51 della Convenzione di Bruxelles del 1968, non offre una definizione di transazione giudiziaria, limitandosi a prevedere che le «transazioni concluse davanti al giudice nel corso di un processo» dotate di efficacia esecutiva nello Stato membro d'origine sono esecutive nello Stato membro richiesto «alle stesse condizioni previste per gli atti pubblici». Può essere però difficile qualificare gli atti giudiziari adottati secondo i diversi sistemi nazionali; nella pronuncia del 2 giugno 1994, *Solo Kleinmotoren GmbH c. Emilio Boch*, C-414/92, Racc., 1994, p. I-2237, la Corte di giustizia ha stabilito che le transazioni giudiziarie rivestono «carattere essenzialmente contrattuale, nel senso che il loro contenuto dipende innanzi tutto dalla volontà delle parti» (punto 18) e si distinguono pertanto dalle decisioni nelle quali invece l'organo giurisdizionale «statuscet con poteri propri su questioni controverse tra le parti» (punto 17); v. le osservazioni di H. GAUDEMÉT-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, Paris, 4^a ed., 2010, p. 495 s.; sulle difficoltà di qualificazione v. anche C. PAMBOUKIS, *L'acte public étranger en droit international privé*, Paris, 1993, p. 75.

⁴⁹⁶ In proposito v. *supra*, par. 159.

⁴⁹⁷ Per la procedura consultiva con cui il modello deve essere adottato, v. *supra*, nota 20.

⁴⁹⁸ I commenti suscitati dalla previsione dell'istituzione di un certificato successorio europeo sono stati in generale molto positivi, quanto meno in linea di principio: si vedano, ad esempio, MAX-PLANCK-INSTITUT FÜR AUSLÄNDISCHES UND INTERNATIONALES PRIVATRECHT, «Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of succession and the creation of a European Certificate of Succession», *RabelsZ*, 2010, p. 673 s.; M.H. TEN WOLDE, «Will professionals in other countries be able to rely on a European Certificate of Inheritance for all purposes?», in *Les successions internationales dans l'UE: perspectives pour une harmonisation*, Würzburg, 2004, p. 507; NOTAIRES D'EUROPE, «Prise de position sur 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 successorale européen», 11 dicembre 2009, p. 1, all'indirizzo: <http://www.notaries-of-europe.eu/index.php?pageID=4976>.

⁴⁹⁹ V. *supra*, par. 6.

ministrazione della successione ma anche gli eredi, dei quali indica le quote di rispettiva spettanza, ed i legatari.

166. Di regola, tutti gli ordinamenti prevedono che le persone abilitate a svolgere le attività di amministrazione di una successione possano provare la loro qualità mediante apposita certificazione. In alcuni casi la legge impone una specifica investitura da parte dell'autorità giurisdizionale mediante atti di natura costitutiva, come il *grant of probate* o la *letter of administration*, che nei paesi di *common law* (o nei paesi, come Cipro, il cui ordinamento in questa materia si ispira a quei sistemi), vengono rilasciati rispettivamente agli esecutori testamentari, nominati nel testamento dal *de cuius*, o agli amministratori della successione, di nomina giurisdizionale⁵⁰⁰. In altri casi, eredi e legatari devono munirsi di un certificato di natura probatoria che è rilasciato dall'autorità giurisdizionale in Grecia, in Germania e in Austria, nonché negli Stati nei quali il ricorso ad un documento analogo è previsto solo in alcune limitate parti del paese, quali le regioni italiane o francesi che sono state sotto sovranità austriaca o tedesca e ne hanno mantenuto alcuni istituti giuridici⁵⁰¹, oppure è rilasciato da un notaio nominato dal giudice nella Repubblica ceca, in Slovacchia e in Croazia⁵⁰². In molti paesi di notariato latino, come Francia, Belgio, Spagna e Portogallo, le autorità pubbliche e i notai sono abilitati a rilasciare atti notori in cui sono indicate le persone autorizzate ad amministrare la successione⁵⁰³. In altri paesi – quali l'Italia – si può fare ricorso in assenza di testamento a semplici certificazioni private formate dagli stessi interessati e delle quali l'autorità competente (notaio o autorità amministrativa) si limita ad autenticare la provenienza. Proprio per l'eterogeneità di questi atti, i loro effetti all'estero variano grandemente da paese a paese, anche in funzione dell'attività da svolgere⁵⁰⁴. D'altra parte, questi atti sono attualmente

⁵⁰⁰ Le autorità inglesi generalmente rilasciano un documento di questo tipo unicamente quando il *de cuius* ha lasciato beni in territorio inglese, ma è possibile che il *grant* autorizzi il *personal representative* ad esercitare i propri poteri anche riguardo ad immobili situati in altri paesi; questa ipotesi costituisce l'unica eccezione alla regola secondo la quale i giudici inglesi non hanno giurisdizione sui beni immobili situati all'estero (v. C.M.V. CLARKSON / J. HILL, *Jaffey on the Conflict of Laws*, London, Edinburgh, Dublin, 1997, p. 469).

⁵⁰¹ In Germania gli artt. 2353 ss. BGB prevedono che l'*Erbschein* sia rilasciato agli eredi a seguito di una procedura d'inchiesta condotta d'ufficio; in Grecia, l'art. 1956 cod. civ. contiene regole simili. In Austria l'art. 799 ABGB prevede che il tribunale delle successioni rilasci ai beneficiari una *Einantwortung* che non si limita a provare la qualità di erede delle persone che vi sono indicate, ma trasferisce loro i beni con effetto di giudicato ed è titolo per la trascrizione dell'acquisto della proprietà nei registri. Un certificato ereditario è emesso dal tribunal d'instance nei dipartimenti francesi Haut-Rhin, Bas-Rhin e Moselle (art. 75 della legge del 1° giugno 1924); in queste comunità, il certificato ereditario risaliva ad antiche consuetudini di diritto germanico ed era stato codificato con legge del 10 maggio 1886, anteriore allo stesso BGB che aveva esteso il ricorso a detto istituto in tutto l'allora impero tedesco; v. P. DRAKIDIS, «Des problèmes nés de l'application du certificat d'héritier», *Revue int. droit comparé*, 1996, p. 593. In Italia il certificato ereditario, secondo quanto prevede il R.D. n. 499 del 28 marzo 1929, art. 3, è obbligatorio quando nella massa ereditaria sono presenti immobili situati nelle province dell'Alto Adige, di Trieste, di Gorizia e in alcuni comuni delle province di Belluno, Brescia e Udine; esso è rilasciato dal tribunale in composizione monocratica.

⁵⁰² Nella Repubblica ceca e in Slovacchia la procedura è regolata dall'art. 175za e ss., l. 4 dicembre 1963, collegata al codice di procedura civile cecoslovacco, ancora vigente nei due paesi; il notaio è nominato dal giudice, agisce su mandato e sotto controllo di quest'ultimo ed emette il certificato di successione all'esito di un procedimento che ha carattere di volontaria giurisdizione. In Croazia vige una procedura simile (art. 210 *Zakon o nasljedivanju* del 2003 e successive modifiche).

⁵⁰³ In Francia, la l. 1° luglio 2002 ha modificato il codice civile e codificato la prassi notarile consistente nel rilascio all'eredità di un atto di notorietà, che fa fede sino a prova contraria; tale atto non è peraltro che uno dei possibili modi di provare la qualità di erede che, secondo l'art. 730 cod. civ., «s'établit par tous moyens». In Belgio la questione non è regolata dalla legge; il notaio può rilasciare un atto di notorietà o, nei casi di successioni meno complesse, un semplice certificato ereditario, che può essere emesso anche dall'autorità amministrativa; v. N. BERNIQUET GAJIĆ, «La légitimation de l'héritier et les pouvoirs de l'exécuteur testamentaire. Le cas de la Belgique», in *Le droit des successions en Europe. Actes du Colloque du 21 février 2003*, Genève, 2003, p. 157 s. I notai spagnoli sono competenti al rilascio di atti di notorietà; v. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Derecho internacional privado sucesorio español», in *Prontuario básico de derecho sucesorio internacional* (a cura di J. CARRASCOSA GONZÁLEZ / J. MARTÍNEZ NAVARRO), Granada, 2012, p. 8. Il sistema portoghese si basa sul *cabeçalato* il cui organo è il *cabeça-de-casal* la cui nomina, se non è effettuata nel testamento (art. 2320 cod. civ.), spetta ai parenti prossimi secondo l'ordine stabilito dall'art. 2080 cod. civ., o, in mancanza, viene fatta dal giudice (artt. 2083 e 2084 cod. civ.).

⁵⁰⁴ Si veda l'ampio studio di carattere comparato del DEUTSCHES NOTARINSTITUT, «Étude de droit comparé sur les règles de conflits de juridictions et de conflits de lois relatives aux testaments et successions dans les Etats membres de l'Union européenne», in *Les successions internationales dans l'UE: perspectives pour une harmonisation*, Würzburg, 2004, pp. 113 s., 127 s., basato su quindici rapporti nazionali, nonché l'illustrazione, corredata anche da casi concreti, compiuta da M. REVILLARD, «L'introduction d'un certificat international d'héritier et la pratique du droit international privé des successions», *ibid.*, p. 523, e l'analisi di A. BONOMI, «Successions internationales: conflits de lois et de juridictions», *Recueil des cours*, vol. 350 (2010), p. 405 s.

redatti in base alla legge applicabile secondo il sistema di conflitto dello Stato in cui è avvenuto il rilascio. Di conseguenza, data la grande varietà di soluzioni che il diritto internazionale privato delle successioni presenta nei diversi ordinamenti, le indicazioni in essi contenute potrebbero confliggere con la regolamentazione delle vicende ereditarie propria dello Stato o degli Stati in cui siffatti documenti devono produrre effetto.

L'entrata in vigore del regolamento migliorerà nettamente la situazione attuale, innanzitutto attraverso l'introduzione di norme di conflitto uniformi che consentirà di ridurre grandemente, se non di eliminare del tutto, quella che è stata definita la «fragilité structurelle» che ha finora caratterizzato i certificati nazionali⁵⁰⁵, inoltre attraverso l'obbligo di accettazione degli atti pubblici imposto agli Stati membri dall'art. 59, che produrrà il risultato di conferire a questi atti in ciascuno di essi «la stessa efficacia probatoria» che hanno nello Stato di origine oppure «gli effetti più comparabili».

Peraltro, come si è visto, non tutti i paesi rilasciano atti che hanno la stessa efficacia; potrebbe quindi rivelarsi impossibile compiere determinate attività in un paese membro sulla base di atti esteri i cui effetti dovessero rivelarsi insufficienti. Se l'unico tipo di certificazione disponibile fosse rimasta quella nazionale, avrebbe dunque potuto in alcuni casi continuare a sussistere l'esigenza di ricorrere ad una pluralità di atti rilasciati in ciascuno dei diversi paesi in cui si trovano beni appartenenti al patrimonio ereditario. La creazione di un nuovo tipo di documento con caratteristiche uniformi faciliterà pertanto l'amministrazione rapida ed efficace delle successioni evitando che si debba ricorrere ad una pluralità di procedure parallele in paesi diversi. Inoltre, l'art. 64 del regolamento prevede che il certificato successorio europeo debba essere rilasciato dalle autorità dello Stato i cui organi giurisdizionali sono competenti ad occuparsi della successione, centralizzando in questo modo le valutazioni necessarie al fine del rilascio e mantenendo anche per il certificato il *monisme juridictionnel* che costituisce uno dei punti di forza del regolamento⁵⁰⁶.

L'art. 62, paragrafi 2 e 3, precisa peraltro che il ricorso al certificato successorio europeo avrà carattere facoltativo, cosicché potranno essere ancora utilizzati i documenti previsti dai singoli diritti nazionali; il considerando 69 indica comunque che la presentazione di un certificato successorio europeo supplisce a quella di ogni altro tipo di documento avente gli stessi effetti che potrebbe essere richiesto dalla legge interna di uno Stato membro partecipante, incluso lo Stato di emissione⁵⁰⁷.

167. Il certificato successorio è rilasciato dalle autorità del paese membro i cui organi giurisdizionali hanno competenza secondo i criteri generali stabiliti dal capo II del regolamento⁵⁰⁸, su richiesta della persona o delle persone interessate a far valere le loro qualità in un altro Stato membro. Non è necessario che sia dimostrata l'effettiva presenza di elementi di estraneità nella successione, poiché il certificato può essere utilizzato anche semplicemente per acquisire informazioni sull'esistenza di beni, di crediti o di debiti in un paese membro nel quale il defunto ha risieduto, ha svolto attività o ha intrattenuato relazioni, anche se questa ricerca dovesse poi dare esito negativo⁵⁰⁹. La domanda deve contenere

⁵⁰⁵ V. P. LAGARDE, «Présentation du règlement sur les successions», in *Droit européen des successions internationales. Le règlement du 4 juillet 2012* (a cura di G. KHAIRALLAH / M. REVILLARD), Paris, 2013, p. 15, che lo definisce «fragilité structurelle».

⁵⁰⁶ V. le osservazioni formulate *supra*, par. 131.

⁵⁰⁷ Non appare da condividere l'opinione di E. JACOBY, «Acte de notoriété ou certificat successoral européen? Du nouveau pour le notaire français chargé du règlement d'une succession internationale», *Juris-Classeur pér. N (Semaine jur. notariale et immobilière)*, 2012, n. 25, p. 65, il quale ritiene che il certificato successorio europeo godrebbe di una circolazione «prioritaire» rispetto ai certificati nazionali, che deriverebbe dal tenore dello stesso considerando 69, nella parte in cui indica che un'autorità o una persona alla quale venga presentato un certificato successorio europeo rilasciato in un altro Stato membro non dovrebbe «poter chiedere la presentazione di una decisione, un atto pubblico o una transazione giudiziaria al posto del certificato»; infatti il considerando contiene unicamente la precisazione che, quando gli effetti del certificato successorio europeo sono sufficienti per ottenere il provvedimento richiesto, le autorità degli Stati membri non possono pretendere che venga presentato alcun altro tipo di documento. Come si vedrà *infra*, par. 169, il diritto nazionale può però prescrivere la presentazione di documenti ulteriori per l'iscrizione nei registri immobiliari.

⁵⁰⁸ Per l'illustrazione dei criteri di competenza posti da queste disposizioni v. *supra*, par. 131 ss.

⁵⁰⁹ Durante la fase di elaborazione del regolamento, il Consiglio dei notariati dell'Unione europea (Notaires d'Europe - CNUE) aveva suggerito che fosse precisato con chiarezza che il rilascio del certificato successorio europeo dovesse essere limitato unicamente alle successioni con elementi di internazionalità (v. NOTAIRES D'EUROPE, «Prise de position sur la proposition de règlement relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et des actes authentiques

numerose informazioni, fra le quali figurano, in particolare, gli elementi su cui il richiedente si basa per far valere i suoi pretesi diritti, ed essere corredata della copia di eventuali disposizioni a causa di morte fatte dal defunto e delle dichiarazioni di accettazione o di rinuncia all'eredità da parte dei beneficiari o per lo meno deve contenere indicazioni utili a tale riguardo. Il richiedente deve anche dichiarare che, per quanto a lui noto, «non vi sono controversie pendenti in relazione agli elementi da certificare»⁵¹⁰.

L'autorità preposta al rilascio deve svolgere i necessari accertamenti, come espressamente stabilito dall'art. 67, «a norma della legge applicabile alla successione o di un'altra legge applicabile a elementi specifici» quale, ad esempio, la legge applicabile alla forma delle disposizioni testamentarie, oppure all'ammissibilità e agli effetti di un patto successorio; deve verificare d'ufficio l'esattezza delle informazioni contenute nella richiesta e l'autenticità dei documenti prodotti, secondo quanto previsto dal suo diritto nazionale, eventualmente anche chiedendo ulteriori prove al richiedente, e, ove necessario, procedendo «all'audizione degli interessati e degli eventuali esecutori o amministratori» nonché effettuando «annunci pubblici allo scopo di dare ad altri possibili beneficiari l'opportunità di far valere i propri diritti». Potranno anche essere richieste alle autorità di un altro Stato membro informazioni rilevanti relative alla successione o concernenti i rapporti patrimoniali tra coniugi o rapporti patrimoniali equivalenti del defunto che siano contenute nei registri immobiliari, nei registri dello stato civile o in altri registri, naturalmente purché l'autorità competente sia autorizzata dal suo diritto nazionale a fornire tali dati all'autorità di un altro paese. Una questione delicata potrebbe, ad esempio, riguardare notizie relative a conti correnti del *de cuius* in paesi nei quali vige il segreto bancario.

L'art. 67, par. 1, indica nel capoverso che il certificato non deve essere rilasciato quando esso è in contrasto con una decisione «riguardante gli stessi elementi» oppure quando i dati da certificare sono oggetto di contestazione; avverso il rifiuto, il richiedente può naturalmente proporre impugnazione. Se invece l'autorità ritiene che ne sussistano le condizioni, deve emettere «senza indugio» il certificato utilizzando il modello uniforme e conservarne l'originale, rilasciandone una o più copie autentiche al richiedente e a chiunque dimostri di averne interesse⁵¹¹. Le informazioni che devono essere riportate nel certificato sono elencate in maniera particolareggiata dall'art. 68 del regolamento.

168. La decisione di concessione del certificato può essere impugnata, secondo quanto stabilisce l'art. 72, dalle stesse persone che hanno diritto di richiederne il rilascio; se risulta che quanto attestato non corrisponde al vero, l'atto dovrà essere, a seconda dei casi, rettificato, modificato o revocato. E' inoltre possibile che in un momento successivo vengano reperite informazioni nuove di cui è necessario tener conto; ad esempio, una disposizione di ultima volontà recante una *professio juris* a favore della legge nazionale potrebbe essere resa nota quando le autorità del paese di ultima residenza abituale stanno già provvedendo o hanno già provveduto al rilascio del certificato; in questo caso, esse manterranno la loro competenza (per lo meno se le parti non si avvarranno della possibilità di spostamento della competenza prevista dagli articoli 5, 6 e 9 del regolamento) ma dovranno prendere atto del mutamento della legge applicabile, con conseguente eventuale modifica del certificato da loro emesso o che è in corso di emissione.

L'autorità emittente conserva l'originale e rilascia ai richiedenti una copia valida per sei mesi oppure, in casi eccezionali e per giustificati motivi, per un periodo di tempo più lungo; scaduto tale termine, la copia perde efficacia e deve essere prorogata oppure sostituita da un'altra. Si è voluto in questo modo evitare che copie del certificato possano essere utilizzate a considerevole distanza di tempo dal rilascio, con il rischio che l'atto sia stato nel frattempo revocato o modificato. Nell'ipotesi in cui siano state svolte attività – quali ad esempio la trascrizione di diritti su beni immobili, la chiusura di conti correnti bancari, l'incasso di crediti, la vendita di cespiti ereditari – utilizzando copie non ancora scadute di un certificato che sia stato nel frattempo revocato o modificato, si dovranno esperire i normali rimedi

en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen», 11 dicembre 2009, p. 4, all'indirizzo: <http://www.notaries-of-europe.eu/index.php?pageID=4976>). La proposta non è però stata accolta; v. al riguardo R. CRÔNE, «Certificat successoral européen», in *Droit européen des successions internationales* (a cura di G. KHAIRALLAH / M. REVILLARD), Paris, 2013, p. 173 s.

⁵¹⁰ Per facilitare la presentazione della domanda, la Commissione dovrà predisporre un apposito modulo seguendo la stessa procedura consultiva che si è già descritta *supra*, nota 20.

⁵¹¹ Anche questo modello deve essere predisposto con la procedura che si è illustrata *supra*, nota 20.

offerti dagli ordinamenti degli Stati membri per rivendicare i beni o per ottenere un provvedimento risarcitorio degli eventuali danni subiti.

169. Gli effetti del certificato, che si producono in tutti gli Stati membri, incluso quello di emissione, consistono, come prevede l'art. 69, nella dimostrazione degli «elementi accertati in base alla legge applicabile alla successione o a ogni altra legge applicabile a elementi specifici» ed in particolare nella presunzione che la persona o le persone che vi sono indicate possiedano le qualità e siano titolari dei diritti o dei poteri in esso enunciati «senza nessun'altra condizione e/o restrizione ulteriore rispetto a quelle menzionate nel certificato stesso». Pertanto, i terzi possono farvi legittimo affidamento, confidando nell'esattezza delle informazioni che vi sono contenute per effettuare pagamenti, eseguire crediti, acquistare beni facenti parte dell'asse ereditario⁵¹². Il certificato è inoltre titolo idoneo per l'iscrizione di beni nei registri di qualunque Stato membro; esso prova il fatto che la persona o le persone che vi sono indicate sono titolari del diritto da iscrivere ma non determina in alcun modo le condizioni dell'iscrizione, che rimangono assoggettate alla legge locale, data l'espressa esclusione operata dall'art. 1, par. 2, lett 1) dall'ambito di applicazione del regolamento dei requisiti per tale iscrizione⁵¹³. Per facilitare questi adempimenti, spesso di natura fiscale, l'art. 77 dispone che gli Stati membri debbano predisporre delle schede informative nelle quali devono essere indicati tutti i documenti e le informazioni necessari per procedere alla trascrizione nei registri dei diritti relativi a beni immobili situati nel loro territorio.

Il certificato successorio europeo potrà essere utilizzato anche negli Stati membri dell'Unione non vincolati dal regolamento, oppure in paesi terzi⁵¹⁴; naturalmente i suoi effetti saranno determinati, in questo caso, dal diritto del paese di presentazione. Non è escluso che la possibilità di utilizzare questo tipo di documento nei paesi terzi possa offrire dei vantaggi, soprattutto nelle ipotesi in cui un eventuale documento nazionale rilasciato dalle autorità di uno Stato membro produrrebbe effetti più limitati, come avviene, ad esempio, per gli atti di notorietà previsti dal diritto italiano⁵¹⁵.

170. L'istituzione del certificato europeo obbliga gli Stati membri ad adeguare la legislazione interna, precisando la procedura per il rilascio e per l'eventuale revoca, delineata dal regolamento in maniera abbastanza precisa ma non completa, e disciplinando il sistema di impugnazioni. Gli Stati dovranno inoltre decidere se attribuire la competenza ad emanarlo ad un organo giurisdizionale oppure, com'è ammesso dall'art. 64, ad una «altra autorità che in forza del diritto nazionale è competente in materia di successione», e fornire le necessarie indicazioni alla Commissione⁵¹⁶.

Gli Stati membri le cui legislazioni attualmente prevedono un certificato ereditario o un documento analogo ne affidano il rilascio, come si è visto, all'autorità giurisdizionale oppure ad un notaio mandatario del giudice⁵¹⁷; è dunque probabile che decideranno di conferire a queste stesse autorità anche

⁵¹² Mentre il testo del considerando 71 fa esplicitamente riferimento a terzi che abbiano agito «in buona fede», l'art. 69 non fa uso esplicito di tale nozione, che, del resto, può essere diversa da uno Stato membro all'altro, ma stabilisce comunque che il terzo può confidare nell'esattezza delle informazioni contenute nel certificato «a meno che sappia che il contenuto del certificato non corrisponde al vero o che il fatto di non saperlo deriva da colpa grave».

⁵¹³ Secondo quanto indica il considerando 18, lo Stato membro in cui è tenuto il registro può determinare le condizioni e le modalità richieste per l'iscrizione, in ossequio alla regola dell'applicabilità al riguardo della *lex rei sitae*. Fermo restando l'obbligo di accettare per la prova del diritto di cui si chiede l'iscrizione i documenti redatti dalle autorità competenti di un altro Stato membro, e in particolare il certificato successorio europeo che sia stato eventualmente rilasciato, rimane comunque possibile che ogni Stato membro chieda anche la presentazione di documenti aggiuntivi previsti dalla sua legge nazionale, come ad esempio attestazioni relative a pagamenti fiscali.

⁵¹⁴ Il rilascio del certificato è comunque condizionato alla dimostrazione fornita dal richiedente della necessità di utilizzarlo in un altro Stato, come detto *supra*, par. 167.

⁵¹⁵ Nel diritto italiano l'atto di notorietà è contemplato dalla legge come mezzo di prova soltanto in fattispecie specifiche, in particolare nei rapporti fra i privati e le pubbliche amministrazioni. Al di fuori di queste ipotesi, si tratta di una semplice dichiarazione raccolta da un pubblico ufficiale. Esso non ha pertanto natura probatoria e la sua attendibilità si basa unicamente sul rischio di sanzioni per il dichiarante in caso di false attestazioni.

⁵¹⁶ L'art. 78, par. 1, lett. c) prevede che gli Stati membri debbano comunicare alla Commissione «le informazioni pertinenti relative alle autorità competenti a rilasciare il certificato ai sensi dell'articolo 64» entro il 16 novembre 2014 (la data è stata così rettificata dall'atto 32012R0650R(01), GUUE L 344, 14 dicembre 2012, p. 3).

⁵¹⁷ V. *supra*, par. 166.

la competenza ad emanare il nuovo tipo di atto. Gli Stati membri nei quali le successioni sono al momento di competenza dei notai potrebbero a loro volta decidere di attribuire ad essi anche la funzione di emettere il certificato successoriale⁵¹⁸. Alcune delle operazioni necessarie per lo svolgimento di questo compito potrebbero tuttavia risultare di difficile esecuzione qualora i notai non fossero dotati di poteri ulteriori rispetto a quelli di cui dispongono attualmente nella maggior parte dei paesi membri⁵¹⁹. Occorrerà infatti, tra l'altro, individuare il luogo di ultima residenza abituale del *de cuius*, da cui discendono sia la competenza al rilascio del certificato, sia la determinazione della legge successoria, nonché verificare l'esattezza dei dati contenuti nella richiesta ed eventuali ulteriori informazioni da certificare. Si tratta quindi di accertamenti per lo svolgimento dei quali possono rivelarsi necessarie attività di raccolta di prove, audizione di testi, accesso a registri pubblici nazionali o di altri Stati⁵²⁰. D'altra parte, il testo del regolamento non lascia adito a dubbi: l'autorità competente al rilascio può esercitare unicamente i poteri previsti dal suo diritto nazionale; gli Stati che intendono attribuire il compito di rilasciare il certificato successoriale europeo ai notai dovranno dunque molto probabilmente attribuire loro nuovi poteri specifici. Il considerando 70 indica al riguardo che ogni Stato membro dovrebbe stabilire «se l'autorità di rilascio possa coinvolgere altri organi competenti nel processo di rilascio, ad esempio organi competenti a ricevere un atto notorio sostitutivo del giuramento». Uno Stato potrebbe quindi prevedere che l'autorità tenuta all'emanazione del certificato possa avvalersi dell'assistenza di altri organi dello Stato; naturalmente le modalità di una collaborazione di questo tipo dovrebbero essere stabilite per legge dagli Stati membri che ritenessero opportuno farvi ricorso. Il regolamento prevede, all'art. 66, par. 3, che le autorità degli Stati membri forniscano, su richiesta delle autorità di un altro Stato membro competenti al rilascio del certificato, le informazioni contenute nei pubblici registri a condizione che il loro diritto nazionale consenta questo scambio di dati.

171. Non è naturalmente da escludere la possibilità che vengano rilasciati più certificati successori europei relativi alla stessa successione⁵²¹ a causa di conflitti positivi di competenza fra Stati membri⁵²², oppure qualora, per effetto di divergenze nell'identificazione del luogo dell'ultima residenza abituale del *de cuius*⁵²³, le autorità di più paesi si considerino competenti al rilascio di un certificato su richiesta

⁵¹⁸ Secondo il considerando 70, ogni Stato membro determina quali sono le autorità competenti a rilasciare il certificato: organi giurisdizionali oppure altre autorità «competenti in materia di successioni, ad esempio i notai». Si veda la nota della Presidenza del Consiglio UE al Gruppo per le questioni di diritto civile (successioni) presentata il 6 ottobre 2010, 13512/1/10 REV 1, JUSTCIV 157 CODEC 806, avente ad oggetto lo «status dei notai nel quadro del futuro regolamento», i cui punti 13 e 14 fanno espressamente riferimento alla possibilità per gli Stati membri di incaricare del rilascio del certificato successoriale europeo anche i notai. La Convenzione dell'Aja del 1973 è più restrittiva; essa prevede infatti all'art. 6 che ogni Stato contraente deve designare l'autorità giurisdizionale o amministrativa competente ad emanare il certificato internazionale e che uno Stato può dichiarare che un certificato emesso nel suo territorio è considerato emesso dall'autorità competente anche se viene rilasciato da un membro di un «*professional body*», purché sia confermato dall'autorità pubblica competente. Il «Rapport explicatif» di P. LALIVE, in CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, *Actes et documents de la Douzième session* (1972), vol. II, *Matières diverses - Administration des successions*, La Haye, 1974, p. 294, sottolinea che per rispettare gli obblighi convenzionali una semplice attestazione formale della regolarità del certificato non è sufficiente e che occorre invece il controllo e l'avallo da parte dell'autorità competente.

⁵¹⁹ V. in proposito le osservazioni di P. CHASSAING, «La préparation des notaires et du notariat concernant la mise en application du règlement du 4 juillet 2012», in *Droit européen des successions internationales* (a cura di G. KHAIRALLAH / M. REVILLARD), Paris, 2013, p. 37.

⁵²⁰ V. ad esempio, per la sottolineatura della necessità che l'autorità che rilascia il certificato «bénéficie de pouvoirs d'investigations importants», E. JACOBY, «Acte de notoriété ou certificat successorale européen? Du nouveau pour le notaire français chargé du règlement d'une succession internationale», *Juris-Classeur pér. N* (Semaine jur. notariale et immobilière), 2012, n. 25, p. 65, il quale peraltro sembra ritenere che i poteri investigativi vengano attribuiti all'autorità incaricata del rilascio del certificato direttamente dal regolamento.

⁵²¹ Il Max-Planck-Institut di Amburgo aveva dedicato ampie osservazioni alla questione, indicando come l'istituzione di un registro elettronico dei certificati successori europei, accessibile alle autorità degli Stati membri e, in misura più limitata, alle persone interessate al rilascio di un certificato, avrebbe potuto dare una soluzione efficace al problema della coesistenza di più certificati e, più in generale, a tutti gli altri problemi che potranno presentarsi riguardo al buon funzionamento del nuovo strumento («Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of succession and the creation of a European Certificate of Succession», *RabelsZ*, 2010, p. 676 s., 700 ss.).

⁵²² V. *supra*, par. 139.

⁵²³ V. i rilievi svolti *supra*, par. 153.

di persone diverse. Poiché in questi casi non possono ovviamente operare le norme sulla litispendenza, esiste il rischio che vengano emanati contemporaneamente atti di contenuto diverso, soprattutto quando la discordante identificazione dell'ultima residenza abituale conduce all'applicazione di leggi successorie differenti. In simili ipotesi, nessuno dei due certificati potrebbe prevalere sull'altro, perché, a differenza di una decisione giudiziaria, essi non sono idonei a produrre effetti di giudicato. Di conseguenza la questione, ove non potesse essere risolta stragiudizialmente, dovrebbe essere portata innanzi all'organo giurisdizionale di uno degli Stati implicati, il quale dovrebbe innanzitutto pronunciarsi sulla propria competenza, e poi stabilire quale fra i certificati sia stato rilasciato legittimamente. Le norme sulla litispendenza impedirebbero comunque che sulla questio ne si pronuncino le autorità di più Stati membri.

172. Poiché, come si è detto, il ricorso al certificato successorio europeo è facoltativo, e pertanto le autorità e i notai degli Stati membri possono continuare a rilasciare le certificazioni previste dalle loro rispettive leggi interne, le persone interessate alla successione, in particolare se residenti in un paese diverso da quello dell'ultima residenza abituale del *de cuius*, possono dunque ritenere preferibile rivolgersi alle autorità di un altro paese – ad esempio quello della loro residenza, oppure quello o quelli nel cui territorio sono situati i beni – se valutano che tale soluzione sia più comoda, più economica o più veloce. Questo lascia aperta la possibilità, alla quale già si è accennato, che siano rilasciati più certificati nazionali, oppure uno o più certificati nazionali e un certificato successorio europeo⁵²⁴. In siffatte ipotesi i principi applicabili per dirimere eventuali conflitti sono gli stessi che si sono prospettati nel caso di contrasto fra atti pubblici, dato che il regolamento non assegna al certificato successorio europeo carattere formalmente prevalente; pertanto la questione, qualora non possa essere composta stragiudizialmente, dovrà essere sottoposta alla valutazione degli organi giurisdizionali competenti ai sensi del capo II del regolamento⁵²⁵. Il certificato successorio europeo potrebbe peraltro rivelarsi possedere maggiore affidabilità dei certificati nazionali su un piano di fatto perché il suo rilascio è di competenza delle autorità dello stesso Stato i cui giudici sono competenti, le quali basano quindi le loro valutazioni sulle medesime norme giuridiche, anche ulteriori rispetto a quelle uniformi introdotte dal regolamento, che verrebbero applicate da questi ultimi e, più in generale, considerano la vicenda successoria e le diverse questioni ad essa connesse da un'identica prospettiva.

XVI. Disposizioni transitorie

173. Come si è visto, le soluzioni di conflitto adottate dal regolamento costituiscono una novità praticamente per tutti gli Stati membri; pertanto, a partire dal 17 agosto 2015, data a partire dalla quale il regolamento diventerà applicabile, la validità dei testamenti e dei patti successori redatti secondo la legge che è attualmente considerata competente a regolarli in un determinato Stato membro rischierebbe di essere rimessa in questione dal mutamento della legge applicabile.

Per attenuare gli inconvenienti che potrebbero derivarne, ai quali in alcuni casi non potrebbe essere posto rimedio – si pensi, ad esempio, all'ipotesi in cui una persona si trova nell'incapacità di modificare le proprie precedenti disposizioni testamentarie a causa di una perdita di capacità derivante da malattia o incidente – l'art. 83 del regolamento contiene alcune disposizioni transitorie dal tenore piuttosto complesso⁵²⁶.

⁵²⁴ Il considerando 27 della proposta della Commissione conteneva l'indicazione, peraltro eliminata dal testo definitivo del regolamento, che questo avrebbe dovuto precisare l'interazione fra la procedura di rilascio del certificato successorio europeo e le eventuali procedure interne degli Stati membri: v. al riguardo E. JACOBY, «Acte de notoriété ou certificat successoral européen? Du nouveau pour le notaire français chargé du règlement d'une succession internationale *Juris-Classeur pér. N* (*Semaine jur. notariale et immobilière*), 2012, n. 25, p. 65 ss.; J. KLEINSCHMIDT, «Optionales Erbrecht: Das Europäische Nachlasszeugnis als Herausforderung an das Kollisionsrecht», all'indirizzo: <http://ssrn.com/abstract=2274676> (in corso di pubblicazione sulla *RabelsZ*), p. 31.

⁵²⁵ V. *supra*, par. 163.

⁵²⁶ La proposta presentata nel 2009 dalla Commissione prevedeva una disposizione meno complessa, che era stata però criticata in quanto non permetteva di proteggere in tutti i casi la validità delle disposizioni assunte: v. MAX-PLANCK-INSTITUT FÜR AUSLÄNDISCHES UND INTERNATIONALES PRIVATRECHT, «Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation of the

174. La norma introduce innanzitutto ai paragrafi 2 e 3 una *grandfather's clause* in base alla quale gli atti di scelta della legge applicabile e le disposizioni a causa di morte redatti prima del 17 agosto 2015 devono essere considerati ammissibili e validi, nella forma e nella sostanza, se rispettano le condizioni stabilite dal regolamento oppure quelle richieste dalla legge che risultava applicabile al momento della loro redazione secondo le norme di diritto internazionale privato del paese di residenza abituale del defunto ovvero del paese, o di uno qualunque dei paesi, di cui questi aveva la cittadinanza; a tale legge va aggiunta, limitatamente alle disposizioni a causa di morte, anche quella del paese membro «dell'autorità che si occupa della successione». Si tratta di una soluzione equilibrata, che consente di ritenerle ammissibili e validi, senza limiti di tempo, gli atti di scelta di legge e le disposizioni a causa di morte adottati prima del 17 agosto 2015 in conformità con le previsioni di una delle leggi indicate da questo generoso ventaglio di criteri di collegamento. Al tempo stesso, la norma accorda una sorta di convalida retroattiva agli atti che vengano nel frattempo redatti sulla base delle nuove di disposizioni uniformi⁵²⁷. Si tratta peraltro di un effetto che si produrrà unicamente riguardo alle successioni che si apriranno a partire dal 17 agosto 2015; trattandosi, evidentemente, di un'eventualità è imprevedibile, non pare ragionevole adeguare sin d'ora le disposizioni a causa di morte o gli atti di scelta della legge applicabile alla prescrizioni poste dalla legge determinata mediante i nuovi criteri fissati dal regolamento.

175. Il par. 4 dello stesso articolo, in considerazione del fatto che la maggior parte degli Stati membri sottopone le successioni alla legge nazionale del *de cujus* e continuerà a sottoporvele sino alla data in cui il regolamento diventerà applicabile, stabilisce che qualora una disposizione a causa di morte sia stata fatta anteriormente al 17 agosto 2015 «in conformità alla legge che il defunto avrebbe potuto scegliere a norma del presente regolamento», cioè in conformità alla legge nazionale o ad una delle leggi nazionali possedute, «si ritiene che tale legge sia stata scelta come legge applicabile alla successione». La successione sarà pertanto regolata dalla legge nazionale che viene considerata scelta dal *de cujus* con una presunzione irrefragabile; la norma ha l'obiettivo di salvaguardare la validità delle disposizioni *mortis causa* che risultino conformi alla legge nazionale e rischierebbero di essere considerate invalide o prive di effetto a causa del cambiamento dei criteri di collegamento comportati dall'entrata in vigore delle nuove norme di conflitto poste dal regolamento.

European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of succession and the creation of a European Certificate of Succession», *RabelsZ*, 2010, p. 718 ss.

⁵²⁷ Per questa espressione v. C. NOURISSAT, «Le champ d'application du règlement», in *Droit européen des successions internationales* (a cura di G. KHAIRALLAH / M. REVILLARD), Paris, 2013 p. 18.

LA CUESTIÓN PREVIA DE LA “EXISTENCIA DE MATRIMONIO” EN EL PROCESO DE DIVORCIO CON ELEMENTO EXTRANJERO

LORENZO ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA

Magistrado. Titular del Juzgado de lo Penal núm. 1 de León, en Comisión de Servicio en la Audiencia Provincial de León

Profesor asociado de Derecho Internacional Privado, Doctor en Derecho Universidad de León

Recibido: 13.09.2013 / Aceptado: 17.09.2013

Resumen: La entrada en vigor del Reglamento 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre, de cooperación reforzada en materia de ley aplicable en una gran parte del territorio de la Unión plantea a los Estados participantes en el proyecto de cooperación reforzada el reto de una aplicación armonizada del Derecho Internacional Privado de factura europea en materia de crisis matrimoniales. Una de las principales dificultades que los Estados participantes tendrán que afrontar es la relativa a la existencia misma de matrimonio; cuestión que no tendrá la misma respuesta en todos los Estados. Las principales dificultades surgirán en relación con los matrimonios poligámicos, los matrimonios entre personas del mismo sexo y los matrimonios informales. De las soluciones que adopten en los próximos años los Jueces europeos dependerá en gran medida la realización de un ideal que ya ha vislumbrado, en algunos sectores, la jurisprudencia del TJUE: la idea de de que, para que un sujeto pueda circular libremente por el territorio de la Unión, debe tener el mismo estado civil en cualquier punto de ese territorio.

Palabras clave: cuestión previa, existencia de matrimonio, matrimonio válido, matrimonio claudicante, matrimonio poligámico, matrimonio entre personas del mismo sexo, matrimonio informal, matrimonios exclusivamente religiosos, matrimonios religiosos plurilocalizables, método conflictual, método de reconocimiento.

Abstract: The entry into force of Regulation 1259/2010 of the Council of 20 December on enhanced cooperation in the area of applicable law in a large part of the territory of the Union raises the States participating in enhanced cooperation project the challenge of an application Private International Law harmonized European bill on marriage breakdown. One of the main difficulties that participating States will face is related to the existence of marriage issue will not have the same response in all states. The main difficulties arise in relation to polygamous marriages, marriages between same-sex and common-law marriages. The solutions may be adopted in the coming years by the European judges will possibly realize an ideal that has already glimpsed in some sectors, in some ECJ's judgments: the idea that a subject must have the same status *civilis* at any point in the territory, in order to enjoy a full freedom of movement and residence.

Key words: preliminary question, existence of marriage, valid marriage, marriage lame, polygamous marriage, marriage between same sex marriage informal exclusively religious marriages, religious marriages plurilocalizables, conflictual method, recognition method.

Sumario: I. Introducción. 1. ¿Es posible construir un concepto autónomo de “matrimonio” en la Unión Europea? 2. La existencia de “matrimonio” como cuestión previa y el art. 13 del Reglamento 1259/2010. II. Tratamiento procesal de la cuestión previa en el Derecho español. 1. Cuestión de especial pronunciamiento e incidente de especial pronunciamiento. 2. La incidencia de la sentencia de

nulidad matrimonial en la resolución incidental. 3. La incidencia de la Sentencia de nulidad canónica en la resolución de la cuestión incidental. 4. El reconocimiento de una sentencia de divorcio extranjera incidenter tantum. 5. La acción de estado civil como alternativa al incidente de especial pronunciamiento. V. Matrimonio islámico y cuestión previa. VI. La aplicación del Reglamento 1259/2010 en los casos de matrimonios del mismo sexo. 1. Introducción. 2. Diversidad de sexo y capacidad nupcial. 3. La concepción “estructural” de la diversidad de sexos en el matrimonio y el orden público internacional español. 4. Las limitaciones del Derecho Comunitario y el alcance del art. 21 de la carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. 5. La estrategia de los cónyuges del mismo sexo: ¿Elección de ley material o de sistema de Derecho Internacional Privado? 6. *Forum necessitatis vs. forum shopping for system shopping*. 7. Toma de posición. VII. La ley aplicable a los matrimonios exclusivamente religiosos, matrimonios religiosos plurilocalizables y matrimonios religiosos claudicantes. VIII. La aplicación del Reglamento 1259/2010 en relación con los matrimonios constituidos sin intervención de autoridad. IX. Conclusiones.

I. Introducción

1. ¿Es posible construir un concepto autónomo de «matrimonio» en la Unión Europea?

1. El art. 13 del Reglamento 1259/2010, que no puede ser entendido sin una referencia a las normas de conflicto nacionales aludidas en el Considerando (10), no puede considerarse como una puerta cerrada a la construcción de un concepto autónomo que pudiera ser aceptado por la totalidad de los Estados Miembros participantes en el proyecto de cooperación reforzada.

La ampliación de las coordenadas jurídico materiales del matrimonio podría permitir que encontrasen cabida dentro del mismo las categorías de uniones familiares que mayor debate han originado, en lo que respecta a su naturaleza, en las dos últimas décadas, a saber, el matrimonio poligámico, el matrimonio entre personas del mismo sexo y las uniones de pareja registradas que mantienen un régimen de disolución con intervención de autoridad.¹

Ante el silencio –comprendible y justificable– del Reglamento 1259/2010, acerca del concepto de válido matrimonio, la solución para los problemas relacionados con la separación y el divorcio de los matrimonios válidamente celebrados entre personas del mismo sexo en España, Bélgica u Holanda, podría llegar por vía de introducción de un *concepto autónomo de matrimonio* por parte del TJUE, o bien mediante una reforma del Reglamento 1259/2010, que será tanto más difícil cuanto mayor sea el número de los Estados que se adhieran al sistema de cooperación reforzada.

Téngase en cuenta que, si unos Estados Miembros participantes admiten demandas de separación o divorcio para la suspensión o disolución del vínculo matrimonial entre cónyuges del mismo sexo y otros rechazan esta posibilidad, no se logrará ningún avance en el terreno del combate contra el *forum shopping*; pero, aún más, tendríamos que permitir un *good forum shopping* por parte de tales sujetos si estuvieran imposibilitados de demandar la disolución de su matrimonio en el Estado de su residencia habitual, por tener por segura la negativa de los tribunales de tal Estado a su petición.

Análogamente, si algunos Estados admitiesen demandas de divorcio de segundas y ulteriores esposas ligadas al varón polígamo y en otros se negase a esas uniones el carácter de *matrimonio*, se produciría un desplazamiento de los procesos hacia esos primeros Estados que sí reconocen a la demandante la posibilidad de liberarse de la unión poligámica.

En relación con las uniones no matrimoniales registradas, que en algunos Estados requieren un pronunciamiento o decisión de autoridad para su disolución, se han propuesto algunas soluciones

¹ La disolución de la pareja registrada es uno de los campos en que las diferencias de regulación de unos Estados a otros han alcanzado una mayor amplitud. Algunos Estados admiten la disolución «*ad nutum*», plenamente unilateral y sin exigencia alguna de justa causa; otros, exigen una nueva decisión de las dos partes para poner fin a la relación personal registrada, con recurso alternativo, en defecto de disenso bilateral, a una autoridad judicial o administrativa. Por último, algunos Estados solo admiten la *disolución heterónoma*, es decir, con intervención de autoridad, normalmente judicial. Vid. C. GONZÁLEZ BEILFUSS, *Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la unión europea*, Marcial Pons, Madrid, 2004. pp. 187 y ss.

imaginativas que tendrían que pasar por la aceptación, por los Estados Miembros, de un concepto de matrimonio más amplio y sustancialmente distinto de los que mantienen en sus derechos materiales.²

La tarea de forjar un concepto funcional de matrimonio aceptado por todos los Estados Miembros participantes, en un primer e hipotético avance, nos parece inabordable desde la labor jurisprudencial de los Tribunales de cada Estado. No es una labor de creación individual la que puede generar ese enriquecimiento. La denominación de «concepto autónomo» que un Juez pueda dar al resultado de su singular construcción intelectual no garantiza que vaya a ser aceptada por los órganos jurisdiccionales de los demás Estados Miembros participantes. Muy distintamente, sólo el método de trabajo en equipo, en el seno de las instituciones de la Unión puede garantizar la consecución de una noción de matrimonio aceptable por los poderes públicos de aquellos.

En tanto se produce el cambio jurídico deseable por obra del legislador comunitario o del Tribunal Europeo, los jueces de los Estados Miembros participantes deberán seguir la pauta marcada por el Considerando (10) del Reglamento, aplicando sus propias normas de conflicto acerca de la validez del matrimonio, si bien el método conflictual y su resultado no podrán oponerse en ningún caso al derecho a la libre circulación de los ciudadanos comunitarios y de quienes, vinculados a éstos, tienen tal libertad recogida por la jurisprudencia reciente del TJUE. Ensayar la construcción, desde las propias jurisdicciones nacionales de un *concepto autónomo de matrimonio* que podrían aceptar todos los Estados Miembros participantes, de manera que no se produzcan divergencias intolerables entre la aplicación del Reglamento 1259/2010 por unos u otros.

2. Creemos que las mayores dificultades para la construcción de un concepto autónomo de matrimonio pueden provenir de los Estados, hoy abrumadora mayoría, que no han admitido ni el matrimonio entre personas del mismo sexo, ni las uniones no matrimoniales registradas.

Por lo que se refiere al grupo de problemas señalado en primer lugar, aunque es creciente desde hace años el número de Estados que van modificando sus ordenaciones materiales internas para dar cabida al matrimonio abierto, no parece que vaya a acelerarse este proceso a través de la jurisprudencia emanada de las cortes internacionales sobre Derechos Fundamentales. En el caso *Schalk and Kopf Vs. Austria*, resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia nº 30141/04 de 24 de junio de 2010, estableció que no es discriminatorio exigir la diversidad de sexos como condicionamiento para el acceso al matrimonio, aunque consideraba las uniones no matrimoniales de pareja como integrantes de la noción de «vida familiar» que incorpora el art. 8 del Convenio Europeo. Es altamente improbable que el Tribunal de Estrasburgo vuelva sobre sus pasos en el futuro, para dar un mayor alcance a los derechos de los arts. 8 y 12 del Convenio Europeo; por lo que, con independencia de la decepción despertada por esta sentencia en los medios forenses,³ no parece que, hoy por hoy, pueda justificarse un concepto autónomo de matrimonio que comprenda, e. g., los matrimonios entre personas del mismo sexo, o las uniones no matrimoniales registradas, por más que éstas se aproximen en su contenido a un matrimonio cada día más desritualizado, así en la forma de entrar en la relación, como en la de ponerle fin.

Sería ingenuo, por tanto, pretender que los Estados que han incluido en sus ordenamientos la *heterosexualidad* de la pareja como contenido o como efecto esencial y definitorio del matrimonio, renuncien a hacer uso del correctivo de orden público, o a utilizar ese concepto propio de su Derecho sustantivo de producción interna, a los casos internacionales.

En cuanto al problema de las uniones registradas, tal como anticipábamos en otro punto de este Capítulo, las instituciones comunitarias han dado muestra en los últimos reglamentos publicados en el DOUE, y en los trabajos preparatorios elaborados por la Comisión, de la voluntad de tener presente la

² Según FULCHIRON, «il suffirait d'élargir la catégorie «mariage» pour y intégrer les partenariats enregistrés», señalando más adelante que «On a fait remarquer que cet élargissement des catégories est traditionnel en droit international privé: ainsi a-t-on fait entrer dans une catégorie mariage élargie des institutions aussi éloignées de la conception occidentale du mariage que le mariage polygamique ou certains formes coutumières d'unions plus ou moins étrangères aux conceptions du droit interne.» (Vid. H. FULCHIRON, «Mariage et partenariats homosexuels en Droit International Privé français», *Revue de Droit International de Droit Comparé*, Nº 2, 2006. p. 415).

³ J.N. LAFFERRIÈRE Y U. BASSET, «Matrimonio, familia y uniones de personas del mismo sexo en la jurisprudencia de la Corte Europea», en *Persona y Derecho*, Universidad de Navarra, nº 63, 2010/2. pp. 10–44.

diferencia entre el matrimonio y «otras relaciones con efectos comparables al matrimonio»;⁴ lo que sería un argumento contrario a cualquier extensión analógica del concepto más allá de lo que se entiende por «matrimonio» en la mayoría de los Estados Miembros participantes, que no admiten la validez del matrimonio entre personas del mismo sexo y que, si han abordado la regulación de las parejas registradas, ha sido, entre otras razones de política legislativa, para cortar cualquier recurso jurisprudencial a la analogía.

Con todo, no puede dejar de apuntarse que, en algunos Reglamentos comunitarios, se está exigiendo a las autoridades de los Estados Miembros un enfoque funcional que prescinda de los conceptos propios de los ordenamientos de producción interna. Ese es el efecto que produce y el esfuerzo que se consagra en el art. 25 del Reglamento 2201/03. En un sentido muy distinto, y no ya en sede de validez extraterritorial de decisiones sino en el marco del Derecho aplicable, la Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas, al abordar el correctivo de orden público internacional en el art. 18, dispone que «La aplicación de una disposición de la ley determinada por el presente reglamento no podrá considerarse contraria al orden público del foro por la única razón de que la ley del foro no contemple la institución de la unión registrada.»

2. La «existencia de matrimonio» como cuestión previa y el artículo 13 del Reglamento 1259/2010

3. La fórmula del art. 13 del Reglamento 1259/2010, entendida, en lo que concierne a la existencia de un matrimonio válido, a la luz –escasa y cegadora– del Considerando (26)⁵ es reflejo de la renuncia del legislador comunitario a forjar un concepto común de matrimonio.

Las instituciones comunitarias han sido perfectamente conscientes de ello al establecer que el Reglamento no es aplicable a «*la existencia, validez o reconocimiento de un matrimonio*» (art. 1.2. b) del Reglamento).

Se deja, pues, en manos de los tribunales de los Estados Miembros participantes la determinación de la cuestión previa de la existencia de un *matrimonio valido*, según las normas o criterios de clasificación que existan en cada sistema nacional de Derecho Internacional Privado; se abandona al criterio legislativo de cada Estado, acerca de las propiedades esenciales del matrimonio, la estimación o desestimación de la demanda de separación o de divorcio de los casados del mismo sexo. Y, como veremos más adelante, se deja también a la elaboración pretoriana, según el posicionamiento de un sector de la doctrina europea, la posible desestimación del divorcio en los casos de matrimonio poligámico.

4. El Reglamento 2201/03, cuyo contenido se presume coherente con el del Reglamento 1259/2010 del Consejo (art. 2 de este último) no contiene un concepto de matrimonio, por lo que, a falta de un concepto autónomo de tal, a los siete años de andadura y aplicación del texto comunitario, tenemos que admitir que cada autoridad estatal aplica el concepto de matrimonio que le impone su propio Derecho Internacional Privado, aunque no necesariamente sus normas de conflicto, pues es una opción de cada legislador estatal la de inclinarse por una *técnica conflictual* de control de la validez del matrimonio con elemento extranjero, o bien por una *técnica de reconocimiento* de tales matrimonios.⁶

La consecuencia concreta de advertirse que la demanda de separación o de divorcio persigue la suspensión de deberes o la disolución del vínculo en relación con una unión que no es un verdadero matrimonio, no se encuentra en el art. 13 del Reglamento, cuya dirección es, como veremos, la de ampliar,

⁴ Así, en el Considerando 10 del Reglamento (CE) N° 864/2007 de 11 de julio de 2007, en el que se expone que «Las relaciones familiares deben abarcar parentesco, matrimonio, afinidad y familia colateral. La referencia en el art. 1, apartado 2, a las relaciones con efectos comparables al matrimonio y otras relaciones familiares deben interpretarse de acuerdo con la legislación del Estado Miembro en que se somete el asunto al tribunal.»

⁵ El Considerando (26) del Reglamento indica al operador jurídico que «Las referencias del presente Reglamento al hecho de que la ley de Estado Miembro participante a cuyos órganos jurisdiccionales se recurre no considera válido el matrimonio de que se trate a los efectos de un proceso de divorcio deben interpretarse, entre otras cosas, en el sentido de que ese matrimonio no existe según la ley de tal Estado Miembro.»

⁶ P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, *La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio en Derecho Internacional Privado español*, Aranzadi, 2002, pp. 250 y ss.

no la de restringir, las facultades de la autoridad; sino que, según lo que disponga el propio Derecho procesal del foro, podrá *inadmitir* la demanda, absteniéndose de conocer, o bien entrar en el fondo y tras una plena substanciación del proceso, *desestimarla*.⁷

Con independencia de que los Derechos procesales de los Estados Miembros puedan exigir la existencia de un «matrimonio válido» como requisito para la apreciación de la competencia judicial internacional de sus tribunales, la existencia de ese *matrimonio* constituye una premisa inexorable del éxito de la pretensión constitutiva de separación o de divorcio, pues, si no existe vínculo, ¿Qué vínculo se va a «relajar»? ¿Qué relación jurídica va quedar disuelta?

La constatación de un *matrimonio monogámico*, además de *real* o *existente*, plantea problemas que aparecen relacionados con la técnica que en cada Estado se va a seguir para rechazar la pretensión de divorcio, con independencia de que esto se lleve a efecto a través de una inadmisión de la demanda *in limine litis* o mediante la *desestimación* de la misma después de una plena sustanciación del proceso judicial.⁸

Si bien era inexorable la renuncia del legislador europeo a avanzar un concepto de matrimonio utilizable por las autoridades de todos los Estados Miembros, no ha renunciado en este caso a ofrecernos una solución utilizable por los Estados Miembros participantes, aunque se trata de una solución no conducente a un concepto unívoco, sino a una técnica den localización de la situación privada internacional que estaría sujeta a las normas de conflicto o de reconocimiento de matrimonios propias de cada Estado Miembro participante, si bien el método que se adopte, en la medida en que mantiene un evidente carácter instrumental en relación con las normas de conflicto del Reglamento 1259/2010, debe mantener el obligado respeto a los Derechos reconocidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. (Considerando (30) del Reglamento)

En principio, vemos que ninguna indicación se ha llevado, ni al Considerando núm. (26) del Preámbulo del Reglamento, ni tampoco al art. 1.1. b), en cuanto dispone que no se aplicará el Reglamento a la existencia, validez o reconocimiento de un matrimonio, «aún cuando se planteen como mera cuestión prejudicial»; expresión ésta que carece de cualquier valor normativo, ya que la conceptualización de una cuestión como incidental o prejudicial no la determina un cuerpo de normas de conflicto, sino la organización y articulación del objeto del proceso en función de las *pretensiones* deducidas por las partes y el *factum* que se aporte como causa de pedir.⁹

5. Vale la pena mencionar que en el Reglamento (CE) núm. 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la Competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos, cuya redacción se concluyó antes que el Reglamento 1259/2010, sí se incorpora una «sugerencia» sobre el sector normativo que debe ser consultado a los efectos de dirimir las posibles disputas sobre la realidad e individualización de las relaciones familiares entre acreedor/es y deudor/es, disponiéndose, en el Considerando (21), después de aclarar que las normas del Protocolo de La Haya no alcanzan a regular la relaciones familiares que están en la base de las obligaciones alimenticias, que «El establecimiento de relaciones familiares sigue estando regulado por el Derecho nacional de los Estados Miembros, *incluidas sus normas de Derecho Internacional Privado*.»¹⁰ Más adelante tendremos la oportunidad de retomar este punto como base de

⁷ Esta solución, que no aparece así expresamente impuesta en el Reglamento 2201/03, sí se encuentra en tales términos configurada en la Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas. El art. 5 de la Propuesta dispone que todos los órganos jurisdiccionales cuya competencia judicial internacional pudiera sustentarse en un foro distinto del del Estado donde la unión estuviera registrada, «podrán declararse incompetentes si su derecho no reconoce la unión registrada.»

⁸ R BARATTA, *Scioglimento e invalidità del matrimonio nel diritto internazionale privato*, Giuffrè, Milán, 2004, pp. 36 y ss.

⁹ W. WENGLER, «Die orfrage im Kollisionsrecht», en *Rabels Zeitschrift*, 1934, pp. 148 y ss.; Lagarde, Paul, «La règle de conflit applicable aux questions préalables», en *Revue Critique de Droit International Privé*, 1960, pp. 459 y ss.; P. PICONE, *Saggio sulla struttura formale delle questioni preliminari, nel diritto internazionale privato*, Nápoli, 1971; Gotlieb, A.E., «The incidental question revisited, Theory and practice in the conflict of laws», in *International Comparative Law Quarterly*, 1977, pp. 734 y ss.; T. S. SCHMIDT, «The incidental Question in private International Law», en *Recueil des cours de l'Academie de droit international de la Haye*, 1992, vol. 233, pp. 305 y ss.

¹⁰ Sobre el alcance de este Considerando puede verse el trabajo de M. CASTELLANETA, MARINA y A. LEANDRO, «Il Regolamento CE relativo alle obbligazioni alimentari», en *Le nuove leggi civil comunitarie*, Cedam, 2009. pp. 1051–1111.

nuestros argumentos, al abordar la resolución de la cuestión incidental relativa a la existencia/validez/reconocimiento del matrimonio, desde un prisma conflictual.

Pero no seríamos enteramente imparciales en cuanto a los argumentos que el método del análisis contextual del Derecho procesal comunitario proporciona, si no mencionásemos igualmente que la Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económico matrimoniales,¹¹ proporciona argumentos para sostener una *calificatio lege fori*. En efecto, el Considerando (10) de la propuesta, después de declarar que dicho instrumento proyectado se limita a regular las cuestiones relacionadas con los regímenes matrimoniales, añade que «No se refiere al concepto de «matrimonio», que se define en el *Derecho nacional* de los Estados Miembros.»

II. Tratamiento procesal de la cuestión previa en el Derecho español

1. Cuestión de especial pronunciamiento e incidente de especial pronunciamiento

6. No es dudoso que, sometida a un Juez la petición de relación del vínculo matrimonial (*separación*) o su disolución (*divorcio*), el operador jurídico bien puede considerar que la petición no es siquiera analizable, por falta del presupuesto elemental del matrimonio. Si la relación jurídica que se pretende *suspender* o *extinguir*, simplemente, no existe, un silogismo sencillo nos lleva a la conclusión de que la petición no puede ser estimada. Cuestión distinta, que no le toca afrontar al Reglamento, es la de si el Juez debe *inadmitir* la demanda en que se deduce tal pretensión, sin entrar en el fondo del asunto, dictando una sentencia meramente procesal, o entrar en el fondo y *desestimar* dicha demanda. Esta incógnita debe ser despejada acudiendo al Derecho del Foro, concretamente al Derecho procesal.

Trasladada la cuestión al Derecho procesal español, nos parece claro que el debate sobre si las partes están casadas entre sí *puede* y *debe* ser llevado al Juez a través de una cuestión de especial pronunciamiento, de los arts. 387 y 389 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.¹²

Y es que, cualquiera que sea el método que se adopte para decidir la cuestión previa, relativa la existencia de matrimonio (Considerando (10), párrafo III del Reglamento 1259/2010) la independencia y sustantividad de dicha cuestión no puede ser obviada: viene ahora claramente impuesta por los arts. 1 y 13 del propio Reglamento. Así, tanto si adoptamos un método conflictual clásico como un reconocimiento del matrimonio con elemento extranjero, el debate debe discurrir por los cauces de la cuestión y del procedimiento incidental.¹³ (arts. 389 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

7. Partiendo de esa polivalencia del procedimiento incidental para servir de cauce a uno u otro método de resolución de la cuestión previa, tenemos que señalar que el debate sobre la «existencia» de matrimonio, puede albergar alguno de estos contenidos posibles:

- * En primer lugar, las partes pueden litigar acerca de la *inexistencia o nulidad de un matrimonio, sin ceñirse a una resolución, extranjera ni nacional*, que lo declare así. En este caso, es obvio que el Juez competente para conocer de la separación o divorcio no puede «declarar» la nulidad del matrimonio de los solicitantes o contendientes, sino que debe limitarse a «apreciar» esa nulidad.

¹¹ COM(2011) 126 final. Bruselas, 16.3.2011

¹² Aunque no es imposible que la cuestión previa matrimonial se plantea sin dar lugar a una pieza incidental *separada*, esa independencia de la cuestión que ha de ser objeto de una resolución separada en la sentencia (Cfr. Art. 209, Regla 4^a y 393.4.II de la Ley de Enjuiciamiento Civil, «con la debida separación») creemos que es con conveniente para la ordenación procedimental, que se sustancie esa pieza procesal con independencia de los autos principales, pues de otro modo se podría dar el caso de insertarse en unos mismos autos la prueba correspondiente a la existencia de un matrimonio valido, por una parte, y por otra, la prueba relativa al objeto principal del pleito, es decir, la relativa al divorcio y a todas las demás pretensiones acumulables según la ley procesal del foro (disolución del régimen económico, atribución de la guarda y custodia, régimen de visitas y comunicaciones, alimentos, atribución de la vivienda, et sic coeteris).

¹³ En este sentido, P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, *La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio en Derecho Internacional Privado español*, ob. cit., pp. 259 y 260.

dad a los efectos propiamente incidentales, sin perjuicio de las acciones que los esposos puedan ejercitar entre sí o las que pueda ejercitar contra ambos el Ministerio Fiscal (arts. 74 y siguientes del Código Civil español) en el correspondiente proceso especial. Y ello, porque el Juez no puede apartarse del material fáctico y de las pretensiones deducidas por las partes que hayan de integrar el objeto principal del proceso (arts. 216 y 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

- * En segundo lugar, cabe la posibilidad de que la existencia o la nulidad del matrimonio haya sido ya resuelta por un tribunal español en una sentencia con fuerza de cosa juzgada, o puede serlo en virtud de un procedimiento ya iniciado o que las partes están dispuestas a promover de inmediato. En este caso, la acreditación de la nulidad del matrimonio declarada por una autoridad del Estado del foro, se reduce a un genuino problema de prueba de la sentencia dictada por los órganos jurisdiccionales españoles, que puede solucionarse aportando el testimonio de la sentencia firme o una certificación registral de su inscripción en el Registro Civil, si hubiese sido inscrita. A partir de aquí, la cuestión que los jueces españoles tendrían que resolver se limitaría a la apreciación de la cosa juzgada material de la sentencia española precedente, sobre los parámetros de los arts. 207, 222, 400 y 421 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
- * Por otra parte, la apreciación de la inexistencia o la nulidad del matrimonio puede discurrir en torno a la validez o el reconocimiento de una *sentencia dictada por tribunales extranjeros*, que declare la nulidad del matrimonio o una previa disolución del vínculo, lo que plantearía una simple cuestión de cosa juzgada material. En tales casos, si la resolución estuviera comprendida en el concepto de tal propio del Reglamento 2201/03 y emanase de un órgano jurisdiccional de un Estado Miembro de dicho Reglamento –no de Dinamarca, por lo tanto– sería de aplicación lo que disponen, en relación con el reconocimiento incidental o automático de resoluciones, los arts. 21.1 y 4 del Reglamento. Si se trata de una resolución dictada por autoridades de un Estado con el que España tenga un Convenio bilateral de reconocimiento de decisiones, siempre que no se hayan excluido las cuestiones matrimoniales y que se permita el reconocimiento incidental,¹⁴ se aplicarán las prescripciones de tal Convenio en lo relativo a presupuestos y causas de denegación. Por último, si no existe un tal Convenio bilateral con el Estado del que emana la decisión, es discutible si se aplicaría el régimen de los arts. 952 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues en esta normativa no se permite el reconocimiento incidental, sino solo el reconocimiento por homologación. Una interpretación formalista de tales preceptos tiene que llevarnos a reconocer que el Juez de Primera Instancia competente para conocer de la demanda de separación o divorcio, no puede admitir su propia competencia funcional para resolver por vía incidental lo que el régimen de esos preceptos se reserva al procedimiento por homologación;¹⁵ por lo que deberá procederse a suspender el procedimiento principal de separación o divorcio, por la vía señalada en el art. 43 de la Ley de Enjuiciamiento Civil,¹⁶ hasta tanto se obtenga una decisión estimatoria o desestimatoria del reconocimiento en el correspondiente procedimiento por homologación.

8. La legislación registral permite que se pueda practicar en el Registro Civil, no la inscripción de la decisión extranjera afectante al estado civil, pero sí una anotación registral, «en tanto no se obtenga el exequáatur o el reconocimiento incidental en España». (Arts. 40.3.5º y 96.2.1º de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil). Esta anotación tiene un valor puramente informativo, pero la mera posibilidad de su acceso al Registro, sin valor probatorio alguno, muestra su relevancia y la sensibilidad del legislador español en relación con la publicidad de los derechos declarados, constituidos o reconocidos en decisiones extranjeras.

¹⁴ Son pocos los convenios bilaterales ratificados por España en los que se establece claramente un cauce de reconocimiento incidental. Ello es claro en el Convenio entre el Reino de España y la URSS, sobre asistencia jurídica en materia civil, hecho en Madrid el 26 de octubre de 1990. (Auto del Tribunal Supremo de 3 de julio de 2001. Las Sentencias dictadas por los órganos judiciales alemanes y austriacos dentro del ámbito no excluido por los Convenios de Bonn de 14 de noviembre de 1983 y de Viena de 17 de febrero de 1984, solo se rigen por estos convenios cuando son de fecha anterior al 1 de marzo de 2001. Las posteriores, también admiten el reconocimiento incidental, pero ya en virtud del art. 21 del Reglamento 2201/03).

¹⁵ Vid. Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 29 de septiembre de 2006 y Tribunal Supremo de 14 de julio de 2008; A.L. CALVO CARAVACA, y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, ob. cit., Vol. I. p. 548.

¹⁶ Lo que exigiría una interpretación extensiva de la referencia al «proceso pendiente ante...distinto Tribunal civil».

Sin embargo, existe un supuesto en que la legislación interna española permite una suerte de reconocimiento incidental en defecto de convenio bilateral aplicable cuando se trate de determinar o completar la capacidad para el acto inscribible (Art. 84.1 del Reglamento del Registro Civil).¹⁷ El precepto, tal como ha sido entendido por la doctrina, no afectaría al aspecto probatorio, sino al constitutivo, estableciendo un mecanismo de reconocimiento incidental de la resolución extranjera. En la *praxis registral*, el art. 84.1, que no incorpora ningún elemento normativo discriminatorio por razón de la nacionalidad, se ha venido utilizando casi exclusivamente para el reconocimiento automático de decisiones de separación y divorcio que no afectan a españoles¹⁸ y que han sido celebrados fuera de España; solución evidentemente discriminatoria y sin ninguna base en la Ley del Registro Civil de 1957 ni en el propio art. 84 del Reglamento.¹⁹

En la nueva Ley 20/20011 el supuesto ha sido ampliamente desbordado, sin ninguna diferenciación de régimen en función de la nacionalidad de los sujetos implicados en la relación conyugal anulada, disuelta o modificada, al permitirse en el artículo 98 el *reconocimiento incidental registral*, a cargo del encargado de la Oficina del Registro Civil, de las decisiones judiciales extranjeras, como alternativa al reconocimiento por homologación previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. Disponiéndose en este precepto que el Encargado del Registro Civil, otorgará positivamente el reconocimiento siempre que verifique: a) La regularidad y autenticidad formal de los documentos presentados. b) Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española. c) Que todas las partes fueron debidamente notificadas y con tiempo suficiente para preparar el procedimiento. d) Que la inscripción de la resolución no resulta manifiestamente incompatible con el orden público español.

9. Cuando, en el primero de los casos que hemos señalado, las partes contienden sobre la concurrencia de los requisitos del matrimonio válido, el Juez competente para conocer de la demanda de separación o divorcio no tiene que plantearse si debe «declarar» nulo el matrimonio entre las partes solicitantes o contendientes, sino tan sólo si debe «apreciar» esa nulidad. La diferenciación entre *declaración de nulidad* y *apreciación de la nulidad* es bien conocida en la doctrina española y tiene que ser admitida en los Estados Miembros participantes para el correcto funcionamiento de unas normas de conflicto como las del Reglamento 1259/2010 que tienen como supuesto de hecho, precisamente, la *existencia* de una válida unión matrimonial. De hecho, la doctrina española admite que, cuando la Dirección General de los Registros y del Notariado debe resolver acerca de la inscripción de un matrimonio en el Registro Civil, no declara la nulidad de la unión a inscribir, sino que simplemente deniega dicha inscripción, por lo que solo se habría producido una presunción de nulidad del acto a inscribir.²⁰ Ello es así porque, en nuestro Derecho, el art. 74 del Código Civil exige el ejercicio de una «acción» para reclamar la nulidad, y esta acción solo puede ejercitarse ante los tribunales; ante el «Juez», aclara el art. 78 del propio Código.

Esa distinción entre *declaración* y *apreciación* de la nulidad también ha estado clara siempre en el Derecho francés, pero, tras la reforma del *Code Civil* introducida por Ley nº 2006/1376 de 14 de noviembre de 2006, aparece mucho más nítida si cabe. En esta ley se abordaba en la República francesa la delicada cuestión de la validez de los matrimonios a inscribir en el Registro Civil francés, planteándose dos finalidades: la de evitar las desviaciones de la institución matrimonial sujetando a controles rigurosos la validez de los matrimonios, cualquiera que fuese su lugar de celebración; y la de mejorar los mecanismos de control de los requisitos de los matrimonios que debían celebrarse fuera de Francia e inscribirse luego en el Registro Civil de la República. En esta Ley se refuerza la función del Ministerio

¹⁷ J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, ob. cit., p. 415.

¹⁸ Con una visión crítica acerca del respeto al principio de jerarquía normativa, y a la distancia entre los aspectos de mera mecánica registral que se abordan en la norma y las consecuencias que se han articulado sobre su letra, Vid. R. ARENAS GARCÍA, *Crisis matrimoniales internacionales. Nulidad matrimonial, separación y divorcio en el Derecho Internacional Privado español*, ob. cit., pp. 371-378.

¹⁹ R. ARENAS GARCÍA, *Crisis matrimoniales internacionales. Nulidad matrimonial, separación y divorcio en el Derecho Internacional Privado español*, ob. cit., pp. 371 y ss., especialmente p. 372.

²⁰ I. GARCÍA RODRÍGUEZ, «Matrimonio e inmigración», Cólex, 2008, p. 179.

Fiscal suprimiendo el antiguo plazo de caducidad de un año para la formalización de la oposición de éste a la celebración del matrimonio. El resultado es un sistema muy próximo al español establecido en la Instrucción de la Dirección general de los registros y del Notariado de 31 de enero de 2006, aunque con condiciones más estrictas de control.²¹

2. La incidencia de la sentencia de nulidad matrimonial en la resolución de la cuestión incidental

10. Si aceptamos que es presupuesto de la acción de divorcio un «*matrimonio válido*», entonces es forzoso concluir que la *nulidad declarada por un órgano del orden judicial civil y debidamente inscrita en el Registro Civil*, es causa de *desestimación* de la demanda de divorcio, o en su caso, de sobreseimiento del proceso civil si está permitida por el Derecho procesal del foro esta modalidad de terminación del proceso.²² Esta es una proposición perfectamente válida tanto para la sentencia dictada por tribunales españoles, inscrita en el Registro Civil, como la Sentencia extranjera que, previo el correspondiente procedimiento de reconocimiento, o bien sin tal expediente, en virtud de lo que dispone el art. 84 del Reglamento del Registro Civil, ha sido igualmente inscrita. Tras la entrada en vigor del Reglamento 2201/203 el 1 de marzo de 2005, la sentencia de nulidad de un matrimonio inscrito en el Registro Civil de cualquier Estado Miembro, no necesita un reconocimiento para producir lo que el art. 21.2 llama «actualización» (*updating, aggiornamento, mise à jour*) y que supone un verdadero *antirreconocimiento*, propio de la más plena confianza entre Estados pertenecientes a una verdadera Comunidad de Derecho.

La inscripción del matrimonio en el Registro Civil español, ya se haya celebrado conforme a la *ley española* o con arreglo a una *ley extranjera*, supone una presunción de validez *iuris tantum* y puede ser impugnada por vía de acción judicial declarativa (acción de estado, para obtener un pronunciamiento oponible *erga omnes*). Pero no debería originar ningún problema admitir que el cónyuge demandado de separación o de divorcio pueda deducir, en base a una sentencia de nulidad no inscrita y no inscribible en el Registro Civil español,²³ la inexistencia de matrimonio válido a los efectos de dictar un pronunciamiento de separación o divorcio.

Si, ejercitada una acción de separación o de divorcio, se impugnase por el demandado la validez del matrimonio, aportándose una sentencia extranjera que declare su nulidad, sería necesario, para que ésta pudiera desplegar sus efectos en España, incluida su inscripción en el Registro Civil, su homologación o reconocimiento por el Juzgado de Primera Instancia correspondiente.²⁴

Existen algunos supuestos, sin embargo, en que, en virtud de los instrumentos supranacionales o internacionales vigentes para nuestro país, no sería necesario procedimiento alguno de reconocimiento. En primer lugar tendríamos que citar el Reglamento 2201/2003 que admite el reconocimiento de decisiones de nulidad, separación o divorcio, dictadas en un Estado Miembro, sin necesidad de ningún procedimiento, es decir, por vía incidental, que concluiría con un pronunciamiento prejudicial del cambio jurídico pedido en la demanda, sin fuerza de cosa juzgada. En cuanto este Reglamento no sea aplicable por provenir la decisión de un Estado no miembro, serían aplicables los convenios bilaterales suscritos por España que mantienen como rasgo característico, el de permitir un reconocimiento automático.

11. ¿Quid iuris si el matrimonio celebrado en el extranjero no está inscrito en el Registro Civil español y no es susceptible de inscripción? Entonces la solución correcta es la de presumir su validez si se acredita mediante certificación del Registro Civil extranjero u otro medio de prueba admitido por la ley que rige su forma (ley de fondo del matrimonio), con independencia de que tal presunta validez pueda ser impugnada judicialmente ante los tribunales españoles, en cuyo caso la sentencia del juez español deberá *apreciar* su validez, e el procedimiento incidental de resolución de la cuestión previa, si cumple las condiciones de consentimiento, capacidad y forma exigidas por las leyes respectivamente

²¹ Idem. pp. 194 y ss.

²² Tal es el caso del Derecho español. Vid. art. 22 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

²³ No inscribible, por las razones «geográficas» que determina el art. 15 de la ley del Registro Civil, concordante con el art. 9 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, que entrará en vigor el 22 de julio de 2014.

²⁴ Vid. arts. 83 y 265 del Reglamento del Registro Civil. Aunque estos preceptos se refieren literalmente al exequáтур, es patente que se trataría del reconocimiento de las decisiones extranjeras declarativas de la nulidad.

aplicables. (arts. 98 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, 144 y 323 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Sin embargo, no puede descartarse que una sentencia extranjera, provenga o no del entorno europeo, que ha declarado la nulidad del matrimonio entre quienes litigan sobre la separación o divorcio, puede producir un efecto puramente probatorio como documento público. La sentencia extranjera puede ser, en efecto, incorporada al proceso de separación o divorcio seguido en el foro, con una finalidad puramente probatoria, prescindiendo de su elemento constitutivo, lo cual podría suceder, por ejemplo, porque ya se haya producido una declaración jurisdiccional de no reconocimiento (art. 21. 3 y 22 del Reglamento 2201/03) en España, y sin embargo el cónyuge demandado esté interesado en que se tenga por probado un *hecho* o un *conjunto de hechos* que sustentaba la decisión extranjera.²⁵

12. La posible «inexistencia de matrimonio» puede plantearse por el demandado como *cuestión de especial pronunciamiento* (art. 389 y 392 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil), acompañando testimonio de la sentencia firme de nulidad matrimonial o, para mayor certeza jurídica, certificación literal de la inscripción de matrimonio, en la que constará la nulidad judicialmente declarada.

Si el procedimiento de nulidad matrimonial ante la jurisdicción civil no hubiese concluido en el momento del emplazamiento del demandado en el proceso de divorcio, el tal demandado no puede esgrimir la *excepción de litispendencia* pues, concebida ésta como una *anticipación de la cosa juzgada*,²⁶ exige la concurrencia de las tres identidades procesales clásicas –entre ellas la *identidad de pretensiones*– que no se dan cuando, en la demanda originadora del primer proceso, se pide la nulidad, con aniquilación de todos los efectos del matrimonio que no puedan llevarse al ámbito del matrimonio putativo, y en el segundo, la disolución «*ex nunc*» del vínculo.²⁷

La jurisprudencia ha advertido de la diferente naturaleza y del alcance también distinto de las pretensiones de nulidad y de divorcio, por cuanto este último, junto a la separación, viene ubicándose entre los «*remedios ordinarios ante la crisis surgida en la unión nupcial*», partiendo de la *validez del vínculo* contraído, en tanto que la declaración judicial de nulidad, por las causas que recoge el artículo 73 del Código Civil, reviste unas características de *excepcionalidad*, pues supone la exclusión de los condicionantes, ya de capacidad subjetiva, ya formales, o bien afectantes a la correcta formación y emisión del consentimiento matrimonial que, en definitiva, pueden determinar, con uno u otro alcance, la negación *ab initio* del negocio jurídico matrimonial, invalidando, desde el mismo momento de su celebración, todos o, en su caso, la mayor parte de sus efectos jurídicos.²⁸

Tiene gran interés para el estudio de esta cuestión la Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, Sección 1^a, de 20 de mayo de 2009, dictada en el recurso de apelación 160/2009, de la que fue Ponente el Magistrado Don Emilio Buceta Miller. La Audiencia de Toledo revocaba en esta sentencia la del Juez «*a quo*» en la que se que decretaba el divorcio del matrimonio celebrado en Bolivia, formado por un ciudadano español y una ciudadana boliviana, declarando contundentemente que el matrimonio, en el caso de autos, no podía ser disuelto, pues fue autorizado erróneamente por el encargado del Registro de Bolivia, que ofició la unión nupcial en la creencia de que la contrayente era soltera y el varón, divorciado, cuando en realidad ambos estaban casados –causa de nulidad radical y absoluta; de forma que, otorgar el divorcio en este caso, supondría un implícito reconocimiento de la validez del matrimonio radicalmente nulo.

Tal como se razona en el Fundamento de Derecho PRIMERO de esta sentencia, «...*lo que no se puede admitir es que una sentencia de divorcio de carta de naturaleza y reconozca como matrimonio*

²⁵ Cfr. C. ESPLUGUES MOTA, *El divorcio internacional Jurisdicción, ley aplicable, consentimiento y ejecución de sentencias extranjeras*, ob. cit., pp. 201-207.

²⁶ Vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de Julio de 1998, dictada en el recurso de casación 1098/1994.

²⁷ Aunque no argumenta sobre la litispendencia en relación con la dicotomía nulidad–divorcio, sino en un caso de articulación de pretensiones opuestas de divorcio–separación, son interesantes las observaciones contenidas en el Auto de la Audiencia Provincial de Girona, sección 1^a de 30 de julio de 2009, dictada en el recurso de apelación 255/2009, en el que se resuelve un problema de litispendencia internacional en el marco del Reglamento 2201/2003.

²⁸ V Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22^a, de 15 de diciembre de 2009, dictada en el recurso de apelación N° 802/2009, de la que fue Ponente el Magistrado Don Eduardo Hijas Fernández; sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 4^a, de 17 de febrero de 2009, dictada en el recurso de apelación 422/2009, de la que fue Ponente la Magistrada Doña Cristina Trascasas Blanco.

válido, disolviéndolo, una situación que a todas luces es nula de pleno derecho desde el principio pese a no haberse ejercitado la acción de nulidad, pues incumple flagrantemente el impedimento de ligamen del art. 46.2º del Código Civil.», añadiendo a continuación que «Una cosa es que un matrimonio válido produzca todos sus efectos desde su celebración pese a que no se haya inscrito y otra bien distinta es que un matrimonio no válido por estar afectado de causa de nulidad radical y absoluta, se reconozca como válido porque los contrayentes no han querido ejercitar la acción de nulidad... Si ello fuera así, se dejaría en manos de cualquiera el eludir los impedimentos matrimoniales, que son verdaderas prohibiciones, sin más que absteniéndose de ejercitar la acción de nulidad, obteniendo el pleno reconocimiento de su matrimonio porque la inscripción del mismo no tiene carácter constitutivo y el pleno reconocimiento de sus efectos no se supedita a dicha inscripción.»

«La existencia de vínculo matrimonial no disuelto (art. 73.2 en relación con el 46.2 del Código Civil es causa de nulidad radical y absoluta (SSTS de 7 de marzo de 1972 y 17 de noviembre de 2005) y no solo la acción para hacerla valer es imprescriptible y no sanable por el transcurso del tiempo, sino que además, en aplicación del art. 65 del Código Civil, el encargado del Registro Civil denegaría su inscripción al cumplir su deber de cerciorarse de la inexistencia de impedimentos (RRDGRN de 3-1-00, 6-6-00 y 20- 9-05), tratándose de un matrimonio que no solo no debe ser inscrito sino que además, nunca debió ser autorizado, y si se autorizó erróneamente porque los contrayentes declararon ante el encargado del Registro de Bolivia, ser soltera ella y divorciado él, cuando en realidad ambos estaban casados, ese matrimonio no inscrito no debe ser disuelto, pues ello supondría un implícito reconocimiento del mismo, del mismo modo que sería inconcebible divorciar el matrimonio no inscrito formado por padre e hija o por dos hermanos o por la abuela con su nieto, los cuales son nulos de pleno derecho desde el momento mismo de su celebración y aunque nadie haya ejercitado la acción de nulidad, el Juez que la conoce, no puede dar lugar a la disolución de algo inexistente.»²⁹

En el Fallo de esta sentencia, no se hace pronunciamiento alguno relativo a la validez del matrimonio, pues nadie había pedido tal singular tutela judicial, sino que se había deducido una *peticIÓN disolutorIA del matrimonIO* que ahora se denegaba. La Audiencia Provincial de Toledo, con pleno respeto al principio de rogación, se limitaba a denegar el divorcio, revocando la sentencia de instancia que erróneamente lo había decretado.

Así pues, para que en un proceso de divorcio se estimase la excepción de litispendencia, sería necesario que en el primer proceso se hubiera deducido la misma pretensión entre las mismas partes –separación, nulidad, o divorcio, en uno y otro proceso– y con idéntica causa de pedir; y tratándose de *litispendencia internacional*, los procesos tendrían que seguirse entre Estados de la Unión Europea vinculados por el 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 (Art. 19) o en otro caso, entre Estados ligados por un convenio internacional, multilateral o bilateral, que diese a las respectivas autoridades judiciales facultades para suspender un proceso en atención al seguimiento, en el otro Estado, de otro con las pertinentes identidades procesales.³⁰

3. La incidencia de la Sentencia de nulidad canónica en la resolución de la cuestión incidental

13. En principio, los mismos criterios que hemos señalado para pautar la incidencia de una Sentencia extranjera de nulidad el matrimonio, deben ser aceptados en relación con la problemática que puede plantear una sentencia de nulidad canónica, firme, dictada por la competente autoridad eclesiástica.

El sistema diseñado por el art. 80 de Código Civil se basa en un sistema de homologación de condiciones, que no son otras que las establecidas en el art. 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, aunque adaptadas a la especial naturaleza de la materia de la nulidad matrimonial. El citado art. 80 del Código Civil reproduce la expresión del art. VI del Acuerdo, «...si se declaran ajustadas al Derecho del Estado.»

²⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, Sección 1ª, de 20 de mayo de 2009, dictada en el recurso de apelación 160/2009, de la que fue Ponente el Magistrado Don Emilio Buceta Miller. (Fundamento de Derecho PRIMERO).

³⁰ Vid. en este sentido, Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22ª de 10 de octubre de 2006, dictado en el recurso de apelación 662/2006, del que fue Magistrado Ponente Don Eduardo Hijas Fernández.

La jurisprudencia ha venido realizando una interpretación amplia de la norma del art. 80 del Código Civil. El único límite sustantivo que puede oponerse al reconocimiento es la contravención del orden público del Estado español, que opera como lo haría frente a cualquier resolución extranjera. (Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 1995).

Referido genéricamente al *Derecho del Estado*, el ajuste comprende tanto el Derecho material como el procesal³¹ sin que pueda suponer una revisión de fondo de la resolución eclesiástica, de tal manera que queda vedado al Juez civil el método de la confrontación del resultado –la nulidad– con el que habría podido obtenerse utilizando las causas de nulidad del art. 73 del Código Civil español.

En los Estados que han admitido, vía concordato con Roma, la eficacia civil de los matrimonios canónicos, bien *ipso iure* o tras un procedimiento de *exequátur* u homologación, la denegación del divorcio puede provenir de la existencia de una nulidad canónica ya decretada por el tribunal eclesiástico correspondiente.

La nulidad canónica que ya ha producido efectos civiles debe determinar al Juez obviamente a denegar el divorcio, tanto en los casos internos como en los internacionales, pues ya no existe matrimonio.³² Así debe ser en el marco de un pretendido y proclamado *espacio judicial europeo*, con la quiebra de la reserva de jurisdicción mantenida todavía en el Derecho portugués a favor de los tribunales eclesiásticos.³³

14. La entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 de 7 de enero no ha afectado al régimen de homologación por condiciones de las resoluciones de nulidad eclesiásticas, pues, en virtud de lo dispuesto en la Disposición derogatoria de la misma, se han dejado vigentes los artículos 951 a 958, sobre eficacia en España de sentencias dictadas por tribunales extranjeros, [hasta tanto sea sustituida esa normativa por la futura –nunca proyectada, siquiera– Ley sobre cooperación jurídica internacional].

En cambio, sí ha afectado a esta cuestión el Reglamento 2201/2003, que entró en vigor el 1 de marzo de 2005, en el que se garantiza la circulación de las decisiones eclesiásticas reconocidas por los tribunales españoles, italianos y portugueses en virtud de sus respectivas disposiciones concordatarias. Conviene tener presente que lo que se pretende con esta norma no es la circulación por el espacio judicial europeo de resoluciones eclesiásticas, sino, muy distintamente, de las resoluciones homologadoras

³¹ J. FERRER ORTIZ, «La eficacia civil del matrimonio canónico y de las decisiones eclesiásticas en el Derecho español», en *Revista Ius et Praxis*, año 14 – núm. 2. p. 398.

³² En cambio, en el caso inverso, deducción de la petición de nulidad matrimonial sobre un matrimonio ya disuelto por divorcio, sí es perfectamente admisible esta pretensión, pues, tal como ha explicado el Tribunal Supremo y las Audiencias, «...no se está ante resoluciones irreconciliables, no tanto por faltar la identidad objetiva cuanto porque sus consecuencias jurídicas no se excluyen recíprocamente en la medida en que los efectos civiles del divorcio no resultan alterados o modificados por la posterior declaración canónica de su nulidad». Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de marzo y 8 de marzo de 2001 y sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección 4^a, de 21 de mayo de 1992. Pero esta hipótesis no nos transmite un problema de la apreciación de la existencia o invalidez de matrimonio como cuestión previa en los casos de demanda de divorcio.

³³ Reserva que parecía haber anunciado su fin con el nuevo Concordato entre Portugal y la Santa Sede, de 2004, el cual no contiene ninguna disposición en que se reserve en exclusiva el conocimiento de las causas de nulidad de matrimonio canónico a los tribunales eclesiásticos. Sin embargo, no ha sido así. El 18 de mayo del 2004, Portugal y la Santa Sede firmaron un Acuerdo que tenía como finalidad ajustar sus relaciones de cooperación a la realidad social del momento y al cambio de pensamiento de la sociedad portuguesa en relación con el papel del Estado portugués ante el fenómeno religioso, ello sin salir del marco del art. 41 de la Constitución portuguesa de 21 de abril de 1976. La firma del nuevo acuerdo ha llevado aparejada la derogación del Concordato de 7 de mayo de 1940, modificado por el Protocolo Adicional de 7 de febrero de 1975, de conformidad con las previsiones contenidas en su art. 33. Aunque el art. 16 del Concordato ya no incorpora una reserva de jurisdicción a favor de los tribunales eclesiásticos, el legislador estatal ha mantenido la fórmula del Código Civil que la trasladaba al ámbito legislativo interno el artículo XXV del antiguo Concordato, por lo que el art. 1625 del Código Civil portugués sigue proclamando, pese a la nueva realidad concordataria, que «O conhecimento das causas respeitantes à nulidade do casamento católico e à dispensa do casamento rato e não consumado é reservado aos tribunais e as repartições eclesiásticas competentes.» Tendremos que esperar a nuevos cambios –primero sociales, seguramente, legislativos, después– para que se cierre eficazmente el espacio judicial europeo en lo que respecta a las resoluciones homologadoras de nulidades canónicas. Vid. J.I. ALONSO PÉREZ, «Appunti per una prima lettura del Concordato del 18 maggio 2004 tra la Santa Sede e la Repubblica Portoghesa», en *Ius Ecclesiae*, XVI, 2004. E. CADELO DE ISLA, «La eficacia civil de las sentencias canónicas de nulidad matrimonial en la Unión Europea: el Reglamento 2201/2003», Università della Santa Croce, Roma, 2005, pp. 178 y ss. y 224. S. PÉREZ ÁLVAREZ, «La incidencia del concordato de 2004 en la eficacia civil del matrimonio canónico en el derecho portugués y en la normativa de la UE», en *Perspectivas del derecho de familia en el siglo XXI*, XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia, 2004. C. LASARTE ÁLVAREZ, A. DONADO VARA, M.F. MORETÓN SANZ, F. YÁÑEZ VIVERO.

dictadas por los Estados, una vez que ya han incorporado aquellas resoluciones canónicas al Derecho de cada Estado.³⁴

El reconocimiento en otros Estados de las resoluciones que en los cuatro Estados, atribuyan eficacia civil a las resoluciones canónicas de nulidad³⁵ va a permitir la circulación por el territorio europeo de resoluciones que indudablemente han tenido una incidencia en el estatuto personal de quienes contrajeron matrimonio según las formas de la Iglesia católica, lo que significa, lejos de las censuras que un sector de la doctrina –canónica, por supuesto³⁶ ha dirigido al art. 63 del Reglamento, un avance y no un retroceso.

La remisión que se efectúa en el artículo 63 a la utilización, para la atribución de reconocimiento de efectos civiles a las resoluciones canónicas de nulidad, a los procedimientos previstos en la Sección 1^a del Capítulo III, nos tiene que llevar a admitir algo que, con el art. 778 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en la mano, hubiera sido arduo admitir, a saber: que tal reconocimiento puede levantarse a efecto por vía incidental, conforme al art. 21.4 del propio Reglamento 2201/03, es decir, en el propio incidente de especial pronunciamiento en estudio, y con efectos limitados al propio procedimiento de divorcio, pues la decisión judicial de reconocimiento –o de denegación de reconocimiento de efectos a la resolución canónica no tendría eficacia fuera de ese proceso.

En los casos en que el órgano judicial español no admite la sustanciación del reconocimiento por vía incidental –acaso por la inercia que pueda representar el esquema «homologador» que se encuentra presente en el art. 78 de la Ley de Enjuiciamiento Civil– existiendo un pronunciamiento canónico de nulidad que no haya obtenido homologación fiera del proceso de divorcio, la cuestión puede ser tratada como una cuestión prejudicial externa, por la vía del art. 43 de la LEC. En cualquier otro Estado Miembro, esta posibilidad deberá ser consultada al Derecho procesal del foro.

15. Si, en un proceso de separación o de divorcio seguido en España, se plantea por el demandado la existencia de una resolución canónica de nulidad matrimonial, que todavía no tuviere efectos civiles por falta de la resolución judicial prevista en el art. 80 del Código Civil,³⁷ debe ser abierto el *incidente de especial pronunciamiento* (art. 389 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) Creemos que la incidencia de tal resolución canónica no homologada, en la cuestión previa de la existencia del matrimonio, podría ser diversa según que el demandado plantease la cuestión, bien como una *excepción procesal* (litispendencia) o bien como una *excepción de fondo* (inexistencia de matrimonio susceptible de disolución). Ambas posibilidades tienen cabida, en el esquema procesal del proceso de divorcio contencioso, de carácter mixto, con fase de alegaciones larga y acto de la vista en el que se pueden plantear cualesquiera cuestiones procesales obstativas de un pronunciamiento de fondo (arts. 443, 753 y 770 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), siempre que no se vaya más allá del límite temporal que impone el art. 393.1, que impone una preclusión fatal para cualquier petición incidental que se deduzca en el juicio verbal, después de admitida a prueba propuesta.

En el primer caso, planteada la *litispendencia* en el proceso seguido ante tribunales españoles, debe ser desestimada por el juez. La cuestión fue abordada por la jurisprudencia anterior al Convenio sobre Asuntos Jurídicos entre el Estado español y la Santa Sede, de 3 de enero de 1979, en el sentido de ser improcedente de todo punto el acogimiento de la excepción de litispendencia. Según la Sentencia del

³⁴ E. CADELO DE ISLA, «La eficacia civil de las sentencias canónicas de nulidad matrimonial en la Unión Europea: el Reglamento 2201/2003», ob. cit., p. 223.

³⁵ Con exclusión de las sentencias que homologan un rescripto pontificio de disolución de matrimonio rato y no consumado pues el texto del art. 63 se refiere estrictamente a una «resolución relativa a la nulidad de un matrimonio». Vid. R. CORRAL GARCÍA, «Algunas consideraciones sobre la relevancia de la jurisdicción canónica en la Unión Europea: la propuesta de Reglamento 1347/2000 del Consejo de la Unión», en *Derecho de Familia y libertad de conciencia en los países de la Unión Europea y el Derecho Comparado*. Actas del IX Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado, San Sebastián 2001, p. 415.

³⁶ R. RODRÍGUEZ CHACÓN, «Unión Europea y eficacia civil de resoluciones matrimoniales canónicas. El artículo 40 del Reglamento (CE) nº 1347/2000 del Consejo de la Unión Europea, de 29 de mayo de 2000», en *Laicidad y libertades. Estudios jurídicos*, I (2001). pp. 167–187. Idem, «Sentencias matrimoniales canónicas y Unión Europea», en *Revista General de Derecho Canónico y de Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 7 de 2005, en <http://www.iustel.com>. pp. 8–13.

³⁷ La Dirección General de los Registros y del Notariado niega efectos civiles a la decisión de nulidad de los tribunales eclesiásticos, precisando que la resolución que le dota de efectos civiles es la declaración de ser ajustada a Derecho, dictada por el juez civil competente (Ress. de 20 y 26 de marzo de 2001 y 19 de febrero de 2003).

Tribunal Supremo de 3 febrero 1968, que argumentaba, desde la vigencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, la litispendencia exige como presupuesto fáctico para su acogimiento, la existencia previa al proceso en el que se intente hacer valer, de otro proceso de naturaleza análoga, que se haya promovido ante el juez o tribunal competente, versando ambos sobre la misma cuestión; requisito que no se aprecia cuando se confronta un procedimiento eclesiástico de nulidad y un procedimiento civil de separación o divorcio; pues además de corresponder su conocimiento a jurisdicciones sustancialmente distintas, las causas de pedir en que se fundan las respectivas demandas son también diversas y las sentencias que recaigan en cada proceso, ni son incompatibles ni producen excepción de cosa juzgada respecto al otro, precisando además la sentencia eclesiástica de nulidad un trámite ulterior de homologación para que pueda tener eficacia en el orden civil. (art. 80 del Código Civil)

La jurisprudencia de las Audiencias Territoriales siguió el mismo criterio hasta su sustitución por los Tribunales Superiores de Justicia con la entrada en vigor de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985. Así, la Audiencia Territorial de Valencia en su Sentencia de 30 de mayo de 1.983³⁸ reputaba ajustado a Derecho el inicio del proceso de divorcio cuando se estaba sustanciando ante el Tribunal eclesiástico la nulidad del mismo matrimonio, en función de la posibilidad de seguirse simultáneamente procesos matrimoniales de distinta naturaleza sobre un mismo matrimonio cuando, como ocurre respecto a los procesos de nulidad canónica y divorcio civil, «... las pretensiones típicas y propias de cada uno de esos procesos son diversas, precisamente porque, hasta que no se produce la demanda civil solicitando los efectos civiles de la sentencia carece de relevancia el proceso canónico para el derecho del Estado.»

La Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 3^a, en su *sentencia de 19 de febrero de 1998*, dictada en el recurso de apelación 168/1997, desestimaba la excepción de litispendencia propuesta por la esposa en la contestación de la demanda, sustentada en la pendencia del procedimiento de nulidad canónica iniciado por demanda de dicha esposa, en trámite cuando se formalizó la demanda de separación por el esposo. En esta sentencia se razonaba que, «Si prospera la demanda de nulidad, como parece, después de su trámite definitivo, es evidente que la estimación de la de separación, si procede, no incide nada en la referida nulidad dado el carácter de no definitivo que representa la separación judicial, ya que solo se trata de "status quo" temporal en la relación entre cónyuges.» Es decir, se mantiene la distinción sustancial de ambas pretensiones, la de separación civil y la de nulidad canónica, de tal forma que no se daría la identidad de pretensiones, necesaria para la estimación de la litispendencia.

16. En cuanto a la alegación de la sentencia de nulidad canónica como base de una excepción de fondo, la solución, en principio, tendría que ser la de la estimación de la excepción, con la consecuencia inexorable de desestimarse la acción de separación o de divorcio. En este sentido la *sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia de 12 de septiembre de 1994*³⁹ razonaba que «es evidentemente que son distintas la acción de nulidad del matrimonio, de la acción que pretende la disolución por divorcio (art. 1252), hasta el punto de que pueden tramitarse simultáneamente procedimientos de nulidad, separación y divorcio respecto del mismo matrimonio sin que por ello se produzca litispendencia, dado que las acciones y la causa o razón de pedir son también distintas, y caso de recaer primera sentencia de separación, en modo alguno impide que pueda posteriormente acordarse la disolución o nulidad del matrimonio, por el contrario, si recayese antes la sentencia acordando la nulidad matrimonial, no es que se produjeran los efectos de cosa juzgada sobre los otros procedimientos de divorcio o separación (puesto que son acciones distintas), sino que prácticamente los dejaría sin contenido y carente de acción al actor, pues no puede acordarse la separación o la disolución de un matrimonio que no existe.»

No obstante, para que prosperase la excepción perentoria de inexistencia de matrimonio sería requisito imprescindible que hubiera ya obtenido el *exequátur* por la vía del art. 80 del Código Civil en relación con los arts. 954 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, pues no podemos olvidar la consideración que tiene la jurisdicción canónica en nuestro Estado aconfesional, como jurisdicción extranjera.⁴⁰

³⁸ En Revista General de Derecho N° 462, 1983. p. 468.

³⁹ Citada en el comentario al art. 80 del Código Civil en J.L. ALBÁCAR LÓPEZ, «Comentarios al código civil. doctrina y jurisprudencia», 2000, Ed. Trivium, art. 80.

⁴⁰ J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, *Curso de derecho internacional privado*, Vol. II, Oviedo, 1983. pp. 349 y ss.

En cambio, es dudoso que pudiese prosperar una petición del demandado en el proceso de divorcio, de que se suspendiese el mismo hasta que concluyese el proceso de nulidad canónica ya iniciado y no concluido, por existencia de una cuestión prejudicial civil. Nos inclinamos por la negativa, toda vez que el art. 43 de la Ley de Enjuiciamiento Civil parece aludir en todo caso a procesos seguidos en España ante autoridades judiciales españolas. Obviamente el art. 43 no excluye los procesos seguidos ante tribunales españoles con elemento extranjero. Pero el silencio de la ley acerca de la suspensión de un proceso seguido en España para resolver la cuestión principal en virtud de lo que decida un tribunal extranjero, debería sustentar esa respuesta negativa que hemos avanzado. Lo cierto es que, si nos atenemos a la tesis que hemos abrazado, de que la jurisdicción canónica tiene la consideración de una jurisdicción extranjera, entonces no podemos considerar justificada la suspensión del proceso judicial civil hasta tanto se dicte una resolución sobre la nulidad matrimonial por el tribunal eclesiástico.⁴¹

Ahora bien; la suspensión por prejudicialidad civil si podría plantearse y admitirse en otro caso, perfectamente diferenciable del anterior; si, en el momento de contestar a la demanda, el demandado, en el proceso de divorcio, ya existe resolución firme del Tribunal eclesiástico de segundo grado, y ya se ha iniciado el procedimiento de homologación o exequátur, ex art. 80 del Código Civil, entonces podría suspenderse el proceso de divorcio hasta tanto concluyese el procedimiento de homologación, solución para la que sí puede encontrarse apoyo en el art. 43 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

4. El reconocimiento de una sentencia de divorcio extranjera *incidenter tantum*

17. La resolución de la cuestión de si las partes están casadas entre sí, puede precisar del reconocimiento de una sentencia extranjera que decrete el divorcio de las mismas. En tal caso, el Juez europeo afrontará tener que proceder de una de estas dos maneras: a) Suspender el curso del proceso de separación o de divorcio y aguardar a que la parte demandada demuestre la inexistencia de matrimonio, mediante la aportación de una sentencia firme y ya reconocida en el Estado del foro por las autoridades competentes, o mediante la correspondiente certificación del Registro Civil que acredite la actualización del mismo conforme a lo prevenido en el art. 21.2 del Reglamento 2201/2003. b) Admitir la sustanciación y el debate de la cuestión en el propio procedimiento incidental que se haya abierto de conformidad con el Derecho procesal del foro.

En el caso del Derecho español, ambas posibilidades tienen cabida en la regulación procesal patria, pues la primera es sustentable en el art. 43 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, mientras que la segunda puede ser articulada en base a la disciplina del incidente de previo pronunciamiento, regulado en los arts. 389 y siguientes de la propia Ley Ritiaria.

Sin embargo, ello no dependerá de la voluntad del Juez, sino del específico régimen de reconocimiento al que esté sometida la sentencia extranjera de divorcio: las Sentencias dictadas por Estados Miembros de la Unión, con excepción de Dinamarca, pueden ser reconocidas *incidenter tantum* en virtud de lo establecido en el art. 21.4 del Reglamento 2201/2003.

En cuanto a las sentencias procedentes de Estados con los que España mantiene convenios bilaterales sobre reconocimiento de decisiones judiciales, que alcancen el campo del estado civil, la viabilidad de un reconocimiento incidental depende de lo que establezca el texto de cada Convenio.⁴² Puede parecer una incongruencia de nuestro sistema el hecho de que no se admite el reconocimiento *incidenter tantum* respecto de las resoluciones procedentes de otros Estados con los que sí tenemos un Convenio

A. GARCÍA GÁRATE, «Posición de los tribunales eclesiástico en el ordenamiento español», en *Anuario de Derecho Eclesiástico*, Vol. II., pp. 173 y ss.; L. BABÉ, «La posición de la jurisdicción canónica en el derecho español», en *Anales del Derecho*, Universidad de Murcia, N° 10, pp. 1987-1990.

⁴¹ E. RUBIO TORRANO, «Eficacia civil de las resoluciones canónicas», Aranzadi Civil, 2008-1.

⁴² Parece claro que el reconocimiento incidental es posible en virtud de los Convenios vigentes entre España, por una parte, y Alemania, Austria, México, Rumanía, Uruguay, El Salvador y Túnez. La doctrina discute la posibilidad de reconocer incidentalmente las resoluciones procedentes de la Federación Rusa, a causa de los mensajes normativos aparentemente contradictorios que dimanan de los arts. 22 y 24.7 del Convenio entre el Reino de España y la extinguida Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, hecho en Madrid el 26 de octubre de 1990, hoy aplicable a las relaciones entre España y Rusia exclusivamente. Cfr. J.A. CUEVILLAS SAYROL, *La competencia jurisdiccional internacional de los tribunales españoles en el orden civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 382 y 383.

bilateral sobre reconocimiento, aplicable en materia de resoluciones crisis matrimoniales, y en cambio la mayor parte de la doctrina española admite el reconocimiento incidental respecto de resoluciones procedentes de Estados con los que no tenemos convención alguna favorecedora del reconocimiento;⁴³ pero esta solución, con su carga de incongruencia del sistema, es mucho más beneficiosa para la pronta resolución de las cuestiones previas, que la de descartar el reconocimiento incidental en todos los casos en que resulte de aplicación la vetusta Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (arts. 952 y siguientes).

5. La acción de estado civil como alternativa al incidente de especial pronunciamiento

18. Interesa poner de manifiesto un aspecto procesal más: y es el de la falta de fuerza de cosa Juzgada de la sentencia que entra en la cuestión incidental. En efecto, al entrar una autoridad de un Estado Miembro participante en la cuestión de si existe o no existe como matrimonio la unión cuya disolución se solicita, tanto si sigue un método estrictamente conflictual como si opta por la técnica de reconocimiento incidental del matrimonio con elemento extranjero, dicta una resolución que no tiene eficacia *erga omnes*: no puede ser utilizada con eficacia material de cosa juzgada, por ninguna de las partes, fuera del proceso de separación o de divorcio.

Este aspecto pertenece al marco de toda cuestión incidental o preliminar, pero también se deduce de la propia redacción del art. 13 del Reglamento, que toma como supuesto de hecho la circunstancia de que las autoridades de un Estado Miembro participante «no consideren válido el matrimonio en cuestión a efectos de un procedimiento de divorcio», lo que induce, según explica Leandro, «a limitarne l’ambito di operatività al solo caso della lex fori richiamata a risolvere la questione preliminare in oggetto.»⁴⁴

Por otra parte, teniendo en cuenta que la decisión de un tribunal acerca de una cuestión incidental, por su propia naturaleza, no originará efecto de cosa juzgada en la mayor parte de los Derechos europeos,⁴⁵ siempre será posible para el cónyuge demandante o los cónyuges solicitantes, promover la suspensión del procedimiento y ejercitar separadamente una *acción de estado civil* para que, con audiencia del Ministerio Fiscal o figura equivalente en el Estado del foro, se declare con fuerza de cosa juzgada la existencia del matrimonio según las normas conflictuales de ese Estado.

A esta acción de estado civil se refiere explícitamente los profesores Espinar Vicente y Orejudo Prieto de los Mozos en sendas monografías sobre el matrimonio en el sistema de Derecho Internacional Privado español.⁴⁶

⁴³ Cfr. J.A. CUEVILLAS SAYROL, ob. cit. en nota anterior. p. 383.

⁴⁴ A. LEANDRO, comentario al art. 13 del Reglamento, en «Regolamento UE n. 1259/2010 del Consiglio del 20 dicembre 2010 relativo all’attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale», ob. cit., p. 1.521.

⁴⁵ Aunque es indudable que corresponde al Derecho procesal del foro determinar si la decisión de sus tribunales sobre una cuestión incidental produce efectos de cosa juzgada. No obstante, nos recuerdan los profesores VIRGÓS SORIANO y GARCIMARTÍN ALFÉREZ que, si se plantease una demanda de reconocimiento ante un estado, de una sentencia dictada en otro Estado, resolviendo una cuestión incidental, «para que el Estado receptor reconozca esta extensión de la cosa juzgada será necesario que la competencia judicial internacional de los tribunales del Estado de origen cubra también esa cuestión prejudicial. Ello ocurrirá siempre que los tribunales del estado de origen hubieran tenido competencia judicial internacional para decidir en un juicio independiente y a título principal sobre esa misma cuestión. (M. VIRGÓS SORIANO y F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación Internacional*, ob. cit., p. 623. En este caso, es llano que cada Estado Miembro participante tiene competencia judicial internacional para decidir en un proceso con plenitud de conocimiento, para dictar una sentencia con fuerza de cosa juzgada sobre si la unión conyugal afirmada en la demanda existe como matrimonio en el derecho conflictual del foro. Sin embargo, sería absurdo se pretendiese la obtención de un reconocimiento, con su efecto tipicidad y de fuerza de cosa juzgada ante los tribunales de otro Estado, los cuales, al resolver conforme al art. 13 del Reglamento 1259/2010, no tienen que resolver sobre la base del Derecho Internacional Privado del Estado de origen sino sobre la existencia del matrimonio según su propio sistema conflictual.

⁴⁶ Espinar Vicente adopta el enfoque de la oposición del demandado a la acción de nulidad matrimonial, concluyendo que si el demandado lograse demostrar los presupuestos de la existencia de un valido matrimonio entre las partes, la sentencia desestimatoria de la demanda constituiría un título valido para la inscripción del matrimonio ante el Registro Civil. Cfr. J.M. ESPINAR VICENTE, *El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho Internacional Privado*, Cívitas, 1996. pp. 173 y 174. La profesora OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, también desde una óptica registral, concibe la «acción declarativa de estado civil, concretamente, de matrimonio», como una alternativa de las partes que ven denegada la solicitud de inscripción del matrimonio en el Registro Civil. P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, *La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio en Derecho Internacional Privado español*, ob. cit., pp. 246-249.

Aunque las acciones de estado civil no tienen un espacio y mención propios en el art. 249 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la doctrina y la jurisprudencia han venido aceptando que las mismas se encuentran comprendidas dentro de las acciones relativas al tutela de los derechos fundamentales (Art. 249.1.2^a de la Ley de Enjuiciamiento Civil)⁴⁷ Por su parte, el art. 222 de la ley procesal dispone que «En las sentencias sobre estado civil, matrimonio, filiación, paternidad, maternidad e incapacitación y reintegración de la capacidad la cosa juzgada tendrá efectos frente a todos a partir de su inscripción o anotación en el Registro Civil.»

Su reconocimiento legal es, pues, incontestable en la normativa procesal vigente en nuestro país.⁴⁸ Por otro lado, la amplitud con que se conciben las tutelas deducibles en juicio por los justiciables, a tenor del art. 5.1 de la propia Ley, justifica que admitamos la posibilidad de que se inste un pronunciamiento expreso, con fuerza de cosa juzgada, acerca de si la unión de dos personas constituye matrimonio conforme al Derecho conflictual español, pronunciamiento que tales personas pueden tener un interés legítimo para obtener. Tratándose de una cuestión estrictamente jurídica, es razonable pensar que el procedimiento, aunque exija la prueba de algún Derecho extranjero se sustanciará con celeridad al no existir, *prima facie*, un material fáctico controvertido que haya de ser objeto de prueba, pudiendo incluso dictarse sentencia sin necesidad de juicio, si el Derecho extranjero que hubiera de probarse, lo hubiera sido por documentos. (429.8 de la Ley de Enjuiciamiento Civil)

La sentencia que se dictase en este proceso, con efecto estimatorio de la demanda y con efectos puramente declarativos, causaría inscripción autónoma en el Registro Civil en los supuestos señalados en el art. 9 de la vigente Ley del Registro Civil,⁴⁹ y la demanda sería susceptible de anotación registral conforme a lo dispuesto en el art. 40.3.1º de la misma.

En el caso de no ser inscribible la Sentencia en el Registro Civil, por caer fuera de los límites de la competencia de nuestro Registro Civil, definidos en el art. 9 de la Ley del Registro Civil (art. 15 de la ley del Registro civil de 8 de junio de 1957) se habría generado un título de legitimación equivalente al de una genuina inscripción de matrimonio.⁵⁰

La Sentencia así obtenida, finalmente, con fuerza de cosa juzgada, habría de integrarse en el objeto del proceso de divorcio por el cauce previsto en el art. 43 de la LEC.

6. La perspectiva de la cosa juzgada: La incidencia de la decisión previa de divorcio en el proceso de divorcio seguido en España

19. Cuando se ha seguido ya un procedimiento en el extranjero entre las mismas partes, sobre divorcio, habiéndose dictado ya una sentencia de carácter constitutivo en tal sentido, no importa en qué causas se haya fundado, tendríamos que preguntarnos si el vínculo conyugal ha quedado disuelto entre las partes. Pues, si fuese así, entonces no podría sustanciarse ni concluirse un proceso de divorcio encaminado a la disolución de un vínculo que ya no existe como tal.

En tal caso, la plena efectividad de dicha resolución en el plano de los estatutos personales de los excónyuges, debería producirse, bien por medio del procedimiento de homologación o por vía de reconocimiento incidental, previstos en los instrumentos internacionales aplicables,⁵¹ o en el procedimiento por homologación regulado en los arts. 952 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil de

⁴⁷ P. PRIETO OREJUDO DE LOS MOZOS, *La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio en Derecho Internacional Privado español*, ob. cit., pp. 247 y ss.

⁴⁸ Vid. art. 10.3 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Incluso están reconocidas en algunos Derechos forales. La Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia contempla las acciones de determinación de la filiación en sus arts. 235.3 y 235.9. La Ley 41.1 de la Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, bajo la rubrica de «Acciones imprescriptibles», dispone que «Son imprescriptibles: 1. Las acciones de estado civil que no tengan establecido plazo para su ejercicio.»

⁴⁹ Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil. Los supuestos de obligada inscripción de un hecho con eficacia en el estado civil, que recoge el art. 9, coinciden en lo sustancial con los del art. 15 de la Ley de 8 de junio de 1957 sobre Registro Civil. Esta última quedará derogada, con efectos desde el 22 julio 2014 y sin perjuicio de lo dispuesto en las disposiciones transitorias tercera, cuarta y quinta, por la Disposición Derogatoria única de la Ley 20/2011 de 21 de julio.

⁵⁰ J. PERE RALUY, «Derecho del Registro Civil», Vol. II, Aguilar, Madrid, 1963. p. 746

⁵¹ A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, ob. cit., Vol. II, p. 263.

1881. Sin embargo, en alguna ocasión, la *praxis judicial* nos coloca ante la anomalía de la sustanciación, ante los tribunales españoles, de un nuevo proceso de divorcio, a instancia de una de las partes, suscitándose entonces, bien una cuestión de cosa juzgada internacional, al amparo de las normas de los arts. 207, 222, 400, 416.1.2º y 421 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, o bien el sobreseimiento del proceso en virtud de lo dispuesto en el art. 22 de la propia Ley. La mayor parte de las decisiones dictadas por nuestros tribunales han asumido la solución de mandar seguir adelante el procedimiento de divorcio antes los tribunales españoles, sobre la base argumental de que la sentencia extranjera no había recibido el reconocimiento o *exequátur* por parte de éstos.⁵² En cambio, otras resoluciones, menos acertadas, han prescindido absolutamente de la cuestión del *reconocimiento de la sentencia extranjera*; incluso, en algún caso, de una sentencia de divorcio dictada fuera de España, sobre las mismas partes cuyo divorcio se pide en el proceso se sigue en nuestro país.

20. En la *Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 4ª, 14 de febrero de 2008*, dictada en el Recurso de Apelación núm. 22/2007, se afrontaba un supuesto de posible cosa juzgada al haberse dictado por el tribunal de Bristol (Reino Unido) una Sentencia de divorcio que no impidió a la esposa promover luego un nuevo procedimiento por demanda ante el Juzgado de Primera Instancia de Benidorm (Alicante); llegándose a dictar por este órgano sentencia de divorcio de las partes ya divorciadas por la decisión británica. Parece deducirse de los antecedentes de hecho de la Sentencia que solo el Ministerio Fiscal planteó la cuestión, en sus alegaciones, como un problema de fuerza de cosa juzgada de la sentencia del Juzgado de Bristol. La Audiencia, sin entrar en el examen de la concurrencia de las *identidades procesales* de la cosa juzgada, concluye que «...se considera concurrente, como ya se ha adelantado y tal y como interesó el Ministerio Fiscal, causa procesal (sobre la que se guardó un dudoso silencio por la parte demandante –personada en las actuaciones–, omitiendo información relevante) que, al privar de objeto al proceso (en la existencia de resolución judicial firme de previa declaración de la disolución por divorcio que obstaba a la viabilidad de nuevo pronunciamiento al mismo fin), debió determinar su puesta a término con resolución asimilada a la absolución en la instancia, sin entrar a valorar consideración de fondo alguna.» (Fundamento de Derecho SEGUNDO)

La Audiencia Provincial de Alicante no profundiza en la cuestión de cosa juzgada que le ha planteado el Ministerio Fiscal y por lo tanto no llega a abordar la delicada cuestión de la necesidad –o no– del reconocimiento de la decisión de divorcio dictada por el tribunal de Bristol. Para que ducha decisión produzca efecto de cosa juzgada; lo cual sin duda es censurable. Pero parece que, al acoger los motivos del Fiscal, sí ha seguido, al menos de manera implícita, la perspectiva de la cosa juzgada, a los efectos de resolver la cuestión previa en un procedimiento que era claramente incidental; y llega a emitir un juicio de valor sobre la *buena fe* de la demandante–apelada que ha promovido proceso en España después de haberse dictado un previo pronunciamiento de divorcio de las partes en el Reino Unido:

⁵² Así, en un Auto de la Audiencia Provincial de A Coruña de, Sección 5ª, de 5 de marzo de 2010 (Recurso de Apelación núm. 416/2009) vemos adoptada la solución denegatoria de la fuerza de cosa juzgada, con un argumento extremadamente simple: «El párrafo 2º del artículo 107 Código Civil dispone que las sentencias de separación y divorcio dictadas por tribunales extranjeros producirán efecto en el derecho español desde la fecha de su reconocimiento conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1881, pero no impide que se acuda a la solicitud de divorcio ante los órganos jurisdiccionales españoles pese a que se haya dictado una sentencia de aquel tipo por tribunal extranjero...» (Fundamento de Derecho SEGUNDO). El argumento nos parece intachable y perfectamente respetuoso con la óptica de la cosa juzgada, que no puede ser despreciada cuando lo que se cuestiona en el proceso es la existencia de una resolución entre las mismas partes, con el mismo objeto y análoga causa de pedir, dictada por tribunales extranjeros. Sin embargo, creemos que prescinde, por su simplicidad, de una valoración de la conducta de las partes que no es en absoluto irrelevante y de la que si se hacía eco el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Carballo. A tenor de la resolución dictada por el Juez «a quo», que resultó ser revocada en este Auto de la Audiencia Provincial de A Coruña; «Segundo.- A la vista de la documental aportada se concluye que se está instando un divorcio respecto de un matrimonio celebrado y después disuelto en Venezuela. El cauce procesal utilizado no es el procedente, pues se pide que se declare un divorcio ya declarado por un tribunal del que *no consta se buscara su jurisdicción por motivos de conveniencia*. Es decir, se interesa la disolución de un matrimonio que ha sido disuelto de forma, en principio, susceptible de ser ejecutiva en España siguiendo el cauce procesal dirigido a ello (art. 951 y ss. LEC 1881). Siendo así, no procede entrar a conocer del divorcio ya declarado por el Juzgado venezolano sin previamente haber intentado la vía de *exequátur* Por todo ello procede acordar el sobreseimiento de las actuaciones.»

«...disponiéndose en las actuaciones sólo de la limitada información... la demandante... no ha acreditado que, con ocasión de la promoción de expediente de disolución de matrimonio en su país de origen, pusiera en conocimiento del Tribunal británico la pendencia de proceso sobre el mismo objeto principal en España, a pesar de actuar como actora en ambos procesos, no pudiendo ampararse... en condicionamientos no desvirtuados como vinculados a su propia actuación (máxime desde los asociados al principio de buena fe y proscripción del abuso de derecho...)»

21. Una situación análoga fue enjuiciada por la propia Audiencia Provincial de Alicante, Sección 4^a, en su Sentencia de 11 de marzo de 2010, (Recurso de Apelación 604/2009), en la que se daba respuesta a un caso en el que la esposa que demandaba el divorcio ante los tribunales españoles, ya había formalizado una demanda de divorcio ante un órgano judicial de *Relizan* (Argelia), aceptando ambas partes la competencia de ese órgano judicial y dictándose por el tribunal argelino una sentencia que, además de disolver el matrimonio con aplicación de la norma de conflicto prevista en el art. 107 del Código Civil español, comprendía los pertinentes pronunciamiento relativos a la responsabilidad parental sobre los hijos.

Planteada ahora una nueva demanda de divorcio por la propia demandante que había promovido el procedimiento sustanciado en *Relizan*, el demandado esgrimió la excepción procesal de cosa juzgada sobre la base de dicha resolución extranjera.

El Juez de Violencia Sobre la Mujer de Alicante desestimó dicha excepción y decretó el divorcio con las correspondientes medidas, tras considerar que se trataba de una sentencia extranjera, cuyo reconocimiento en España no había sido instado por ninguna de las partes y, por tanto, de acuerdo con el criterio sentado por el Tribunal Supremo en el Auto de 28-04-98, al interpretar los requisitos exigidos por el art. 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no era posible otorgarle la eficacia pretendida por el demandado –una eficacia de cosa juzgada– frente al proceso de divorcio sustanciado ante los Tribunales Españoles.

La Audiencia Provincial en cambio consideraba que el enfoque dado a la cuestión por el Juez «*a quo*», desde la perspectiva de la inexistencia de reconocimiento de la resolución extranjera, no es el adecuado. Para la Audiencia Provincial de Alicante, «La solución adoptada en este supuesto por el Juzgador *a quo* pugna, sin embargo, con la postura mantenida por la propia actora ante el Tribunal de *Relizan*, donde había comparecido previamente en julio de 2007 para contestar a la demanda de divorcio planteada por su esposo, oponiéndose a la misma y solicitando, de forma subsidiaria, que si se accediera a la disolución del matrimonio, se establecieran una serie de medidas económicas a su favor, así como en beneficio del hijo menor, además de encomendarle su custodia... Así las cosas, carece de cobertura legal la actuación desplegada por la madre, tras haber comparecido previamente ante el Tribunal Argelino y aceptado la competencia del mismo en los términos ya señalados, desentendiéndose acto seguido del procedimiento de divorcio sustanciado en ese momento, y acudiendo a la Jurisdicción de los Tribunales Españoles, donde promovió la presente demanda silenciando completamente lo sucedido ante el Órgano Judicial Argelino, cuya decisión resultaba conforme con la competencia aceptada de forma expresa por ambas partes, y con la aplicación de la ley nacional común de los esposos según determina el artículo 107 del C. Civil. (Fundamento de Derecho SEGUNDO). Añadiendo seguidamente que «Por consiguiente, al haber quedado disuelto el matrimonio de los interesados mediante sentencia firme de divorcio, la decisión sobre esta nueva petición de divorcio planteada por la esposa ante los Tribunales Españoles no podía enjuiciarse en el ámbito de un procedimiento de exequátur, sino en términos de confrontación con lo ya resuelto válidamente por el Tribunal Argelino, a tenor de lo establecido por el artículo 222.1 de la L.E.C, excluyendo lógicamente un ulterior proceso de divorcio sustanciado entre las mismas partes con idéntico objeto.» (Fundamento de Derecho TERCERO).

22. Creemos que esta doctrina es la más coherente con las pautas fundamentales que deben presidir la resolución de los problemas relativos a la existencia de decisiones contradictorias con la que se pretende obtener ante los tribunales españoles, que están ligadas al derecho a la tutela judicial efectiva y al comportamiento ético de las partes en el proceso y en el tráfico externo; aunque la Audiencia Provincial de Alicante se olvidaba nuevamente del dato esencial de que lo «válidamente resuelto» por

el tribunal argelino, no había obtenido el reconocimiento/exequáтур, que es el acto jurídico que, *desde su fecha*, atribuye fuerza de cosa juzgada a la decisión extranjera,⁵³ careciendo, antes de este momento, de efecto constitutivo.⁵⁴

Así pues, la resolución de los casos difíciles desde el prisma de la cosa juzgada, aunque no puede prescindir enteramente del reconocimiento/exequáтур de la decisión extranjera, puede desembocar en una decisión distinta de la de ordenar, llanamente, la prosecución de las actuaciones civiles. Es factible la suspensión del procedimiento, siempre que esté justificada por la apariencia de integridad del proceso seguido ante la autoridad extranjera y por la conducta de las partes.⁵⁵ Y, en todo caso, es importante recordar que la jurisprudencia del Tribunal Supremo, al conocer de las distintas pretensiones de exequáтур que llegaron a su conocimiento antes de la reforma del art. 955 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, con algunas desviaciones de escasa importancia, ha venido dando relieve a la conducta procesal de las partes, censurando la búsqueda del *foro de conveniencia* y del *proceso de conveniencia*, fundamentalmente a través del expediente de atribuir relevancia al momento cronológico en que se inicia el procedimiento en España, en relación con la fecha de la decisión que pone fin al proceso seguido ante autoridad extranjera.

La suspensión se decretaría al amparo de la norma del art. 43 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cara a aguardar la resolución definitiva sobre el reconocimiento o exequáтур de la sentencia extranjera de divorcio.

En todo caso, el enfoque prioritario desde *la perspectiva de la cosa juzgada*, debe tomar como premisa fundamental la proscripción de toda indefensión en el proceso civil, conforme a los arts. 24 de la Constitución y 47 de la CDFUE; de manera que, si la decisión extranjera es *per se* inidónea para integrar una efectiva tutela judicial, por ejemplo, por haberse sustanciado sin audiencia del demandado, nunca notificado o irregularmente emplazado, emplazado, esta vía de investigación y argumentación no supone una reproducción, en sede de cosa juzgada, de la exigencia de respeto a los derechos de defensa que dimana de las normas procesales relativas al reconocimiento/ejecución de decisiones (arts. 34.2 del Reglamento 44/01, 22.b) del Reglamento 2201/03, 954.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 y concordantes de los instrumentos bilaterales en vigor); sino una integración, en la decisión del Juez español, de consideraciones que deben estar presentes en la resolución de cualquier cuestión procesal. (art. 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Lo cual no puede estorbar que se lleven a esa perspectiva de la cosa juzgada internacional los mejores logros de la doctrina del Tribunal Supremo y de las Audiencias en el terreno del reconocimiento/exequáтур de decisiones extranjeras.⁵⁶

⁵³ M. VIRGÓS SORIANO, MIGUEL y F.J., GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación International*, ob. cit., pp. 564 y 565.

⁵⁴ Si existe un primer matrimonio que ha quedado disuelto por divorcio en el extranjero, en tanto este divorcio no se haya reconocido en España, tampoco puede ser reconocido un segundo matrimonio celebrado también en el extranjero, sobre el que pesaría la calificación legal de «nulo» por falta de capacidad nupcial –por impedimento de ligamen– de uno de los contrayentes. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 8 de enero de 2009, (2º) de 17 de febrero de 2009, (1º) de 1 de junio de 2009, (3º) de 1 de junio de 2009, (8º) de 30 de julio de 2009, (5º) de 3 de septiembre de 2009. Esta solución, que mantiene la Dirección General por razones ligadas a la mecánica registral, no es acorde con la construcción que propugnamos del control de validez de matrimonios celebrados en el extranjero en función del «ordenamiento competente». La propia Dirección General se ve obligada a admitir que, una vez que se obtiene el reconocimiento del divorcio decretado en el extranjero, sus efectos se retrotraen a la fecha de la sentencia reconocida, sanándose la falta de validez del matrimonio posterior. Vid. Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (4º) de 21 de mayo de 2003.

⁵⁵ En relación con la conducta de las partes, Vid. las consideraciones que incorpora en relación con la conducta procesal de la demandante–apelada, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 4ª, 14 de febrero de 2008, que hemos comentado más arriba.

⁵⁶ Como la doctrina según la cual debe considerarse respetados los derechos de defensa del demandado cuando es éste el que solicita el reconocimiento/exequáтур de la sentencia extranjera. Véase, al respecto, lo que establece el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12ª, de 24 de febrero de 2010 (Recurso de Apelación 790/2009) «...la Sentencia de divorcio dictada en Ucrania por el Tribunal Ucraniano fue dictada en rebeldía del demandado. Pero nótese bien que es este mismo demandado quien ha presentado ante el juzgado la solicitud de reconocimiento de la resolución extranjera. Como obra en lo actuado, dicha Sentencia fue debidamente notificada al demandado, a quién no puede considerarse que se le haya producido en ningún trámite la indefensión que la LEC y el Convenio de Bruselas I (R. 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000) pretenden preservar. Por ello resulta aplicable la doctrina jurisprudencial contenida en los Autos del Tribunal Supremo de 18 de abril de 1998 y 19 de febrero de 1991, conforme a la que el requisito del art. 954.2 de la LEC de 1981 (en vigor en virtud de la Disposición Derogatoria Única de la vigente LEC) se configura como una garantía del derecho fundamental a la tutela judicial

No obstante, tal como se ha anticipado, ese enfoque sobre las premisas de la cosa juzgada no puede ignorar un dato elemental propio de nuestro sistema procesal, nacional e internacional, y es que las Sentencias dictadas por tribunales extranjeros no producen eficacia de cosa juzgada desde el momento en que se dictan sino desde la fecha en que son efectivamente reconocidas o reciban el *exequátor* en España.⁵⁷ De ahí que también desde esta perspectiva, la decisión de seguir adelante con las actuaciones judiciales iniciadas en España, pueda ser la más coherente con la efectividad de la tutela judicial que proclama nuestra Constitución.

23. Una dificultad que puede plantear la perspectiva de la *cosa juzgada internacional* es la de que solo tiene proyección sobre sentencias en sentido estricto, dictadas por órganos jurisdiccionales, aunque puedan haberlo sido en procedimientos no contenciosos. La jurisprudencia patria ha optado por un sistema flexible en relación con el concepto de resolución extranjera a los efectos de aplicar el procedimiento de reconocimiento o *exequátor* por homologación de los arts. 952 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, admitiendo que las decisiones adoptadas por autoridades no judiciales puedan sujetarse a dicho procedimiento siempre que se trate de autoridades públicas, dictadas sobre materias que en España debiera ser resueltas en vía jurisdiccional, y que la decisión produzca un acto verdaderamente constitutivo y no una mera dación de fe o constatación de unas declaraciones de voluntad idóneas para producir efecto extraprocesal en el tráfico jurídico.⁵⁸ En estos casos parece cerrada la vía de oposición procesal o de cierre de oficio, del proceso, en base a la fuerza de *cosa juzgada de la sentencia extranjera*, pues no puede hablarse propiamente de *dos procesos* con las tres *identidades procesales* necesarias. Sin embargo, y puesto que se trata de actos públicos internacionales, bien pueden utilizarse los controles genéricos previstos en nuestras leyes sustantivas y procesales para esta clase actos (arts. 81 del Reglamento del Registro Civil, 12.3 del Código Civil, 144 y 323 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y procederse a la terminación anticipada del proceso por medio de resolución judicial, previa audiencia de las partes, por satisfacción extrajudicial de la pretensión constitutiva de divorcio. (art. 22 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) Decisión judicial que, por supuesto, debe tomar en consideración igualmente el contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva, que podría quedar lesionado si se cerrase el proceso civil en virtud de un acto –no jurisdiccional– emanado de autoridad no española.

efectiva y del derecho de defensa. Por lo que sí es el demandado rebelde quien solicita el *exequátor* quedan subsanadas las omisiones que en materia de estas garantías se hubiesen podido cometer en el juicio de origen, a efectos de su reconocimiento por el Ordenamiento Jurídico Español. (Fundamento de Derecho SEGUNDO). *Mutatis mutandis*, si en un proceso de divorcio promovido en España por uno de los excónyuges, se plantea la cuestión de cosa juzgada por el otro, huelga cualquier indagación de los derechos de defensa de éste e el proceso seguido en el extranjero.

⁵⁷ Así, debemos reputar absolutamente correcta la doctrina contenida en el Auto de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 6º, de 9 de febrero de 2010, (Recurso de Apelación núm. 456/2009) en la que se razona como sigue: «...Una sentencia extranjera puede desplegar sus efectos fuera del territorio del Estado en que es pronunciada, siempre que se cumplan los requisitos prevenidos en el ordenamiento interno. Conforme a nuestro sistema procesal civil en vigor, la plena eficacia de las decisiones jurisdiccionales extranjeras no es directa o automática, sino que requiere como presupuesto esencial una previa actividad de control de nuestros Tribunales (arts. 22.1 de la LOPJ y 955 de la LEC) que resolverán otorgando o denegando sus efectos. De otro modo, en expresión del artículo 951, no adquieren fuerza en España. Para el reconocimiento, si nada se ha dispuesto en contra en Convenios bilaterales o multilaterales, han de seguirse los trámites de un proceso, llamado en la doctrina y en la práctica jurisprudencial, de *exequátor*. Es doctrina pacífica que para la obtención de los efectos ejecutivos y de cosa juzgada, resulta indispensable su expreso reconocimiento. También lo es que la producción de los efectos meramente probatorios es ajena al *exequátor*. La sentencia de divorcio dictada en Estados Unidos no puede producir efectos de cosa juzgada en España porque no ha sido reconocida conforme a lo previsto en los artículos 954 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Ni siquiera consta que alguna de las partes, especialmente la apelante que invoca su aplicación, haya iniciado el procedimiento para su homologación. Lo que las partes puedan hacer en el futuro, o lo que se pueda decidir sobre el reconocimiento de esa sentencia, no influye en la decisión que ahora se ha de adoptar. Actualmente, que es cuando hay que decidir, no existe cosa juzgada.» (Fundamento de Derecho SEGUNDO).

⁵⁸ Autos del Tribunal Supremo de 23 de julio de 1996, 17 de septiembre de 1996, 4 de febrero de 1997, 20 de enero de 1998, 21 de abril de 1998, 18 de mayo de 1999, 23 de febrero de 1999, 18 de mayo de 1999, 4 de mayo de 1999, 8 de junio de 1999, 5 de octubre de 1999, 8 de junio de 1999, 28 de mayo de 2002, 1 de abril de 2003, 8 de julio de 2003, 20 de enero de 2004, 21 de junio de 2004, 8 de febrero de 2005, y 1 de marzo de 2005, y 17 de octubre de 2006; de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 28 de abril de 2008, de la Audiencia Provincial de Barcelona de 4 de junio de 2009, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24^a, de 11 de febrero de 2010, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22^a, de 19 de noviembre de 2010, de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12^a, de 13 de septiembre de 2010, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22^a, de 19 de noviembre de 2010 y de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22^a, de 14 de junio de 2011. A.L. Calvo Caravaca, y J. Carrascosa González, *Derecho Internacional Privado*, ob. cit., Vol. I. p. 551.

7. La petición de declaración de no-reconocimiento de una decisión extranjera

24. El Reglamento 2201/03 ha incluido en la normativa referente al reconocimiento de decisiones extranjeras una especialísima modalidad de tutela judicial que pueden ser dispensada desde el 1 de marzo de 2005 por las autoridades europeas –excepto las de Dinamarca– consistente en la *declaración de no reconocimiento*. Las exigencias documentales son las mismas que para la petición y proceso de reconocimiento; la legitimación aparece determinada por los propios términos subjetivos de la relación conyugal⁵⁹ y por lo que disponga el Derecho procesal o institucional del foro en relación con la legitimación de terceras personas o de determinadas instituciones –e. g. el Ministerio Fiscal, el Procurador de la Republica. El cambio más sustancial que esta modalidad de reconocimiento puede suponer respecto del reconocimiento tradicional positivo de una resolución, radicará en la inversión del *onus probandi* que asume cada una de las partes: el solicitante de la declaración de no reconocimiento procurará ofrecer al Juzgador los medios de prueba que le convenzan psicológicamente de que la decisión extranjera es manifiestamente contraria al orden público internacional del foro, de que se han lesionado sus derechos de defensa, o de que concurre alguno de los supuestos de inconciliabilidad de resoluciones establecidos en los dos últimos apartados del art. 22 del Reglamento.

Aunque la redacción del art. 21 no es del todo clara, y el apartado 4 parece restringir el reconocimiento incidental a las opciones de reconocimiento positivo («Cuando el reconocimiento de una resolución se plantee de forma incidental ante un órgano jurisdiccional...»)⁶⁰ creemos que no existe ningún fundamento serio para descartar la posibilidad de una petición de no reconocimiento de carácter previo o incidental en el propio proceso de divorcio seguido ante la autoridad de un Estado Miembro, lo que podría tener lugar a instancia del acto o del demandado, indistintamente. Es posible que el actor esté interesado en que se declare que no puede ser reconocida en España, por ejemplo, una decisión de nulidad del matrimonio del mismo con el demandado, dictada por un tribunal alemán. En tal caso, la petición de no reconocimiento debe aparecer incorporada a la demanda y no se plantea ningún problema relacionado con la preclusión (art. 393.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Ahora bien, también es factible que, aportándose una sentencia de separación dictada por un tribunal extranjero, se solicite su no reconocimiento por parte del demandado, por vía incidental. Cualquier decisión que las partes puedan «aportar» al proceso en el acto del vista (art. 443 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) que caiga dentro del marco de aplicación del Reglamento 2201/03,⁶¹ puede ser objeto de una petición de declaración de reconocimiento o de no reconocimiento, sustentada por el art. 21.3 y 4 de dicho instrumento. En cualquiera de estos casos, para que pueda atribuirse al incidente de no-reconocimiento algún efecto útil respecto de la cuestión de estado que constituye el objeto principal del proceso, sería necesario admitir que la desestimación de la petición de no-reconocimiento supone de manera implícita el reconocimiento de la decisión extranjera, con sus efectos propios constitutivo, de fuerza de cosa juzgada y de tipicidad, en el ordenamiento del Estado requerido y en la Sentencia que haya de dictarse.

Si la viabilidad de la petición incidental de no reconocimiento es dudosa, no ocurre lo mismo con la petición de reconocimiento por homologación, para cuya regulación remite el Reglamento 2201/03 al procedimiento de *exequátrur* (Sección 2ª del Capítulo III, arts. 28 a 36). Un Auto firme que declare no ser reconocible en el Estado del foro una determinada decisión extranjera, dictado en un

⁵⁹ Aunque con la lógica inversión del «interés legítimo» que se encontraría en las modalidades *activa* y *pasiva* de la legitimatio *ad causam*: el cónyuge que deduce la solicitud de no reconocimiento es el mismo, que asume una posición activa en el procedimiento incidental, es el mismo que tendría legitimación pasiva para ser demandado con ocasión de una petición de reconocimiento o *exequátrur* de la decisión adoptada en el Estado requirente. Vid. M. SÁBIDO RODRÍGUEZ, «Restitución de un menor retenido ilícitamente en otro Estado Miembro», en *Diario La Ley*, N° 7066, Sección Doctrina, 28 de 2008, p. 7.

⁶⁰ La Sentencia del Tribunal de Justicia (CE) Sala 3ª, de 11 de julio de 2008, C-195/2008 (Caso Rinau) no nos ayuda a determinar si es posible un no-reconocimiento incidental, pero sí proclama con toda claridad la sustantividad de la pretensión, que puede deducirse por cualquiera de las partes afectadas por la decisión en cuestión, aunque no se haya deducido por la adversa una opuesta declaración de reconocimiento positivo (Apartados 90, 91 y 92 de la Sentencia).

⁶¹ Incluso una petición de no reconocimiento de la resolución denegatoria de la restitución de un menor, fuera del caso particular señalado en la STJUE (Sala 3ª) de 11 de julio de 2008, Asunto C-195/2008. Caso Rinau (Resolución de no restitución adoptada en el marco de los artículos 11.8, 40.1b) y 42.1, y certificada en el Estado Miembro de origen conforme a lo dispuesto en el párrafo segundo de este ultimo precepto, todos ellos del R. 2201/03).

procedimiento por homologación, produce efecto erga omnes, y la declaración negativa que contiene es vinculante para cualquier autoridad ante la cual se siga un procedimiento de separación o divorcio entre las mismas partes que contendieron o resultaron afectadas por aquella decisión. Consiguientemente, tal decisión de no reconocimiento impide que la cuestión pueda volver a ser planteada, *como tal cuestión de reconocimiento respecto de la misma decisión extranjera*, ni en un nuevo procedimiento por homologación, ni tampoco como cuestión incidental, ex art. 21.4 del Reglamento. Y, por supuesto, los encargados del Registro Civil del Estado requerido no pueden inscribir esa decisión de otro Estado Miembro.⁶²

25. Conviene discernir el supuesto de la petición de la declaración de no reconocimiento, deducida ante las autoridades del foro, de la aportación, en el proceso de divorcio, de una declaración de no reconocimiento emitida por otras autoridades en referencia a un tercer Estado. Por ejemplo: en un proceso de divorcio seguido en España, entre dos cónyuges argelinos que han residido por largo tiempo en Francia, Italia y Austria, y que actualmente residen en Madrid, se aporta por el esposo demandado, una resolución de no reconocimiento, dictada por un tribunal de Milán, en el que se declara que la sentencia de separación dictada en Francia dos años antes, no puede ser reconocida por ser contraria al orden público internacional italiano. Posiblemente en esta sentencia se incorporen datos de hecho que han sido valorados por el órgano judicial de Milán, relativos al carácter poligámico del matrimonio, a su nivel de vida, su capacidad económica o a las relaciones de cualquiera de los progenitores con sus hijos menores, que *pueden* influir en la fijación de los hechos en el proceso seguido en España, o incluso llevar al Juez español la convicción de que las mismas razones que llevaron al italiano a utilizar el correctivo de orden público internacional –italiano– justifican, por atentarse contra idénticos valores o principio presentes en el orden público internacional español, la utilización del correctivo del art. 12 del Reglamento 1259/2010. Sin embargo, la aportación de una decisión extranjera, como un puro medio de prueba, no está sujeta a las exigencias contenidas en los arts. 21 y siguientes del Reglamento 2201/03, sino a las normas establecidas en el Derecho procesal del foro sobre medios de prueba documental preconstituida en el extranjero (arts. 144, 299 y 323 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Cuanto haya declarado en el ejemplo expuesto, en su sentencia, el Juez de Milán, no es vinculante para el Juez español, que debe valora la documental pública con la libertad de criterio que le confieren los arts. 217.1 y 319.1 de la ley procesal civil.

En todo caso, la declaración de no reconocimiento, obtenida en un procedimiento por homologación, tiene una limitada eficacia a los efectos del art. 13 del Reglamento, pues aquella no significa otra cosa que la imposibilidad de integrar los efectos de la decisión del Estado Miembro del Estado requirente, «A» en la decisión que haya de adoptarse en el Estado requerido. Pero, si la decisión de referencia declarase, por ejemplo, la nulidad del matrimonio entre dos sujetos, por causa de la menor edad de uno de ellos, o por no haberse oficializado el matrimonio por un funcionario con jurisdicción en la unidad territorial en que ambos contrayentes o uno de ellos tuviese domicilio, ello no impide que estas cuestiones sean replanteadas por la parte interesada en la desestimación de la demanda de divorcio, en el correspondiente procedimiento incidental. Sostener lo contrario supondría el absurdo de admitir que una decisión que no puede ser reconocida en otro Estado, ha originado un efecto de cosa juzgada en el proceso seguido en ese otro Estado.

III. La decisión de la cuestión previa: tratamiento conflictual vs. método de reconocimiento

1. Planteamiento

26. Si bien el Reglamento 1259/2010 no incorpora en su articulado (arts. 1 y 13) criterio alguno acerca del sector del ordenamiento donde los Estados Miembros participantes debieran buscar a resolución de las cuestiones incidentales que se planteen, sí lo hace en el Considerando (10), párrafo 3º, en el que establece que «Las cuestiones prejudiciales como la capacidad jurídica y la validez del matrimonio, y

⁶² F. MOSCONI, FRANCO, «Giurisdizione e riconoscimento delle decisioni in materia matrimoniale secondo il Regolamento comunitario del 29 maggio 2000», en *Rivista di diritto processuale*, LVI, 2001, pp. 394 y 395.

cuestiones como los efectos del divorcio o la separación judicial en el patrimonio, el apellido, la responsabilidad parental, las obligaciones alimentarias u otras posibles medidas accesorias deben ser determinadas por las normas sobre conflicto de leyes aplicables en el Estado Miembro participante de que se trate.»

Parece que el Considerando, que es vinculante para los Estados,⁶³ se remite a un sector concreto de los ordenamientos estatales, que no es todo el Derecho Internacional Privado, sino solo el *sistema conflictual*. («normas sobre conflicto de leyes», «conflict-of-laws rules» «norme di conflitto», «règles de conflit de lois», «normas de conflicto», «Kollisionsnormen»).

De ser así, se estaría optando en el propio Reglamento comunitario por un *método conflictual de control de la validez de reconocimiento* de matrimonios con elementos extranjero.

En España la doctrina se encuentra dividida acerca del método a seguir cuando se trata de controlar la existencia o la validez de un matrimonio con elemento extranjero. Algunos autores son partidarios de la utilización del método conflictual, lo que supone la proyección de las normas aplicables a cada uno de los elementos conformadores o integrativos de la Validez (forma, consentimiento y capacidad) de las normas de conflicto aplicables a tales elementos. Tal fue la postura que asumieron en la doctrina científica patria una legión de juristas que configuraron el control de la validez del matrimonio contraído con arreglo a un Derecho extranjero, en términos de método conflictual, con aplicación de los arts. 9, 1, 11, 49 y 50 del Código Civil,⁶⁴ siempre presionados por una Dirección General de los Registros y del Notariado que, sorprendentemente, ha asumido en las últimas tres décadas, en esta materia, la directrices y finalidades propias de un Ministerio del Interior, y no del Ministerio de Justicia en el que está integrada. En efecto, la utilización del método conflictual ha venido impulsada, más en España que en otros Estados europeos receptores de inmigración, por la presencia contaminante del Derecho de extranjería.⁶⁵

27. Frente a esa opción metodológica, otros autores han optado por un sistema de reconocimiento del matrimonio por aplicación del ordenamiento competente, es decir, del concepto de matrimonio existe en el Derecho con arreglo al cual ha sido contraído. Para estos autores, el método nucleado en torno a la elección de la ley aplicable para cada elemento conformador de la validez resultaría adecuado para solucionar un eventual concito entre diversas leyes, cuando la autoridad competente debe decidir entre la aplicación efectiva de una norma positiva entre varias con vocación a ser aplicadas, en orden a resolver una determinada *quaestio iuris*, pero no a los efectos de decidir si cabe o no reconocer la validez del acto.⁶⁶

Conviene no perder de vista que el compromiso entre España y la Santa Sede en relación con el reconocimiento de efectos civiles a las resoluciones canónicas de nulidad (arts. VI del Acuerdo sobre efectos jurídicos, 80 del Código Civil y 778 de la LEC) supone la asunción de un tal planteamiento en cuanto se localiza un amplio número de matrimonios contraídos por la ciudadanía, en un conjunto de normas que no constituyen «Derecho extranjero» pero al que se le da estatuto de tal por la referencia que se hace, en el art. 80 del Código Civil, a la normativa de producción interna sobre reconocimiento de decisiones extranjeras (arts. 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881)⁶⁷.

⁶³ Como todo Reglamento, el Reglamento 1259/2010 es «obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado Miembro de conformidad con los Tratados», según la fórmula final de su adopción por el Consejo.

⁶⁴ A.P. ABARCA JUNCO, «La celebración del matrimonio y su nulidad en Derecho Internacional Privado», E. PÉREZ VERA y otros (Dir.), Madrid, UNED, 2000, 9^a edición, pp. 104–107; S. ADROHER BIOSCA, «Forma del matrimonio y Derecho Internacional Privado», Barcelona, Bosch, Universidad Pontificia de Comillas, 1993, capítulos V y VI; Carrillo Salcedo, Juan Antonio, «La nouvelle réglementation du mariage dans le droit international privé espagnol», en *Droit International Privé*, 1983, pp. 15–18; J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, «Derecho de familia. El matrimonio», *Derecho Internacional Privado parte especial*, Madrid, Eurolex, 6^a edición, 1995, pp. 289–328; I. A. José LUIS, celebración del matrimonio, en *Derecho Internacional Privado*, A.L. CALVO CARAVACA y otros, Granada, Comares, 2^a edición, Vol. II. pp. 65 a 68; M. REQUEJO ISIDRO, *Ley local y forma de los actos en Derecho Internacional Privado español*, Eurolex, Madrid, 1998. pp. 284–316.

⁶⁵ J.C. FERNÁNDEZ ROZAS Y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, Thomson & Civitas, 2011, pp. 397–400.

⁶⁶ P. MAYER, «La distinction entre règles et décisions et le droit international privé», *Dalloz*, París, 1973. pp. 92–100; P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, *La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio en Derecho Internacional Privado español*, Aranzadi, 2002, pp. 253–254.

⁶⁷ A este respecto es interesante traer a colación una reflexión que el Tribunal Supremo, Sala 1^a, inserta en su Sentencia de 24 de octubre de 2007, a propósito del reconocimiento de una decisión de nulidad canonica, habiéndose aducido por el demandado en el procedimiento, con ocasión del alegato de rebeldía voluntaria en el procedimiento sustanciado en la instancia eclesiástica, su condición de persona ajena a las convicciones religiosas. El Tribunal Supremo, sin descartar la posibilidad de que esa circunstancia pueda ser tomada en consideración, en función de los principios y valores jurídicos en juego y siempre sin perder de vista la efectividad

Desde otro punto de vista, se ha dicho que, puesto que cada sistema conflictual trata de localizar el matrimonio, a efectos de controlar su validez, en el ordenamiento al que considera que la situación está unida por un vínculo más estrecho, es absurdo que cada autoridad pretenda alterar la dirección del principio de proximidad, sustituyendo el criterio del vínculo más estrecho que guió a la autoridad extranjera, por el suyo propio.⁶⁸

28. En el nuevo régimen de la inscripción del matrimonio celebrado en el extranjero, en virtud de certificación del Registro Civil extranjero (art. 59 en relación con el art. 98 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil) tiene cabida, perfectamente, la opción por un sistema no conflictual, en el que al control de competencia de la autoridad extranjera, al control de orden público internacional y al de equivalencia funcional de garantías registrales, se suma un *reconocimiento por referencia al ordenamiento competente*. Ese es el significado que es posible atribuir a la exigencia, llevada al apartado b) del art. 98.1, de 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.» El legislador hubiera podido remitirse a las *normas de conflicto* o incluir una formula directamente referida a un *control de ley aplicable*, con o sin equivalencia de resultados y lejos de ello, determina que serán consultadas las «normas españolas de Derecho Internacional Privado» para saber cuál es el ordenamiento que debe tomarse como referente para determinar la validez. Lo que significa que los registradores no quedan obligados a hacer uso de una técnica de control conflictual, pudiendo considerar inscribible el matrimonio certificado por la autoridad extranjera acudiendo a la técnica del reconocimiento por referencia al ordenamiento competente, o cualquier otra técnica respetuosa de la validez de las relaciones nacidas y agotadas en el extranjero.

2. Tratamiento conflictual de la cuestión previa y selección de la ley aplicable a la cuestión previa

29. Esclarecida la materia relativa al tratamiento procesal de la cuestión previa, no debemos dejar de abordar el problema de la concreción de la ley que debe regir la decisión del Juez europeo acerca de este extremo, es decir, acerca de si existe un verdadero vínculo matrimonial. La cuestión es de excepcional importancia porque, si se plantease la cuestión de la validez de un matrimonio homosexual, válidamente celebrado en España, e. g., ante autoridades de un Estado cuyo Derecho material no admite tal matrimonio, es previsible que éstas inadmitan la demanda si tienen que hacer uso del concepto de «matrimonio» que incorpora su Derecho material, pero es posible que llegasen a una conclusión distinta, consultando sus normas de conflicto.

El art. 13, leído sin prejuicios, no impone una sujeción a la «legislación» material de los Estados en lo relativo a la apreciación incidental de un matrimonio válido.

Ya hemos visto que el art. 1 del Reglamento no contiene normas de conflicto aplicables a las cuestiones incidentales, ni indicaciones acerca del sector de cada ordenamiento en que debe buscarse el concepto funcional de matrimonio⁶⁹.

Ante el silencio del articulado propiamente dicho del texto comunitario, serían posibles principalmente⁷⁰ cuatro soluciones acordes con el método conflictual: 1) La utilización del concepto de matri-

de la tutela judicial, nos recuerda que esa persona que ha contraído matrimonio canónico «...parece haber aceptado, en principio, los postulados confesionales que esta forma de contraer matrimonio supone, entre los cuales figura la jurisdicción de los tribunales eclesiásticos, cuyos efectos civiles son reconocidos con determinados límites por el Estado.» (Fundamento de Derecho Tercero).

⁶⁸ En este sentido, escribe ROMANO que «Exiger que l'Etat étranger ait respecté la proximité con que par le for revient alors à exiger que cet État ait fondé l'application de sa loi sur l'un quelconque des contacts que le foir requiert pour mettre en oeuvre la sienna» (G.P. ROMANO, «La bilatéralité éclipse par l'autorité», en *Revue Critique de Droit International Privé*, núm. 3, 2006. p. 489).

⁶⁹ A este respecto escribe LEANDRO, al comentar el art. 13 del Reglamento, que «il risultato ottenuto attraverso la soluzione della questione preliminare ai sensi dell'art. 13 –il quale va nella direzione opposta a quella propria della disciplina di tali questioni poiché essa finisce per determinare un presupposto dinon applicazione delle norme materiali straniere...pittosto che un presupposto per la loro applicazione– mira a proteggere taluni valore del foro ritenuti fondamentali dal regolamento...» (Cfr. A. LEANDRO, comentario al art. 13 del Reglamento, en «Regolamento UE n. 1259/2010 del Consiglio del 20 dicembre 2010 relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale», P. FRANZINA, (Coord.) en *Le nuove leggi civili commentate*, CEDAM, pp. 1.520 y 1.521).

⁷⁰ Principalmente, decimos, renunciando al examen pormenorizado de otras opciones, imaginativas y sugestivas, que se han utilizado fuera de España, en particular, por la doctrina francesa al afrontar la delicada cuestión de la admisión del matrimonio

monio de la ley material del foro. 2) La aplicación de la misma ley material o sustantiva que, según el Derecho Internacional Privado del foro, sería aplicable a la cuestión principal. 3) La aplicación de la ley que resultase designada por las normas de conflicto del Estado cuyo Derecho es aplicable a la cuestión principal. 4) Por último, la aplicación de la ley designada por las normas de conflicto del foro para la propia cuestión previa, es decir, en el Derecho Internacional Privado español, las que aluden a la concurrencia de cada uno de los requisitos integrantes del matrimonio válido, tal como más adelante se expone.⁷¹

30. De estas cuatro soluciones, las dos primeras deben quedar descartadas por adolecer del mismo inconveniente: ignoran el carácter imperativo de la norma de conflicto, y desprecian el carácter internacional del supuesto. Las situaciones privadas internacionales deben recibir una respuesta que, con mayor o menor acierto, y aunque termine conduciendo a la aplicación de «*una ley estatal*», contemple y valore la existencia de uno o más elementos extranjeros, y eso es suficiente para descartar la solución legeforista directa, sin consideración alguna al carácter internacional del «*cassus*».⁷² Tal solución nos dejaría a la altura de nuestra *calificatio lege fori* (art. 12.1 del Código Civil) prevista para las normas de conflicto insertas en el Código Civil, nada ambiciosa, potencialmente lesiva para el principio de aplicación integral del Derecho extranjero, escasamente internacionalista, acusadamente legeforista y por lo tanto, nada coherente con las exigentes demandas de un Derecho Internacional Privado comunitarizado y marcado por la multiculturalidad y el respeto a las minorías.

La segunda solución, que podría considerarse coherente con la finalidad de una aplicación uniforme de las normas de conflicto del Reglamento por los jueces de todos los Estados Miembros participantes, aparece descartada de manera expresa por el art.1, que excluye del ámbito de aplicación del mismo las cuestiones relativas a la existencia, validez y reconocimiento de un matrimonio.

Paradójicamente, lo que en el articulado parece abandonarse a la libertad de los operadores jurídicos de los Estados, en el Preámbulo aparece atado y bien atado: A tenor del Considerando (10), Párrafo 3º, «*Las cuestiones prejudiciales como la capacidad jurídica y la validez del matrimonio, y cuestiones como los efectos del divorcio o la separación judicial en el patrimonio, el apellido, la responsabilidad parental, las obligaciones alimentarias u otras posibles medidas accesorias deben ser determinadas por las normas sobre conflicto de leyes aplicables en el Estado Miembro participante de que se trate.*»

La tercera de las técnicas de reglamentación señaladas al principio incurre en la anomalía de imponer la aplicación de unas normas de Derecho Internacional Privado a jueces que no están vinculados por ellas. Cada Juez debe acatar y dar cumplimiento a las normas de su propia Constitución, de su propio ordenamiento jurídico y de su Derecho Internacional Privado (arts. 117 de la Constitución, 318 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 12 del Código Civil). El reenvío solo es aceptable por el Juez

poligámico contraído fuera de Francia. *Bourdeois* propuso atender, cara a a determinar la validez del matrimonio poligámico, a la *lex matrimonii*, es decir, a la ley de la celebración del primer matrimonio, conocida en la doctrina francesa como «*loi de localisation objective du premier mariage*» (B. BOURDEOIS, «*Mariage Polygamique et droit positif français*», 1993). La propuesta de BOURDEOIS se apoya en el análisis de las legislaciones de ciertos países árabes de cuño musulmán y de países del África subsahariana que permiten a los esposos optar, en el momento de la celebración, por un estatuto jurídico poligámico o monogámico; así como en la observación de que también en el mundo musulmán se ha adentrado el principio de la autonomía de la voluntad en el orden de las relaciones familiares. Sin embargo la mayor parte de los autores franceses se aparta de esta teoría de la localización objetiva del primer matrimonio por considerar que, en estos matrimonios en que se ha permitido a los contrayentes la posibilidad de optar por modelo u otro de unión, no se garantiza en absoluto la igualdad de los esposos a lo largo de la vida matrimonial. Por otra parte, como observan *Ancel* y otros juristas, la teoría de la localización objetiva plantea problemas a la hora de su aplicación por el juez europeo. Y. LEQUETTE y H. GAUDEMÉT-TALLION proponen un solución distinta, la llamada de la *multilateralisation*, sustentada en el art. 3.III del *Code Civil*, con arreglo a la cual, el matrimonio poligámico sólo puede ser reconocido cuando las leyes del esposo y de las esposas no se oponen al reconocimiento de la validez, siendo irrelevante el orden que las uniones celebradas mantenga en la sucesión de uniones celebradas, el vínculo con la esposa de estatuto monogámico. Así, si alguna de las esposas del primer matrimonio o de los ulteriores son de estatuto monogámico, el matrimonio no será admitido como válido.

⁷¹ Vid. el desarrollo que se hace de estas posibilidades, con distintos matices, en WENGLER, WILHELM, «Überfrage Vorfrage», Iprax, 1991, pp. 105–107 y en relación con la validez del matrimonio como cuestión incidental en materia sucesoria, «*Nouvelles réflexions sur les questions préalables*», en *Revue Critique de Droit International Privé*, 1966, pp 165–215.

⁷² La solución de la calificación *lege fori* es mantenida por CARRASCOSA GONZÁLEZ y SEATZU en su trabajo «Normas de competencia judicial internacional en la Propuesta de Reglamento <1259/2010>», p. 571, si bien estos autores trabajaban sobre una versión de la Propuesta (Documento 8587/08, Bruselas 18 abril de 2008) que fue posteriormente modificada en el planteamiento acerca del recurso a la ley del foro para la indagación del concepto de matrimonio.

cuando concurren determinados requisitos de apreciación rigurosa –diversidad de puntos de conexión de los ordenamientos en conflicto, llamamiento global al Derecho extranjero, inocuidad para los valores presentes en la propia norma de conflicto del foro– y produzca un resultado útil para los intereses en presencia o una mayor aproximación a la justicia material.

Conforme a las premisas clásicas aceptadas por la doctrina española, la única solución aceptable para la cuestión previa, la existencia o no de matrimonio válido, sería la aplicación de las normas de conflicto del foro, solución prevista en el Considerando (10) del Reglamento y concordante, según hemos visto, con la establecida en el Considerado (21) del Reglamento 4/2009 cara a la resolución sobre las propias cuestiones incidentales que se susciten con motivo de la aplicación de las normas del Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias.

Tal es la solución aceptada por la doctrina italiana⁷³ y por los pocos autores que en la doctrina española se han pronunciado al respecto, según la pauta marcada por Considerando (10) del Reglamento.⁷⁴

Aceptando hipotéticamente el método conflictual, según lo que hemos expuesto más arriba, tendríamos que convenir que cualquier otra opción sería contraria a la imperatividad de la norma de conflicto que, aunque ignorada por la jurisprudencia *contra legem* del Supremo y de las Audiencias, proclama con toda claridad y contundencia el art. 12 del Código Civil.

Siendo ésta la solución conflictual al problema de la cuestión previa, tendríamos que aceptarla, salvo que pudiéramos entender que el Considerando (10) del Reglamento permite a los Estados Miembros participantes prescindir del método conflictual y seguir la técnica del reconocimiento del matrimonio con elemento extranjero.

3. Consecuencias de la constatación de la inexistencia de matrimonio

31. ¿Cuál sería, sobre esas bases propias del método conflictual, el tratamiento de la cuestión previa matrimonial que impone nuestro propio Derecho Internacional Privado? El Juez español al que se sometiese, por el demandado, vía cuestión previa, la posible inexistencia o invalidez del matrimonio cuya disolución se pretendiera en la demanda, tendría que hacer aplicación de la norma de conflicto del art. 107.1 del Código Civil. Precepto que dispone lo siguiente:

«*La nulidad del matrimonio y sus efectos se determinarán de conformidad con la ley aplicable a su celebración*».

Con tan obscura formulación se ha pretendido sujetar la *nulidad*, como reverso de la *validez*, a una única ley, sino a las distintas leyes que, en un matrimonio mixto o celebrado en circunstancias que impliquen un elemento extranjero, pueden entrar a regular cada uno de los requisitos de validez de la unión: la ley que haga posible, de entre las señaladas en los arts. 49 y siguientes en relación con el art. 11 del Código Civil, la *validez formal* del acto de celebración,⁷⁵ la ley o leyes aplicables al *consentimiento* de cada uno de los esposos, que se regirá por la ley personal de éstos (art. 9.1 del Código Civil)⁷⁶ y la ley o leyes aplicables a la *capacidad* de cada uno de los contrayentes que es, igualmente, la ley personal de cada uno de ellos. (Art. 9.1 del Código Civil)⁷⁷

En la jurisprudencia contencioso-administrativa relacionada con el derecho del extranjero a la reagrupación de sus familiares también se considera el matrimonio válido como una cuestión previa, si bien la mayor parte de las decisiones dictadas por tribunales de este orden jurisdiccional adolecen de una lamentable falta de referencia, que sería muy recomendable, a la aplicación de las pertinentes normas de Derecho Internacional Privado.⁷⁸

⁷³ A. LEANDRO, Comentario al art. 13 del Reglamento, en «Regolamento UE n. 1259/2010 del Consiglio del 20 dicembre 2010 relativo all’attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale», ob. cit., p. 1521.

⁷⁴ A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, ob. cit., Vol. II. pp. 198 y 199, asumiendo una postura crítica acerca de la solución de la aplicación de las normas de conflicto «nacionales».

⁷⁵ A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol. II., ob. cit., pp. 103 y ss.

⁷⁶ A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol. II., ob. cit., pp. 96 y ss.

⁷⁷ A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol. II., ob. cit., pp. 76 y ss.

⁷⁸ Excepción a esa tónica jurisprudencial es la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo N° 4, de A Coruña de 30 de junio de 2006, (Autos 86/2006) en la que se concluye, a los efectos de resolver la cuestión principal, relativa a la pretensión

Constituye un *error iuris*, por lo tanto, la interpretación mantenida por algunos Juzgados y tribunales que consideran que la ley aplicable a la nulidad es la *ley del lugar de celebración del matrimonio*.⁷⁹ El lugar de celebración del matrimonio es un punto de conexión razonable para, concurriendo con otras conexiones alternativas, dar realización al principio del *favor matrimonii* en el aspecto concreto de la forma del matrimonio, tal como hacen los arts. 49 «in fine» y 50 del Código Civil español, coincidiendo en esto con numerosos Códigos y Leyes de Derecho Internacional Privado europeos. Pero no existe ningún fundamento para que pueda regir también la capacidad nupcial del sujeto, en cuanto no se corresponde ni con una conexión cultural (*nacionalidad*) ni con una conexión social (*residencia habitual*) que puedan conducir a una ley previsible por cada uno de los esposos. Piénsese en los innumerables casos de contrayentes que deciden realizar un viaje a puntos lejanos, paraísos soñados, destinos exclusivos, bien alejados de sus Estados de origen y de su residencia habitual, y contraer matrimonio allí, en un lugar con el cual no mantienen conexión alguna y que no tiene cabida en su proyecto vital, más allá de la estancia festiva motivada por la celebración misma del matrimonio.

32. Según el método conflictual que estamos analizando, si no concurriese alguno de los requisitos integrantes de la validez del matrimonio conforme a las normas de conflicto del sistema del Estado Miembro participante del foro, el órgano competente puede considerar que el Reglamento no le compele a dictar una sentencia de divorcio, aunque el matrimonio exista según la *lex causae* y se den los demás presupuestos necesarios para pronunciar la disolución del vínculo matrimonial. Pero esta no compulsa, no imposición al Juez de una solución estimatoria, que aparece en todas las versiones del Reglamento, debe enmarcarse dentro de unas coordenadas precisas, que se encuentran tanto en el propio art. 13 como en el Considerando (26) del Reglamento, del que ya hemos hablado.

A. En primer lugar, el art. 13 no impone a las autoridades estatales una solución *desestimatoria* de la pretensión, ni de *inadmisión* de la petición deducida en juicio, sino que lo que hace es reconocerles la *libertad valorativa necesaria para desestimar, o inadmitir, en función de lo que disponga el Derecho procesal del foro, la petición de divorcio*, cuando las normas de conflicto aplicables le lleven a la certeza de que el matrimonio no existe. Aunque, tal como expondremos más adelante, la referencia que incorpora el Considerando (10) del Reglamento a las normas de conflicto debe entenderse realizada al *entero sistema de Derecho Internacional Privado* de cada Estado Miembro participante.

Las distintas versiones lingüísticas del Considerando (26) del Reglamento mantienen una redacción tal que alude, no a la *validez*, sino a la *existencia de matrimonio*. En efecto, la versión británica utiliza una fórmula –«such a marriage does not exist in the law of that Member State»– muy similar a la de la versión patria: «ese matrimonio no existe según la ley de tal Estado Miembro» y a las que leemos en el Regolamento italiano («...che tale matrimonio non esiste secondo la legge di tale Stato membro...»), en el Règlement francés («...qu'un tel mariage n'existe pas dans la loi de cet État membre...») o en el Regulamento portugués («....não existe na lei do Estado-Membro em causa...») nos remiten igualmente a la *existencia del matrimonio* y no a la *validez*.

B. En el plano de las consecuencias, el artículo 13 del Reglamento es cristalino en cuanto al sentido de su proyección sobre las facultades de las autoridades de los Estados Miembros participantes: éstas no se ven obligadas, constreñidas o compelidas por el Reglamento,⁸⁰ a dictar un pronunciamiento de divorcio,

de la recurrente de concesión a la misma de tarjeta familiar de residente comunitario con exención de visado, que «El matrimonio celebrado por la recurrente y el ciudadano español, es válido, es un matrimonio válidamente celebrado de acuerdo con nuestro Ordenamiento Jurídico y en este sentido la recurrente ostenta los derechos que tal condición de cónyuge de ciudadano español le otorga para la residencia en España por reagrupación familiar, pues no se puede olvidar que el matrimonio celebrado por español en el extranjero conforme a la Ley del lugar de celebración, según el artículo 49 del Código Civil tiene validez en España».

⁷⁹ Tal es el caso del Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz. Sección 5^a, de 3 de noviembre de 2008, dictado en el recurso de apelación Nº 545/2008, en el que se concluye que «Si las partes persisten en seguir con la nulidad interesada, es obvio no existe fraude de ley, más la ley aplicable para determinar si efectivamente existe un vicio coetáneo al matrimonio que ocasione su invalidez no puede ser otra que la ley del lugar de su celebración, esto es, la ley marroquí y no la ley española» (Fundamento de Derecho PRIMERO, «in fine»).

⁸⁰ Nótese la falta de técnica de que adolece la norma de aplicación. El Reglamento, en rigor, no puede imponer una solución material determinada ni dispensar de pronunciarla, pues se trata de un cuerpo que utiliza un sistema de reglamentación indirecta: no contiene normas materiales especiales y por ende, no proporciona ninguna solución directa o material a las crisis matrimoniales que constituyen su objeto.

aunque el matrimonio sí sea un verdadero matrimonio con arreglo a la *lex causae* designada conforme a las normas de conflicto del propio Reglamento y se den los demás requisitos necesarios para la estimación de la demanda, si la unión en cuestión no existe como tal matrimonio según las normas de conflicto del foro.

Pero esa precisión de la *no compulsión* o *no constreñimiento*, de la que se hace eco el propio Considerando (26),⁸¹ incorpora el sentido de lo que se opone a tales efectos: la autoridad del Estado Miembro participante que sea llamada a pronunciar un divorcio sobre un matrimonio inexistente no se encuentra obligada a pronunciar el divorcio, por compulsión del propio Reglamento, pero tal compulsión le puede llegar por otras vías. Por ejemplo, el tribunal de un Estado Miembro debe considerar que, una vez determinado el estado civil de casado de un ciudadano comunitario, que ha accedido al Registro Civil o a los registros oficiales de un Estado Miembro de la Unión Europea –aunque no en los de un Estado Miembro participante– la libertad de circulación de ese sujeto obliga a todas las autoridades de los Estados a reconocerle ese *status civilis* en cualquier parte del territorio de la Unión (art. 21 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea).⁸² Por otra parte, es posible que la existencia y validez del matrimonio del demandante o de los solicitantes venga impuesta por una decisión extranjera que deba beneficiarse del reconocimiento automático⁸³ o de un sistema de reconocimiento incidental.

4. El método de reconocimiento de la situación creada en el extranjero

33. La doctrina adherida a esta técnica, viene aceptando que a cada tipo de situación privada internacional le convendría, según su origen, un modelo específico de solución entre los distintos que ofrece el Derecho internacional privado:

- Así, el enfoque puramente conflictual, se dice, sería el más idóneo para dar reglamentación a aquellas situaciones nacidas *ope legis*, es decir, como consecuencia directa de un mandato del legislador, que incida en la creación de una situación que sería «privada» porque no atribuiría a ninguno de los sujetos implicados poderes sobre otros para dar solución al conflicto interpersonal que pudiera surgir (*relaciones iure gestionis*, no *iure imperii*) y que sería internacional en razón de la presencia de cualquier elemento extranjero. En tales casos sería oportuno perseguir, no la identificación del *ordenamiento competente*, sino la concreción de la *ley estatal* que sería aplicable.⁸⁴
- Cuando se trata de situaciones creadas por una decisión judicial, a la que se asigna, por tanto, un efecto constitutivo, entonces la técnica adecuada para que este efecto trascienda los límites del territorio del Estado en que se ha dictado aquella decisión, es la del *reconocimiento*.⁸⁵ No obstante, no es pacífica la cuestión de si las situaciones creadas por una decisión judicial deben ser tratadas de forma diversa a aquellas otras otorgadas por una decisión no judicial, propugnándose por algunos autores la extensión de esta construcción del reconocimiento de la situación creada en el extranjero, por igual ambas categoría de situaciones.⁸⁶

⁸¹ «...l'autorità giurisdizionale non dovrebbe essere obbligata...» «...o tribunal não deverá ser obrigado...» «...la juridiction compétente ne devrait pas être tenue...» «...the court should not be obliged...».

⁸² Cfr. A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, ob. cit., Vol. II. p. 106. Idem, A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Aspectos internacionales de los matrimonios entre personas del mismo sexo: notas a la resolución circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de julio de 2005», ob. cit., pp. 43 y ss.

⁸³ Así, LEANDRO advierte que «è possibile che la quistione medesima sia risolta nel senso della validità del matrimonio in base ad una decisione straniera che benefici di riconoscimento automatico di ostacolare ques'ultimo (sia pur nei limiti del giudizio sul divorzio) per una difesa strenua di ciò che la lex fori preveda in astratto a proposito di quel matrimonio...» Leandro, Antonio, commentario al art. 13 del Reglamento, en «Regolamento UE n. 1259/2010 del Consiglio del 20 dicembre 2010 relativo all’attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale», ob. cit., p. 1.521.

⁸⁴ A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, ob. cit., Vol. I. p. 471; L. D’AVOUT, «État Civil constitué à l’étranger et method communautaire de reconnaissance», en *Journal du Droit International*, Clunet, 2009. pp. 203 a 216; E. JAYME y C. KOHLER, «Europäisches Kollisionsrecht 2001: Anerkennungsprinzip Statt IPR, *Iprax*, 2001. pp. 501 a 512; Ch. PAMBOUKIS, «La renaissance-metamorphose de la méthode de reconnaissance», en *Revue Critique de droit International Privé*, Dalloz, núm.3, 2008. Pp. 513 a 560; G.P. ROMANO, «La bilateralité éclipsé par l’autorité», en *Revue Critique de Droit International Privé*, núm. 3, 2006. Pp. 457 a 519.

⁸⁵ Ch. PAMBOUKIS, «L’acte public en droit international privé», en *Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence*, Paris, 1993.

⁸⁶ A este respecto, G.P. ROMANO, «La bilateralité éclipsé par l’autorité», ob. cit., 488, el cual sigue los pasos ya dados por Pierre Callé en su trabajo «L’acte public en Droit International Privé». pp. 168 y ss. En la doctrina española, la profesora Orejudo

- En tercer lugar, existen situaciones que aparecen creadas más allá de las fronteras del Estado del foro, por decisiones no judiciales, a las que se asigna un efecto igualmente constitutivo, como a las anteriores, pero a las que la doctrina reserva un modelo distinto del reconocimiento, quizás por la participación preeminente que los particulares tienen en la producción de tal efecto. Respecto de estas situaciones, se dice, el enfoque tradicional no resultaría adecuado, pues no es necesario localizarlas en un Derecho determinado; ya se encuentran localizadas en el ordenamiento en el cual han sido creadas, tomando como referencia los presupuestos de validez que ese ordenamiento suministra.

A este respecto, podemos citar la posición peculiar de Picone, el cual entiende por situación formalmente extranjera la que surge por aplicación de reglas arbitradas y generales de un derecho distinto del del foro, como por ejemplo, el derecho de guarda atribuido *ex lege* por la ley de la anterior residencia habitual del menor o toda aquella situación que encuentra su fuente de regulación inmediata, cualquiera que sea la ley que lo rija, en un órgano público extranjero.

Picone nos da tres directrices fundamentales de su método de reconocimiento por identificación del ordenamiento competente, que son las siguientes: 1) En primer lugar, la finalidad de la técnica es la de adoptar el punto de vista extranjero acerca de la existencia, validez y efectos de una situación dada –nuestra situación sujeta a cuestión previa, e. g.– en ese mismo ordenamiento. 2) En segundo lugar, el ordenamiento se toma como un «todo», es decir, como un conjunto global de normas, sin razonarse exclusivamente a través de las normas de conflicto. Y 3) El correctivo de orden público internacional funciona también globalmente, sustituyendo a cualquier otro modelo de control de requisitos de validez.⁸⁷

Las autoridades del Estado de reconocimiento no pueden desconocer que la autoridad que adoptó la decisión en cuestión aplicó, no solo sus propias normas de competencia judicial internacional sino también sus propias normas de conflicto, que le habrán conducido previsiblemente a aplicar la *lex magistratus*, cuando menos a la forma, y a alguno de los requisitos sustanciales de validez material del acto. Para estas situaciones, entre las cuales se encuentra el matrimonio celebrado por autoridad,⁸⁸ el enfoque que hoy se viene considerando como más adecuado es el del reconocimiento por identificación del ordenamiento competente o de la situación creada en el extranjero.⁸⁹ La técnica del reconocimiento de la situación creada en el extranjero es fruto de ya añejas creaciones doctrinales, como la construcción anglosajona conocida como la *Foreign Court Theory*, asociada a la técnica del doble reenvío o del «reenvío total», aplicada por primera vez en la jurisprudencia británica en el caso *Collier vs. Rivaz* (1841), y después, sucesivamente, entre otras, en los celebres casos *In re Annesley* (1926), *In re Ross* (1930), *In Re Askew* (1930), *In re O'Keefe* (1944), *In re Duke of Wellington* (1947), *In re C.W.Addams* (31 julio

Prieto de los Mozos sigue también una concepción extensa de la teoría que llama «método de reconocimiento por remisión al ordenamiento jurídico competente» concluyendo que la presencia de cualquier autoridad operaría como una vinculación objetiva del matrimonio a un determinado ordenamiento jurídico. Vid. «La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio en Derecho Internacional Privado español», ob. cit., p. 255.

⁸⁷ P. PICONE, «I conflitti tra metodi diversi di coordinamento tra ordinamenti», en *Rivista di Diritto Internazionale*, 1999, núm. 2. Pp. 327 a 362. Idem., «Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en Droit International Privé», *Recueil des Cours de l'Academie de Droit International de La Haye*, 1999, Tomo 276, pp. 9 y ss.

Sobre la aplicación del pensamiento de *Picone* a los efectos de coordinar los Derechos de los Estados de procedencia y de destino del menor en la adopción internacional, Vid. M.S. NAJURIETA «Coordinación de ordenamientos jurídicos en materia de adopción internacional» Academia nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (República Argentina) (2004).

⁸⁸ La doctrina española especializada ha aceptado que el matrimonio *in factu esse* es un verdadero y propio acto de jurisdicción voluntaria, si bien con una serie de peculiaridades que determinan sea estudiado separadamente de tales actos. Vid. P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, *La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio en Derecho Internacional Privado español*, ob. cit., p. 308; R Arenas García, *Crisis matrimoniales internacionales. Nulidad matrimonial, separación y divorcio en el nuevo derecho internacional privado español*, ob. cit., p. 183. De Miguel Asensio precisa que lo que constituye un acto de jurisdicción voluntaria es el acto de celebración del matrimonio, que tiene la singularidad de que no concluye con una «decisión», a diferencia del expediente previo a la celebración, que sí culmina con una decisión. Vid. P.A. DE MIGUEL ASENSIO, *Eficacia de las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria*, Madrid, Eurolex, 1997. p. 32.

⁸⁹ A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, ob. cit., Vol. I, pp. 471–472

1985), algunas concepciones ligadas al unilateralismo introverso,⁹⁰o como la teoría de la situación creada y agotada en el extranjero, de *Philippe Francescakis*,⁹¹ entre otras.⁹²

Sin embargo, el reconocimiento de la libertad de circulación en el Derecho Comunitario, al máximo nivel normativo, ha dado una fuerza inesperada a la vieja idea de que el Derecho Internacional Privado tiene como misión la de garantizar la continuidad de las situaciones y relaciones jurídicas.⁹³

No ha resultado ser una objeción insuperable para el método de reconocimiento, el de que su empleo puede llegar a hacer «competentes» a más de un ordenamiento, pues ello se traduce, tanto desde la perspectiva del *favor matrimonii* como desde un enfoque más orientado al *favor divorii*, en la indagación de si el matrimonio en cuestión puede ser ajustado a cualquiera de los ordenamientos que presentan vocación de ser aplicados.⁹⁴

A las ventajas que ello tiene en el plano de la validez extraterritorial de decisiones, se suma la mayor eficacia en la evitación del alumbramiento de situaciones claudicantes y la continuidad en el espacio del estado civil.⁹⁵

5. La cuestión del reconocimiento de las situaciones creadas en el extranjero, en el Derecho comunitario

34. El método del *reconocimiento de las situaciones creadas en el extranjero* no excluye frontalmente el control conflictual, sino que opera de distintas maneras: bien suprimiendo el conflicto móvil, con lo que se reconoce validez y efectos a la situación nacida bajo el imperio de la ley que regía la situación privada internacional antes del cambio de la conexión, bien mediante el desplazamiento del control conflictual del Estado de reconocimiento al de origen.

Un ejemplo de lo primero, presente en nuestro propio derecho interno, lo tenemos en el art. 9.1.II del Código Civil, que determina la irrelevancia del cambio de ley personal para quienes ya hayan adquirido la mayoría de edad –y por lo tanto la plena capacidad o la capacidad de obrar básica prevista en ese ordenamiento– según su ley personal anterior al cambio. Dentro del Derecho comunitario, encontramos el empleo de la misma técnica normativa, la supresión del conflicto móvil, en el art. 16.3 del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 Relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños.

Según este precepto, «La responsabilidad parental existente según la ley del Estado de la residencia habitual del niño subsiste después del cambio de esta residencia habitual a otro Estado». Con el mismo se garantiza la continuidad de la relación jurídica entre padres e hijos en punto a la titularidad de la responsabilidad parental, lo que no impide a los Estados contratantes, más adelante, al abordarse el régimen del *ejercicio* de esa responsabilidad parental, mantener la relevancia del cambio de residencia habitual del menor. (Art. 17 del Convenio)

Mucho más elaborada es la construcción del desplazamiento del control conflictual al estado de origen o Estado en el que se ha creado la situación controvertida. Su adopción por las distintas unidades políticas federadas en un espacio judicial único puede perseguir, según explica *Picone*, una finalidad perfectamente comprensible en ese marco del espacio único, a saber, conjurar el riesgo de que una situación dada, «....venga in essere una situazione giuridica «claudicante»».⁹⁶

⁹⁰ Ver, al respecto, la bibliografía más antigua citada en el trabajo de G.P. ROMANO, «La bilateralité éclipse par l'autorité», en *Revue Critique de Droit International Privé*, ob. cit., núm. 3, 2006. pp. 457-519.

⁹¹ Ph. FRANCESCAKIS, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en Droit International Privé*, 1.968. Id., «Conflits de lois (principes généraux)», Encyclopédie Dalloz, Droit International, vol. I, París, 1968. pp. 470 y ss.

⁹² A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, ob. cit., Vol. I, pp. 354 y 472.

⁹³ M. GUZMÁN ZAPATER, «Sobre la función del Derecho Internacional Privado y técnicas de reglamentación», en *Pacis Artes. Obra homenaje al Profesor Julio Diego González Campos*, Universidad Autónoma de Madrid & Ed. Eurolex, Madrid, 2005, pp. 1.626-1.628.

⁹⁴ Y es que, según explica ARENAS GARCÍA, la exigencia de la concreción de un solo ordenamiento aplicable es propia del acercamiento conflictual, pero no de las técnicas basadas en el reconocimiento. Vid. R. ARENAS GARCÍA, *Crisis matrimoniales internacionales. Nulidad matrimonial, separación y divorcio en el nuevo Derecho internacional privado español*, ob. cit., p. 185; Vid. P. PICONE, *Ordinamento competente e Diritto Internazionale Privato*, Cedam, 1986. Pp. 242 y ss.

⁹⁵ P. PICONE, ob. cit., pp. 243-248.

⁹⁶ P. PICONE, ob. cit., p. 244.

35. La comunitarización del Derecho Internacional Privado tiene mucho que ver con la creciente recepción del método de reconocimiento de situaciones creadas en el extranjero, en el Derecho positivo de los Estados.⁹⁷ Como ha explicado la profesora Quiñones Escámez, al excluirse el control conflictual en el propio Estado del foro, que se desplaza hacia el Estado de origen, el sistema se adapta a la exigencia de un alto grado de confianza mutua entre Estados.⁹⁸ Una confianza tan elevada como la que está justificando el acogimiento del modelo del antíreconocimiento/antiequétar en varios Reglamentos comunitarios, y que parte de la premisa de considerar válida una situación jurídica si se ajusta al derecho del Estado en que ha nacido de forma regular.

De hecho la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en torno al reconocimiento por parte de los Estados de la Unión, del nombre y apellidos que un sujeto tiene ya atribuidos conforme la legislación de otro Estado,⁹⁹ apuntaba claramente en esa misma dirección, y va más allá de una relación horizontal –de confianza– entre Estados, pues conecta con un derecho subjetivo, a saber, el derecho del ciudadano a ostentar la misma identidad en cualquier punto del territorio de la Unión.¹⁰⁰ En este sentido, como ha expuesto Lagarde, la primacía del Derecho comunitario sobre el Derecho Internacional Privado de los Estados podría llegar a suponer un desplazamiento del problema de la duplicidad o multiplicidad de nombres de un mismo ciudadano en distintos Estados, desde la órbita conflictual de la validez extraterritorial de decisiones.¹⁰¹

Por su parte, Jayme ha defendido que, una vez registrado un matrimonio en un Estado Miembro de la Unión Europea, el problema debe trasladarse desde el marco del conflicto de leyes al del reconocimiento de una situación creada en el extranjero».¹⁰² Este desplazamiento del problema es coherente con las numerosas sentencias del Tribunal de Justicia que han puesto de manifiesto que, si bien los estados son soberanos para articular sus propios sistemas conflictuales en la forma que mejor realización se dé a sus particulares intereses de política legislativa, tales peculiaridades no pueden poner en peligro las

⁹⁷ Para España, merece ser citado el desplazamiento del control conflictual al Estado de origen que se opera en materia de reconocimiento de efectos a las decisiones extranjeras protectoras de menores distintas de la adopción (art. 34 de la Ley 54/2007 de Adopción Internacional adopción internacional) aunque en cambio se mantiene un riguroso control conflictual para la admisión de efectos de la adopción simple (art. 30.1) que revela una postura defensiva del Derecho español frente a determinadas instituciones que se consideran alejadas de los valores presentes en nuestro propio sistema. La generalización del método conflictual hubiera experimentado un impulso significativo si hubiera llegado a convertirse en Ley el malogrado Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria del Gobierno socialista. Criticable en muchos aspectos, el proyecto mantenía una concepción flexible del reconocimiento de actos extranjeros, con un control de competencia articulado en función de los propios foros del Estado de la autoridad de que ha emanado el acto y una verificación de la validez sustancial limitado al control de orden público internacional. (Art. 11 del Proyecto.)

⁹⁸ Mutua confianza que si bien es deseable en el entorno europeo, reconoce la propia autora que no es frecuente en el ámbito material al que se refiere su trabajo, la maternidad subrogada. Vid. A. QUIÑONES ESCÁMEZ, «Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada. En torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009», *InDret*, 3/2009, julio de 2009. p. 26.

⁹⁹ En efecto, la argumentación incorporada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea a su Sentencia de 14 octubre 2008, caso Grunkin-Paul, se encuentra alineada con ese respeto a la situación –en este caso, la identidad como manifestación del *status civilis* el sujeto– creada y reconocida en el extranjero. En particular, todo niño tiene derecho a una razonable continuidad y preservación de los aspectos que configuran su identidad: así lo proclama el art. 8.1 de la Convención de Nueva York de los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, estableciendo que «Los Estados Partes 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.» La misma idea de perennidad o continuidad en el nombre de la persona, que vemos en la Sentencia del caso Grunkin–Paul, había venido tomando forma en otros pronunciamientos anteriores del Tribunal, señaladamente en las sentencias del TJUE de 30 de marzo de 1993, caso *Konstantinidis* y 2 de octubre 2003, caso *García Avello*.

¹⁰⁰ A. QUIÑONES ESCÁMEZ, «Ciudadanía europea, doble nacionalidad y cambio de apellidos de los hijos: Autonomía de la voluntad y conflicto positivo de nacionalidades de dos Estados Miembros», en *Revista Jurídica de Cataluña*, 2004. Pp. 203 y ss.; Idem, «Derecho comunitario, Derechos fundamentales y denegación del cambio de sexo y apellido: ¿Un orden público europeo armonizador?», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2004. Pp. 507 y ss.

¹⁰¹ Para el profesor LAGARDE, la solución apropiada sería dejar a los Estados Miembros de la Unión libertad de crear normas en materia de atribución del apellido, normas materiales y de conflicto, pero obligarlos a reconocer el apellido que haya sido atribuido a una persona en otro Estado Miembro para evitar la generación de un obstáculo a la libre circulación y residencia del ciudadano comunitario. P. LAGARDE, «Du 2 octobre 2003.- Cour de justice des Communautés européennes», en *Revue Critique de Droit International Privé*, 2004. p. 202; Idem, «Développements futurs du Droit International Privé dans une Europe en voie d'unification: quelques conjectures», *RabelsZ*, 2004. Pp. 229 y 233.

¹⁰² E. JAYME, «Il Diritto internazionale privato nel sistema comunitario e i suoi recenti sviluppi normativi nei rapporti con stati terzi», en *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 2006. p. 356.

libertades comunitarias.¹⁰³ La Profesora Gaudemet-Tallon ha explicado cómo se lesionan la libertad de circulación cuando una situación existente según un ordenamiento jurídico, se reputa inexistente en otro ordenamiento con el que el mismo sujeto resulta mantener algún vínculo real. Si, al cruzar la frontera la persona, no le acompaña la misma situación jurídica que resultaba existir en el Estado de procedencia –e. g., no se considera ya casado con una persona de su propio sexo, o no se le considera padre o hijo adoptivo de otra persona– entonces el sujeto no es libre de trasladarse del primer Estado al segundo, por los perjuicios que podría irrogarle la *inexistencia* de aquella situación en el Estado de destino.¹⁰⁴

Así, para dos varones casados entre sí, que en un momento dado se trasladan desde el estado donde habían celebrado válidamente su matrimonio, hasta un Estado donde tal unión no se admite, porque no existe según el Derecho del mismo, solo pueden sufrir perjuicios, en cuantas ocasiones pretendan ejercer sus derechos, bien en el plano *interno* de la relación, accionando entre sí para obtener la separación o el divorcio, o reclamándose alimentos, o bien en las relaciones *ad extra*, obteniendo el reconocimiento de ayudas del sector público, regímenes fiscales especiales, el reconocimiento de la actuación del *ius puniendi* en su más represiva y protectora versión, en los casos de *malos tratos entre cónyuges*, u otros derechos que en este Estado se asocian a la existencia de un «matrimonio válido.»¹⁰⁵

IV. El desplazamiento del concepto de matrimonio al «ordenamiento competente»

1. El artículo 13 del Reglamento y la selección de la norma de conflicto aplicable

36. Como consecuencia de la relación que mantiene el art. 13 que comentamos con la cuestión de la *selección de la norma de conflicto aplicable*, es llano que opera en un momento muy anterior al de la selección de la *aplicación de la ley material escogida*. Su finalidad no es la de corregir la ley extranjera, porque su operatividad es previa a la identificación del sistema conflictual que va a utilizarse para la individualización de la ley material. Así, teniendo presente la estructura que conocemos de la norma de conflicto, con el punto de conexión haciendo de enlace entre el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica, podemos decir que el art. 13, sin negar que pueda servir de cauce defensivo a valores fundamentales del orden comunitario,¹⁰⁶ interviene en la calificación de la situación privada como matrimonio, es decir, en el momento de la *concreción del supuesto de hecho*, y no en el ámbito de la aplicación de la consecuencia jurídica.

De ahí que no podamos aceptar que el orden público internacional deba tener intervención alguna en este momento preliminar de la tarea intelectual del operador jurídico. El orden público internacional interviene en un momento posterior de la tarea aplicadora del Juez, en el plano de la consecuencia jurídica de la norma de conflicto, lo que no dará lugar a la exclusión de la aplicación de Reglamento 1259/2010, sino a la selección de la ley material que, con respecto a la conexión pertinente, proporcione –incluso con remisión a la ley del foro– la apropiada respuesta jurídico material a la/s pretensión/es deducidas en el proceso, en forma tal que respete los derechos fundamentales de los cónyuges y en particular, los reconocidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

¹⁰³ SSTJUE de 30 de marzo de 1993, caso *Konstantinidis*; de 2 de diciembre de 1997, caso *Dafeki*; de 23 de noviembre de 2000, caso *Elsen*; de 9 de marzo de 1999, caso *Centros*; de 5 de noviembre de 2002, caso *Überseering*; de 30 de septiembre de 2003, caso *Inspire Art.*; de 2 de octubre de 2003, caso *García Avello*; 14 octubre 2008, caso *Grunkin-Paul*, entre otras.

¹⁰⁴ H. GAUDEMET-TALLON, «De l'utilité d'une unification du Droit International Privé de la famille dans l'union européenne?», en *Estudos em homenagem á Isabel de Magalhaes Colago* (Coimbra 2002). Pp. 159 a 185.

¹⁰⁵ A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, ob. cit., Vol. II. P.; id, «Derecho Internacional Privado y matrimonio entre personas del mismo sexo», ob. cit., pp. 59-61.

¹⁰⁶ Así lo afirma LEANDRO al abordar su análisis del art. 13: «Il risultato ottenuto attraverso la soluzione della questione preliminare ai sensi dell'art. 13...mira a proteggere taluni valori del foro ritenuti fondamentali dal regolamento, anche l'a dove emergano in sede di questioni preliminari.». A. LEANDRO, Comentario al art. 13 del Reglamento, en «Regolamento UE n. 1259/2010 del Consiglio del 20 dicembre 2010 relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale», P. FRANZINA, (Coord.) en *Le nuove leggi civili commentate*, Cedam. pp. 1.518 a 1.523.

2. Matrimonio «inexistente», matrimonio «claudicante» y matrimonio «válido». «Existir en» y «existir según»

37. Tras el examen de las consideraciones anteriores, podemos concluir que la problemática originada por las figuras de uniones matrimoniales no comunes a los distintos Estados Miembros participantes, principalmente los matrimonios entre personas del mismo sexo y los matrimonios poligámicos, debe resolverse aunando las viejas enseñanzas del genial Francescakis, las modernas elaboraciones del método de reconocimiento por identificación del ordenamiento competente, la potencialidad del principio del *favor divortii* que late en este Reglamento 1259/2010, la proclamación del derecho de los ciudadanos europeos a la libre circulación (art. 21 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) y el espíritu europeo favorable a la plena integración de la población migrante. Ello sin olvidar la pauta interpretativa básica que impone el Considerando (26) del Reglamento, que transmuta en «Existencia» lo que, en la literalidad del art. 13, era «Validez».

Debemos a Leandro haber advertido una diferencia relevante en la redacción del Considerando (26) del Reglamento, en distintas versiones lingüísticas de los Estados de la unión, que puede afectar de manera decisiva a la interpretación y a la operatividad del art. 13 del Reglamento, pues mientras algunas versiones se refieren a un matrimonio existente «en» el Derecho del Estado del foro, otras, como la italiana –y la española– aluden, mucho más acertadamente, a un matrimonio *existente «según» ese ordenamiento*.¹⁰⁷ Para nosotros, la fórmula utilizada en las versiones española e italiana, matrimonio existente «según» el Derecho de un Estado, supone un llamamiento *a su entero Derecho Internacional Privado*, en orden a determinar si los Jueces de ese Estado podrían asumir un concepto de matrimonio propio de otro ordenamiento, a saber, del Estado en que los sujetos de la relación jurídica constituyeron la unión conyugal en torno a la cual se nuclea su proyecto vital y su familia. Ese llamamiento global al Derecho Internacional Privado comprendería la técnica del reconocimiento de situaciones creada en el extranjero, tal y como vega siendo efectivamente entendida y aplicada por sus autoridades.

38. Por tales razones, entendemos que, siguiendo los pasos del propio Reglamento 1259/2010, que distingue, aunque solo sea para referirse a la cuestiones excluidas de su campo de aplicación, entre *existencia y validez* de un matrimonio (art. 1.2 b del Reglamento), no podemos dar el mismo tratamiento a un *matrimonio inexistente* y a un *matrimonio celebrado válidamente en el extranjero que ha desplegado sus efectos propios, personales y/o patrimoniales, fuera del estado del foro e incluso fuera del entorno comunitario*.

La referencia que efectúa el Considerando (10) a las normas de conflicto (*conflict-of-laws rules*) «norme di conflitto», «règles de conflit de lois», «normas de conflicto», «Kollisionsnormen») debe considerarse realizada al Derecho Internacional Privado en sentido extenso de los Estados Miembros participantes, pues no era evidentemente el propósito latente en el art. 13 del Reglamento, limitar las opciones metodológicas de las autoridades nacionales, cuando se opta decididamente por no imponerles un concepto material de matrimonio¹⁰⁸ y por otro lado, pese a las extensas posibilidades del art. 65 del Tratado de la Unión Europea, no creemos que las instituciones puedan, hoy por hoy, condicionar el contenido de las normas de aplicación más básicas y generales de los ordenamientos estatales con inciden-

¹⁰⁷ Aunque LEANDRO no pretendía apoyar la construcción del reconocimiento, su observación es de lo más acertada: en la redacción inglesa del *Regulation 1259/2010*, el Considerando núm. (26) dice «does not exist in the law of the Member State»; en el *Réglément* francés, «n'existe pas dans la loi de cet État membre»; en la versión del *Regolamento* italiano se utiliza la expresión, «matrimonio che non esiste secondo la legge di tale Stato membro», y es esta literalidad la que se corresponde con la alocución española «...ese matrimonio no existe según la ley de tal Estado Miembro.» Vid. A. LEANDRO, comentario al art. 13 del Reglamento, en «Regolamento UE n. 1259/2010 del Consiglio del 20 dicembre 2010 relativo all’attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale», ob. cit., p. 1.521.

¹⁰⁸ Adviértase que la operatividad de la norma de conflicto sobre el concepto material que hayan de suministrar los Estados, no es una solución nueva. Fue la acogida en el malogrado Convenio de La Haya de 14 de marzo de 1978 sobre el reconocimiento y la validez de matrimonios, cuyo art. 12 dispone que «Les règles de ce chapitre s’appliquent même si la question de la reconnaissance de la validité du mariage doit être tranchée, à titre incident, dans le contexte d'une autre question. Toutefois, ces règles peuvent en pas être appliquées lorsque cette autre question est réglée, d'après les règles de conflit de los du for, par le droit d'un Etat non contractant.» Vid. A. MALSTROLI, «Explanatory Report, «Actes et documents de la Trezieme Session. La Haye, 1978, Bureau Permanent de la Conference de La Haye de Droit international Privé, Tomo III (Marriage). pp. 289-314.

cia en el sector privado internacional.¹⁰⁹ De ahí que no nos sintamos constreñidos a tomar posición, en este apartado final del Capítulo, por un sistema otro; aunque sí apuntaremos que el reconocimiento por parte de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, del «derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio» (art. 9 de la Carta) conecta mejor con el método de reconocimiento por remisión al ordenamiento competente, método que, partiendo de una sólida presunción de validez del matrimonio,¹¹⁰ se centra en localizar las leyes con arreglo a las cuales se ha celebrado el acto *in factu esse* y se ha desarrollado la unión jurídica *in fieri*.

En este caso, la contemplación del *ius connubii* como derecho fundamental tiene que hacer posible la disolución de tal matrimonio, no enteramente inexistente, y al que, por otro lado, ya se ha expuesto con suficiente extensión, se le han reconocido dentro del territorio europeo importantes efectos, tanto en sede de Derecho privado (filiación, alimentos, sucesiones) como en el plano jurídico público (Seguridad Social, sanidad pública)

Con independencia de las razones que se pueden esgrimir desde el Derecho Comunitario, los jueces españoles vienen obligados a mantener un posicionamiento concreto de tuición y amparo ante cualquier situación de desprotección que suponga una falta de igualdad de los cónyuges en el matrimonio, deber jurídico que proviene del art. 39 en relación con el art. 9.2 de la Constitución Española. Preguntémonos cuál será el nuevo estatuto jurídico de la demandante que, merced al alcance que podamos dar al *ius connubii*, puede desligarse de un vínculo que no le proporciona igualdad ni seguridad, ni una razonable reciprocidad en cuanto al deber por ella misma asumido de fidelidad y lealtad al esposo demandado.

Pues bien, en las circunstancias que se han dejado expuestas, si no existe razón alguna para descartar la validez, por otros motivos, del matrimonio poligámico válido según la *lex loci celebrationis* o según la Ley del Estado de nacionalidad común de ambas partes, donde desplegó todos sus efectos, creemos que sería forzoso, según cuanto enseñaba *Francescakis*, dar validez a tal unión a los efectos de permitir a la esposa desligarse del vínculo.

39. Por lo que se refiere al matrimonio entre personas del mismo sexo, los Estados Miembros que adopten un método de reconocimiento por referencia al ordenamiento competente, no tendrían dificultad para aceptar que están en presencia de un verdadero y propio patrimonio, siempre que los consentimientos se hayan otorgado entre personas consideradas como capaces en el lugar en que se celebró y en el momento en que efectivamente prestaron tal consentimiento, ante autoridad competente *según sus propios foros de competencia judicial internacional*, y ajustándose a cualquiera de las formas admitidas por la *lex loci celebrationis*.¹¹¹

3. Las razones para el modelo de reconocimiento

40. Aunque pueda parecer una paradoja, solo una potenciación del *favor matrimonii* en el momento liminar de la fase de aplicación del Derecho puede conducir a un resultado acorde con el *favor divorpii*. Solo si utilizarnos un sistema flexible y acorde con la multiculturalidad que caracteriza la realidad social en que nos movemos, podemos llegar a utilizar un concepto amplio de matrimonio (*favor matrimonii*) que permita dar satisfacción a ese *ius connubii* que hoy goza de reconocimiento como derecho fundamental (art. 9 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea) más allá de las Constituciones de los Estados (art. 32 de la Constitución).

Son varias las razones que nos determinan a postular la necesidad del acogimiento, por todos los Estados Miembros de la Unión Europea, del modelo de reconocimiento de la situación creada en el extranjero:

¹⁰⁹ A. BORRÁS RODRÍGUEZ, «Derecho internacional privado y Tratado de Ámsterdam», en *Revista Española de Derecho Internacional*, núm. 2, 1999. Pp. 383 a 426, especialmente 392; S. LEIBLE y A. STAUDINGER, ANSGAR, «El artículo 65 TCE: ¿Carta blanca de la Comunidad Europea para la unificación del Derecho internacional privado y procesal?», en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, núm. 1, 2001. Pp. 89 a 115.

¹¹⁰ Aunque esta presunción también es compatible con la adopción del método conflictual. Vid. P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, *La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio en Derecho Internacional Privado español*, ob. cit., p. 258.

¹¹¹ P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, *La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio en Derecho Internacional Privado español*, ob. cit., pp. 299–300.

- 1) En primer lugar, una exigencia de orden dogmático vinculada al valor de la seguridad jurídica en el marco del conflicto de leyes, a saber, la necesidad de respetar las situaciones jurídicas nacidas y agotadas en el extranjero, cuando tales situaciones se ven conectadas de alguna manera con el Estado del foro.
- 2) En segundo lugar, la consideración del principio de *favor divortii* que dentro del respeto a los principios de proporcionalidad y subsidiariedad que justificaron la iniciativa de una Propuesta de Reglamento 1259/2010, impone una interpretación extensiva del concepto de «matrimonio válido». Desde este punto de vista, no es descabellado sostener que un matrimonio claudicante, es decir, válido en el Estado en el que se celebró y con arreglo a cuya legislación fue autorizado, aunque inválido en el Estado del foro, debe poder ser disuelto en este último si existe una conexión mínima entre tal Estado y los cónyuges; muy especialmente cuando esta conexión se traduce en una residencia habitual actual de ambos esposos o de uno de ellos en ese Estado, en el momento en que se presenta la demanda.
- 3) En tercer lugar, el prisma de la indagación del ordenamiento competente con arreglo al cual se ha celebrado y por el que se rige la unión conyugal, permite alcanzar un concepto funcional y extenso de «matrimonio», que hace posible la protección –a través de la acción de divorcio– de la parte más débil de la relación. En este sentido, Leandro ha escrito que «Non si può`escludere l'eventualità che un'esigenza di protezione nasca anche in un caso di divorzio. Si pensi alla domanda di scioglimento di un matrimonio poligámico rrgolato dalla legge straniera presentata dinanzi al foro di un Stato membro partecipante dalla donna che subisce maltrattamenti dal marito e all'applicazione di una legge que che le consente di divorziare per tali ragioni. In vista della protezione dei diritti della donna, è da supporre che il foro possa pronunciare il divorzio, anche se la sua legge non considera valido il matrimonio.»¹¹² No podemos ocultar que este enfoque resulta particularmente valioso desde el prisma de la protección de la mujer casada con varón polígamo, pues se limita a constatar que existe matrimonio con arreglo al «ordenamiento competente» sin que ello suponga lesión alguna de los derechos de la mujer demandante reconocidos en la Carta y en los demás instrumentos de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas.

Por último, la estimación de las demandas que puedan presentarse en el territorio de la cooperación reforzada, encaminadas a disolver los referidos matrimonios, puede erigirse en un eficaz instrumento de integración de la población inmigrante.

La cesación del efecto principal y nuclear del matrimonio avanza, en los casos aquí analizados, en el sentido de salvaguardar el modelo matrimonial que los Estados de la Unión consideran ligado a sus principios fundamentales, es decir, al orden público internacional de cada Estado. Los inmigrantes que están ligados entre sí por un segundo o ulteriores matrimonios y que mantengan con la Unión una conexión reconducible a alguno de los foros del art. 3 del Reglamento 2201/03, darán un paso a favor de su propia integración al deducir la petición de divorcio.

La solución que proponemos, de admitir el divorcio de personas ligadas en matrimonio válido según otros ordenamientos, se encuentra alineada con el derecho a la libertad de circulación, en cuanto permitirá a las mujeres casadas con varón polígamo salir de la esfera de «lo claudicante» y adquirir un *status civilis* que pueda ser reconocido en toda Europa. Por lo que se refiere al supuesto derecho de los ciudadanos comunitarios europeos a mantener el mismo estado civil en cualquier punto del territorio de la unión, es indudable que no hay un tal derecho así formulado, ni en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea¹¹³ ni en el Reglamento 1259/2010; pero la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación con el nombre y apellidos de ciudadanos comunitarios, apunta en ese sentido. El reconocimiento del derecho de todo nacional de un Estado Miembro de llevar su nombre allí donde se encuentre, sin que ese derecho pueda verse lesionado por las normas de conflicto

¹¹² A. LEANDRO, comentario al art. 13 del Reglamento, en «Regolamento UE n. 1259/2010 del Consiglio del 20 dicembre 2010 relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale», ob. cit., p. 1522.

¹¹³ DOUE C364 de 18 diciembre 2000.

de cualquier Estado donde pretenda inscribirse o ejercer otros derechos, nos habla de un *status civilis* único para todo el territorio de la Unión. Y esto tiene que significar que todo sujeto válidamente casado en Europa con persona de su propio sexo, tiene derecho a que se le reconozca esa misma condición en los demás Estados de la Unión, *aunque no sea ciudadano comunitario*, pues, en otro caso, se conculcaría el art. 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

V. Matrimonio islámico y cuestión previa

41. Careciendo, tanto el Reglamento 2201/03 como el Reglamento 1259/2010, de un concepto propio de matrimonio, esta cuestión debe tratarse en cada Estado Miembro como una «cuestión preliminar» o «cuestión previa»¹¹⁴ que, en tanto no se acometa la conformación de un concepto autónomo que facilite la aplicación uniforme del tales textos, deberá resolverse conforme al método conflictual que en el sistema jurídico de cada Estado.¹¹⁵

Aunque es indudable que la fórmula del Considerando (10) del Reglamento sugiere una remisión a la cuestión previa como «conexión independiente», regida por el sistema conflictual del Estado del foro,¹¹⁶ creemos que no es descabellado interpretar la alocución «normas sobre conflicto de leyes» en sentido extenso, como remisión al Derecho Internacional Privado de un Estado como un «todo», de manera que los Estados Miembros participantes conserven el protagonismo y la autonomía que el legislador comunitario quiso conferirles al renunciar explícitamente a incorporar un concepto autónomo de matrimonio en el Reglamento (arts. 1.2 b) y 13 del Reglamento). Ello autoriza a admitir, tal como hemos defendido en el Capítulo V de la Parte Primera de esta obra, que las autoridades de los Estados Miembros participantes son dueños de utilizar, a los efectos de resolver esa cuestión previa la de la existencia de matrimonio, una técnica conflictual pura o bien a cualquiera de las numerosas técnicas o construcciones doctrinales asociadas al reconocimiento de situaciones creadas en otro ordenamiento, según las posiciones mantenidas a lo largo de la historia del Derecho Internacional Privado, desde atalayas no demasiado distantes unas de otras¹¹⁷ formuladas por Mayer,¹¹⁸ Francescakis,¹¹⁹ Romano,¹²⁰ Picone,¹²¹ entre otras figuras prestigiosas de esta rama del Derecho.

La praxis desarrollada por los Estados de la Unión desde la adopción del Reglamento 1347/2000 de 29 de mayo de 2000, que planteaba la misma problemática, permite sostener para el futuro las más oscuras opiniones cara a las demandas relativas a la disolución, por divorcio, de uniones polígamicas. Se viene considerando, en efecto, que el segundo matrimonio de una mujer musulmana con un varón polígamico, con independencia de las estipulaciones que hayan podido suscribir en el momento generativo de la unión, cara a mantener, adquirir o modificar sus posibles estatutos polígamicos, no es un matrimonio, o bien se considera que es un matrimonio «nulo» por aplicación de las normas de conflicto del Estado del foro, concluyendo que «Un matrimonio nulo no puede disolverse por divorcio.»¹²²

¹¹⁴ Cfr. R. BARATTA, «Scioglimento e invalidità del matrimonio nel diritto internazionale privato», Milán, 2004. Pp. 155 a 158; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ y F. SEATZU, «Normas de competencia judicial internacional en la Propuesta de Reglamento 1259/2010», ob. cit., pp. 570 y 571.

¹¹⁵ Parece claro que el método conflictual es el mayoritario en los estados de la unión. Vid. P. HAMMJE, «Le nouveau Règlement UE n°1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en oeuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps», ob. cit., pp. 291 a 338.

¹¹⁶ Cfr. A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, ob. cit., Vol. I. p. 339 y 340.

¹¹⁷ Cfr. A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, ob. cit., Vol. I. p. 472 y 473.

¹¹⁸ Vid. P. MAYER, «Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé», en *Le Droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de P. Lagarde*, Dalloz, Paris, 2005. Pp. 547 a 573.

¹¹⁹ Vid. Ph. FRANCESCAKIS, *Le théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, París, Sirey, 1958

¹²⁰ Vid. G.P. ROMANO, «La bilateralidad eclipsé par l'autorité», en *Revue Critique de Droit International Privé*, núm. 3, 2006. Pp. 457 a 519.

¹²¹ Vid. P. PICONE, «I conflitti tra metodi diversi di coordinamento tra ordinamenti», en *Rivista di Diritto Internazionale*, 1999, núm. 2. pp. 327 a 362; P. PICONE y B. UPENDRA, «Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en Droit International Privé», *Recueil des Cours de l'Academie de Droit International de La Haye*, 1999, Tomo 276, pp. 9 y ss.

¹²² Cfr. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ y F. SEATZU, FRANCESCO, «Normas de competencia judicial internacional en la Propuesta de Reglamento 1259/2010», ob. cit., p. 571.

Sin embargo, ya hemos expuesto nuestro criterio de que el art. 13 del Reglamento no impone necesariamente, cuando se refiere a las «legislaciones» de los Estados Miembros participantes (*law, loi, legge, lei*), una búsqueda del concepto de matrimonio en la ley material, a modo de calificación *lege fori*, pues ello lesionaría el principio de proporcionalidad que rige las actuaciones comunitarias en materia de cooperación y Derecho de familia. La técnica del control de validez del matrimonio por vía de identificación del «ordenamiento competente»¹²³ haría posible el reconocimiento como verdaderos matrimonios, a los efectos de hacer aplicación de los Reglamentos 2201/03 y 1259/2010, de las segundas y sucesivas uniones conyugales de una mujer con el varón polígamico, propias de la mayor parte de los Derechos de cuño musulmán. No debiera considerarse como una objeción seria el dato, que consideramos inexacto, de que estamos ante uniones familiares formadas por más de dos personas, pues la poligamia es una cualidad que solo se predica respecto del varón, el único que se ve implicado en una pluralidad de relaciones personales. La relación matrimonial es perfectamente bilateral desde la óptica de cada una de las mujeres, la cuales están unidas en matrimonio a una sola persona, pues no están vinculadas entre sí, ni la *lex religiosa* del Islam asigna una finalidad singular a la convivencia de varias mujeres bajo el mismo techo.

Leandro, sin tomar explícitamente partido por la construcción del «ordenamiento competente» –en realidad tan mal comprendida en la doctrina italiana como en la española– se muestra flexible en este orden de cuestiones, proponiendo que se atribuyan a al Juez facultades apropiadas para reputar existente el matrimonio, a los efectos del procedimiento, tal como dispone el art. 13, cuando la situación privada internacional no tiene un ligamen estrecho con el ordenamiento del foro: «Il guidice protebbe subordinarsi l’interesse delle parti a quelli del proprio ordinamento anche quando la fattispecie nel suo insieme non ha legami significativi con esso: il risvolto emerge quando la questione preliminare à sottoposta a una legge straniera che ritenga valido il matrimonio.»¹²⁴

El proyecto de Reglamento 1259/2010 incluyó entre sus propuestas una reforma del régimen de los foros de competencia judicial internacional en materia de separación y divorcio, que permite a los cónyuges elegir el tribunal competente para conocer sus demandas sobre esas materias, con exclusión, en cambio de toda intervención de la autonomía de la voluntad en materia de nulidad matrimonial.¹²⁵ La finalidad de la reforma era corregir determinados efectos anómalos propios de la normativa contenida en el Reglamento 2201/2003, principalmente la cristalización de los foros por referencia al momento de la presentación de la demanda, lo que al tiempo que fomentaba el forum shopping, al incitar a las partes a la búsqueda del foro más conveniente a sus intereses, desincentivaba cualquier iniciativa de circulación por el suelo europeo.¹²⁶

42. Parece claro que los Estados de la Unión que vienen manteniendo una postura irreductible al negar la validez de los matrimonios polígamicos que se pretendan celebrar dentro de su territorio, no van a cambiar de criterio en un futuro próximo. Ningún interés tiene en este lugar la exposición de los numerosos puntos en que los Estados europeos viene reconociendo efectos al matrimonio polígamico, celebrado fuera de su suelo, en el tramo periférico de los derechos o situaciones *ad intra* y *ad extra*, cuestión que debe diferenciarse netamente de los efectos nucleares del matrimonio, que son la inscribibilidad del segundo o ulteriores matrimonios en los Registros Civiles europeos, la posibilidad de adquirir la nacionalidad del cónyuge ciudadano de la unión, por efecto del matrimonio o con un breve periodo de residencia, y el que hemos elegido como objeto de nuestro trabajo, a saber, la posibilidad de accionar ante los tribunales pidiendo la separación o el divorcio.

¹²³ Cfr. R. ARENAS GARCÍA, *Crisis matrimoniales internacionales. Nulidad matrimonial, separación y divorcio en el nuevo Derecho Internacional Privado español*, ob. cit., pp. 183 y ss.

¹²⁴ Cfr. A. LEANDRO, comentario al art. 13 del Reglamento, en «Regolamento UE n. 1259/2010 del Consiglio del 20 dicembre 2010 relativo all’attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale», P. FRANZINA, (Coord.) en *Le nuove leggi civili commentate*, Cedam, p. 1.521

¹²⁵ Con una postura crítica en cuanto a la exclusión de la autonomía de la voluntad en materia de nulidad, Cfr. J. CARRASCO GONZÁLEZ, y F. SEATZU, «Normas de competencia judicial internacional en la Propuesta de Reglamento 1259/2010», ob. cit., p. 576.

¹²⁶ Vid. P. MC ELEAVY, «The communitarization of divorce rules: What impact for english and Scottish law?», en *International and Comparative Law Quarterly*, 2004. pp. 605 a 642; I. PERIN TOMICIC, «Private International Law Aspects of the Matrimonial Matters in the European Union – Jurisdiction, Recognition and Applicable Law», en *Collected Papers of Zagreb Law Faculty*, Vol. 57, Núm 4-5. pp. 847 a 880.

Los partidarios del *método de reconocimiento por referencia al ordenamiento competente* han adoptado la más flexible de las posturas en relación con aquellos caos en que el reconocimiento debe operar en vía incidental, a los efectos de resolver la cuestión previa o cuestión incidental de la existencia de matrimonio, siempre sin perder de vista que, en las versiones lingüísticas más atinadas, el Considerando (26) del Reglamento nos remite a un «existir *según* un ordenamiento», y no a un «existir *en* un ordenamiento.¹²⁷

En cuanto al impedimento de ligamen, ya hemos concluido en un Capítulo anterior, que, tratándose de matrimonios celebrados fuera del Estado del foro, tal prohibición de un segundo enlace sustituyendo el primero constituye una exigencia regida, no por las leyes personales de los cónyuges, lo que conduciría a una aplicación cumulativa de tales leyes, sino por la ley rectora del matrimonio, que no es otra que la *lex auctoritatis*, determinada por el lugar de celebración del matrimonio. De ahí que no pueda ofrecer dudas la legalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo contraído en España, aunque la ley personal de uno de los contrayentes no admita esta modalidad de unión conyugal; porque tal ley es personal e irrelevante para la autoridad celebrante –la española, *lex magistratus*– como tampoco podemos objetar la posición, mantenida por un sector de nuestra doctrina de que, en defecto de normas de Derecho Internacional Privado en la Ley 13/2005, nuestra propia ley y en particular, el art. 44 del Código Civil, tienen que operar como *lex matrimonii* oculta.¹²⁸

Por consiguiente, estimamos que los Jueces de los Estados Miembros participantes deben admitir, sustanciar y estimar, cuando proceda, en aplicación de la ley señalada por el Reglamento, las demandas de divorcio deducidas por mujeres casadas con varón polígamo en segundo o ulteriores matrimonios, o por el propio varón polígamo, sin dar entrada al correctivo de orden público internacional hasta el momento en que, determinada con toda certeza la aplicabilidad de una ley extranjera, resulte ser ésta manifiestamente contraria a los principios y valores fundamentales del Estado del foro. Y ello por considerar que se trata de matrimonios válidos en el Estado donde se celebraron o en otro/s Estado/s en que han desplegado los efectos que le son propios, según las leyes nacionales que regulan su ejercicio, tal como dispone el art. 9 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea; que las acciones encaminadas a la disolución de tales segundo y ulteriores matrimonios favorecen la integración de sectores de inmigrantes procedentes de Estados tolerantes con la poligamia.

VI. La aplicación del Reglamento 1259/2010 en los casos de matrimonios del mismo sexo

1. Introducción

43. La apertura del matrimonio a las personas del mismo sexo en Holanda, Bélgica y España planteó tempranamente la duda de si sería aplicable al matrimonio abierto el Reglamento 1347/2000 del Consejo de 29 de mayo de 2000 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones guaduales en materia matrimonial y de responsabilidad parental; y más tarde, si sería aplicable a tales uniones matrimoniales el Reglamento 2201/03 que derogó al primero. En Holanda, la aplicación de ambos Reglamentos comunitarios a las demandas de separación y divorcio deducidas por

¹²⁷ Cfr. A LEANDRO, comentario al art. 13 del Reglamento, en «Regolamento UE n. 1259/2010 del Consiglio del 20 dicembre 2010 relativo all’attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale», ob. cit., p. 1521.

¹²⁸ Cfr. A. QUIÑONES ESCÁMEZ, *Uniones conyugales o de pareja: formación, reconocimiento y eficacia internacional. Actos públicos y hechos (o actos jurídicos) en el Derecho Internacional Privado*, Atelier, 2007. p. 344. C. VAQUERO LÓPEZ, «A propósito de la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de julio de 2005 sobre matrimonios civiles entre personas del mismo sexo», en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2006, pp. 623 a 631. Desde un planteamiento extremadamente simple, el profesor Sánchez Lorenzo postula que «las normas de D.I.Pr. relativas al matrimonio se interpretan ahora de conformidad con este nuevo concepto, lo que es perfectamente consecuente con el principio de calificación *ex lege fori* que se establece en el art. 12.1º del Código Civil. Y este nuevo concepto de matrimonio se integra en preceptos tales como los arts. 9.2º y 3º o 107 del Código Civil, pero también en los artículos 49 a 51, de forma que el matrimonio se puede celebrar ante autoridad española conforme a la ley española cuando lo disponen dichos preceptos.» Vid. S. SÁNCHEZ LORENZO, «La aplicación de la ley 13/2005 en el caso de contrayentes extranjeros», ob. cit., p. 5.

y frente a cónyuges del mismo sexo ha sido defendida por la Comisión de Estado permanente en materia de Derecho Internacional Privado, pero la doctrina está seriamente escindida, y este cisma doctrinal se ha transmitido a los demás Estados que siguen este modelo matrimonial, como en los demás Estados Miembros participantes que han configurado la institución matrimonial en torno al elemento nuclear y supuestamente integrativa, de la heterosexualidad.

Los problemas que pueden encontrar dos personas del mismo sexo unidas en matrimonio, en orden a la separación o a la disolución vincular, se hallan en los tres grandes sectores del Derecho Internacional Privado, y son perfectamente visibles en el Derecho comunitario:

- 1) En sede de competencia judicial internacional: los órganos que pueden ostentar competencia judicial internacional para decretar la separación o el divorcio son los que señalan los foros de los arts. 3, 4 y 5 del Reglamento 2201/03 o excepcionalmente, los foros de su sistema internos de competencia judicial internacional, cuando ninguno de estos foros atribuya competencia judicial internacional a un Estado Miembro (art. 6 del Reglamento 2201/03). Pues bien, la concurrencia de un foro en materia de crisis matrimoniales supone que las partes suscriptores de la demanda conjunta o que contienden como sujetos activo y pasivo del proceso, están unidas entre sí en un verdadero matrimonio, cuestión previa que en caso de suscitarse en el propio proceso civil, debe ser abordada y resuelta por el órgano judicial como tal cuestión previa de cuya resolución dependerá la validez misma de la actuación jurisdiccional y de la sentencia que llegara a dictarse.
- 2) En el sector de la ley aplicable: si un tribunal de un Estado Miembro participante en el proceso de cooperación reforzada o adherido al proyecto llegase a admitir su propia competencia por aplicación de sus propias normas procesales o su derecho constitucional, se encontrará con el escollo de que la ley llamada a ser aplicada por los arts. 5 a 9 del Reglamento exige igualmente como condición prelógica absolutamente insoslayable, la existencia de un matrimonio válido. El art. 13 del Reglamento 1259/2010 parte de la premisa de esa condición elemental que es presumible en todo sistema jurídico mínimamente coherente. No se puede suspender un efecto inexistente, ni extinguir una relación jurídica que no puede producir ningún efecto para el tribunal ante el que se decir una tal pretensión constitutiva-extintiva.
- 3) En el sector de la circulación de decisiones judiciales: el control de orden público, por muy restringido que se encuentra en nuestras disposiciones comunitarias por la utilización del adverbio «manifiestamente» que acompaña a la formulación del correctivo, está presente en todos los niveles normativos que intervienen en la validez extraterritorial de decisiones.¹²⁹ De ahí que no podamos ver con optimismo el futuro de las decisiones que puedan adoptar nuestros tribunales decretando la separación o el divorcio con ocasión de las de matrimonios de personas del mismo sexo, al igual de las decisiones que puedan adoptar en los mismos casos los tribunales belgas y holandeses, pues los Estados requeridos, dentro y fuera de la unión, activarán los mecanismos del orden público internacional previstos en los instrumentos internacionales o en su legislación de producción interna, para descartar el reconocimiento de aquellas decisiones, que quedarán como claudicantes en tanto no se extienda el mismo modelo de matrimonio abierto a las parejas homosexuales que hoy constituye en Derecho comparado, la excepción.

¹²⁹ Vid. Art. 22.1 del Reglamento 2201/03, art. 6.3 del Tratado entre España y Suiza sobre ejecución de sentencias en materia civil y comercial, de 19 de noviembre de 1896, art. 1 del Convenio entre España y Colombia sobre ejecución de sentencias civiles, de 30 de mayo de 1908, art. 18.6 del Convenio entre el Reino de España y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas sobre asistencia judicial en materia civil, hecho en Madrid el 26 de octubre de 1990, art. 23.4 del Convenio de cooperación judicial en materia civil, mercantil y administrativa entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, hecho en Madrid el 30 de mayo de 1997, art. 17. d) del Convenio entre el Reino de España y la República de Túnez sobre asistencia judicial en materia civil y mercantil y reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales, hecho en Túnez el 24 de septiembre de 2001, art. 16.1. f) del Convenio relativo a la asistencia judicial en el ámbito civil y mercantil entre el Reino de España y la República Islámica de Mauritania, hecho el 12 de septiembre de 2006, art. 16.1. f) del Convenio relativo a la asistencia judicial en el ámbito civil y mercantil entre la república Argelina Democrática y popular y el Reino de España, hecho en Madrid el 24 de febrero de 2005, y art. 954.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881.

En efecto, uno de los principales problemas del matrimonio homosexual celebrado en España o en cualquiera de los Estados en que se considera legal, es el de su carácter claudicante. La validez que, en el orden jurídico interno, deviene incuestionable, en cambio, al visibilizarse el elemento extranjero –Vgr. al trasladarse la pareja a otro Estado– se convierte en *cassus belli*, y no solo a los efectos de localizar la situación privada cara a la determinación del Derecho aplicable, sino incluso para determinar el órgano u órganos jurisdiccionales competentes. Así, cuando los esposos del mismo sexo cruzan la frontera, si el Estado de su nueva residencia habitual no reconoce el matrimonio homosexual, su Estado Civil de casados se desvanece en la niebla de la falta de certeza jurídica. Las Autoridades extranjeras que no hayan admitido la unión matrimonial entre hombres o entre mujeres, no lo reconocerán; no se declararán siquiera competentes para conocer de una demanda de divorcio, al no existir un matrimonio válido según las pautas del Derecho Internacional Privado del Foro; y en caso de admitir su propia competencia judicial internacional, denegarán la pretensión constitutiva de separación o divorcio por considerar que no existe el presupuesto necesario para el otorgamiento de esa tutela, que es la existencia de un válido vínculo matrimonial.¹³⁰

44. A la hora de decidir, ante una demanda de separación o de divorcio deducida conjuntamente por dos cónyuges homosexuales o por uno frente al otro, los jueces europeos deberán afrontar ante todo la resolución de una cuestión previa: la de si los solicitantes o contendientes están ligados entre sí por un verdadero matrimonio; pues el art. 13 del Reglamento 1259/2010 deja en libertad a los órganos jurisdiccionales de los Estados Miembros participantes para acordar la inadmisión de la demanda o para desestimarla, cuando estimen que no existe el vínculo cuya relajación o disolución se pide. Esa libertad soberana de los Estados no es estorbada en absoluto por el Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950 sobre Derechos fundamentales y libertades públicas, ni por la jurisprudencia emanada del El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que en reiteradas ocasiones nos ha advertido que ese instrumento no impone a los Estados el reconocimiento de los matrimonios entre personas del mismo sexo.¹³¹ Tampoco la Unión Europea ha impuesto un modelo determinado de matrimonio. El art. 9 de la Carta de Derechos fundamentales de la UE hecha en Niza el 7 de diciembre de 2000 se limita a anunciar la consagración del «...derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio». Con esta fórmula, se deja en manos de cada Estado Miembro la libre configuración del concepto de matrimonio, con la incrustación, o sin ella, de la diversidad de sexos como elementos integrativo y esencial, Ahora bien; ningún Estado Miembro viene está obligado a «reservar» la institución del matrimonio a las personas de sexo distinto.¹³²

Tratándose de matrimonios homosexuales, la cuestión previa de la existencia o no de matrimonio dependerá en definitiva de la posición que se adopte acerca de la relevancia que el sexo de los consortes pueda tener en la estructura de la relación matrimonial. Si partimos de un matrimonio válidamente celebrado en el extranjero, caben teóricamente, en el Derecho comparado tres posibilidades distintas que suponen otros tantos caminos de resolución de tal cuestión previa.

- A) En primer lugar, es posible sostener que el sexo es determinante de la capacidad de los sujetos pero ajeno a la estructura misma del matrimonio. La consecuencia de asumir esta postura sería la desestimación de la demanda de separación o de divorcio cuando el cambio de *status civilis* se pidiese por o frente a una persona que, conforme a su ley personal, no tendría capacidad para casarse con sujeto de su mismo sexo. Aunque este planteamiento admitiría

¹³⁰ A.L CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Derecho Internacional Privado y matrimonio entre personas del mismo sexo», ob. cit., pp. 59-61.

¹³¹ Sentencias del TEDH de 11de junio de 2002, caso *Goodwin*; de 26 de febrero de 2002, Caso *Frette*; y de 17 de octubre de 1986, caso *Sheffield and Horsham*. El Tribunal admite, en referencia al art. 12 del Convenio de Roma, que éste no exige en su literalidad la diversidad de sexo cromosómico. Por lo que se refiere al art. 9 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, ni siquiera hace referencia al hombre y a la mujer, limitándose a garantizar «...el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio». Vid. A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, ob. cit., Vol. II, p. 103.

¹³² Cfr. A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Derecho Internacional Privado y matrimonios entre personas del mismo sexo», ob. cit., pp. 14 y 15.

un desenlace distinto si el Juez de un Estado cuyo Derecho interno admite el matrimonio homosexual, hiciese uso del correctivo de orden público para admitir la aplicación de la lex fori a la capacidad de ese sujeto, incapaz según su ley personal.

- B) En segundo lugar, algunos ordenamientos consideran que el sexo es un componente de la esencia del matrimonio, en cuanto solo puede conceptualizarse como tal matrimonio la relación familiar, concebida o no para la procreación, entre personas de distinto sexo. Esta tesis impondría necesariamente a los Tribunales de tales Estados, una resolución absolutaria de la instancia o una sentencia desestimatoria en el fondo de la cuestión, al pedirse un cambio jurídico de una situación de partida que no puede ser considerada como un verdadero matrimonio.¹³³ Pero la base fundamentadora de una u otra solución sería el correctivo de orden público internacional, remedio utilizado en general en todos los Estados que, en sus legislaciones, no regulan, no contemplan o prohíben explícitamente el matrimonio homosexual. Y para denegar esa eficacia, los órganos o autoridades extranjeras recurrirán, principalmente, al correctivo de orden público. En la literatura jurídica especializada es muy conocido el Decreto del Tribunal di Latina de 10 de junio de 2005, en el que se deniega el reconocimiento de un matrimonio homosexual celebrado en Holanda por contrariedad al orden público italiano, por vulneración del principio de diferencia de sexos de los contrayentes.
- C) Por último, sería posible defender que el sexo no constituye ni un elemento conformador de la capacidad de los sujetos, ni un elemento integrante de la definición de matrimonio, por considerar que éste es la unión de dos personas con independencia de su sexo, para compartir un proyecto vital común.¹³⁴ Esta postura supone dar a la cuestión previa una solución afirmativa, con lo que la demanda no puede ser inadmitida ni desestimada por la razón que expresa el art. 13 del Reglamento.

45. En cuanto al proceder de los tribunales españoles en los casos de matrimonios del mismo sexo, viene condicionado por el posicionamiento que deban adoptar nuestras instituciones en cuanto al reconocimiento de matrimonios entre varones o entre mujeres, fuera de España.

Tras la entrada en vigor en nuestro país de la Ley 13/2005 no puede caber ninguna duda de que las autoridades españolas reconocerán la validez del matrimonio homosexual celebrado en España o en el extranjero, cualquiera que sea la nacionalidad de los contrayentes, con independencia de que el control sobre la legalidad de la *forma* y la concurrencia del *consentimiento*, puedan llevar a denegar su inscripción en el Registro Civil español; y ello tanto si esta cuestión se plantea con el carácter de *principal* como si se aduce y se resuelve como cuestión «*previa*» (Arts. 387 «*in limine*» y 389 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Tiene un enorme interés para el Derecho Internacional Privado el Exponendo V de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de julio de 2005 en el que se expone la doctrina de que «...el encargado de Registro Civil español no debe operar, desde el punto de vista de las funciones que tiene atribuidas, como guardián del sistema legal extranjero por lo que no debe negar la posibilidad de contraer matrimonio en España a personas del mismo sexo por la sola razón de que en el país del que son nacionales los cónyuges, dicho matrimonio no producirá efectos.» Consecuentemente, en aquellos casos en que se deduzca ante los tribunales españoles una demanda de separación o de divorcio por un cónyuge contra otro del mismo sexo, la demanda deberá ser *admitida* tras la mera constatación de que el matrimonio se celebró en un Estado en el que era válida esta modalidad de unión conyugal, siempre que, vía cuestión previa, aparezcan cumplidos los demás requisitos de reconocimiento de la validez del matrimonio.¹³⁵ Cuestión distinta es la de la *estimación* o *desestimación* de tal demanda.

¹³³ El Código de Derecho canónico, que se encuentra en la base de nuestra cultura básicamente judeocristiana, marcó los pasos de la consagración de una definición de matrimonio nucleada en torno al coito genital heterosexual. El matrimonio sería la «alianza matrimonial por la que el varón y la mujer constituyen entre sí un consorcio de toda la vida, ordenado por su misma índole natural al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole» (canon 1055).

¹³⁴ Cfr. A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, ob. cit., Vol. II. p. 103.

¹³⁵ No van a representar una excepción a esta regla favorable a su reconocimiento como verdaderos y válidos matrimonios, los celebrados entre personas del mismo sexo celebrados antes de la entrada en vigor de la Ley 13/2005 en un Estado

da, resultado del proceso que, por supuesto, no puede ser garantizado *ex ante*, ni esta clase de uniones conyugales ni en los matrimonios entre personas del mismo sexo, sino mediante la subsunción de los hechos jurídicamente relevantes en las normas sustantivas que resulten de aplicación, de la *lex causae*.

2. Diversidad de sexo y capacidad nupcial

46. Aunque en los estudios de Derecho comparado y de Derecho Internacional Privado suele advertirse que el sexo es un componente fundamental de la capacidad de la persona,¹³⁶ ello no tiene por qué ser así necesariamente en materia de capacidad nupcial. Según se explicaba, con buenos argumentos, en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de julio de 2005, el sexo puede sustraerse al concepto de capacidad e integrarse en el concepto mismo de matrimonio del que se nutre la ordenación de la familia en el Derecho del foro. En nuestra doctrina, son pocos los autores que han optado decididamente por descartar la ubicación del sexo en el terreno de la capacidad de obrar del sujeto, a los efectos matrimoniales, posicionamiento que nos llevaría a conceptualizarlo como un impedimento bilateral, con los problemas que ello conlleva.¹³⁷

No es el menor de los problemas que origina esa conceptualización –como un requisito atinente a la capacidad nupcial– el de la perspectiva del impedimento bilateral, lo que supone que el matrimonio solo puede celebrarse válidamente si la ley común o las dos legislaciones concurrentes de uno y otro contrayentes del mismo sexo, admiten esta modalidad de unión conyugal;¹³⁸ lo que, de rechazo, perjudica injustificadamente al contrayente de nacionalidad española que, según esa tesis, sí tendría capacidad para unirse en matrimonio a una persona de su mismo sexo.¹³⁹

47. Desde el prisma de la tesis que asocia el sexo a la capacidad nupcial, la resolución de la cuestión de la validez del matrimonio contraído por dos personas del mismo sexo, cuando la ley personal de uno de ellos le priva de tal capacidad para acceder a ese modelo de unión conyugal, debe hacerse depender de alguna de estas dos tesis antagónicas: la que sustentándose en el *favor matrimonii*

en que fuera legal y admisible: españoles casados en Holanda, Bélgica o Canadá. De este punto se ocupaba el apartado X de la Resolución-Circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de julio de 2005. En estos supuestos, establece el Centro Directivo que, en defecto de una solución de Derecho transitorio, la respuesta del Derecho tiene que ser la de reconocer también esos matrimonios, no por aplicación retroactiva de la Ley 13/2005, sino por vía de reconocimiento actual de una institución antes desconocida en nuestro país. Si en el país donde se celebró, se permitía el matrimonio homosexual, se procederá a su reconocimiento en nuestro país. Y se concluye afirmando que dicho reconocimiento no se puede extender a figuras jurídicas análogas que en sus propios países de origen, y con arreglo a cuya legislación se han constituido, no tienen la consideración de matrimonios. En este caso se procederá, según el Centro Directivo, a una calificación y a una reconducción a las figuras españolas de hecho o uniones estables.

¹³⁶ Para BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, el requisito de la heterosexualidad se encuentra estrechamente vinculado con la concepción del matrimonio, lo que no es obstáculo para que dicho requisito, según el civilista, sea también un requisito de capacidad (relativa) de los contrayentes. Cfr. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Laguna legal y matrimonio de los homosexuales», Aranzadi Civil, núm. 18, 2005. pp. 214 y 215.

¹³⁷ Los Profesores FERNÁNDEZ ROZAS y SÁNCHEZ LORENZO defienden que «debe descartarse el tratamiento de la identidad de sexos como un impedimento de capacidad regido por la ley nacional. De ser así, salvo casos muy aislados (belgas, holandeses, canadienses...) las autoridades españolas no podrían utilizar el matrimonio entre personas del mismo sexo cuando alguno de los contrayentes fuera extranjero y su ley no reconociera el matrimonio entre personas del mismo sexo.» Lo que les lleva a mantener una postura muy crítica respecto de la argumentación y conclusiones contenidas en la Resolución-Circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de julio de 2005. En términos muy cautos, los profesores Calvo-Caravaca y Carrascosa, al expresar su posición adversa a la tesis que llaman «negativa de la ley nacional», es decir, la que excluye la validez del matrimonio entre personas del mismo sexo cuando uno de ellos no tiene capacidad para celebrar tal unión, exponen que «no está nada claro que la cuestión de la diferencia entre sexos sea una cuestión de «capacidad nupcial» en el Derecho español. Cfr. A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Aspectos internacionales de los matrimonios entre personas del mismo sexo: notas a la resolución circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de julio de 2005», en *Boletín Oficial del Ministerio de Justicia*, 2007, año 60. p. 20. Cfr. J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, ob. cit., pp. 392 y 393.

¹³⁸ En este sentido, P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, *La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio en el Derecho Internacional Privado español*, ob. cit., pp. 68 a 71. B. AUDIT, *Droit international Privé*, 3^a edición, 2000. pp. 538-541.

¹³⁹ A.L. CALVO CARAVACA, y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Aspectos internacionales de los matrimonios entre personas del mismo sexo: notas a la resolución circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de julio de 2005», ob. cit., p. 21.

mantiene la validez del matrimonio cuando el impedimento aparece solo en la ley personal de uno de los contrayentes,¹⁴⁰ y la que atribuye preeminencia a la ley más rigurosa, determinando la invalidez del matrimonio cuando el impedimento está contemplado en cualquiera de las dos leyes personales.¹⁴¹

El parecer más extendido tanto en la doctrina española como en la extranjera, es el de la aplicación de la ley o estatuto personal más severo o riguroso en orden a la capacidad. En todo caso, sin salir de la tesis que reputa la diversidad de sexos como un componente de la capacidad nupcial, conviene no olvidar que la capacidad es uno de los campos en que mejores frutos puede rendir la técnica jurisdiccional del reenvío. El Juez español que se enfrente a un estatuto personal contrario a la validez del matrimonio entre personas del mismo sexo puede hacer uso del art. 12.2 del Código Civil para operar un reenvío de retorno, si se dan las condiciones adecuadas, es decir, el Derecho de ese contrayente remite al Derecho español –vía residencia de los contrayentes o vía celebración del matrimonio, e.g.–, no existe ningún impedimento para el llamamiento global al Derecho de ese contrayente, incluyendo las propias normas de conflicto, y es posible garantizar que el reenvío fructificará un resultado justo, entendiendo por tal, un desenlace coherente con el *favor divortii*: el contrayente sujeto a un estatuto personal contrario al matrimonio entre personas del mismo sexo que casó con persona de su propio sexo, embarcándose en un proyecto vital luego frustrado, por unas u otras circunstancias, podrá recuperar su libertad y acceder a un estado civil tal que le permita reestructurar su vida.¹⁴² La Resolución Circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de julio de 2005 establecía la operatividad de la técnica en este punto, señalando que «....el matrimonio será válido cuando la norma de conflicto extranjera del país que corresponda a la nacionalidad del consorte extranjero reenvíe a la ley española, por fijar como punto de conexión en los supuestos internacionales en materia de capacidad matrimonial bien el domicilio de los contrayentes y hallarse éstos domiciliados en España, debiendo entenderse que este reenvío.... del art. 12.2 del Código Civil.....es un reenvío materialmente orientado en el sentido de favorecer la solución dada al caso por la ley española....»¹⁴³

Salvando la ingenuidad que representa afirmar que la solución de la «ley española» supone per se un resultado más justo, la opción de la técnica del reenvío tiene ventajas sobre la aplicación del correctivo de orden público internacional, por las mayores posibilidades de que la decisión española pueda superar un reconocimiento, incluso con control de ley aplicable, en otros Estados donde el contrayente pretenda hacer valer su nuevo estado civil, aunque posiblemente no, por razones obvias, en el estado de su nacionalidad.

48. La tesis que enlaza la diversidad de sexos con la capacidad nupcial de los contrayentes ha tenido recepción en algunos ordenamientos con una perfección técnica tal que ha hecho posible soslayar el triunfo de la solución más rigurosa e invertir el desenlace que podríamos llamar «natural» de la norma de conflicto ligada a la ley personal de cada sujeto. Como botón de muestra de esta solución correctora y antibloqueante, suele citarse la del Código de Derecho Internacional Privado belga. El art. 46.1 de este texto legal mantiene para la validez del matrimonio, la conexión clásica en los Derechos tributarios del Código de Napoleón, de la ley nacional de cada contrayente, en relación con las condiciones de fondo del matrimonio, incluida la capacidad nupcial, pero ese llamamiento a la ley nacional individual de cada miembro de la unión proyectada recibe una corrección inmediata en el apartado 2º del mismo precepto, en el que se permite descartar la ley nacional extranjera –es decir, la ley no belga– prohibitiva del matri-

¹⁴⁰ En este sentido, A.L. CALVO CARAVACA, y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, ob. cit., Vol. II. p. 88, aunque estos autores no consideran que la viabilidad del matrimonio entre peonas del mismo sexo se pueda regular a través de impedimento o exclusión de la capacidad nupcial. A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Aspectos internacionales de los matrimonios entre personas del mismo sexo: notas a la resolución circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de julio de 2005», ob. cit., p. 21.

¹⁴¹ Tratamiento de los impedientes bilaterales que podríamos considerar, con ARENAS GARCÍA, como orientada al *favor nullitatis*. Vid. R. ARENAS GARCÍA, *Crisis matrimoniales internacionales. Nulidad matrimonial separación y divorcio en el nuevo Derecho Internacional Privado español*, ob. cit., p. 205; P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, *La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio en el Derecho Internacional Privado español*, ob. cit., pp. 68-71 ; P. Mayer, V. HEUZÉ, *Droit international privé*, París, Montchrestien, 8^a ed., 2004, pp. 399 y 400 ; Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, y P. VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, 8^a ed., París, Dalloz, 2004. Pp. 402-404. B. AUDIT, *Droit international privé*, Economica, París, 3^a ed., 2000, pp. 538 a 541.

¹⁴² Vid. al respecto A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, ob. cit., Vol. II. p. 87.

¹⁴³ Resolución Circular de 29 de julio de 2005, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre matrimonios entre personas del mismo sexo, III, c),

monio entre personas del mismo sexo, si uno de los esposos es nacional o tiene residencia en un Estado que permita tales matrimonios.

Parece que la finalidad de la norma expresada es la de trasladar al terreno del Derecho Internacional Privado la irrelevancia del elemento del sexo de cada uno de los contrayentes, en el concepto útil del «matrimonio». Dada la frecuencia con la que esta excepción a la regla general tiene que operar en la praxis de los tribunales belgas, se ha dicho que tal excepción se ha tornado la regla, poniendo en jaque la solución conflictual general del art. 46.1.¹⁴⁴

Se trata de una norma materialmente orientada, alineada tanto con el *favor matrimonii* como con el *favor divorpii* y sustentada en la idea de que en el conflicto de leyes plateado por un contrayente cuya ley personal le impida casarse con personas de su propio sexo, y otro contrayente cuya ley personal admite el matrimonio homosexual, debe ser preferida, en base al *ius connubii*, la ley que no incorpora el impedimento.¹⁴⁵

La solución belga, conocida ya en nuestra literatura jurídica como tesis anti bloqueo, porque anula la eficacia impeditiva del estatuto personal de uno de los contrayentes, goza del favor de la doctrina científica dentro y fuera de Bélgica, pero solo es viable mediante la efectiva introducción de la fórmula correctora que imponga la preeminencia de la ley personal menos rigurosa. Sin la positivación de tal fórmula, que desde luego, no tenemos en el art. 9.1 de nuestro Código Civil, no parece posible acudir a una solución como la reflejada en el art. 46 del Código de Derecho Internacional Privado belga.¹⁴⁶

En la doctrina española, la solución belga que acabamos de exponer no tiene posible despliegue, porque ni siquiera existe una norma que asocie el sexo de los contrayentes a las cuestiones de capacidad. No tenemos, pues, ningún motivo para determinar que la diversidad de sexos se reduce a un problema de resolución de conflictos entre los estatutos personales de los contrayentes. Ni siquiera existe acuerdo pacífico en la ciencia acerca de si los impedimentos, en general, albergan verdaderos aspectos relacionados con la capacidad de las personas. Por nuestra parte, compartimos la opinión del profesor Arenas García en el sentido de que los impedimentos no son verdaderas condiciones negativas de la capacidad, sino, antes bien, referentes jurídicos que incorporan objetivos de política legislativa del Estado-legislador, muchos de ellos arrastrados en el devenir de los siglos y ya sin mucho sentido en el presente. Esta opinión, que la investigación histórica sobre el matrimonio contribuye a confirmar, nos tiene que llevar también a compartir el criterio de aquel autor en el sentido de que debe ser la *lex auctoritatis*, es decir, el ordenamiento en el seno del cual se celebra el matrimonio, la que rija el alcance de estas prohibiciones.¹⁴⁷ Esa *lex auctoritatis* se ha llevado ya, aunque frecuentemente bajo la denominación de *lex loci celebrationis*, a varios sistemas de Derecho Internacional Privado, particularmente el suizo, el holandés y el australiano, y es la solución que acogió la Conferencia de Derecho Internacional privado de La Haya en su Convenio de 14 de marzo de 1978, cuyo art. 3 consagra el compromiso de los Estados contratantes de celebrar efectivamente el matrimonio solicitado cuando los contrayentes reúnan, alternativamente, o bien «...las condiciones de fondo previstas por la ley interna del Estado de la celebración y uno de ellos tenga la nacionalidad de dicho Estado o resida habitualmente en él», o bien cada uno de ellos reúna «... las condiciones de fondo previstas por la ley interna designada por las normas de conflicto de leyes del Estado de la celebración.» Con esta solución, de creciente aceptación en los tiempos modernos, regresamos al pasado medieval en que se forjaron los cimientos mismos del Derecho Internacional Privado.

¹⁴⁴ Cfr. J.L. RENCHON, «L'avènement du mariage homosexual dans le Code civil belge», en *Revue de Droit International et de Droit Comparé*, 2004. pp. 169 a 207. A. QUIÑONES ESCÁMEZ, «Uniones conyugales o de pareja: formación, reconocimiento y eficacia internacional», ob. cit., p. 221.

¹⁴⁵ Cfr. A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Aspectos internacionales de los matrimonios entre personas del mismo sexo: notas a la resolución circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de julio de 2005», en *Boletín Oficial del Ministerio de Justicia*, 2007, año 60. p. 26.

¹⁴⁶ Cfr. A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Aspectos internacionales de los matrimonios entre personas del mismo sexo: notas a la resolución circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de julio de 2005», ob. cit., p. 27.

¹⁴⁷ Cfr. R. ARENAS GARCÍA, *Crisis matrimoniales internacionales. Nulidad matrimonial separación y divorcio en el nuevo Derecho Internacional Privado español*, ob. cit., p. 206 y 207.

3. La concepción «estructural» de la diversidad de sexos en el matrimonio y el orden público internacional español

49. En los últimos años se ha extendido, al hilo de las numerosas reformas legislativas producidas en Europa en relación con las uniones no matrimoniales registradas, una concepción «estructural» o «institucional» de la diversidad de sexos, que la configura como un elemento integrante del concepto de matrimonio –un matrimonio restringido a parejas heterosexuales–, o, por el contrario, ausente de dicho concepto –matrimonio abierto.

En las doctrinas italiana, francesa y alemana, se ha utilizado la idea de que la heterosexualidad es un elemento consustancial al matrimonio, con diferentes matices, pero siempre con una proyección de denegación de la validez de los matrimonios homosexuales contraídos allende las fronteras estatales.¹⁴⁸

En nuestro país, la Resolución–Circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de julio de 2005, obra y mérito de la profesora Blanco Morales Limones,¹⁴⁹ argumentaba inicialmente sobre la base de la consideración de la diversidad de sexo como un impedimento afectante a la capacidad y sujeto por lo tanto a la ley personal de cada cónyuge, pero después incluía también una construcción de la figura institucional del matrimonio nucleada en torno a la irrelevancia del sexo de los contrayentes.

Del conjunto de hilos argumentales de la Resolución–Circular se desprende que la Dirección general propugna la aplicación de un correctivo del orden público internacional español según el modelo de la *Inlandsbeziehung*, en cuanto ese orden público internacional sólo operaría si el contrayente extranjero residiese en España. Ya hemos expuesto con suficiente extensión nuestro criterio opuesto con carácter general a la aplicación del orden público internacional de manera selectiva en función de la proximidad el supuesto con el Estado del foro. La perspectiva de que la técnica de la esa *Inlandsbeziehung* afecte en este caso a la ratio decidendi que conducirá a resolver positiva o negativamente el triunfo o el arrumbamiento del *ius connubii* de los sujetos bajo la jurisdicción de los tribunales españoles, no nos lleva sino a sino reafirmarnos en nuestro criterio. La dignidad de la persona y su derecho a la vida privada y familiar exige que, como ha dicho el Profesor Sánchez Lorenzo, cualquier matrimonio que se pueda autorizar por autoridad española no repare en el sexo de los contrayentes.¹⁵⁰

La solución en nuestro país podría pasar por considerar que el concepto de matrimonio que subyace en el art. 44 del Código Civil, debe traspasar los límites del Derecho interno y ser utilizado también, con el carácter de valor fundamental de nuestro ordenamiento jurídico, en el método conflictual de aplicación de la ley rectora de la separación y el divorcio.¹⁵¹ De esta manera, en presencia de una ley extranjera que excluya o no contemple el matrimonio entre personas del mismo sexo, con independencia de su posicionamiento en relación con la vinculación con la capacidad o con la estructura objetiva del matrimonio, entrará en juego, en vía incidental, a los efectos de apreciar la existencia y la validez del matrimonio, el orden público internacional español (art. 12.3 del Código Civil) que producirá el efecto llamada de la ley del foro. Tal es la solución que se ha consagrado en Bélgica, en donde el Ministerio de Justicia ya ha avanzado su posicionamiento al respecto: se considera simplemente discriminatoria, y por lo tanto incompatible con el orden público internacional belga, una ley extranjera que excluya o no contemple el matrimonio homosexual.¹⁵²

¹⁴⁸ Cfr. H. FULCHIRON, «Le mariage homosexuel et le droit français (à propos des lois hollandaises du 21 décembre 2000), ob. cit., pp. 1628 a 163 ; A. RÖHTEL, «Gleichgeschlechtliche, Ehe und ordre public», *IPRax*, 2002, pp. 496-500; J. WASMUTH, «Ehesliebung unter Gleichgeschlechtlichen in den Niederlanden und deutscher ordre public», en *Liber Amicorum Gerhard Kegel*, Munich, C.H. Beck, 2002, pp. 237-259.

¹⁴⁹ Cfr. A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Aspectos internacionales de los matrimonios entre personas del mismo sexo: notas a la resolución circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de julio de 2005», ob. cit., p. 32.

¹⁵⁰ S. SÁNCHEZ LORENZO, «La aplicación de la ley 13/2005 en el caso de contrayentes extranjeros», ob. cit., p. 4.

¹⁵¹ Tal como lo explica SÁNCHEZ LORENZO, las normas de Derecho Internacional Privado relativas al matrimonio se interpretan ahora de conformidad con este nuevo concepto, lo que es perfectamente consecuente con el principio de calificación *ex lege fori* que se establece en el art. 12.1º del Código Civil. Criminalmente responsable trabajo citado en nota anterior. p. 5.

¹⁵² Circular del ministerio de justicia de 23 de enero de 2004 relativa a ciertos aspectos de Derecho Internacional Privado de la ley de 13 de febrero de 2003; A. FIORINI, «New Belgian Law on same sex marriage and the PIL implications» en *International & Comparative Law Quarterly*, 2003, pp. 1039 a 1.049. Vid. A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Aspectos

50. Por lo que llevamos dicho, podemos concluir que la relatividad de soluciones en el Derecho comparado en punto a la posibilidad de celebrar y reconocer matrimonios entre personas del mismo sexo, no se traduce en una diferente capacidad de obrar de los sujetos, pues no puede hablarse de capacidad en relación con un modelo de negocio jurídico al que, sencillamente, no se reconoce por el Derecho objetivo ningún tipo de eficacia jurídica. Allí donde el Derecho prohíbe, e.g., el contrato de maternidad subrogada, o se excluye la coercibilidad de las obligaciones dimanantes de un acuerdo de prostitución, o de un pacto de cuota litis entre abogado y cliente, no es correcto decir que no se reconoce a los nacionales, ni a los residentes, capacidad para tales modalidades negociales. Sencillamente, tales acuerdos no producen acción de cumplimiento ante los tribunales ni ningún otro tipo de eficacia jurídica en el campo de las obligaciones.

La perspectiva histórica nos trae la experiencia de que las limitaciones a la capacidad de las personas tienen como fundamento y finalidad la de proteger al propio sujeto al que afecta, de las consecuencias de sus propios actos, o bien proteger a los terceros preservándoles de un vínculo con un sujeto que, por la anomalía que presenta en su estatuto jurídico, supondría un perjuicio en su esfera jurídica. Aunque esta regla tiene excepciones, que no deben quedar en el olvido, es posible afirmar que, con carácter general, el legislador no acude al expediente de la incapacidad para la consecución de fines de interés general, relacionados con la configuración general de la sociedad y la cohesión general entre los sujetos que integran la comunidad.¹⁵³

Por ello es posible defender que, en los Estados en que se exige a los futuros cónyuges la heterosexualidad como requisito de validez del matrimonio a contraer, tal imperativo no persigue una finalidad tuitiva de los contrayentes prestos a constituir esa relación jurídica entre sí. No se trata de una norma atinente a la capacidad de los sujetos, sino al objeto de la relación jurídica.¹⁵⁴

De ahí que no nos parezcan adecuadas, ni necesarias, después de la reforma, por obra de la Ley 13/2005, del art. 44 del Código Civil, las razones expuestas por la Resolución Circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de julio de 2005, fundadas en la supuesta emergencia del problema de un impedimento bilateral, que no es tal impedimento, ni tal problema jurídico. Lo que no nos impide reconocer a esa Resolución el mérito de haber consagrado una formulación completa y con un alto grado de perfección técnica, de la tesis estructural de la diversidad de sexos.

En el ordenamiento jurídico español, tras la entrada en vigor de la Ley 13/2005 de 1 julio 2005, al incorporarse al art. 44 del Código Civil un modelo de matrimonio en el que el sexo de los cónyuges resulta absolutamente irrelevante, no tiene por qué existir una diferencia conceptual entre matrimonio a efectos de la aplicación de nuestra legislación civil sustantiva interna, y un matrimonio con elemento extranjero que exija la intervención del Derecho Internacional Privado. La calificación *lege fori* que prescribe el art. 12.1 del Código Civil hace innecesarios algunos de los esfuerzos argumentativos contenidos en la Resolución Circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de julio de 2005, aquellos que ligan configuran la diversidad de sexos como un impedimento de la capacidad nupcial.

La libertad dejada a los Estados Miembros participantes para calificar el vínculo de las partes solicitantes o contendientes en el proceso matrimonial, (art. 13 del Reglamento) podría colocar fuera del alcance de las mismas la recuperación del *ius connubii*, cuando el matrimonio entre personas del mismo sexo no aparezca reconocido en el Derecho de ninguno de los Estados Miembros participantes con los que la pareja mantiene conexión. Pero los esposos que soliciten la separación o el divorcio, o que entren en contienda judicial en virtud de la pretensión deducida en el proceso por cualquier de ellos, siempre

internacionales de los matrimonios entre personas del mismo sexo: notas a la resolución circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de julio de 2005», ob. cit., p. 28.

¹⁵³ Debemos recoger sin embargo una excepción destacada en la norma del artículo 47 del Código Civil en cuanto establece que no pueden contraer matrimonio entre sí «Los condenados como autores o cómplices de la muerte dolosa del cónyuge de cualquiera de ellos». Es indudable que con tal prevención se persigue defender a la sociedad imponiendo una técnica preventiva al tiempo que un complemento irrenunciable de la teoría del agotamiento de las consecuencias jurídicas del delito: el autor del ilícito penal no debe extraer u obtener ventaja alguna de su comisión. El recurso al expediente de la capacidad es excepcional en este campo de las potestades de control social.

¹⁵⁴ Cfr. A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Aspectos internacionales de los matrimonios entre personas del mismo sexo: notas a la resolución circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de julio de 2005», ob. cit., pp. 32, 33 y 39.

mantendrán una conexión suficiente con el Estado en el que se celebró el matrimonio, regido por esa *lex magistratus* que, según hemos expuesto páginas arriba, es la única que legítimamente puede imponer restricciones a la celebración; un Derecho cuyos valores en lo que tales restricciones respecta, ha sido aceptado por los contrayentes, más allá de las peculiaridades de sus leyes personales.¹⁵⁵

4. Las limitaciones del Derecho Comunitario y el alcance del art. 21 de la carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

51. Un sector de la doctrina ha mantenido una posición altamente progresista en relación con la obligación de los Estados Miembros de admitir los matrimonios válidamente celebrados en cualquier otro Estado Miembro, en base al art. 21 del Tratado de la Unión Europea.¹⁵⁶

Tal posicionamiento, que compartimos en estas páginas, aparece construida en los trabajos científicos publicados hasta hoy, como una solución limitada art. ciudadanos comunitarios frente art. cuales se alzan todas las barreras para su libre circulación por el suelo de la Unión, pero no para los no comunitarios art. que alcanzará la aplicación de este Reglamento 1259/2010, cuyo carácter universal proclama su artículo 4.

52. Ya hemos expuesto en otro lugar cómo el Reglamento 1259/2010 ha querido dejar a las autoridades de los Estados Miembros participantes en libertad para decidir sobre la admisión o no de una demanda de separación o de divorcio, en función de que las pretensiones deducidas se refieran a un verdadero vínculo matrimonial. En este sentido citábamos no solo el trascendental art. 13 del Reglamento, sobre cuyo significado ya nos hemos extendido bastante, sino también el art. 1.2. b) del Reglamento, en cuanto excluye de su ámbito de aplicación «la existencia, validez o reconocimiento de un matrimonio».

El silencio del Reglamento y del Derecho comunitario acerca del concepto de «matrimonio» utilizable por los Estados Miembros, unido a la aplicación del art. 21 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (antiguo art. 18 del Tratado de la Unión Europea),¹⁵⁷ concebido para levantar obstáculos a la libre circulación de los ciudadanos de la Unión, nos produce perplejidad en cuanto al mecanismo resolutorio que las autoridades competentes tendrán que insertar en sus resoluciones, y rechazo en lo que se refiere a su alcance personal; pues, en cuanto a lo primero, la aplicación del Tratado como fuente preeminente originará una serie de decisiones muy singulares en materia de separación o divorcio, en las que las autoridades Estados Miembros participantes ni siquiera entrarán a resolver si la unión entre los contendientes o solicitantes es un verdadero matrimonio; pues, si se constata que tal unión se encuentra inscrita en el Registro Civil de cualquier Estado Miembro, la actualización automática sin art. control, prevista en el art. 21.2 del Reglamento 2201/03, descartará cualquier indagación ulterior en este aspecto; y se limitarán a razonar que, en estas circunstancias, su derecho a la libre circulación por el territorio europeo, exige la

¹⁵⁵ Cfr. R. ARENAS GARCÍA, *Crisis matrimoniales internacionales. Nulidad matrimonial, separación y divorcio en el nuevo Derecho Internacional Privado español*, ob. cit., pp. 206 y 207.

¹⁵⁶ El Tratado de la Unión Europea y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea han seguido la línea definida por el Tratado de Maastricht, con las modificaciones aportadas posteriormente. Así, por un lado, el Tratado de la Unión Europea mantiene en su preámbulo la resolución de crear la ciudadanía común a los nacionales de los países socios y, en el artículo 9, tras proclamar el respeto por la Unión del principio de igualdad, declara ciudadano a quien tenga la nacionalidad de un Estado Miembro; por otro lado, el Tratado de Funcionamiento, en los artículos 20 a 25, conserva la creación de la ciudadanía de la Unión y regula sus derechos específicos de modo semejante a la normativa precedente.

En concreto, el apartado 2 del artículo 20 del Tratado de Funcionamiento reconoce a los ciudadanos de la Unión la titularidad de los derechos y la sujeción a los deberes «establecidos en los Tratados», pero concreta algunos derechos, desarrollados en los artículos ss.: a) el de «ircular y residir libremente en el territorio de los Estados Miembros» (artículo 21).

Así, los profesores A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ han defendido que el art. 21 del Tratado de la Unión Europea, en la medida en que establece el arrumbamiento de cualquier barrera a la libre circulación, supone la tenencia de un mismo y único estado civil por parte de los ciudadanos europeos, en cualquier parte del territorio de la Unión, lo que, en su concepto, supone el deber de todo Estado Miembro de admitir la existencia y la validez de un matrimonio contraído por un ciudadano europeo con persona de su propio sexo. A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Derecho Internacional Privado y matrimonios entre personas del mismo sexo», ob. cit., p. 68.

¹⁵⁷ Bien fundamentado por A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, en su Derecho Internacional Privado, ob. cit., Vol. II. p. 106. Idem, A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Aspectos internacionales de los matrimonios entre personas del mismo sexo: notas a la resolución circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de julio de 2005», ob. cit., pp. 43 y ss.

admisión de la demanda sin mayor análisis, cualquiera que sea la nacionalidad y el estatuto personal del otro. Sin duda el efecto directo del art. 21 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea tiene que tener el significado de que los particulares pueden invocar su aplicación y esgrimirlo en cualquier proceso matrimonial ante cualesquiera autoridades competentes para conocer del mismo, jurisdiccionales o no.

Por otra parte, en cuanto al alcance de la solución, sus resultados no nos separan demasiado de las consecuencias de un orden público de proximidad, pues, en realidad, lo que se está haciendo es imponer la primacía de la solución comunitaria solo cuando la situación privada internacional mantiene una conexión con la Unión Europea, por razón de la condición personal de una de las partes.

¿Qué ha de responder el Juez europeo ante una demanda de divorcio formulada por ciudadanos no comunitarios del mismo sexo, cuyo matrimonio no está inscrito en un Registro Civil de un Estado Miembro? Pues, tras constatar que no tienen derecho de libre circulación reconocido en el Tratado (art. 21) y en la Carta de Derechos Fundamentales de la unión Europea (art. 45), podría llegar a exigir una prueba rigurosa de que los consentimientos se prestaron efectivamente, abarcando los efectos y la sustancia misma de la unión conyugal tal como está concebida en el foro, por personas capaces, y en una forma ajustada la *lex loci celebrationis*, o en las coediciones que imponga el sistema conflictual que ese Juez ha jurado acatar y hacer acatar a otros. La discriminación es, entonces, inevitable, y no creemos que pueda ser tolerada, por ser opuesta tanto a las Constituciones internas de los Estados (Art. Art. 14 de la Constitución española) como al art. 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el cual, si bien teóricamente no puede extender ni ampliar las competencias atribuidas en los Tratados, tiene un valor autónomo que trasciende la mera finalidad de consolidación del mercado interior.¹⁵⁸

5. La estrategia de los cónyuges del mismo sexo: ¿Elección de ley material o de sistema de Derecho Internacional Privado?

53. Resuelta hipotéticamente la cuestión de la competencia judicial internacional de un tribunal de alguno de los Estados Miembros participantes, bien en base a los foros de los arts. 3 a 5 del Reglamento o bien en virtud de un foro previsto en la legislación interna, (art. 7) la elección que realicen los cónyuges del mismo sexo, de la *lex separationis* o de la *lex divorii*, no es relevante a los efectos de favorecer la estimación de la pretensión constitutiva, pues la *lex causae* determinada conforme a las normas de conflicto del Reglamento 1259/2010 no rige la existencia o la validez del matrimonio (art. 1.2. b) y 13 del Reglamento).

En las legislaciones internas de algunos Estados europeos se ha instaurado un sistema de degradación del matrimonio entre personas del mismo sexo a unión civil registrada, unión no matrimonial que se regiría en los respectivos casos, por la legislación sobre uniones registradas contenidas en dichos ordenamientos.¹⁵⁹ Curiosamente, algunos Estados que mantienen una postura abierta en cuanto a la consideración del matrimonio poligámico como un verdadero matrimonio, tienen una jurisprudencia inflexible en lo que respecta a las uniones entre personas del mismo sexo, excluyéndolas, sin matices, del concepto de matrimonio.¹⁶⁰

¹⁵⁸ Cfr. J.-Y. CARLIER, «Non-discrimination et étrangers», abril de 2011. Trabajo presentado en Coloquio celebrado en la Universidad Montesquieu Bourdeaux IV en relación con *La non-discrimination entre les européens*, los días 7 y 8 de abril de 2011, p. 8.

¹⁵⁹ Tal es el caso de las legislaciones británica (Civil Partnership Actuaciones, de 2004) y suiza (Ley suiza de Derecho Internacional Privado de 18 de diciembre de 1987, art. 45), si bien, al no tener estos Estados la condición de Estados Miembros participantes, la degradación discurre en el terreno del reconocimiento de matrimonios y no producirá, salvo cambios políticos de envergadura, interacción alguna con la aplicación del Reglamento 1259/2010. Cfr. A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, ob. cit., Vol. II. p. 107. Pero también es el caso de Alemania, (art. 17.b, núm. 4 del EGBGB), que sí es Estado Miembro participante en el Reglamento 1259/2010, por lo que es previsible que no admita las demandas de separación o divorcio relativas matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en España, Bélgica u Holanda, ni en ningún otro Estado en que tal unión conyugal tenga validez. Vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, y F. SEATZU, «Normas de competencia judicial internacional en la Propuesta de Reglamento 1259/2010», en *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, núm. 3, 2009. pp. 586 y 587.

¹⁶⁰ Así, para el ordenamiento francés, FULCHIRON ha escrito que «Certes les sociétés occidentales rejettent le mariage polygamique... Pour autant il existe depuis la nuit des Etats membres participants bibliques et reste admis dans de nombreux pays... Dans les cas du «mariage» entre personnes du même sexe, l'essence même du mariage est en cause. L'élargissement de la catégorie mariage n'est plus possible car on touche la nature même du mariage qui se définit comme l'union de l'homme et la femme.» Cfr. H. FULCHIRON, «Le mariage homosexuel et le droit français (à propos des lois hollandaises du 21 décembre

Ninguna solución representa, a los efectos de que se repute matrimonio la unión entre dos personas del mismo sexo, la introducción, por el Reglamento 1259/2010, de la autonomía conflictual (arts. 5 y siguientes), que no puede ser utilizada por los esposos del mismo sexo para «imponer» al Juez competente una ley suministradora de un concepto extenso de matrimonio, favorable a su posicionamiento. Un tal pacto está sustraído en la mayor parte de los Derechos conflictuales nacionales a la autonomía de la voluntad, pues, dadas las implicaciones que la cuestión tiene en la idea del Estado civil y el funcionamiento del Registro Civil, los Estados no mantienen un concepto de matrimonio diverso a los efectos de aplicación de su Derecho civil interno y a efectos del Derecho Internacional Privado.¹⁶¹

Esa misma es la solución que nuestra doctrina mantiene para el sistema jurídico español, en el que, tal como observan los profesores Calvo Caravaca y Carrascosa González, ninguna norma de conflicto aborda la cuestión de la ley que debe ser aplicada para resolver el lugar en que debe ser colocada la alternativa homosexualidad/heterosexualidad,¹⁶² lo que nos aboca a rechazar el método conflictual como cauce para determinar la «existencia del matrimonio» a los efectos de aplicar tanto el Reglamento 2201/03 como el Reglamento 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre, de cooperación reforzada en materia de ley aplicable.

De ahí que podamos decir que la solución más apropiada para las parejas homosexuales es un *forum shopping for system shopping*, que el Derecho comunitario debe permitir –con la consiguiente exclusión de cualquier persecución del fraude de ley– a fin de evitar que para este colectivo, el matrimonio se convierta en una prisión que estrangule el derecho que confiere a toda persona el art. 9 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

54. La reforma acometida por las instituciones europeas para, en un solo cuerpo legislativo, reformar el Reglamento 2201/03 y abordar la armonización de las normas de conflicto de los Estados de la Unión, tendría que producir el efecto de potenciar la autonomía de la voluntad mediante la formalización de pactos que incluyesen tanto una sumisión expresa a favor de determinado tribunal, como una elección de ley que no tendría que sujetarse necesariamente al esquema *forum = ius*. De tal manera se ganaría en seguridad jurídica y se reduciría considerablemente la carrera al tribunal, en cuanto, conocido ex ante el órgano competente para resolver sobre la separación o el divorcio, ninguna ventaja obtendría para sí el cónyuge que resultase ser el primero en formalizar su demanda, ni en orden a la sustanciación del proceso en suelo más próximo a su entorno vital, ni en relación con la ordenación jurídica que habría de aplicarse a las pretensiones deducidas.¹⁶³

En tanto no se admite esta solución por todos los Estados Miembros participantes, las parejas homosexuales sufrirán una discriminación no justificada por razón de orientación sexual, prohibida por el art. 21.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, cuya observancia es recordada por tres veces a los largo de los Considerandos del Reglamento 1259/2010. Si no se tienen presentes los derechos de la Carta a la hora de resolver la cuestión previa de la existencia de matrimonio, más de la mitad de los Estados Miembros participantes tendrán que admitir que las personas casadas con otras de sexo opuesto pueden elegir entre foros alternativos de distintos Estados y elegir la ley aplicable a su separación o a su divorcio; mientras que los sujetos casados con otros del mismo sexo, solo pueden acudir ante autoridades estatales que reconozcan como verdadero y existente matrimonio su unión homo-

2000), le Dalloz, 2001, p. 1629. Por su parte, el *Bundesverfassungsgericht* alemán ha establecido en numerosas decisiones que la unión entre personas del mismo sexo no puede ser conceptualizada como matrimonio por ser esencial o consustancial a éste la nota de la heterosexualidad, conforme a la propia Constitución alemana. En cuanto a la ya añeja polémica sobre el concepto de matrimonio en el art. 32 de la Constitución española, véanse las razones expuestas por GONZÁLEZ BEILFUSS en su trabajo «Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la Unión Europea», ob. cit., pp. 124 a 129, tomando en consideración que las mismas fueron redactadas antes de la interposición del Recurso de Inconstitucionalidad contra la ley 13/2005. La cuestión se encuentra en este momento *sub judice* en la más alta instancia constitucional.

¹⁶¹ Diferenciación que echan de menos los buenos internacionalistas. Así, FULCHIRON ha podido escribir: «On admet en droit international privé qu'il convient d'élargir les catégories du for pour y faire entrer des institutions étrangères que le droit interne en connaît pas ou dont les formes et les modalités sont différentes». H. FULCHIRON, «Le mariage entre personnes de même sexe en Droit française: refus et/ou reconnaissance?», en *Revue Internationale de Droit Comparé*, núm. 2, 2010. p. 261.

¹⁶² Cfr. A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Derecho Internacional Privado y matrimonios entre personas del mismo sexo», ob. cit., pp. 41 y ss.

¹⁶³ Cfr. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ y F. SEATZU, «Normas de competencia judicial internacional en la Propuesta de Reglamento 1259/2010», ob. cit., p. 577.

sexual, lo que puede reducir extraordinariamente el círculo de Estados ante los cuales podría formalizar una demanda de separación o de divorcio, e incluso originar una verdadera situación de denegación de justicia en este espacio judicial de libertad y seguridad.¹⁶⁴

55. ¿Cuál sería la estrategia de los esposos en tanto no se acepte por los Estados Miembros participantes el reconocimiento automático de su matrimonio contraído en el extranjero?

Los esposos del mismo sexo que pretendan acceder, con los menores costes conflictuales, a la disolución de su matrimonio, hoy por hoy, pueden tener que pasar por un *forum shopping for system shopping* que supondrá una elección, no tanto entre ordenamientos estatales diversos, como entre *sistemas jurídicos*. En efecto, en tanto los Estados de la unión mantengan el mismo concepto de matrimonio para la resolución de sus situaciones internas y para la resolución de las situaciones privadas internacionales, los cónyuges homosexuales harán lo posible por formalizar su demanda, de entre los tribunales posiblemente competentes dentro del elenco del art. 3 del Reglamento 2201/03, ante las autoridades de alguno de estos Estados:

- En primer lugar, Estados cuyos ordenamientos materiales internos (*lex materialis cause*) no exijan la heterosexualidad como requisito integrativo del matrimonio, y cuyas autoridades estén dispuestas a aplicar ese mismo concepto de matrimonio abierto en el proceso de divorcio con elemento extranjero que ante ellas penda.
- En segundo término, cuando no sea posible formalizar una demanda ante algunos de estos Estados, por las conexiones que los esposos mantengan con los distintos Estados Miembros participantes, la elección debería recaer en un Estado que mantenga, no un control conflictual, sino un control por reconocimiento,¹⁶⁵ según el modelo de identificación del ordenamiento competente,¹⁶⁶ pues este sistema es el que, por la fuerza de la presunción de validez de los distintos elementos concurrentes, puede facilitar en mayor grado la constatación de la existencia de matrimonio en el sentido del Considerando (26), párrafo segundo, del Reglamento 1259/2010.

¹⁶⁴ Sin olvidar, con esto, que, si llegan a convertirse en Derecho la Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas (COM (2011) 127 final. Bruselas, 16.3.2011) y la Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económico matrimoniales (COM (2011) 126 final. Bruselas, 16.3.2011) se perpetuará una nueva discriminación por el papel que se reconoce a los cónyuges, en el seno del matrimonio, en materia de elección de ley aplicable a su régimen económico, y que en cambio, no existe en relación con los efectos patrimoniales en el seno de las uniones registradas, hoy abrigo de la mayor parte de las parejas homosexuales que no han podido contraer matrimonio. Pues, a tenor del art. 15 de la Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas «La ley aplicable a los efectos patrimoniales de la unión registrada será la ley del Estado de registro.» Ningún juego tiene aquí la voluntad concorde de los miembros de la unión regostada, mientras que los esposos unidos en un matrimonio reconocido como existente en un Estado, «...podrán elegir la ley aplicable a su régimen económico matrimonial, que deberá ser una de las leyes siguientes: a) la ley del Estado de residencia habitual común de los cónyuges o futuros cónyuges, o b) la ley del Estado de residencia habitual de uno de los cónyuges o futuros cónyuges en el momento de la elección, o b) la ley del Estado de nacionalidad de uno de los cónyuges o futuros cónyuges en el momento de la elección. (art. 16 de la Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económico matrimoniales.)

¹⁶⁵ La Dirección General de los registros y del Notariado ha llegado a utilizar de forma explícita la construcción del reconocimiento de situaciones creadas en el extranjero en su Resolución de 18 de febrero de 2009 sobre inscripción de un niño nacido e inscrito en California, fruto de un contrato de maternidad subrogada; resolución que fue posteriormente anulada, tras despertar en la doctrina científica más aplausos que reproches. También en relación con el matrimonio se ha alegado a una postura próxima la del reconocimiento en las Resoluciones de la Dirección general de los Registros y del Notariado (6ª) de 1 y 2 de junio de 2006 el Centro Directivo ha hecho uso del principio de vinculación más estrecha para resolver la cuestión de la inscribibilidad como matrimonio del formado por dos personas del mismo sexo, de nacionalidad británica, domiciliados en España. La Dirección concluía que el domicilio en España hacia de la española la ley más estrechamente vinculada con la pareja, por lo que aplicaba la ley española. La aplicación del mismo criterio en los supuestos de matrimonios informales llevaría a la Dirección general, si mantuviera la obligada cogencia con sus propios planteamientos, a inscribir el matrimonio constituido sin intervención de autoridad de dos personas cuando la ley más estrechamente vinculada a los interesados sea la de aquel Estado en el que se formó la unión y esta fue aceptada por la colectividad el lugar, *by habit and repute*.

¹⁶⁶ Cfr. R. ARENAS GARCÍA, *Crisis matrimoniales internacionales. Nulidad matrimonial separación y divorcio en el nuevo Derecho Internacional Privado español*, ob. cit., pp. 183 a 192.

6. *Forum necessitatis vs. forum shopping for system shopping*

56. La solución arbitrada, para el divorcio –pero solo para el divorcio– de los matrimonios entre personas del mismo sexo, por el texto del Proyecto de Reglamento 1259/2010, antes que se desgajara, del mismo, el Reglamento 1259/2010 luego llevado a buen término, no discurría por los cauces de la elección de ley aplicable sino por los de la elección de foro. La Propuesta en su última versión antes de que se separaran los caminos de los dos sectores del Derecho Internacional Privado –competencia judicial internacional y ley aplicable– era la de permitir que los cónyuges del mismo sexo pudieran, en caso de no existir un tribunal que reputase «matrimonio» su unión homosexual, plantear su demanda ante los tribunales del Estado en el que hubieran contraído matrimonio, o ante los tribunales de la nacionalidad e cualquiera de ellos.¹⁶⁷

Este cauce excepcional del *forum necessitatis* solo podía ser utilizado por los esposos del mismo sexo para obtener el divorcio no la separación matrimonial, y solo después de haber constatado que los únicos tribunales que podrían resultar competentes conforme al art. 3 del Reglamento, no consideran matrimonio la unión entre personas del mismo sexo.

La solución podría considerarse como «razonable», a la vista de la postura ya avanzada por prestigiosos autores que se han erigido en voz de sus respectivos Estados –para advertir que no admitirán tales demandas– si no fuera porque, no obstante la buena intención que sustenta la solución de la Propuesta, no deja de ser discriminatoria, por varias razones. Por una parte, la más evidente es que los cónyuges de diferente sexo que se encuentren involucrados en una situación con un alto grado de internacionalidad pueden elegir entre un amplio círculo de Estados con competencia para conocer de la demanda. En segundo lugar, porque los cónyuges del mismo sexo que no pueden formalizar una demanda de separación ante los tribunales de los estados designados en el art. 3,¹⁶⁸ se quedarán, si la Propuesta llega a bañarse en las páginas del DOUE, sin la posibilidad de gozar de ese remedio, que quizás no se considere vinculado al ius connubii pero no deja de ser una posible respuesta del Derecho a una necesidad psicológica de todo sujeto inmerso en la crisis matrimonial, con independencia de sus orientación sexual. Una diferenciación no menos visible es la de la imposibilidad de acudir a otro foro de competencia previsto en la Propuesta y del que quedarán apartados los esposos del mismo sexo, a saber, la sumisión tácita, que se pretende insertar en la normativa del Reglamento 2201/2003. Esa diferencia de oportunidades es indudablemente lesiva del art. 21.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que prohíbe cualquier trato discriminatorio fundado en la «orientación sexual» de las personas.

57. Transcurrido ya un largo lapso de tiempo sin avances en la propuesta de modificación del Reglamento 2201/03, no sabemos si aquel texto que se escindió en dos, divorciando a toda Europa en dos sectores en materia de Derecho aplicable, llegará a buen término o tendremos que buscar otras respuestas, acaso en la jurisprudencia del TJUE o en las soluciones particulares de los tribunales estatales.

Por lo pronto, mientras no dispongamos de un concepto de matrimonio que comprenda a las categorías que pugnan por alejarse de esa «Comunidad de Derecho» que es la Unión Europea, el camino hacia la decisión judicial que disuelva el vínculo debe ser abierto a través del Reglamento 2201/03. Los esposos del mismo sexo tendrán que deducir sus pretensiones ante un tribunal que, siendo competente para conocer del divorcio, no cierre el acceso a la jurisdicción en el trámite de la «cuestión previa», por inexistencia del matrimonio. Entonces, por extraño que pueda parecer, la información ilustrada e integral que se les debe dispensar no debe versar solo sobre las distintas leyes que pudieran elegir al amparo del art. 5 del Reglamento, pues tal información debe extenderse a las características propias del sistema

¹⁶⁷ Artículo 7 bis de la Propuesta, bajo la rúbrica «Forum necessitatis»: «Cuando los órganos jurisdiccionales competentes en virtud de los artículos 3, 3 bis y 7 se encuentren en un Estado Miembro cuya legislación no contemple el divorcio o no reconozca el matrimonio de que se trate a los efectos de pronunciar el divorcio, los cónyuges, o uno de los cónyuges, podrán solicitar el divorcio ante: a) los órganos jurisdiccionales del Estado Miembro de la nacionalidad de uno de los cónyuges ; o b) los órganos jurisdiccionales del Estado Miembro bajo cuya autoridad se celebró el matrimonio.»

¹⁶⁸ Cfr. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, y F. SEATZU, «Normas de competencia judicial internacional en la Propuesta de Reglamento 1259/2010», ob. cit. pp. 587 y 588; A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «La Ley aplicable al divorcio en Europa: el futuro Reglamento 1259/2010», ob. cit., p. 67.

conflictual, técnicas de adaptación, sustitución y trasposición de instituciones y de reconocimiento de situaciones nacidas en el extranjero, que dominen las tareas judiciales en cada Estado. Es decir, un conocimiento altamente especializado de los sistemas de Derecho Internacional Privado de cada Estado, que, ni hoy por hoy proporciona la Red Judicial Europea, ni está al alcance de todos los profesionales del Derecho que trabajan en el terreno del Derecho de Familia.

Sería deseable, *de lege ferenda*, que el legislador comunitario impusiera un concepto funcional de matrimonio que incluyese a las parejas del mismo sexo y a las uniones poligámicas, pues sin una solución vertical como la propuesta, cualquiera otra medida relativa a la articulación de un *forum necessitatis* supondría una reducción de foros utilizables por personas del mismo sexo, con incidencia en el derecho de acceso a la jurisdicción, con lo que se originaría una lesión del principio prohibitivo de toda discriminación e incluso una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (arts. 21.1 y 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea).

No obstante, si la paralización del legislador comunitario llegase a la endemia, y la anunciada reforma del Reglamento 2201/03 quedase en letra muerta, teniendo en cuenta que tal solución discriminatoria del *forum necessitatis* supondría, cuando menos, un cauce de realización del *ius connubii* para las parejas homosexuales, tendrían que tomar la iniciativa los legisladores estatales para abrir, con amparo en sus propias Constituciones, un *forum necessitatis* a favor de los esposos que no hayan conseguido encontrar un foro favorable al matrimonio abierto. En este sentido, el foro del tribunal del Estado donde se celebró el matrimonio, que ha venido considerándose tradicionalmente como un foro exorbitante,¹⁶⁹ debería ser conservado por los Estados que, manteniendo una postura favorable a la admisión de la lo mantienen y adoptarse por los que nunca lo tuvieron: caso de España. Así, si se prolonga indefinidamente la aprobación de la ansiada y olvidada reforma del Reglamento sobre competencia judicial internacional, será necesario modificar el art. 22 de la Ley Orgánica del Poder judicial incluyendo en el apartado 3º un nuevo foro especial por razón de la materia, atribuyendo a nuestros tribunales competencia judicial internacional para la separación o el divorcio de los esposos del mismo sexo cuyo matrimonio se hubiese celebrado en España.

7. Toma de posición

58. A estas alturas del trabajo ya es posible concluir que:

- A) La decisión del operador jurídico acerca de si el matrimonio entre personas del mismo sexo es o no un matrimonio, debe producirse en el momento liminar del proceso que lleva al hallazgo y aplicación de la norma material que da respuesta al cassus. El método a utilizar es el del reconocimiento por identificación del ordenamiento con arreglo al cual se celebró el matrimonio, de manera que la pregunta que deben hacerse las autoridades de los Estados Miembros participantes, ante una demanda de separación o de divorcio planteada por un cónyuge frente a otro del mismo sexo, o ante una demanda conjunta, es la de si este matrimonio se celebró en su día por contrayentes capaces según la ley que en tal momento y que se exigía según la *lex loci celebrationis*, tal concurriendo el consentimiento con la amplitud requerida y con las solemnidades establecidas por esa misma ley.
- B) Retomando cuando tenemos expuesto en el Capítulo correspondiente al reconocimiento del matrimonio con elemento extranjero: A) Cuando el juego de las normas de conflicto del

¹⁶⁹ En este sentido, QUEIROLO, al comentar la remisión que efectúa el art. 7 del Reglamento 2201/03 al Derecho interno de los Estados, en defecto de competencia tribuida por el propio Reglamento a cualquiera oro Estado Miembro, a propósito de la Sentencia del TJUE de 27 de noviembre de 2007 (Asunto C-68/07, Sundelind López), apunta que «..... quanto riguarda l'Italia, il riferimento alla «legge interna» deve intendersi come rinvio all'art. 32 della legge di riforma del diritto internazionale privato, il quale prevede i titoli di giurisdizione per le controversie relative a divorzio, separazione e annullamento del matrimonio. Nell'ambito della disposizione si precisa che «la giurisdizione italiana sussiste oltre che nei casi previsti dall'art. 3, anche quando uno dei coniugi è cittadino italiano o il matrimonio è stato celebrato in Italia». Questo significa che la giurisdizione italiana, in materia matrimoniiale, è quanto mai estesa e può divenire esorbitante, giacché si fonda su di una pluralità di criteri che operano in modo da riportare alla conoscenza dei tribunali interni anche rapporti legati in maniera debolissima con l'ordinamento» (Cfr. I. QUEIROLO, «Lo scioglimento del vincolo matrimoniale tra regolamento 2201/2003 e proposte di modifica della disciplina comunitaria», *I Quaderni Europei*, núm. 15, 2009, Centro di documentazione europea dell' Università di Catania).

Reglamento 1259/2010 determine la aplicación de la ley española, el divorcio será otorgado si se dan los sencillos presupuestos los arts. 82 u 86 el Código Civil patrio, siendo irrelevante que la ley nacional de alguno de los esposos excluya el matrimonio entre personas del mismo sexo, pues la cuestión de si la unión entre los contendientes/solicitantes es un matrimonio, ya ha debido quedar resuelta antes de llegar a la determinación de la ley aplicable, y precisamente como paso previo a la decisión del propio órgano judicial de admitir su competencia judicial internacional conforme a cualquiera de los foros del art. 3 del Reglamento 2201/03. B) Si la aplicación de los arts. 5, 7, 8 y 9 del Reglamento nos ha llevado a hacer aplicable una ley extranjera, serán los presupuestos ó causas de separación o de divorcio establecidos en ésta, las que venga en aplicación, sin que sea relevante ahora el dato de que ese Derecho extranjero no admite el matrimonio entre personas del mismo sexo, por el mismo motivo: el Reglamento ha descartado explícitamente que su ámbito material se extienda a determinar cuáles son los elementos identificadores del concepto de matrimonio (arts. 1.2 b) y 13 del Reglamento), cuestión que ya ha tenido que ser resuelta antes incluso de decidirse la autoridad por la aplicación de un determinado sistema conflictual.

Tales cuestiones, según hemos razonado, deben ser acometidas y resueltas con arreglo al ordenamiento en cuyo marco jurídico se celebró el matrimonio, ordenamiento rector, también, del Registro Civil en el que es presumible que el referido matrimonio ha sido inscrito, y que posiblemente ha servido luego de también de entorno para el libre ejercicio de los derechos y cumplimiento de los deberes mutuos, por parte de los esposos (art. 9 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea).

Así, si el matrimonio entre contrayentes del mismo sexo fue válidamente celebrado en España, incluso con respeto a la exigencia de una conexión mínima con el suelo y la autoridad española, expresa en los arts. 57 del Código Civil y 238 del Reglamento del Registro Civil, este – el español– es el ordenamiento llamado a valorar la existencia de matrimonio, sin que tengan relevancia cualesquiera consideraciones relativa al estatuto personal de los contratantes, no por consideraciones de orden público sino, sencillamente, porque tales consideraciones ya se han dejado atrás en el proceso decisional que sigue el curso matrimonio–cuestión previa → competencia judicial internacional del tribunal español → selección de la norma de conflicto aplicable→ identificación del Derecho material aplicable.

Una vez reconocido el matrimonio por referencia al ordenamiento competente, la aplicación de la ley española no ofrece ninguna dificultad al Juez español; y la tenencia por uno de los contrayentes de la nacionalidad de un Estado en que no se admite el matrimonio entre personas del mismo sexo es irrelevante por cuanto la técnica conflictual no es relevante en este momento para saber si estamos ante un verdadero matrimonio, cuestión a la que, si hemos admitido nuestra competencia judicial internacional ex Reglamento 2201/03 y estamos aplicando el Reglamento 1259/2010, hemos tenido que contestar positivamente en una fase anterior del iter resolutivo.

En el último tramo del proceso resolutivo, el de la concreción de la consecuencia jurídica, entonces, si, el Juez tiene que constatar, al igual que el encargado de la oficina del Registro Civil (Arts. 59.2, 94.4º y 98.1. d) de la Ley 20/2011 de 21 de julio del Registro Civil) que el matrimonio no es manifiestamente contrario al orden público internacional español. Mas, en esta fase decisional, la óptica de la ley aplicable a la capacidad de un sujeto para unirse en matrimonio con pena del mismo sexo, aunque aceptásemos que la exclusión de tal posibilidad es un impedimento o nota negativa de la ley rectora de la capacidad, no puede tener ningún papel. Lo que nos importa es si la unión constituida en el extranjero, desde el punto de vista del resultado, va a suponer alguna quiebra o daño para los valores propios de la organización de la sociedad española. Y la respuesta, a la vista de las leyes 13/2005 y 15/2005, no puede ser más contundente: el matrimonio entre personas del mismo sexo no se opone a nuestros valores, pluralistas y propios de una sociedad multicultural, siendo, además, ahora, la medida del orden público, principalmente la dignidad humana y la libertad del individuo.¹⁷⁰

¹⁷⁰ Cfr. S. SÁNCHEZ LORENZO, «La aplicación de la ley 13/2005 en el caso de contrayentes extranjeros» en *Revista Electrónica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, www.refdugr.com. Fecha de publicación: 8 de enero de 2007. Pp. 4 y 5.

59. No ignoramos que la solución propuesta para la aplicación del Reglamento por los tribunales españoles puede significar una respuesta mucho más favorable que la que se ha avanzado por la doctrina especializada para otros ordenamientos de nuestro entorno.¹⁷¹ Sin embargo, no es temor fundado el de que nuestro país se convierta en un paraíso divorcista, pues el juego de los foros del art. 3 del Reglamento, unido a la exigencia contenida en los arts. 57 del Código Civil y 238 del Reglamento del Registro Civil, de que al menos uno de los contrayentes tenga domicilio en España, servirá para articular un razonable control de competencia de la autoridad española. En cuanto a la posibilidad de incrementar el número de matrimonios claudicantes, válidos en España e inválidos mas allá de nuestras fronteras, esta es una objeción a la que tenemos que contestar que un tal peligro se conjuraría fácilmente si en los demás Estados se optase por un modelo de reconocimiento según el criterio del ordenamiento competente, en lugar de extender el control conflictual que prescinde en tantas ocasiones del dato de que el matrimonio en cuestión se celebró en un Estado distinto del del foro, con arreglo a unos parámetros espaciales, temporales y normativos que deben ser valorados en función de esas circunstancias. En todo caso, tienen razón los profesores Calvo Caravaca y Carrascosa González al observar que las autoridades de un Estado Miembro no pueden erigirse en guardianes del orden público de otro Estado;¹⁷² ni lo exige el Derecho Comunitario, ni lo impone a nuestros jueces la Constitución ni ninguna norma de nuestro Derecho Internacional Privado, de factura convencional ni de producción interna.

60. La obligada contemplación de la prohibición de discriminación que contiene el art. 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea tendría que servir para justificar el rechazo de cualquier ley extranjera que imponga al divorcio de cónyuges homosexuales unos requisitos más gravosos o rigurosos que los establecidos para los matrimonios heterosexuales.

De ahí que hoy sea posible afirmar que la prohibición de toda discriminación, consagrada en ese precepto de la Carta, impone a los Estados Miembros una determinada opción acerca del rol que la diversidad de sexos desarrolla en el campo del Derecho matrimonial.

La consideración de la diversidad de sexos como un impedimento bilateral radicado en la capacidad nupcial de cada sujeto, determina que no todas las personas tienen, para las autoridades de cada Estado, el mismo derecho a la viuda privada y familiar, ni la misma capacidad nupcial. En los ordenamientos –y en las jurisdicciones– en que se utiliza este enfoque anclado en la capacidad personal, se produce un efecto doblemente perverso, a saber: en primer lugar, cuando el sujeto nacional de un Estado donde el matrimonio homosexual está prohibido, se desplaza a un Estado donde sí podría contraerlo conforme a la *lex loci celebrationis*, si este Estado mantiene la posición de atender a la ley personal de cada contrayente en lo frente a la capacidad para contraer matrimonio con personas del mismo sexo, entonces se produce una discriminación no justificada para ese sujeto, extranjero en el Estado de su residencia habitual, y los ciudadanos nacionales del Estado en que reside. Y en segundo lugar, ese Estado, liberal en lo que se refiere a la celebración del matrimonio abierto, se convierte, paradójicamente, en guardián de un orden jurídico y de una organización social que no son los propios.¹⁷³

El artículo 44 del Código Civil español dispone, desde julio de 2005, que «El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo». Nuestra ley material, por lo tanto, ha llevado la irrelevancia del sexo de la persona, en el terreno de la capacidad nupcial, a la estructura misma de la institución matrimonial; o lo que es lo mismo, ha prescindido, a la hora de configurar los requisitos integrativos del matrimonio, de la diversidad de los sexos. Consiguientemente, a la hora de abordar la cuestión de qué deben hacer nuestros jueces cuando se formule una demanda de separación o de divorcio por un cónyuge contra otro, teniendo ambos el mismo sexo, parece que la solución debe pasar por estimar que el matrimonio, simplemente, existe, por utilizar el mismo verbo del que se sirve el Considerando (26) del Reglamento para imponernos una interpreta-

¹⁷¹ Cfr. H. FULCHIRON, «Le mariage entre personnes de même sexe en Droit française: refus et/ou reconnaissance?», en *Revue Internationale de Droit Comparé*, núm. 2, 2010. p. 267 a 272.

¹⁷² Cfr. A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Derecho internacional privado y matrimonios entre personas del mismo sexo» ob. cit., pp. 40 y 41.

¹⁷³ Cfr. A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Derecho Internacional Privado y matrimonios entre personas del mismo sexo», ob. cit., p. 41.

ción autentica de los arts. 10 y 13, y ello tanto si el matrimonio se ha celebrado en España, como si lo ha sido en el extranjero:

- A) Si el matrimonio se ha celebrado en España, el método conflictual¹⁷⁴ impone la observancia de las conexiones establecidas en los arts. 9.1 del Código Civil, para el consentimiento y para la capacidad de cada uno de los cónyuges, y cualquiera de las formas permitidas por la ley española en virtud de la *lex loci celebrationis* llamada a ser aplicada por los arts. 49 y 50 del mismo Código. La autoridad competente para conocer de la acción de separación o divorcio considerará irrelevante el hecho de que la ley personal de cualquiera de los contrayentes excluya la validez del matrimonio entre personas del mismo sexo, pues esta cuestión es un elemento integrativo objetivo del matrimonio y no pertenece al ámbito subjetivo de la capacidad.¹⁷⁵
- B) Si el matrimonio entre personas del mismo sexo se ha celebrado fuera de España, el método adecuado es el del reconocimiento por identificación del «ordenamiento competente» o de la situación reconocida en el extranjero. Los cónyuges han prestado consentimiento en un estado en el que obviamente, está permitido el matrimonio homosexual, o bien han celebrado, fuera de España, un matrimonio consular (art. 51.3º del Código Civil) oficiado por un funcionario consular español, que ha aplicado las formas precitas por el Derecho patrio (art. 11.3 del Código Civil) por lo que las consideraciones relativas a la capacidad, consentimiento y forma parten de una razonable presunción de cumplimiento de todos los requisitos exigidos por ese «ordenamiento competente»; presunción que no está expresamente consignada en nuestro Derecho positivo¹⁷⁶ pero que se asienta en una razonable expectativa de que el Estado donde se haya celebrado, haya activado sus propios mecanismos de control a fin de ver realizados su propios valores¹⁷⁷ o sus particulares intereses de política legislativa.¹⁷⁸

Y ello porque la solución de extender la opción del Derecho interno al método conflictual es la más racional cuando no existe una norma de conflicto específica para la cuestión de la naturaleza del requisito de la diversidad de sexos.

Esta solución no solo permite prescindir del correctivo de orden público internacional para admitir –por vía incidental– la validez del matrimonio internacional entre personas del mismo sexo, a los efectos de decretar un divorcio, sino que, además, es perfectamente coherente con el principio de no discriminación que consagra el art. 21 de la carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de obligada observancia por los jueces de los Estados Miembros participantes. (Considerando (30) de la Carta).

¹⁷⁴ Aunque en realidad por este camino van la mayor parte de las propuestas doctrinales. Entre las propuestas más elaboradas para este caso –celebración del matrimonio entre personas del mismo sexo en España– la de los profesores, CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ, en el trabajo tantas veces citado, «Derecho Internacional Privado y matrimonios entre personas del mismo sexo». En una síntesis necesariamente apretada, los razonamientos serían los siguientes: 1º. Constatación de que no existe en Derecho Internacional Privado español una norma de conflicto que exprese claramente cuál debe ser la ley rectora de la cuestión de la identidad o diferencia de sexos de los contrayentes. 2º.- exclusión de la aplicabilidad de la ley nacional de los cónyuges (art. 9.1 del Código Civil) por constituir la cuestión de la identidad/diferencia de sexos, al plano o relación objetiva del matrimonio –un «elemento objetivo del matrimonio», precisan estos autores. 3º.-Aplicación de la ley española porque es esta la opción que mejor garantiza el libre desarrollo de la personalidad y que constituye una realización del principio de proximidad: «en la mayor parte de los casos, España será el «país más estrechamente vinculado» con el supuesto, pues es el país de celebración del matrimonio, al menos uno de los contrayentes tiene su residencia habitual en España y la autoridad celebrante es una autoridad española.» Cfr. *ob. cit.*, p. 45.

¹⁷⁵ Idem. pp. 27 a 29 y 45.

¹⁷⁶ Una presunción de veracidad es algo sustantivamente distinto del principio del *favor validitatis* que podemos ver en el carácter alternativo de las conexiones establecidas en cuanto a la forma del matrimonio, en los arts. 49 y 50 del Código Civil. Cfr. P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, *La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio en el Derecho Internacional Privado español*, ob. cit., p. 227.

¹⁷⁷ Cfr. P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, *La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio en el Derecho Internacional Privado español*, ob. cit., pp. 255 a 259.

¹⁷⁸ Cfr. R. ARENAS GARCÍA, *Crisis matrimoniales internacionales. Nulidad matrimonial separación y divorcio en el nuevo Derecho Internacional Privado español*, ob. cit., p. 206.

Tras la entrada en vigor de las Leyes las parejas casadas homosexuales tienen derecho a acceder al divorcio en las mismas condiciones que los cónyuges casados con parejas de distinto sexo, y que esa igualdad de derechos debe tener para nosotros el valor propio del orden público internacional.¹⁷⁹

VII. La ley aplicable a los matrimonios exclusivamente religiosos, matrimonios religiosos plurilocalizables y matrimonios religiosos claudicantes

61. Son bien conocidas, y fácilmente comprensibles, las «malas relaciones» existentes entre los sistemas conflictuales propios de Estados aconfesionales y el fenómeno religioso. Según explica la Profesora *Quiñones Escámez*, en el Derecho Internacional Privado de un Estado laico, las normas de conflicto son «la puerta de entrada del Derecho extranjero y de las normas religiosas que lo impregnán»¹⁸⁰. La doctrina tiene clara la imposibilidad de efectuar un llamamiento convencional a una ley puramente religiosa, tanto en virtud del Reglamento 1259/2010, como en base al art. 3 del Reglamento 593 de 2008 de 17 de junio de 2008, sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales y al art. 14 del Reglamento 864/2007 de 11 de julio de 2007 sobre ley aplicable a las obligaciones extracontractuales.¹⁸¹

Pero la religión en sí misma considerada no es retenida como una conexión independiente ni es posible que la consecuencia jurídica de tales normas de conflicto conduzca a la aplicación de un *ordenamiento religioso*, sino solo a unos valores religiosos en la estricta medida en que aparecen inspirando y determinando el contenido del Derecho estatal. De ahí que una vez más tengamos que rechazar el método conflictual como cauce para resolver la «cuestión previa» aludida en los arts. 1 y 13 del Reglamento, para la cual utilizaremos el método del reconocimiento mediante identificación del ordenamiento competente o bien cualquier otra construcción que pueda conducir al reconocimiento del reconocimiento de situaciones creadas en el extranjero.

Tales construcciones tendrán que superar problemas con disimiles grados de dificultad, según que se afronte la existencia, como tal «matrimonio», de uniones puramente o exclusivamente religiosas, sin efecto alguno sobre el estado civil en ningún ordenamiento jurídico, o bien uniones matrimoniales claudicantes, válidas en ciertos Estados y no en otros, o bien, por último, matrimonios que, en los supuestos más heterogéneos, pueden resultar válidos conforme a una pluralidad de ordenamientos estatales, suscitando entonces la cuestión de si debemos proceder a buscar la conexión con el ordenamiento del foro o es suficiente con que pueda considerarse «existente» conforme a *cualquiera de esos Derechos con vocación para sostener afirmar su existencia y validez*.

En la categoría de «matrimonios exclusivamente religiosos» o «matrimonios religiosos puros» incluimos a todos aquellos matrimonios a los que, celebrados según algún rito o solemnidad de carácter religioso, no podemos atribuirles efectos civiles conforme a la legislación del Estado que se toma como referencia o el Estado del foro.

¹⁷⁹ Cfr. A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Matrimonio entre personas del mismo sexo y Derecho Internacional Privado español», en *Anales de Derecho. Universidad de Murcia*. Número 23, 2005. E. ZABALO ESCUDERO y M.-P. DIAGO DIAGO, «Matrimonio entre personas del mismo sexo: perspectiva internacional privatista», en *Novedades legislativas en materia matrimonial, Estudios de Derecho Judicial*, Nº 130, Escuela Judicial & Consejo General de Poder Judicial. pp. 247 a 309. Ese parecer de la mayor parte de la doctrina española, cuyo criterio aplaudimos y compartimos desde estas páginas, no ha impedido que desde la propia jurisdicción se haya tratado de arrumar las conquistas introducidas por la Ley 15/2005, cuestionando la conformidad de los matrimonios homosexuales por supuestamente contrarios a la referencia que se hace al «hombre» y a la «mujer» en el art. 32 de la Constitución. El Tribunal Constitucional, en un Auto del Pleno de 16 de enero de 2008, dictado en los autos 7796/2007, tuvo que inadmitir a trámite una cuestión de inconstitucionalidad promovida por el Juez del Registro Civil de Cieza frente al art. 44.II del Código Civil, en la redacción dada por la Ley 13/2005, de 1 julio. El Tribunal Constitucional consideraba –en realidad ya había decidido así esto en anteriores resoluciones– que los Jueces encargados del Registro Civil no tienen legitimación para instar tal cuestión de inconstitucionalidad.

¹⁸⁰ Cfr. A. QUIÑONES ESCÁMEZ, «La disolución del matrimonio», en *Matrimonio y divorcio en la relaciones hispano-marroquíes y compilación de legislación de Derecho Internacional Privado marroquí*, volumen I, VV.AA, 2009. p. 106.

¹⁸¹ Cfr. G. BIAGIONI, comentario al art. 5 del Reglamento, en «Regolamento UE n. 1259/2010 del Consiglio del 20 dicembre 2010 relativo all’attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale», ob. cit., p. 1476.

Si, partiendo de una definición amplia de *estado civil*, aceptamos que constituye una manera de ser o estar en la colectividad social que define la posición de un sujeto en el grupo extenso y en su familia, y que el Derecho toma para atribuirle efectos jurídicos (Luís Díez Picazo), tendremos que convenir que un matrimonio exclusivamente religioso, el que no produce efectos civiles, no tiene virtualidad para atribuir al hombre o a la mujer *libres* la condición de hombre o de mujer *casados*; es decir, no tiene eficacia para alterar su posición en la familia y en el grupo extenso. El matrimonio religioso puro, sin efectos civiles, no priva al sujeto de su capacidad nupcial, a los ojos de ningún ordenamiento, de manera que, al inadmitirse la demanda de divorcio, no se lesiona el derecho del *ius connubii* (art. 9 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, art. 12 del Convenio de Roma de los Derechos Fundamentales y las Libertades Pública, de 4 de noviembre de 1950, art. 32 de la Constitución española).

Así que, si un sujeto casado según un rito religioso no ve, por ello, modificado su estado civil y no adquiere el de casado, entonces tal sujeto no puede pretender ante la jurisdicción un pronunciamiento constitutivo-extintivo de lo que no existe. Ningún Estado le priva de capacidad nupcial, de forma que puede contraer un matrimonio civil conforme a la legislación de *cualquier Estado*, con cumplimiento, por supuesto, de los requisitos exigidos en el sistema conflictual de cada uno de ellos.

Por ello, postular, sin más, que los matrimonios exclusivamente religiosos, tal como los hemos definido en este apartado, son *verdaderos matrimonios*, es una postura vacua que no tiene sentido ni en Derecho interno ni en el orden internacional privado. Si un matrimonio religioso no produce ningún efecto civil conforme a *ningún ordenamiento*, entonces la inadmisión de la demanda en base al art. 13 del Reglamento, por *cualquier Estado Miembro participante* –puesto que *ningún Estado* puede atribuirle efectos civiles– constituye una respuesta perfectamente adecuada.

62. Cuestión distinta de la de los matrimonios exclusivamente religiosos es la de los matrimonios celebrados en una forma religiosa que puedan conceptuarse como acordes con los ordenamientos de más de un sistema estatal, porque son dos o más Estados lo que le reconocen eficacia civil. Por ejemplo, el matrimonio canónico de un varón español y una mujer italiana, celebrado en Portugal. Tanto el Derecho español como el italiano y el portugués reconocen eficacia al matrimonio celebrado en forma religiosa canónica, por lo que puede decirse que los tres ordenamientos tienen vocación de ser aplicados, siquiera sea simplemente para afirmar la *existencia del matrimonio* (Considerando (26), párrafo 2º del Reglamento) a los efectos de la resolución de una «cuestión previa».

Si la demanda de separación o divorcio se deduce ante los tribunales de un Estado Miembro participante que reconoce efectos civiles a ese matrimonio, entonces ya no existe problema. Pero sí, en cambio, y podría en este caso suscitarse el juego posible del art. 13 del Reglamento, si el matrimonio celebrado según ritual religioso es conforme a distintos ordenamientos pero ninguno de ellos se corresponde con el Derecho del Estado ante cuyos Tribunales se ha interpuesto la demanda de separación o divorcio. En este caso, sostiene Arenas García, adoptando una postura extremadamente flexible dentro de las variadas construcciones de referencia al «ordenamiento competente», que «bastará con que el matrimonio pueda ser considerado como válido en cualquiera de ellos para que pueda ser reconocido en España; de tal forma que *la nulidad del matrimonio solamente podrá probarse si ningún ordenamiento asume como propio el matrimonio celebrado en forma religiosa*».¹⁸²

63. La solución señalada para los matrimonios exclusivamente religiosos –en tanto que no afectan en ninguna manera al *status civilis* de las personas– tampoco puede ser extendida a los matrimonios religiosos que, aunque se encuentren conectados con un único ordenamiento estatal, no tienen, conforme a este Derecho, *plenos efectos* por falta de algún requisito formal. En este caso no sería correcto hablar de matrimonios *inexistentes*, y creemos que no podrían ser tratados como tales, por ninguno de los Estados Miembros participantes, en trance de resolver la cuestión previa a la que les enfrenta el tronante *silentium legis* de los arts. 1 y 13 del Reglamento.

¹⁸² Cfr. R. ARENAS GARCÍA, *Crisis matrimoniales internacionales. Nulidad matrimonial, separación y divorcio en el nuevo Derecho Internacional Privado español*, ob. cit., p. 249.

La postura de la doctrina española más avanzada es favorable a admitir la validez de los matrimonios religiosos que, por algún defecto, presumiblemente de forma, no han llegado adquirir efectos civiles. Los autores que siguen esta postura abierta suelen incluir en una misma categoría a todos los matrimonios que podrían justificar alguna decisión denegatoria del divorcio en virtud de la remisión a los ordenamientos internos que efectúa el art. 13 del Reglamento, en particular los matrimonios poligámicos, los mismos o entre personas del mismo sexo, o los matrimonios religiosos.¹⁸³

La dificultad que surge en algunos casos de matrimonios exclusivamente religiosos, sin embargo, exige un análisis específico, porque presentan una dificultad que demanda un tratamiento particular; y es que el dato del elemento o los elementos internacionales presentes en la celebración del matrimonio *in factu esse*, unido al hecho de que los contrayentes no han perseguido ajustarse a la forma de celebración de ningún ordenamiento estatal, plantea el problema de su deslocalización: o bien no presentan un vínculo lo suficientemente estrecho con el ordenamiento del foro, o bien son varios los ordenamientos que presentan vocación de ser aplicados a la separación o al divorcio.

64. El Convenio entre el Estado Español y la Santa Sede de 3 de enero de 1979 y las Leyes 24/1992, 25/1992 y 26/1992 de 10 de noviembre,¹⁸⁴ en las cuales se atribuyen efectos civiles a los matrimonios celebrados en determinadas condiciones según las formas evangélica, hebrea e islámica, nos enfrentan a matrimonios que, sin la preceptiva inscripción, a cargo de un funcionario del Estado, no producen «plenos efectos», pero que, *a contrario sensu*, sí producen *algún efecto*, lo que, por un lado, nos obliga a admitir la problemática categoría de la *inexistencia* como una sanción concebible en términos abstractos, como algo distinto de la *nulidad*; y por otra parte, nos impone huir del reduccionismo que asocia cualquier solución de inexistencia al fenómeno de la claudicación: un matrimonio que es válido para un ordenamiento jurídico pero no lo es para otro/s, no es un *matrimonio inexistente* y no autoriza a adoptar la solución aparentemente fácil de inadmitir la demanda de separación o divorcio, *ex art. 13 del Reglamento 1259/2010*.

En cuanto a nuestro propio ordenamiento, la necesaria articulación del sistema de matrimonio civil coexistente con las formas religiosas canonica, islámica, evangélica y hebrea determina que las autoridades civiles que intervienen en la celebración del matrimonio religioso deben de verificar el cumplimiento de todos los requisitos necesarios para que el matrimonio oficiado pueda desplegar también efectos civiles.¹⁸⁵ Sin embargo, es el encargado del Registro Civil el que debe comprobar que se dan los requisitos necesarios para que ese matrimonio celebrado en forma religiosa, despliegue todos los efectos civiles que le son propios. El art. 63 del Código Civil dispuso que la inscripción del matrimonio celebrado en España en forma religiosa había de practicarse mediante la simple presentación de la certificación de la Iglesia o confesión respectiva, que tendría que expresar las circunstancias exigidas por la legislación del Registro Civil; añadiendo que se denegaría la práctica del asiento correspondiente cuando de los documentos presentados o de los asientos del se deduzca que el matrimonio certificado no reúna los requisitos exigidos en el propio título IV del Libro I del Código Civil, dedicado al «matrimonio».

65. España tiene concertado con la Santa Sede un Acuerdo sobre asuntos jurídicos en el que nuestro país reconoce los efectos civiles al matrimonio celebrado según las normas del Derecho Canónico, precisando que tales efectos se producen «desde su celebración». La redacción de dicho precepto es idéntica a la art. 23 del Concordato de 1953 y a la del art. 76.1 del Código civil en su redacción de 1958. Nos parece que la referencia que hace el art. 6 del Acuerdo a la forma canónica de celebración se proyecta sobre la realidad jurídica no en tanto que eficacia sustancial religiosa, sino como eficacia verdadera y propiamente civil.

La fórmula del art. VI del Acuerdo, en cuanto subordina el pleno reconocimiento de los efectos civiles¹⁸⁶ del matrimonio canónico a la inscripción en el Registro civil, persigue el objetivo de evitar que

¹⁸³ Cfr. A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, ob. cit., Vol. II. p. 171.

¹⁸⁴ BOE núm. 272 de 12 de noviembre de 1992.

¹⁸⁵ Cfr. R. ARENAS GARCÍA, *Crisis matrimoniales internacionales. Nulidad matrimonial separación y divorcio en el nuevo Derecho Internacional Privado español*, ob. cit., p. 222.

¹⁸⁶ Vid. J. FERRER ORTIZ, «La eficacia civil del matrimonio canónico y de las decisiones eclesiásticas en el Derecho espa-

los matrimonios contrarios al orden público internacional español alcancen esa eficacia y que los demás matrimonios no inscritos perjudiquen los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas.

En principio, el matrimonio no inscribible, celebrado según las reglas canónicas pero cuya inscripción se ha denegado ex art. 63.2 del Código Civil, sigue siendo un verdadero matrimonio canónico, y el hecho de que no pueda obtener un reconocimiento «pleno» de sus efectos según los términos del art. 6 del Acuerdo, no puede significar que no se le reconozca el valor de dar «existencia» jurídica a la unión como matrimonio civil, a los efectos de poder obtener el divorcio. En otro caso, podría producirse un aprisionamiento de las partes en un estado civil del que no tendrían la posibilidad de salir, situación incompatible con el *ius connubii* que reconocen los convenios internacionales, entre ellos, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y el propio art. 32 de la Constitución española.

Cuando se ha tratado de reconocer derechos patrimoniales frente al sector público en los casos de matrimonio no inscrito, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado decididamente a favor del otorgamiento de efectos al matrimonio canónico no inscrito. En efecto, el Intérprete Supremo de la Constitución, en su Sentencia 199/2004, de 15 de noviembre, concluye que el derecho a la pensión de viudedad existía aunque el matrimonio de la recurrente en amparo no figurase inscrito en el Registro civil por voluntad expresa de los contrayentes, toda vez que la normativa aplicada al caso era, se señalaba, de carácter prestacional y exclusivamente exige haber sido cónyuge legítimo del causante de la pensión. Añadiendo que, considerar inexistente el matrimonio no inscrito y negar la condición de cónyuge a quien ha demostrado su válido vínculo matrimonial, pone de manifiesto que se otorga a la inscripción un valor constitutivo, lo que no resulta acorde a lo que expresamente establece el apartado 1 del artículo 61 del Código civil, a la par que abocaría a un resultado claramente desproporcionado cual era, en el proceso constitucional de amparo, la denegación de la pensión.

Podría también argumentarse, para objetar la inviabilidad del traslado de la doctrina del Tribunal Constitucional al ámbito del estado civil, que, en nuestro propio ordenamiento jurídico, lo patrimonial y lo personal siguen caminos diversos, y así, la declaración de fallecimiento de un sujeto produce *ipso iure* la disolución del matrimonio (art. 85 del Código Civil) de forma que el declarado fallecido pierde la condición de casado, condición que no recupera si reaparece o se demuestra su existencia, mientras que el Derecho civil le reconoce el derecho de recobrar sus bienes en el estado en que se encuentren o su equivalente, así como las rentas, frutos y productos obtenidos con los bienes que le pertenecieran (art. 197 del Código Civil.) Sin embargo, más allá de la opinión del conjunto de los canonistas por razones ligadas al Derecho canónico,¹⁸⁷ las consideraciones relativas al *ius connubii* como derecho a la intimidad familiar nos impone una solución extensiva, abierta y generosa en lo que respecta a la *existencia* del matrimonio canónico no inscribible, para evitar, tal como hemos dicho, que el estado civil se convierta en una prisión que impida a los sujetos una recuperación de la capacidad nupcial y obstaculice el derecho a una plena vida familiar.

66. Si el método del reconocimiento por identificación del ordenamiento competente es el más apropiado para la resolución de la cuestión previa en los casos en que el acto se haya celebrado en el extranjero, en cambio el sistema conflictual, articulado en base a los arts. 49, 50 y 11 del Código Civil, es el más apropiado para resolver la problemática de los matrimonios celebrados dentro de los confines de nuestro territorio. Aunque es difícil dar una solución apropiada para todos los casos de matrimonios religiosos no inscribibles, en cuanto la circunstancias que excluye su inscribibilidad puede justificar un llamamiento al orden público internacional español, debería bastarnos recordar que la cuestión incidental se resuelve positivamente tan pronto comprobamos que el matrimonio «existe» según el ordenamiento jurídico español, aunque, por falta de algún requisito, no se haya podido producir su inscripción. Y es

ñol», *Ius et praxis*, trabajo recibido el 21 de octubre de 2008, Año 14, nº 2, pp. 385 y 386; A. DE FUENMAYOR Y CHAMPÍN, «El marco del nuevo sistema matrimonial español», en *Revista General de legislación y Jurisprudencia*, 1.979.

¹⁸⁷ La mayor parte de los canonistas comparten la opinión de que el rechazo de la inscripción del matrimonio canónico no determina la inexistencia ni la invalidez en el ámbito del Derecho civil, sino su ineffectuación relativa; que la denegación de la inscripción no puede equipararse a la declaración de nulidad, y que una vez removida la causa de nulidad susceptible de subsanación, el matrimonio canónico no inscribible sigue existiendo Cfr. J. FERRER ORTIZ, «La eficacia civil del matrimonio canónico y de las decisiones eclesiásticas en el Derecho español», *ob. cit.* pp. 390 y 391.

que precisamente en el ordenamiento español se insertan tanto el Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede sobre Asuntos Jurídicos, de 3 de enero de 1979, como las Leyes 24/1992, 25/1992 y 26/1992 de 10 de noviembre,¹⁸⁸en las cuales se atribuyen efectos civiles a los matrimonios celebrados en determinadas condiciones según las formas evangélica, hebrea e islámica.

Conviene advertir que la formula presente en los arts. 7 de la Ley 24/1992, 7 de la Ley 25/1992 y 7 de la Ley 26/1992 no es tan generosa como la que contiene el art. VI del Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos entre el estado Español y la Santa Sede, pues, en este último hay una expresa declaración de que «Los efectos civiles del matrimonio canónico se producen desde su celebración», alocución que no aparece en el texto de las leyes que incorporan los convenios con las restantes confesiones religiosas. Sin embargo, esa sutil y difícilmente aprehensible diferenciación entre el plano de la «producción» de los efectos y el de su «reconocimiento» por el Estado, no tiene ninguna proyección espacial, es decir, no tiene por qué traducirse necesariamente en la inviabilidad del reconocimiento, por las autoridades españolas, de un matrimonio evangélico, hebreo o islámico celebrado en el extranjero por las autoridades señaladas en el articulado de tales leyes. La postura contraria a esa posibilidad, que la Dirección General de los Registros y del Notariado llevó a su Instrucción de 10 de febrero de 1993, ha sido contestada por un sector doctrinal que, con invocación de la jerarquía normativa, tantas veces esgrimida frente al Centro Directivo, nos recuerda que una Instrucción no puede contradecir el tenor de los arts. 49 y siguientes del Código Civil.¹⁸⁹

67. Resulta plenamente aplicable a los matrimonios religiosos celebrados en alguno de los Estados Miembros participantes, cuanto hemos expuesto más arriba en relación con la estrategia de los esposos del mismo sexo, cara a hacer competentes a los tribunales de un Estado que en razón de su sistema de Derecho Internacional Privado, pueda conceptualizar como válido el matrimonio. Y en este sentido, si llegara a materializarse la proyectada reforma del Reglamento 2201/03, los esposos casados según una formalidad religiosa admitida solo en algunos Estados, podrían encontrar una vía de solución en el cauce del *forum necessitatis* que regulaba en su art. 7 bis el Proyecto de Reglamento 1259/2010, permitiendo que cualquiera de los cónyuges pueda solicitar el divorcio –y solo el divorcio– ante los órganos jurisdiccionales el Estado Miembro de la nacionalidad de cualquiera de ellos, o "ante los órganos jurisdiccionales del Estado Miembro bajo cuya autoridad se celebró el matrimonio", cuando los demás Estados Miembros del Reglamento 2201/03 no reconozcan el matrimonio bajo la forma celebrada. Cabría pues, igualmente en este caso, un *forum shopping for system shopping* perfectamente permitido por el juego de los arts. 3, 3 bis, 7 y 7 bis del Proyecto de Reglamento, si este efectivamente lega a ser aprobado por las instituciones legislativas comunitarias.

Una vez elegido el tribunal adecuado según el excepcional *forum necessitatis* que regula el Derecho proyectado, los esposos tendrían que a hacer uso de la autonomía conflictual para hacer aplicable la *lex fori*, en virtud de lo establecido en el art. 5.3 del Reglamento 1259/2010.

VIII. La aplicación del Reglamento 1259/2010 en relación con los matrimonios constituidos sin intervención de autoridad

68. En determinados ordenamientos se admite la instauración de una unión conyugal por el solo efecto de la voluntad constituyente de las partes, sin necesidad de que intervenga una autoridad celebrante que accione la voluntad constitutiva de un Estado. Si se pretende hacer uso, en tales casos de la teoría o construcción de reconocimiento por referencia al ordenamiento competente, que es la que consideramos más adecuada al *favor divorii*, al contexto de la multiculturalidad en que nos movemos y al tenor de los textos internacionales sobre Derechos Fundamentales que más conscientemente compartimos con los demás Estados de la Unión,¹⁹⁰ es forzoso identificar en primer lugar el Estado con arreglo

¹⁸⁸ BOE núm. 272 de 12 de noviembre de 1992.

¹⁸⁹ Cfr. A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, ob. cit., Vol. II. p. 122.

¹⁹⁰ Arts. 12 del Convenio Europeo relativo a los Derechos Fundamentales y las Libertades Públicas de 4 de noviembre de 1950, y 9 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

a cuyo ordenamiento se ha creado el vínculo, para comprobar si efectivamente, el ordenamiento que se toma como referencia tiene vocación de ser aplicado al matrimonio informal de que se trate.

En relación con la determinación del ordenamiento competente, los partidarios de la tesis de reconocimiento tienen que afrontar la dificultad, peculiar en este tipo de matrimonios, de que no existe un lugar de celebración del matrimonio, lo que nos impide tomar como referente la *lex loci celebrationis* o cualquier modelo asimilable al sistema de los arts 49 y siguientes del Código Civil español, así como tampoco existe un funcionario oficiante, lo que nos cierra las puertas a la utilización del criterio de la *lex magistratus*, que habría hecho viable bilateralizar, sin salir del método de reconocimiento, la norma del *auctor regit actum* del art. 11.3 del Código Civil. En este sentido, Arenas García, quien propugna el método de reconocimiento por identificación del ordenamiento competente para el resto de categorías problemáticas de matrimonios bajo la órbita del art. 13 del Reglamento, se inclina en cambio por tratar el problema de los matrimonios sin intervención de autoridad desde una perspectiva conflictual, lo que le lleva a utilizar esos preceptos como base argumental para poder sostener la validez del matrimonio informal siempre que se admitido por la ley del «lugar de celebración –*rectius*, deberíamos decir lugar de emisión de los consentimientos– o por la ley personal de cualquiera de los cónyuges (arts. 49 y 50 del Código Civil); por la ley rectora del fondo del matrimonio y, más dudosamente, por la ley personal de alguno de los cónyuges. (art. 11 del Código Civil).¹⁹¹ Para este autor, tratándose de matrimonios que quedarían confirmados con arreglo a algún ordenamiento por la mera convivencia de los cónyuges cualificada por la concurrencia del bilateral *animus maritalis*, la conexión del lugar de celebración podría considerarse sustituida por la de «la primera residencia del matrimonio, por ser esta convivencia un elemento externo que hace surgir el vínculo.¹⁹²

No obstante, nosotros entendemos que también debe ser aplicado a esta categoría de matrimonios sin intervención de autoridad, el método de reconocimiento, porque es el único que puede soslayar el escojo de la referencia explícita de las normas de conflicto a la «celebración» de un matrimonio, expresión que, entendemos, supone la recepción de las declaraciones de voluntad por un oficiante situado *supra partes* con funciones que exceden de la mera dación de fe. Así podemos deducirlo del léxico empleado en el Código Civil desde su promulgación nuestros días (arts. 49, 51 y 57 del Código Civil principalmente) y la consagración del binomio «celebración»–«autoridad» que se ha llevado al art. 59.2 de la Ley 20/2011 del Registro civil, sin articularse cauce alguno para la inscripción, en el Registro Civil español, de un matrimonio que, constituido fuera de nuestro territorio, no se haya «celebrado ante autoridad extranjera».

69. Si el matrimonio *solo consensu* o celebrado sin intervención de autoridad, hubiese llegado a inscribirse en el Registro Civil del lugar de emisión de las voluntades relevantes, no solo la identificación del ordenamiento competente quedaría facilitada por referencia al estado de la inscripción registral, sino que, además, el reconocimiento podría quedar facilitado, tratándose de un Estados Miembros del Reglamento 2201, por la actualización permitida en el art. 21.2 del mismo. En otro caso, tendría que sujetarse a las exigencias del art. 98 de la Ley 20/2011 del Registro Civil,¹⁹³ todavía en el tramo inicial de la larga *vacatio* ordenada en su Disposición Final Décima,¹⁹⁴ norma que parece seguir el camino marcado por el art.81 del vigente Reglamento del Registro Civil en cuanto establece un control de validez del acto certificado, a la luz del «...ordenamiento designado por las normas españolas de Derecho internacional privado».

70. Fuera del caso excepcional de la inscripción en otro Registro, habrá que hacer una consulta global al ordenamiento que autorice el matrimonio en cuestión. Es común que los ordenamientos receptores

¹⁹¹ Cfr. R. ARENAS GARCÍA, *Crisis matrimoniales internacionales. Nulidad matrimonial separación y divorcio en el nuevo Derecho Internacional Privado español*, ob. cit., pp. 253 y 254.

¹⁹² Idem. p. 251.

¹⁹³ BOE núm. 175, de 22 de julio de 2011

¹⁹⁴ Conforme a la Disposición Final Decima de la Ley esta entrará en vigor, con unas pocas excepciones, a los tres años de su publicación en el Boletín Oficial del Estado. Entretanto, siguen vigentes los arts. 81 y ss. del Reglamento del Registro Civil tal como han venido siendo interpretados por la Dirección General de los Registros y del Notariado, cuya pervivencia más allá del 22 de julio de 2014, aún con pretexto de no haberse aprobado en ese momento todavía un Reglamento para la *nova lex*, nos parece muy dudosa.

de la figura, exijan, como condición de validez, a los sujetos de la unión que va a crearse con el concurso de su solo consentimiento, una cierta vinculación con el sistema jurídico del foro, tal como por ejemplo, un periodo de residencia por un período de tiempo mínimo, predeterminado, de uno o de los dos cónyuges.¹⁹⁵

Ahora bien, también puede suceder que el ordenamiento con arreglo al cual se ha constituido el matrimonio así formado no contenga especiales exigencias en cuanto a delimitación personal ni territorial. En tal caso, dice Arenas García que será necesario reconstruir tales ámbitos personal y espacial a partir de las normas de conflicto propias de ese ordenamiento.

La resolución de la primera de estas cuestiones demanda la consulta del ordenamiento extranjero con el fin de verificar o descartar su vocación para regular la unión conyugal formada sin intervención de autoridad, en particular los vínculos con ese ordenamiento que aparecen exigidos por la norma aplicable. Así, en el caso de los matrimonios denominados *by habit and repute* propios del Derecho anglosajón, la propia regulación legal concreta los vínculos específicos que los sujetos deben mantener con el ordenamiento de que se trate. En general, se exige que los contrayentes cuya voluntad se considera relevante para la formación de la unión, mantengan unos vínculos permanentes con la comunidad, a través de un domicilio o una residencia en el Estado o unidad territorial en que se reconoce tal forma de nacimiento del vínculo. Sin embargo, en el Derecho norteamericano se han registrado algunas excepciones, pues hay Estados que no exigen tal vínculo permanente, aunque si una formalización por escrito, sin intervención de autoridad, solo ante testigos, como en el Estado de Nueva York.¹⁹⁶ Una vez constatada la existencia de matrimonio desde la perspectiva del ordenamiento en el que se formó el matrimonio *solo consensu*, habría de determinarse si el ordenamiento en el que surge la relación puede ser considerado como «competente» y si el reconocimiento no es contrario al orden público español.

71. Una vez que se constata que el matrimonio en cuestión prevé la instauración del vínculo conyugal sin ninguna formalidad especial relacionada con la interposición de autoridad, es preciso desciender al plano de los hechos; incluso de los hechos internos, volitivos o psicológicos, y verificar si, en el caso concreto, el proceso de formación y manifestación o exteriorización de la voluntad de los cónyuges capaces reúne los requisitos precisos para el válido nacimiento de la unión conyugal¹⁹⁷ y finalmente si concurren las condiciones necesarias para su reconocimiento en España.¹⁹⁸

Estas condiciones se van a reducir al control de orden público, que no tiene por qué ser determinante del rechazo de la aplicación del ordenamiento extranjero, por el hecho de que nuestro Derecho interno solo reconozca el matrimonio celebrado ante autoridad.

Ni le referencia que mantiene el art. 73 del Código Civil español al matrimonio celebrado por autoridad competente, ni la ratificación, por España, de la Convención de nueva York de 10 de diciembre

¹⁹⁵ Cfr. E. SUTHERLAND, «Family law in Scotland», en *Family law in Europe*, C. Hamilton, K. Stanley y D. Hodson (Eds.) 1995. pp. 399 y ss;

¹⁹⁶ Cfr. L. PALSSON, *Marriage and divorce in comparative conflict of laws*, Leiden, 1974; *Idem, Marriage and Divorce*, Chapter 16, Vol. III, IECL, Tübingen, 1978; P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, *La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio en Derecho Internacional Privado español*, ob. cit., p. 285.

¹⁹⁷ La prueba de la emisión de los consentimientos de los cónyuges, en un matrimonio sin intervención de autoridad, no puede producirse, como es natural, a través del sistema de certificación, que es propio de los sistemas regidos por el principio de autoridad. Vid. R. ARENAS GARCÍA, *Crisis matrimoniales internacionales. Nulidad matrimonial separación y divorcio en el nuevo Derecho Internacional Privado español*, ob. cit., p. 252. Teóricamente deberíamos admitir de forma cumulativa, todo medio de prueba permitido por el Derecho procesal del foro y los medios de prueba específicos que pueda prever la ley de cualquier ordenamiento conforme al cual el matrimonio así conformado sea válido. La contemplación del Derecho procesal español nos deja ante la generosa remisión abierta que contiene el art. 299.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a lo que hay que añadir una posibilidad no explorada hasta ahora: la de la anotación registral prevista en el art. 40.3.4º de la Ley 20/01 de 11 de julio, en cuanto permite, practicar en el Registro Civil español una anotación registral sin el *valor probatorio que proporciona la inscripción*, al efecto de hacer constar «El hecho o acto relativo a españoles.....que afecte a su estado civil, según la Ley extranjera.» Sin embargo, no puede descartarse la posibilidad de admitir como prueba un medio de acreditación que no se corresponda con nuestro sistema probatorio interno. La Dirección General de los Registros y del Notariado ha admitido como medio de acreditación el acta notarial relativa a la celebración de un matrimonio, cuando no existe, en el Estado de constitución del mismo, un registro de matrimonios válidos (Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 3 de febrero de 2009) (Vid. FERNÁNDEZ ROZAS, JOSÉ CARLOS y SÁNCHEZ LORENZO, SIXTO, *Derecho Internacional Privado*, ob. cit., p. 398).

¹⁹⁸ R. ARENAS GARCÍA, *Crisis matrimoniales internacionales. Nulidad matrimonial separación y divorcio en el nuevo Derecho Internacional Privado español*, ob. cit., p. 250.

de 1962,¹⁹⁹ pueden sustentar un rechazo de la validez de estos matrimonios, por aplicación de nuestro orden público internacional.

Lo primero, porque la causa de nulidad señalada en ese precepto no alude a una cuestión de forma del acto de celebración del matrimonio, sino a la competencia del oficiante, en caso de se trate de un acto de publica celebración. Y lo segundo, porque el mencionado Convenio no obliga al Estado español sino a mantener en su legislación interna una forma de celebración con intervención de autoridad pública, lo que constituye una opción del legislador español que se obligó internacionalmente en tales términos, pero sin que ello supusiese la asunción de valores de obligada inclusión en nuestro sistema de Derecho Internacional Privado. La Convención contribuyó en su momento a inspirar la legislación protectora de menores de numerosos Estados que admitían o toleraban el matrimonio de menores sin control sobre su capacidad de asumir compromisos duraderos en el marco de un proyecto familiar. A pesar de las numerosas referencias que contiene la Convención a la Declaración Universal de Derechos Humanos, la adhesión al instrumento por parte de España, el 15 de abril de 1969, obedecía más bien a la política internacional del Estado franquista, autocrático y confesional, y a su proyecto de integrarse en la comunidad internacional. El modelo de matrimonio de autoridad que propugna el art. 1 de la Convención encajaba entonces con el modelo de matrimonio canónico y con la sociedad preminentemente monolítica del momento, con unos valores muy distintos de los que, nueve años después, nos trajo la Constitución española de 1978, en torno al pluralismo y la multiculturalidad.

IX. Conclusiones

Primera. Un «alto en el camino» para la formación del Derecho de familia europeo.

Con el Reglamento 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre, de cooperación reforzada en materia de ley aplicable, la construcción de un Derecho uniforme para Europa sobre ordenación jurídica de la familia queda «en letargo» hasta que pueda darse por alcanzado un nuevo horizonte normativo.

Desde el punto de vista de la construcción de una Europa nueva, el experimento de la Cooperación reforzada no puede ser más esperanzador. No es la primera vez que se trata de uniformar las normas de conflicto de los Estados de la Unión Europea, e incluso llueve sobre la iniciativa representada por el Reglamento 4/2009 que ya tocó el Derecho de Familia incidiendo sobre las reclamaciones y la modificación de las obligaciones de alimentos. El Reglamento 1259/2010 incide sobre una figura, el divorcio, de una enorme complejidad, pues, una vez acordado, origina con una fuerza explosiva, el alumbramiento de un extenso cúmulo de situaciones y relaciones precisadas de regulación y de certeza jurídica; en el ámbito de la capacidad –no solo nupcial, sino general– de los cónyuges divorciados, del destino de los bienes que les pertenecieron en común durante el matrimonio, de los derechos y obligaciones nuevos surgidos entre ellos por obra de la disolución matrimonial, de las relaciones paternofiliales, del nombre y apellidos, et *sic coeteris*, situaciones y relaciones que tienen que encontrar su asiento, o bien en la «*lex divorci*», o bien en otra distinta.

Segunda. El «matrimonio válido» como cuestión previa y como cuestión prejudicial.

El Reglamento 1259/2010 no ofrece un concepto de «matrimonio». El art. 13 del mismo deja en manos del Derecho Internacional Privado de los Estados Miembros la determinación de lo que sea un matrimonio al efecto de resolver la «cuestión previa» de la existencia de un matrimonio cuyas obligaciones puedan quedar en suspenso (separación) o que sea sustancia de un vínculo que pueda ser disuelto (divorcio) por la autoridades de los Estados Miembros participantes. En todo caso la interpretación del art. 13 del Reglamento con arreglo al Considerando (26), párrafo 2º, restringe las facultades de los órganos de los Estados para denegar el divorcio a aquellos casos en que el matrimonio *no exista*. Por con-

¹⁹⁹ Convención relativa al consentimiento para el matrimonio, edad mínima para contraer matrimonio y registro de los mismos, hecho en Nueva York el 20 de diciembre de 1962 (*BOE* núm. 128 de 29 de mayo de 1969). El art. 1.1 de la Convención dispone que «No podrá contraerse legalmente matrimonio sin el pleno y libre consentimiento de ambos contrayentes, expresado por éstos en persona, después de la debida publicidad, ante la autoridad competente para formalizar el matrimonio y testigos, de acuerdo con a ley.»

siguiente, la óptica de la existencia nos obliga a distinguir entre matrimonio *válido* en el ordenamiento con arreglo al cual se haya celebrado, y matrimonio simplemente *inexistente*. La técnica adecuada para resolver la cuestión, la única respetuosa con el derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia «según las leyes que regulen su ejercicio» que reconoce el art. 9 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, es la del control de reconocimiento por determinación del «ordenamiento competente», que toma como premisa una razonable presunción de capacidad de los cónyuges y de integridad de sus consentimiento en el momento preciso de otorgarlo, y con referencia al ordenamiento que se encontraba vigente en la fecha y en el lugar en que se celebró el matrimonio.

Esta técnica permitiría a los Estados que no reconocen en sus ordenamientos internos el matrimonio entre personas del mismo sexo, dictar pronunciamientos de separación y divorcio de uniones conjugales celebradas fuera de tales Estado Miembros participantes, partiendo de esa esencial presunción de que el matrimonio en cuestión se celebró con la concurrencia de todos los requisitos que debían ser cumplidos según la legislación aplicable a ese matrimonio; pues esa es la legislación a que se refiere el art. 9 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Igualmente con un tal modelo de reconocimiento por referencia al ordenamiento competente, todos los Estados Miembros participantes tendrían que aceptar que son auténticos «matrimonios» las segundas y sucesivas uniones conjugales de una mujer con el varón polígamico, propias de la mayor parte de los Derechos de cuño musulmán. No deberíamos olvidar que tales uniones sólo son polígamicas para el varón, no para cada una de las mujeres unidas al mismo, las cuales son sujetos de una *relación bilateral*. Ninguna relación jurídica liga entre sí a las mujeres casadas con el mismo varón.

Por último, la técnica del reconocimiento por referencia al ordenamiento competente debería servirnos para resolver los casos más problemáticos de divorcio de los matrimonios alumbrados fuera de las fronteras de cada Estado Miembro participante como matrimonios exclusivamente religiosos o como matrimonios informales.

Tercera. Dificultades en sede de resolución de la «cuestión previa» para los matrimonios poligámicos.

La principal dificultad con que se encuentran los cónyuges unidos en matrimonio poligámico al decir su demanda de separación o divorcio ante un tribunal de un Estado Miembros del Reglamento 2201/03 es la de que su unión no sea considerada como «matrimonio» a los efectos de aplicar la normativa comunitaria. Ante la imposibilidad de alcanzar por el momento un concepto autónomo de matrimonio que sirva para la aplicación uniforme de este Reglamento y del Reglamento 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre, de cooperación reforzada en materia de ley aplicable, proponemos la utilización del sistema de reconocimiento por referencia al ordenamiento competente, sin que ello suponga prescindir del examen de las circunstancias tomadas como foros de competencia judicial internacional por el art. 3 del Reglamentos 2201/03; ello según las directrices propuestas por el profesor *Picone*, si bien posponiendo la entrada del correctivo de orden público internacional a la fase final de la aplicación del Derecho, una vez que se ha seleccionado la norma de conflicto aplicable y el Derecho material que debe dar respuesta a la pretensión deducida en el proceso.

La consideración que se asigne de verdaderos «matrimonios» a las uniones poligámicas procedentes de Estados de confesión o de cuño islámico debe estar presidida por la interpretación auténtica que el propio Reglamento 1259/2010 contiene del alcance del art. 13 del Reglamento, en su Considerando (26), párrafo segundo, en el sentido de que la «cuestión previa» relativa a la existencia del matrimonio debe traducirse en si la unión que se trata de modificar o de disolver existe según el Derecho del foro globalmente considerado (*lex formalis fori*), ni si existe en el Derecho material del foro (*lex materialis fori*).

Por que se refiere a la estrategia cara a determinar la ley aplicable, la información integral que se suministre a los esposos unidos en matrimonios islámicos, sean o no poligámicos, debe tomar en consideración principalmente los datos referentes a los vínculos actuales con el Estado o Estados de procedencia o con otros Estados islámicos ante los cuales podrían tener interés de mantener el estatuto personas con plena capacidad nupcial, incluso sus planes de futuro de reintegrarse a tales Estados, en cuanto la ley aplicada en concreto por la autoridad europea competente, tendría que superar un control

de los requisitos de validez ante la autoridad del Estado requerido, incluyendo, posiblemente, en función de cuál sea el instrumento o la ley que rija los aspectos jurídico materiales del reconocimiento, un riguroso control de ley aplicable.

Cuarta. Dificultades en sede de resolución de la «cuestión previa» para los matrimonios entre personas del mismo sexo.

En el ordenamiento jurídico español, tras la entrada en vigor de la Ley 13/2005 de 1 julio 2005, al incorporarse al art. 44 del Código Civil un modelo de matrimonio en el que el sexo de los cónyuges resulta absolutamente irrelevante, el sexo de los contrayentes ya no puede considerarse como un componente de su capacidad, si alguna vez lo fue. Es, pues, incorrecta la perspectiva de la aplicación de la ley personal ex art. 9.1 del Código Civil español para determinar la capacidad de cada parte para contraer matrimonio, y las argumentaciones que en tal sentido ha publicado la Dirección General de los Registros y del Notariado, son, por más que se muestren como caminos alternativos a la consideración del sexo de los esposos como elemento regido por la ley aplicable al fondo, innecesarias y erróneas. Desde el momento en que la diversidad de sexo no es un elemento configurador del matrimonio en nuestro Derecho, no existe ya una diferencia conceptual entre matrimonio a efectos de la aplicación de nuestra legislación civil sustantiva interna, y un matrimonio con elemento extranjero que exija la intervención del Derecho Internacional Privado. Consiguientemente, son admisibles por los tribunales españoles las demandas de divorcio presentadas por o entre cónyuges del mismo sexo, siempre que el matrimonio sea válido en el lugar de celebración, sin perjuicio de que la unión no constituya «matrimonio» por otra causa independiente de la diversidad de sexos, o de que la pretensión de estado civil deba ser rechazada por consideraciones ajenas a la existencia o validez de tal «matrimonio».

En todo caso, la superación de esa dificultad elemental que se vienen encontrando los cónyuges del mismo sexo, no pasa por las soluciones discriminatorias contenidas en la última versión de la Propuesta de Reglamento 1259/2010, antes de que naciese el Proyecto de Cooperación reforzada como tal, pues la articulación de un *forum necessitatis* entraña una serie de discriminaciones que resultan contrarias al art. 21.1 de la carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Mientras no se imponga una solución no discriminatoria desde la propias instituciones europeas, incluyendo la jurisprudencia del TJUE, mucho nos tememos que el remedio provisional va a consistir en elevar las barreras de tolerancia respecto del *forum shopping*, permitiendo a tales parejas un *forum shopping for system shopping*, que les permita plantear la demanda de separación ante el Estado o alguno de los Estados cuyo sistema conflictual permita resolver la cuestión previa mediante alguna de las técnicas de adaptación, sustitución, trasposición o reconocimiento de situaciones creadas en el extranjero, que haga posible la admisión de la demanda. Ello tiene que suponer un mayor esfuerzo cara a conformar la información que debe dispensarse a los cónyuges del mismo sexo, pues tal información debe extenderse a una serie de aspectos de la legislación conflictual de los Estados, que, ni hoy por hoy proporciona la Red Judicial Europea, ni está al alcance de todos los profesionales del Derecho que trabajan en el terreno del Derecho de Familia.

Quinta. Dificultades en sede de resolución de la «cuestión previa» para los matrimonios celebrados en forma religiosa y los matrimonios constituidos sin intervención de autoridad.

Estos matrimonios no plantean, como regla general, problemas de discriminación de las partes por razón de alguna de las condones que se expresan en los textos de Derechos Fundamentales, pero sí de acceso a la jurisdicción a la hora de resolver la «cuestión previa» que debe quedar despejada positivamente para que los Estados Miembros participantes puedan sustanciar el proceso sobre separación o divorcio.

Los matrimonio exclusivamente religiosos, en cuanto no pueden producir efectos civiles con arreglo ningún ordenamiento, no serán considerados en ningún Estado como tales «matrimonios», al no existir un *estado civil* sobre el que pueda proyectarse un pronunciamiento constitutivo –en definitiva, un cambio jurídico.

El matrimonio religioso claudicante puede ser abordado, en sede de su calificación como matrimonio existente (arts. 1 y 13 del Reglamento) desde la perspectiva del método de reconocimiento por

identificación del ordenamiento competente. En este sentido, se considerará que existe el matrimonio a los efectos de admitir la sustanciación y el debate sobre la separación o el divorcio, cuando sea válido con arreglo a cualquiera de los ordenamientos con los que esté mínimamente conectado y que determinen la apreciación de su validez.

El mismo método puede considerarse como idóneo para enfocar los matrimonios religiosos que son válidos con arreglo a más de un ordenamiento estatal, sin necesidad de optar por uno de los sistemas jurídicos con los que la unión matrimonial aparezca conectada, pues no se trata de determinar *una ley aplicable*, sino solo de decidir sobre la existencia del matrimonio «según» el Derecho Internacional privado del Estado del foro, tal como se señala en el Considerando (26) del Reglamento: «...según la ley de tal Estado Miembro».

Los matrimonios constituidos sin intervención de autoridad pueden ser valorados a los efectos de la cuestión previa siguiendo el mismo esquema del reconocimiento por identificación del «ordenamiento competente», que será, en los casos más comunes, el lugar donde los esposos tuvieron la primera residencia habitual, momento en que se exteriorizó de forma concluyente la voluntad de los interesados de formar una familia y donde, según el esquema clásico de la *posesión de estado*, los cónyuges se darían nombre de tal, se tratarían como esposos, reclamando y ejerciendo los derechos propios de la unión matrimonial según las leyes del estado de su residencia (Cfr. Art. 12 del Convenio Europeo de Derechos Fundamentales y Libertades Públicas y art. 9 del la Carta e los Derechos Fundamentales de la Unión Europea) y obtendrían de los demás miembros de la colectividad la reputación o consideración de tales esposos (*by habit and repute*).

En todos los casos señalados en esta conclusión, la articulación a nivel comunitario de un *forum necessitatis* como el previsto en el art. 7 bis de la Propuesta de Reglamento 1259/2010, versión documento 8587/08 de la Comisión Europea, puede hacer posible la superación del escollo de la falta de aceptación del sistema de reconocimiento por parte del tribunal del Estado miembro participante al que se acude para obtener la separación o el divorcio. Ello significa que, mientras no se imponga verticalmente por las instituciones de la Unión la unicidad de estado civil, la solución, para las personas unidas en matrimonios religiosos o informales que solo puedan ser considerados como válidos en el Estado de su constitución o celebración, pasa por un *forum shopping por system shopping*.

Sexta. Las reformas necesarias en el Derecho comunitario.

Dejando a un lado la problemática planteada por la escisión de Europa en dos espacios judiciales en lo que a la ley aplicable se refiere, aspecto de no es remediable desde las propias instituciones europeas, el Reglamento nace con cuatro taras genéricas que sí serían abordables en una futura reforma:

- 1º. En primer lugar, ningún Reglamento comunitario sobre ley aplicable puede cumplir sus finalidades sin una norma de aplicación explícita que imponga a la autoridad competente la **APLICACIÓN DE OFICIO DEL DERECHO EXTRANJERO** que pueda resultar llamado por la correspondiente norma de conflicto. En tanto sigan postulándose en la doctrina científica europea posturas que justifiquen la conservación de las normas de aplicación internas en lo que se refiere a la prueba y aplicación del Derecho extranjero, subsistirá la necesidad de que las instituciones comunitarias impongan verticalmente de forma terminante, la solución propuesta. Solo deberían quedar bajo la competencia de los Derechos procedentes de los Estados la articulación de los cauces de participación de las partes en la prueba del Derecho extranjero, así como su incontestable derecho de impugnación del criterio sostenido por el juez acerca del Derecho extranjero aplicable.
- 2º. En segundo lugar, la libertad que el art. 13 del Reglamento deja a los Estados para determinar lo que es matrimonio y para inadmitir o desestimar la demanda de separación o divorcio, no era incompatible con el reconocimiento de derecho de toda persona a mantener el mismo estado civil en cualquier punto del mundo. Ya que las autoridades estatales –judiciales y científicas– no se atreven a deducir tal principio general del art. 21 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, y la actualización de los registros civiles prevista en el art. 21

del Reglamento 2201/03, no es suficiente, evidentemente para garantizar ese resultado, es necesario que se imponga verticalmente desde el propio Tratado de Funcionamiento, el necesario, nunca prometido y ya impostergable reconocimiento del derecho de todo ciudadano a la unicidad de estado civil en todo el suelo europeo. Quizás más adelante pueda abordarse sobre bases más firmes que las hoy existentes, la cuestión de la *exclusión de la discriminación de los nacionales de terceros Estados*, una vez se alcance una interpretación uniforme del art. 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y se logren nuevos avances en la jurisprudencia del TJUE, en relación con el concepto de ciudadanía y su relación con la residencia habitual en suelo europeo.

- 3º. La autonomía conflictual ha quedado excesivamente limitada por las cuatro únicas posibilidades que contiene el artículo 5 del Reglamento, el cual debería haber mantenido el sistema de elección abierta de la ley aplicable que se llevó en su momento al Reglamento Roma I y al Reglamento Roma II.
- 4º. Por último, la pretendida coherencia entre el Reglamento 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre, de cooperación reforzada en materia de ley aplicable, y el Reglamento 2201/03, ha quedado inconclusa al no haber prosperado la reforma que se pretendía abordar, en un principio, afectante a ambas materias, la ley aplicable y la competencia judicial internacional. La admisión de la sumisión expresa y la regulación de los aspectos formales del pacto de sumisión, tal como se hace en el art. 3 bis de la Propuesta de Reglamento 1259/2010, versión de 18 de abril de 2008, hubiera potenciado enormemente la elección de ley aplicable, haciendo posible que ambos aspectos de la autonomía de lo voluntad encontrasen materialización en unas mismas estipulaciones, sujetas, en lo formal, a idénticas formalidades y, en lo material, a un mandato de información integral (*Scelta illuminata, choix éclairé, informed choice, Rechtswahl in voller Sachkenntnis*) que debería proyectarse también, lógicamente, sobre las consecuencias, más bien en el terreno procesal que en el conflictual, de elegir un foro u otro.

Asimismo el *forum necessitatis* que se contemplaba en el art. 7 bis del mismo documento del (Doc. del Consejo de la Unión Europea, Comité de Derecho Civil –1259/2010– 8587/08 de 18 de abril de 2008) podría aliviar la situación de las mujeres casadas en régimen poligámico, de las parejas del mismo sexo, y de otros sujetos casados bajo formas de celebración anómalas o sin intervención de autoridad, que, de no articularse tal cauce de ampliación de las competencias judiciales internacionales, podrían ver frustrado su derecho a una vida familiar, quedando apresados en la trampa de un matrimonio claudicante al que se niega, por la autoridad competente, la cualidad de tal.

Séptima. La reforma necesaria de la LEC española

Debería abordarse la reforma puntual de la LEC para incorpora al apartado 6º del artículo 777, en un segundo párrafo, la previsión de que, en los casos que impliquen un conflicto de leyes, si el Tribunal estimare que debe desestimar la demanda por *no existir matrimonio* entre los solicitantes, debe abrir una audiencia de diez días para que los mismos puedan hacer las alegaciones que estimen pertinentes a tal respecto y presentar las justificaciones documentales o testimoniales que consideren convenientes, a fin de acreditar la existencia de vínculo matrimonial según el sistema de Derecho Internacional Privado español.

Octava. Las reformas necesarias del Código Civil español.

Creemos que, para que las cuestiones relativas a la validez de un matrimonio puedan ser resueltas por nuestros tribunales de la manera más satisfactoria y acorde con los derechos que consagran el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, deberían introducirse en nuestra ley civil básica las siguientes reformas:

- Debería modificarse el tenor del art. 9.1 del Código Civil para convertirlo en un precepto de remisión a los numerosos Reglamentos que han devorado la regla general, manteniendo la consagración del *SETEL MAJOR*, *SEMPER MAJOR* e incorporando, además, en dos párrafos independientes:
 - Una norma especial sobre la capacidad nupcial, que permita aplicar a cada contrayente la más favorable de estas dos leyes: la ley personal, la ley de su residencia habitual, ó la ley del lugar de celebración del matrimonio.
 - Una norma de significación análoga a la del art. 46 del Código de Derecho Internacional Privado belga,²⁰⁰ a la que podría darse el siguiente tenor: cuando ninguna de las leyes señaladas permita a un contrayente casarse con persona de su mismo sexo, el matrimonio se considerará válidamente contraído cuando el otro contrayente tenga capacidad nupcial para contraer tal matrimonio con persona de su mismo sexo, de conformidad con cualquiera de dichas leyes.»
- Debería insertarse al final del art. 44 del Código Civil un tercer y un cuarto párrafos con la siguiente o análoga norma conflictual: «El matrimonio celebrado fuera de España, ya sea mixto, entre españoles o entre extranjeros, será considerado como válido a todos los efectos, incluso a los de nulidad, separación o divorcio, cuando los contrayentes tuvieran capacidad nupcial con arreglo a las respectivas leyes personales, el consentimiento se ajuste al canon o exigencia propio del Estado en que se celebre y observe cualquiera de las formas admisible conforme al Derecho Internacional Privado del Estado en que se celebre o, alternativamente, cualquiera de las formas señaladas en los arts. 11.1, 49 y 50 de este Código».

En todo caso, se considerará válido a los efectos de demandar ante la jurisdicción española la nulidad, la separación o el divorcio, todo matrimonio que, en los supuestos de conflicto de leyes, deba ser tenido por tal conforme al Derecho Internacional Privado del Estado en que se haya celebrado, incluyendo los segundos o ulteriores matrimonios de un varón de estatuto poligámico con segundas o ulteriores esposas, con independencia de cuál sea la nacionalidad de aquél y de éstas.»

- Debería sustituirse la compleja norma de conflicto del art. 107 del Código Civil por otra que introduzca la conexión de la autonomía de la voluntad a los efectos de permitir, en el futuro, si llegasen a legislar los parlamentos autonómicos sobre nulidad, separación o divorcio, elegir una u otra ley autonómica, tanto a los españoles, como a los extranjeros, en toda situación que implique un conflicto de leyes.

²⁰⁰ El precepto en cuestión dispone, bajo la rúbrica de «Droit applicable à la formartion du mariage», que «Sous réserve de l'article 47, les conditions de validité du mariage sont régies, pour chacun des époux, par le droit de l'Etat dont il a la nationalité au moment de la célébration du mariage.

L'application d'une disposition du droit désigné en vertu de l'alinéa 1er est écartée si cette disposition prohíbe le mariage de personnes de même sexe, lorsque l'une d'elles a la nationalité d'un Etat ou a S.A. S.A. résidence habituelle sur le territoire dont le droit permet un tel mariage».

¿DE VERDAD PUEDE CONTROLARSE EL PRECIO DE LOS CONTRATOS MEDIANTE LA NORMATIVA DE CLÁUSULAS ABUSIVAS?*

De la STJUE de 3 junio 2010 (*Caja de Madrid*, C-484/08)
y su impacto aparente y real en la jurisprudencia española a la STS
(pleno) de 9 mayo 2013 sobre las cláusulas suelo

SERGIO CÁMARA LAPUENTE
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de La Rioja

Recibido: 13.05.2013 / Aceptado: 18.05.2013

Resumen: La falta de transposición formal en Derecho español del artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas en contratos de consumo venía causando en la jurisprudencia española una incertidumbre insostenible acerca de si cabe declarar la nulidad como cláusula abusiva de aquélla que define el objeto principal del contrato (o incluso la relación calidad/precio), aunque estuviese redactada de forma clara y transparente. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) dictó el 3 junio 2010 una sentencia (caja *Caja Madrid*) en la que, respondiendo a las tres cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Supremo (TS) español, señalaba que los Estados miembros podían, al transponer dicho precepto, elevar el nivel de protección de los consumidores y, en consecuencia, permitir un pleno control judicial de todo tipo de cláusulas, incluidas las relativas a los elementos esenciales del contrato. Más aún, la STJUE llegaba a afirmar, derivándolo de manifestaciones del TS español, que ese era el régimen vigente en España. Si bien el impacto aparente de la sentencia *Caja Madrid* a primera vista podría haber sido zanjar la cuestión, permitiendo dicho control, su impacto real dista de ser ese: ni podía el TJUE zanjar la cuestión en el Derecho nacional ni lo había hecho el TS español hasta la STS plenaria de 9 de mayo 2013 sobre las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios. Este ensayo examina críticamente la jurisprudencia del Tribunal Supremo entre 2010 y 2013, ambigua y contradictoria sobre este punto capital, y pone en contexto la trascendencia de la STS de 9 de mayo de 2013, a la par que incide en varios aspectos que ni el TJUE ni el TS han resuelto a plenitud hasta el momento (qué se entiende por elementos esenciales a la luz de ese precepto, con qué criterios se determinan y han de controlarse, cómo ha de relacionarse el resultado de esas sentencias con otras recientes de ambos tribunales en materia de cláusulas abusivas).

Palabras clave: cláusulas abusivas, elementos esenciales del contrato, precio del contrato, condiciones generales de la contratación, contratos de consumo, crédito hipotecario, cláusulas suelo, cláusulas de redondeo de intereses, papel del TJUE, transposición de la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas.

* Este ensayo es un resultado del proyecto de investigación I+D+i del Ministerio de Economía y Competitividad con referencia DER2012-37206, del que el autor es investigador principal. Constituye también la contribución de quien suscribe al libro homenaje al prof. José María Miquel González, en testimonio de afecto y admiración por la obra y la persona del homenajeado. Existe una versión en inglés del artículo, previa a la aparición de la STS 9 mayo 2013, en el libro TERRYN, E. et al. (eds.), *The Consumer and the Internal Market: Has EU Consumer Law Come of Age? Half a Century of EU Consumer Law Landmark Decisions*, Intersentia, Cambridge, 2013 (en prensa).

Abstract: The lack of formal implementation into Spanish Law of article 4.2 of the Directive 93/13/EEC on unfair terms in consumer contracts produced a strong legal uncertainty in the Spanish case-law, as for determining whether a non-negotiated term which defines the «main subject matter» of the contract (and even the «adequacy» between price as against goods or services in exchange) can be declared void as an unfair term, provided that these terms are in plain intelligible language. The *Caja Madrid* judgment published by the Court of Justice of the European Union (CJUE) on 3rd June 2010 answered the three preliminary rulings sent by the Spanish Supreme Court (TS) in the sense that Member States, when faced with the transposition of that article, may allow a full jurisdictional control of all kind of terms, including the so-called core terms, since this represents an increase in the level of consumer protection. Furthermore, the CJUE even upheld, relying in the statements of the Spanish TS, that that was the law currently in force in the Spanish legal system. While the apparent impact of the *Caja Madrid* judgment would at first sight seem to have settled the issue, allowing the control of the main subject of the contract and the price-quality ratio using the unfairness test, its real impact is very different: neither the ECJ nor the Spanish Supreme Court had managed to settle the issue in national law. This has been so until the STS 9 May 2013 (judgment in plenary session of the Court on the «floor terms» in mortgage credits). This paper examines with criticism the Spanish Supreme Court's case-law between 2010 and 2013, marked by ambiguity and contradictions. The essay then gives the context of the relevance of the new solution offered by the STS 9 May 2013 and goes beyond with the analysis of some issues that neither the CJUE nor the TS have solved to date (what are «core terms» for this rule, under which parameters they might be controlled, what is the relationship between these judgments and other recent ones in the field of unfair terms).*

Key words: unfair terms, core terms, contract price, standard terms, consumer contracts, mortgage credit, «floor terms», round-up terms on interest, role of the CJUE/EJC, implementation of the Directive 93/13/EEC on unfair terms.

Sumario: I. Planteamiento. II. Lo que la sentencia del TJUE dice (sobre el Derecho nacional y el de la Unión Europea) y lo que no puede decir (sobre el Derecho nacional). III. La falta de transposición del artículo 4.2 de la Directiva en España y en otros sistemas legales: la peculiaridad «negligente» del silencio español. 1. Las interpretaciones discrepantes sobre la falta de transposición. 2. La incidencia del silencio legislativo en el examen judicial de las cláusulas de redondeo antes de la sentencia *Caja Madrid*. IV. El impacto aparente, el impacto real y el impacto debido de la STJUE *Caja Madrid* en el sistema legal español. 1. ¿Fin de la controversia («no con un estallido, sino con un quejido»)? No, en absoluto. 2. La jurisprudencia del Tribunal Supremo tras la STJUE *Caja Madrid*: ambigüedad y contradicciones hasta el cierre por la STS (Pleno) 9 mayo 2013. 3. Conclusión: la incertidumbre sobre el control judicial de precios y la pasividad del legislador. V. Cuestiones no resueltas por la sentencia *Caja Madrid* y problemas futuros. 1. ¿Qué son «objeto principal del contrato» y «adecuación entre precio y bienes» a los efectos del artículo 4.2 de la Directiva? 2. ¿Criterios objetivos o subjetivos para determinar qué es el objeto principal del contrato? 3. ¿Cuáles son los criterios para controlar como abusivos los elementos esenciales? 4. Las conexiones de la sentencia con otras sentencias recientes del TJUE (*Aziz* y *Banco Exterior de Crédito*). VI. Conclusión.

I. Planteamiento

1. La importante excepción al control de las cláusulas abusivas introducida en el art. 4.2 de la Directiva 1993/13 en relación con el objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y cosa o servicio (relación calidad/precio) tuvo por finalidad respetar cierto margen de autonomía de la voluntad en relación con la configuración de los elementos esenciales del contrato al amparo de la libertad de la contratación. Si la Directiva suponía un claro límite a esa libertad por medio del control judicial de las

* For an English version of this paper (but prior to the Spanish Supreme Court Judgment of 9 may 2013 dealt with in the next lines), see previous footnote.

cláusulas no negociadas, la citada excepción eximía de control las cláusulas sobre el precio y el objeto siempre que estuviesen redactadas de forma clara y comprensible, por entenderse que el Derecho de la competencia y la libertad de elección entre distintas ofertas preservaban suficientemente la posición del consumidor¹. Ahora bien, dado que la Directiva persigue una armonización mínima (art. 8), surge la cuestión de si los Estados Miembros pueden elevar el nivel de protección de los consumidores permitiendo también el control de dichos elementos esenciales como cláusulas abusivas. Esta es la clave de las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Supremo español ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), en cuya sentencia *Caja Madrid* de 3 junio 2010² se pronuncia por primera vez acerca de si el art. 4.2 de la Directiva tiene carácter imperativo y de si constituye parte del ámbito material de aplicación de la Directiva y, por ende, no podría alterarse en la transposición por los Estados miembros. El Tribunal de Luxemburgo responde negativamente a ambas cuestiones. Además, dado que ya hubo de referirse a la transposición del art. 4.2 en la sentencia *Comisión v. Países Bajos* casi diez años antes³, el TJUE aprovecha las alegaciones para descartar lo que considera una «lectura errónea de dicha sentencia» (fundamento 37 de la sentencia) y distingue entre una ilícita transposición incompleta de la norma (cuando se omite su inciso final sobre el necesario control de los elementos esenciales si no están redactados de manera clara y comprensible) y una lícita falta de transposición íntegra del art. 4.2 (cuando supone controlar esos elementos esenciales en todo caso, incluso si fueron presentados de forma transparente). Por lo tanto, la relevancia de la sentencia, además de confirmar que al amparo de la armonización mínima los Estados miembros sí pueden controlar como abusivos los elementos esenciales del contrato pese a que la Directiva parte del postulado contrario, estriba sobre todo en aclarar la medida en que se puede alterar o manipular el contenido del art. 4.2 al implementarla en el Derecho nacional. Y su trascendencia puede comprobarse con la cita de la sentencia como fundamento expreso para introducir cambios en dicha excepción, más favorables al consumidor, en países que están valorando tal reforma legislativa, como ocurre en el Reino Unido, según destaca el informe de las *Law Commissions* inglesa y escocesa de marzo de 2013⁴.

¹ Según la Abogada General del TJUE, V. TRSTENJAK, en sus *Conclusiones al asunto C-484/08 [Caja Madrid]*, 29 octubre 2009 (disponible, como el resto de sentencias del TJUE que se citarán, en curia.europa.eu), § 40, la base del art. 4.2 de la Directiva es que «[e]l consumidor no debe ser protegido en general de que celebre un contrato desventajoso, sino que se le considera suficientemente protegido por la competencia por lo que se refiere a las prestaciones principales».

² STJUE 3 junio 2010, asunto C-484/08, *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid v. Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausban)*, [2010] ECR I-4785. La condición general inserta en los contratos de adhesión de préstamos hipotecarios celebrados por *Caja Madrid* objeto de la controversia judicial era la relativa al redondeo al alza del interés remuneratorio variable cuando se actualizaba de acuerdo con el índice de referencia establecido, de manera que se establecía el redondeo de esos intereses siempre al cuarto de punto superior al resultante del cálculo. Sobre esta STJUE existen diversos comentarios: AUBERT DE VINCELLES, C., «Possibilité du contrôle du caractère abusif des clauses relatives au prix», *Revue des contrats* (2010), pp.1299-1304; PAISANT, G., SAN MIGUEL PRADERA, L., «Quel contrôle, par le juge, du caractère abusif d'une clause relative à la définition de l'objet principal du contrat?», *La Semaine Juridique – édition générale* 3 (2011), pp. 114-117; SPADAFORA, A., «Il demiурgo del contrato alla ricerca del 'giusto processo'», *Giustizia Civile* (2011), pp. 1113-1134; STUYCK, J., «Case Note: Case C-484/08 Caja de Ahorros», *European Review of Contract Law* 4 (2010), pp. 449-459; TAMAS, R., «Arrêt *Caja de Madrid*: L'extension indirecte de la protection des consommateurs en matière de clauses abusives», *Revue Européenne de Droit de la Consommation* 2 (2011), pp. 403-412. También en España: CASTILLA CUBILLAS, M., «La STJCE de 3 de junio de 2010 en materia de abusividad de las prestaciones principales del contrato, y sus riesgos», *Revista Aranzadi Doctrinal* 9 (2011), pp. 133-136 [versión electrónica, BIB 2010/2866, citada aquí]; DOMÍNGUEZ ROMERO, J., «La fiscalización de los elementos esenciales del contrato celebrado con consumidor: ¿fin de una controversia? A propósito de la Sentencia TJUE de 3 de junio de 2010 y la nueva Directiva sobre derechos de los consumidores», *Revista de Derecho Patrimonial* 27 (2011), pp. 155-176; PALAU RAMÍREZ, F., «Condiciones generales abusivas: alcance y criterios sustantivos del control de contenido», 1 *Aranzadi Civil-Mercantil* 5 (2011), pp. 125-147 [versión electrónica, BIB 2011/1062, citada aquí].

³ STJUE 10 mayo 2001, asunto C-144/99, *Comisión v. Países Bajos* [2001] ECR I-3541.

⁴ THE LAW COMMISSION AND THE SCOTTISH LAW COMMISSION, *Unfair terms in consumer contracts: Advice to the Department for Business, Innovation and Skills*, London-Edinburgh, Marzo 2013 (disponible en: <http://lawcommission.justice.gov.uk/publications/unfair-terms.htm>). El Gobierno británico, por lo demás, lleva varios años valorando la posibilidad de reformular el contenido de su transposición del art. 4.2, siempre respetando en sustancia la exclusión de control de los *core terms* presentados de forma transparente y para ello realiza un interesante examen de Derecho comparado con el Derecho español, alemán, francés y australiano (*vid., ibidem*, *Unfair Terms in Consumer Contracts: a new approach? Issues Paper*, London-Edinburgh, Julio 2012).

2. Ahora bien, la sentencia *Caja Madrid* plantea también algunos problemas graves, no sólo *por lo que no dice* (qué son elementos esenciales, cuáles son los criterios para su control, etc., *infra*, apartado V), sino también *por cómo expresa* algunas de sus conclusiones en relación el significado de no transponer el art. 4.2 en Derecho español (*infra* apartado II). El TJUE no tuvo presente, probablemente por inducción cuestionable del propio Tribunal Supremo español, que el silencio de España es distinto al de otros países que decidieron consciente y coherentemente con sus sistemas no transponer el artículo. Ese silencio legislativo, que, por tanto, debería tener otras consecuencias distintas de las indicadas por el TJUE, combinado con la interpretación del alcance de la sentencia *Caja Madrid* en España, ha dado lugar a una jurisprudencia ambigua y contradictoria del propio Tribunal Supremo (*infra* apartado II.2) que ha generado una indeseable inseguridad jurídica, al menos hasta la publicación de la STS (Pleno) de 9 mayo 2013, a la que más adelante se hará referencia.

3. Por lo tanto, las próximas páginas abordarán las siguientes materias: lo que la sentencia no puede decir, pese a su tenor literal, sobre el Derecho nacional (apartado II); la peculiaridad del silencio del legislador español, la interpretación que merece a la luz del Derecho nacional y del comunitario y el intenso debate de la doctrina y la jurisprudencia al respecto (apartado III); la un tanto errática jurisprudencia del Tribunal Supremo español sobre el posible carácter abusivo de los elementos esenciales entre 2010 y 2013 y el uso que ha hecho de la doctrina contenida en el caso *Caja Madrid* hasta la STS (Pleno) 9 mayo 2013 (apartado IV); y, desde el plano del Derecho de consumo de la UE, el planteamiento de algunas cuestiones dudosas no abordadas por esta sentencia (apartado V).

II. Lo que la sentencia del TJUE dice (sobre el Derecho nacional y el de la Unión Europea) y lo que no puede decir (sobre el Derecho nacional)

4. En síntesis, la STJUE 3 junio 2010 hace tres afirmaciones sobre el art. 4.2 de la Directiva sobre cláusulas abusivas y el margen de los Estados Miembros en su transposición: a) «*no puede considerarse que esta disposición defina el ámbito de aplicación material de la Directiva*» (§ 32) y no puede catalogarse como «*una disposición imperativa y vinculante, que los Estados miembros debían obligatoriamente incorporar como tal a sus ordenamientos*» (§ 39). b) Las cláusulas contempladas en el art. 4.2 están comprendidas en el ámbito regulado por la Directiva y, por tanto, como la armonización que persigue ésta es de mínimos, el art. 8 también se le aplica (§ 35): los Estados Miembros pueden autorizar un control judicial completo del carácter abusivo de estas cláusulas esenciales pues ello supondrá una protección efectiva más elevada que la de la Directiva (§ 43). c) En cambio, no supone elevar el nivel de protección, sino lo contrario y, por tanto, no es posible conforme al Derecho comunitario, una transposición incompleta que excluya del control a los elementos esenciales del contrato en todos los casos, incluso aunque hubiesen sido redactados de forma oscura y ambigua (§§ 37 y 39, de acuerdo con el caso *Comisión v. Países Bajos*).

5. Así formuladas las tres ideas no cabe hacerles ninguna objeción o reproche y, cabe decir, eran plenamente previsibles y coherentes con la jurisprudencia anterior del TJUE. Realmente la forma en que el Tribunal Supremo español planteó la cuestión prejudicial no parecía vaticinar otro resultado e incluso puede dudarse de su necesidad y utilidad, máxime tomando como punto de partida las cláusulas de redondeo, que tanto las sentencias de Audiencias Provinciales anteriores como las propias sentencias del Tribunal Supremo *posteriore*s consideran como accesorias y no como objeto principal del contrato y, por ende, no están encuadradas en la exención del art. 4.2⁵; es más, están expresamente consideradas como abusivas por la reforma operada por la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, aunque el litigio en

⁵ *Vid. infra* la jurisprudencia mencionada (parágrafos 17 y 20-26). En esta línea, correctamente a mi juicio, la Comisión Europea, el Gobierno español y Ausbanc cuestionaron la admisibilidad de la petición de decisión prejudicial por no ser útil para resolver el litigio (§ 17). Pero dado que el Tribunal Supremo español sí considera en su planteamiento que estas cláusulas podrían versar sobre el objeto principal del contrato, el TJUE declara su propia competencia para examinar una cuestión que sería de interpretación del Derecho de la Unión Europea (§ 23-24).

estudio se planteó antes. El problema radica realmente en la forma en que el TJUE expresa alguna de esas tres ideas y, singularmente, la segunda, con una interpretación de lo que, a su juicio, es el Derecho vigente en España. Examinemos brevemente las tres afirmaciones.

6. En cuanto a que el art. 4.2 de la Directiva no delimita el ámbito de aplicación de la Directiva, no falta razón a quienes acusan ese planteamiento como excesivamente formalista, pues aunque el argumento tendrá la trascendencia jurídica de ampliar o no el margen de actuación de los Estados miembros y, como ahora se dirá, no es una calificación indiferente, a efectos prácticos igual será decir que unas cláusulas están excluidas del campo de aplicación de la Directiva que decir que están incluidas en él pero no pueden ser juzgadas como abusivas⁶. En la sentencia no llegan a plasmarse los razonamientos de la Abogada General para llegar a esa conclusión seguida por el TJUE: en concreto, la interpretación finalista o teleológica de la norma (el respeto a la libertad de mercado) y su interpretación histórica (pues la excepción del art. 4.2 no estaba en la versión inicial de la Directiva)⁷. No es el momento de detenerse en ello ahora. Baste decir que el propio informe de la Comisión europea de evaluación de los cinco primeros años de aplicación de la Directiva, publicado en 2000, parecía asumir ya como legítimo no transponer el art. 4.2⁸. Quizás más trascendencia técnica podría darse al rechazo de que el art. 4.2 defina el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 y, en definitiva, a la naturaleza jurídica de esa norma, en caso de un cambio de escenario de armonización mínima a armonización máxima como el que, también respecto al control de los elementos esenciales, planteaba la Propuesta de Directiva sobre Derechos de los consumidores de 2008 –cuyo art. 32.3 se descartó finalmente en la Directiva 2011/83, de 25 octubre–; como es sabido, el TJUE ha calificado como correcta la extensión nacional del régimen de Directivas de armonización máxima a supuestos excluidos del ámbito de su aplicación⁹. Con la interpretación de la sentencia *Caja Madrid*, en un hipotético escenario de armonización máxima, no parece que los estados miembros pudieran ampararse en la citada doctrina de sentencias como *Moteurs* o *Volksbank Romania* para declarar sujetos a control por abusivos los elementos esenciales del contrato redactados de forma clara.

7. Los problemas prácticos en el Derecho interno español se están produciendo realmente por la forma en que el TJUE expresó en sus §§ 42 y 43 la segunda idea antes mencionada. En efecto, está dentro de sus competencias afirmar, y la afirmación es certera, que los Estados miembros pueden prescindir de la excepción que representa el art. 4.2 de la Directiva y así elevar el nivel de protección de los consumidores por el carácter de mínimos de la Directiva. Pero la sentencia literalmente señala: «en el ordenamiento jurídico español, como señala el Tribunal Supremo, un órgano jurisdiccional nacional puede apreciar en cualquier circunstancia, en el marco de un litigio relativo a un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, el carácter abusivo de una cláusula no negociada individualmente, que se refiera en particular al objeto principal de dicho contrato, incluso en supuestos en que esta cláusula haya sido redactada de antemano por el profesional de manera clara y comprensible (§ 42) y «debe observarse que, al autorizar la posibilidad de un control jurisdiccional completo del carácter abusivo de las cláusulas, como las contempladas en el artículo 4, apartado 2, de la Directiva (...) la normativa española de que se trata en el litigio principal permite garantizar al consumidor, conforme al artículo 8 de la Directiva, una protección efectiva más elevada que la prevista por ésta» (§ 43). El interpretar cuál es el Derecho interno vigente en un Estado miembro concreto está fuera de las competencias del TJUE, como se infiere del art. 267 TFUE. No corresponde al Tribunal de Luxemburgo decir cuál es el

⁶ PAISANT/SAN MIGUEL PRADERA, *op. cit.*, p. 115.

⁷ AG TRSTENJAK, *Conclusiones...*, cit., en particular, §§ 40 y 60.

⁸ COMISIÓN EUROPEA, *Informe sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores*, COM (2000) 248 final, § III.1.c. Pero repárese en el literal de las conclusiones de este documento (énfasis en cursivas añadido): «una gran parte de los Estados miembros no incorporó esta limitación relativa al *ámbito de aplicación* (DK, EL, E, L, FIN, P, S), sin que tampoco en este caso se plantearan problemas de aplicación práctica. La adopción de la Directiva no entrañó revisiones de precios ... por los tribunales».

⁹ Cfr. STJUE 4 junio 2009, asunto C-285/08, *Moteurs Leroy Somer v. Dalkia France, Ace Europe* [2009] ECR I-4733, §§ 24-32; STJUE 12 julio 2012, asunto C-602/10, *SC Volksbank România SA v. Autoritatea Națională pentru Protecția Consumatorilor - (CJPC)* [2012] (sin publicar), §§ 40, 43 y 44.

significado de una laguna legislativa en un Derecho nacional, sino sólo interpretar la Directiva y, en el caso que nos ocupa, señalar si una norma comunitaria puede o no ser alterada por los Estados Miembros al acometer su implementación. Más aún: la solución genuina del Derecho de la Unión Europea ante la falta de transposición de las reglas contenidas en una Directiva es la interpretación del Derecho nacional de conformidad con dicha Directiva¹⁰. Esta es la solución defendida por parte de la doctrina y la jurisprudencia en España para colmar el vacío de no transponer el art. 4.2 de la Directiva, tanto antes de la sentencia Caja Madrid¹¹ como después¹², ya que esas afirmaciones del TJUE sobre el Derecho español no suponen cambio alguno en las soluciones legales nacionales. Por supuesto, el problema de fondo es interpretar si el silencio del legislador español supone bien una omisión no querida, o sea, un error involuntario de transposición o bien una voluntad legislativa de excluir la regla de la Directiva. La historia de la transposición de la Directiva en España no deja lugar a dudas de que sucedió lo primero (*infra*, apartado III). Por lo tanto, no debería equipararse el silencio del legislador español (que constituye una laguna cuya solución es la interpretación conforme a la Directiva) con la falta de transposición de la misma regla en otros países, cuando el «silencio» en esos países responde a una expresa y consciente *voluntas legislatoris* de permitir el control de tales cláusulas en coherencia con los principios de su propio sistema jurídico. La ecuación de la sentencia (no transposición = voluntad de elevar el nivel de protección) no es exacta en todos los casos: no lo es, al menos, cuando el silencio se debió a un error en la votación parlamentaria, no se dio explicación alguna en el preámbulo ni en ningún sitio de un supuesto cambio tan trascendental (pues la voluntad del legislador era la contraria, transponer el artículo), ni ese cambio que permitiría un control de precios mediante la aplicación los requisitos de las cláusulas abusivas es coherente con el sistema constitucional español de libertad de mercado ni con el muy reducido papel de la rescisión por lesión en el Código civil español. No en vano, como ha puesto de relieve la doctrina, también en Francia, el contenido del art 4.2 de la Directiva es coherente con la falta de sanción de la rescisión por lesión en el Código civil¹³.

8. Aún cabe traer a colación, para refrendar el relativo valor de las afirmaciones de la sentencia sobre el Derecho vigente en España, la consolidada interpretación del TJUE sobre la delimitación de su propio papel y del de los tribunales nacionales ya en concreto respecto a la Directiva sobre cláusulas abusivas. Claramente desde la sentencia *Freiburger Kommunalbauten* de 2004¹⁴ en que el TJUE rechazó pronunciarse sobre el carácter abusivo de una concreta cláusula, el Tribunal ha consolidado esta distribución de papeles, como se recuerda en la reciente sentencia *RWE Vertrieb AG* de 2013¹⁵: «*la competencia del Tribunal de Justicia comprende la interpretación de las disposiciones de las mencionadas Directivas y los criterios que el juez nacional puede o debe aplicar al examinar una cláusula contractual a la luz de esas disposiciones, entendiéndose que incumbe a dicho juez pronunciarse, teniendo en cuenta tales criterios, sobre la calificación concreta de una cláusula contractual particular en función de las*

¹⁰ STJUE 27 junio 2000, asuntos C-240-244/98, *Océano Grupo Editorial v. R. Murciano Quintero* [2000] ERC I-4491, § 32, entre otros muchas sentencias, anteriores y posteriores, como *von Colson* [1984], *Faccini Dori* [1994] § 30, *Marleasing* [1990] § 8, etc.

¹¹ ARROYO MARTÍNEZ, I., «Comentario al art. 1 LCGC», en ARROYO, I. y MIQUEL, J. (dirs.), *Comentarios a la Ley de condiciones generales de la contratación* (Madrid: Tecnos, 1999), p. 31; PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas* (Madrid: Marcial Pons, 1999), pp. 280-281; MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «Comentarios a la DA 1ª de la LCGC», en MENÉNDEZ, A., DÍEZ-PICAZO, L. (dirs.), ALFARO, J. (coord.), *Comentarios a la Ley de condiciones generales de la contratación* (Madrid: Civitas, 2002), p. 911; CÁMARA LAPUENTE, S., *El control de las cláusulas 'abusivas' sobre elementos esenciales del contrato* (Navarra: Thomson Reuters/Aranzadi, 2006), pp. 158-160.

¹² CÁMARA LAPUENTE, S., «Comentarios al art. 87 TRLGDCU» en CÁMARA LAPUENTE, S. (dir.), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores* (Madrid: Colex, 2011), p. 888. De forma similar, PALAU RAMÍREZ, «*Condiciones generales...*», cit., p. 138 y ss. También, implícitamente la STS 18 junio 2012 (*vid. infra*) y, refrendando su criterio la STS 9 mayo 2013.

¹³ CALAIS-AULOIS, J., STEINMETZ, F., *Droit de la consommation* (Paris: 6^a ed., Dalloz, 2003), p. 203; NOBLOT, C., *Droit de la consommation* (Paris: Montchrestien, 2012), p. 42; ambos citados en UK Law Commissions, *Advice...*, cit., Appendix A. *Comparative Law*, 2013, p. 4.

¹⁴ STJUE 1 abril 2004, asunto C-237/02, *Freiburger Kommunalbauten GmbH v. L. Hofstetter and U. Hofstetter* [2004] ECR I-3403, § 21.

¹⁵ STJUE 21 marzo 2013, asunto C-92/11, *RWE Vertrieb AG v. Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen eV* [2013] (sin publicar), § 48

circunstancias propias del caso». De hecho, en las varias sentencias donde se recuerda esta doctrina, el TJUE ha ofrecido al tribunal nacional criterios derivados de la legislación comunitaria para que sea este último quien determine si, a la luz de las circunstancias del caso y de la legislación nacional vigente la cláusula enjuiciada era abusiva o no¹⁶. Todo lo cual confirma que el TJUE podía determinar la naturaleza de la exclusión del control de los elementos esenciales, e incluso haber dado pautas sobre qué entender por éstos (cosa que no hace), pero no podía decidir cuál es el concreto régimen de control de los elementos contractuales esenciales en un Estado miembro (y a salvo su competencia para determinar si una concreta transposición vulnera el Derecho comunitario por rebajar el nivel de protección, por supuesto). Si, con el debido respeto, se insiste en estas líneas en este argumento es porque el Tribunal Supremo español ha fundando en algunos fallos el posible control judicial del objeto del contrato y de la adecuación del precio no en su propio criterio sobre el Derecho vigente en España, al parecer sólo tangencialmente expresado al plantear la cuestión prejudicial, sino en el criterio al respecto del TJUE, reproduciendo las líneas de éste antes transcritas como argumento irrefutable del *status legislativo* bendecido por el tribunal europeo. Esta consecuencia clave para el Derecho nacional puede dar un argumento más a quienes consideran que el TJUE pone demasiado énfasis en los derechos de los consumidores al interpretar las Directivas, llegando a interpretaciones excesivamente intervencionistas¹⁷. Sin embargo, para ser justos, no creo que el TJUE fuese plenamente consciente del impacto de sus palabras en el Derecho español ni creo que sea incorrecta, sino todo lo contrario, la interpretación que da sobre la posibilidad de cualquier Estado Miembro de someter a control las cláusulas sobre el objeto del contrato.

9. Pero entonces, si carecía de competencia para ello ¿por qué el TJUE formula en los términos transcritos su visión de lo que considera como Derecho vigente en España? En primer lugar, ni en la sentencia ni en el dictamen de la Abogado General existe un estudio propio de la jurisprudencia y la doctrina española sobre el alcance del silencio legislativo. En segundo lugar, sus afirmaciones descansan en cómo recibe o percibe la información que al respecto le suministra el Tribunal Supremo español. Lo llamativo es que éste, antes de la sentencia del TJUE nunca había expresado tal interpretación, ni parece que el auto de presentación de la cuestión prejudicial pueda considerarse en absoluto el cauce técnico para resolver una materia de este calado. Pero a juzgar por las expresiones del TJUE («*como señala el Tribunal Supremo*»)¹⁸ y por las afirmaciones de la Abogada General¹⁹, fue el propio Tribunal español el que indujo al TJUE a creer en ese *status legislativo* que el TJUE refrenda. Por fortuna, el Pleno del Tribunal Supremo ha enmendado esa posible inducción errónea y ha abandonado la sólo aparentemente

¹⁶ Así en STJUE 4 junio 2009, asunto C-243/08, *Pannon GSM Zrt. v. Erzsébet Sustikné Győrfi* [2009] ECR I-4713, §§ 40-42; Auto TJUE 16 noviembre 2010, asunto C-76/10, *Pohotovost's. r. o. v. Iveta Korčkovská* [2010] ECR I-11557, §§ 71-73; STJUE 9 noviembre 2010, asunto C-137/08, *VB Pénzügyi Lízing Zrt. v. Ferenc Schneider* [2010] ECR I-10847, §§ 43, 50-56; STJUE 26 abril 2012, asunto C-472/10, *Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság v. Invitel Távközlési Zrt.* [2012] (no publicado), § 30; STJUE 14 marzo 2013, asunto C-415/11, *Mohamed Aziz v. Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa)* [2013] (no publicado), § 73-75; STJUE 21 marzo 2013, asunto C-92/11, *RWE Vertrieb*, cit., §§ 49, 50 y 54.

¹⁷ Examinan esta imputación, con análisis de distintas sentencias comunitarias, incluida *Caja Madrid*, TRSTENJAK, V. y BEYSEN, E., «European Consumer Protection Law: Curia Semper Dabit Remedium?», *CMLR*, 48, 2011, pp. 95-124, quienes concluyen, sin embargo (p. 123): «*the case law dealing with national rules guaranteeing a higher level of consumer protection than the level set down in the applicable consumer protection directives, reveals a normal application of the concepts of remedial and procedural autonomy of the Member States. More ambiguous is the case law concerning national legislation and procedures which do not provide the minimum standards of protection required by the consumer protection directives*».

¹⁸ Así, § 42 de la STJUE. A tenor de su § 14 (cursiva añadida), «*según el Tribunal Supremo*, la cláusula de redondeo puede constituir un elemento esencial de un contrato de préstamo bancario, como el que es objeto del procedimiento principal. Pues bien, dado que el artículo 4, apartado 2, de la Directiva excluye que la apreciación del carácter abusivo se refiera a una cláusula relativa, en particular, al objeto del contrato, una cláusula como la controvertida en el procedimiento principal no puede, en principio, ser objeto de una apreciación de su carácter abusivo». Y según el § 15 de la STJUE, «*no obstante, el Tribunal Supremo también señala que, como el Reino de España no incorporó dicho artículo 4, apartado 2, a su ordenamiento jurídico, la legislación española somete el contrato en su conjunto a dicha apreciación*».

¹⁹ De forma prudente, la Abogada General TRSTENJAK afirma en sus conclusiones (§ 48): «*el órgano jurisdiccional remitente señala, en su resolución de remisión, que las dudas relativas a la interpretación de la Directiva 93/13 tuvieron por consecuencia que el Reino de España, al igual que otros Estados miembros, renunciara a incorporar el artículo 4, apartado 2, a su ordenamiento interno, haciendo uso de la facultad que le atribuye el artículo 8 de la Directiva, que prevé una exclusión del control de contenido de las cláusulas [nota 19 de las Conclusiones: «Véase la página 12 de la resolución de remisión»]*».

cómoda senda que le brindaba la STJUE, aclarando en su STS de 9 mayo 2013 que ese no es el *status normativo* vigente en España, sino, todo lo contrario, debe entenderse vigente en nuestro país, pese al silencio legal, el contenido del art. 4.2 de la Directiva (*infra*, apartado IV.2 de este ensayo).

10. Por último, sobre la tercera de las ideas de la sentencia indicadas al inicio de este epígrafe, sólo un apunte. Aunque a primera vista pudiera parecer paradójico, es coherente con los fines de la Directiva afirmar, por una parte, explicando el resultado de la sentencia *Comisión v. Países Bajos*, que «toda adaptación del Derecho interno a dicho artículo 4, apartado 2, debía ser completa» (§ 39) y, por otra parte, permitir que el art. 4.2 no se transponga en absoluto, pues ello eleva el nivel de protección (§§ 42-44). La lectura correcta de estas interpretaciones no debe ser una tensión entre todo o nada, sino más bien, como en otro pasaje explica la sentencia, que los Estados miembros pueden establecer normas más estrictas que las de la Directiva (incluido el art. 4.2), «siempre que pretendan garantizar al consumidor un mayor nivel de protección» (§ 40). Por lo tanto, en un primer escenario, si un Estado decide transponer la exoneración del control de los elementos esenciales, igual que hace la Directiva, debe, como ésta, permitir sin embargo que sí se controlen cuando no fuesen redactados de forma clara, pues lo contrario sería una rebaja de protección: por esa transposición incompleta hubieron de reformarse las iniciales leyes de transposición en países como Francia, Países Bajos o Alemania²⁰, dejando constancia expresa del control de transparencia respecto al objeto principal del contrato y la adecuación del precio. Más aún, a mi entender, la sentencia *Caja Madrid* no prohíbe otras adaptaciones del art. 4.2 siempre que eleven el nivel de protección, como podría ser reforzar o incrementar los requisitos de transparencia de los elementos esenciales del contrato (como, por ejemplo, recientemente proponen las *Law Commissions* en el Reino Unido)²¹ o incluso indicar qué elementos esenciales sí se someten a control en todo caso (objeto, precio, adecuación) o sólo en algunos sectores de contratación (telefonía, gas, etc.). En cambio, en un segundo escenario, cuando un país decide no transponer en absoluto el art. 4.2 permitiendo un control de dichos elementos esenciales del contrato en todo caso, incluso aunque estén redactados de forma clara, dado que la protección del consumidor será superior, una tal decisión legislativa es conforme con la directiva. Pero entonces podría plantearse esta duda: ¿el hecho de no incluir como control específico y distinto del contenido mismo de la cláusula el requisito de la transparencia de los elementos esenciales (*Hauptelemente, core terms*) del contrato podría interpretarse como una merma de protección de los consumidores? La cuestión viene inducida porque aunque ni el art. 4.2 ni el 5 de la Directiva establecen consecuencias específicas por la falta de transparencia de los elementos esenciales (salvo en relación con la interpretación), algunos países, como especialmente en el caso de Alemania, consideran la infracción del llamado *Transparenzgebot* (deber de transparencia) como un genuino control que convierte la cláusula en abusiva²² y, por tanto, tiene las mismas consecuencias que el control de contenido de las cláusulas, mientras que otros muchos países, como es el caso de España, según la interpretación mayoritaria²³, las cláusulas no negociadas que no superan los requisitos de transparencia quedan fuera del

²⁰ Así, en Francia *Loi 95-96* de 1 febrero 1995 y en Alemania *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts* de 26 Noviembre 2001. Aunque la doctrina alemana mayoritaria dudaba de la necesidad de incluir (en el actual § 307.3 BGB) una referencia expresa al deber de transparencia vigente para todas las condiciones generales (§ 8 AGBG) en relación con los elementos esenciales del contrato o *Hauptelemente*: por todos, véase KREIENBAUM, B., *Transparenz und ABG-Gesetz* (Berlin: Dunker & Humblot 1998), p. 307-308; en contra, CANARIS, C. W., «Wandlungen des Schuldrechts», *Archiv für die civilistische Praxis*, 200 (2000), p. 327.

²¹ La nueva redacción del artículo sugerida por ambas *Law Commissions* (*Advice...*, cit., p. V) es: «*no assessment of fairness shall be made (a) of a term which specifies the main subject matter of the contract; (b) of the amount of the price, as against the goods or services supplied in exchange, provided that the term in question is transparent and prominent*», siendo la palabra «prominente» uno de los nuevos elementos más destacados.

²² Incluso la AG TRSTENJAK parece aludir, con base en doctrina alemana, a que ese es el régimen que se deriva de la Directiva: *Conclusiones...*, cit., § 74: «Si, no obstante, no se respeta el principio de transparencia en el caso concreto, el control del carácter abusivo se extiende también sin restricciones a estas cláusulas del contrato». Sobre la conocida controversia acerca de si el requisito de transparencia comporta un control autónomo o es sólo una derivación de la regla general del art. 5.1 de la Directiva sobre la claridad en la redacción de las cláusulas, un examen temprano en la doctrina alemana y sobre el sentido de la Directiva ya en MICKLITZ, H. W., «Obligation of Clarity and Favourable Interpretation to the Consumer» in European Commission, *The Unfair Terms Directive, Five Years on. Evaluation and Future Perspectives* (Luxembourg, 2000), pp. 158 y ss. y 165.

²³ BERCOVITZ, R., «Comentarios a la DA 1.3. Art. 10bis 1 LGDCU» en BERCOVITZ, R. (dir.), *Comentarios a la Ley de condiciones generales de la contratación* (Navarra: Aranzadi, 1999), p. 764; GONZÁLEZ PACANOWSKA, «Comentarios al art. 7. No

contrato por un control formal de inclusión o incorporación propio de la Ley de condiciones generales²⁴, pero no se consideran abusivas y, por tanto, nulas conforme al régimen de control de contenido propio de las cláusulas abusivas en la legislación de consumidores²⁵. Naturalmente, ante una falta de transposición total siempre se puede interpretar que los requisitos generales de transparencia para todas las cláusulas no negociadas se aplican igualmente al control de los elementos esenciales; pero para quienes sostengan que el deber de transparencia del art. 4.2 tiene una naturaleza especial, esa explicación podría no bastar. De hecho, la STS (Pleno) de 9 mayo 2013 adopta una importante y novedosa solución para el Derecho español vigente, que cambia el *status quo* descrito y se inclina por el carácter genuino del control de transparencia de los elementos esenciales. El Alto Tribunal considera que existe un *doble control o filtro de transparencia* en los contratos celebrados con consumidores: por una parte un primer control de incorporación establecido por los requisitos de transparencia propios de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC) –«que es insuficiente para eludir [sic] el control de abusividad de una cláusula no negociada individualmente, aunque describa o se refiera a la definición del objeto principal del contrato, si no es transparente»– y, por otra parte, un específico control de transparencia propio de los contratos de consumo y derivado del TR-LGDCU para las cláusulas no negociadas, que «*incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato*»²⁶. Dicho en otros términos, la STS viene a entender que existe un primer control de transparencia documental para *todas* las condiciones generales que, superado, permite su incorporación y un segundo control de transparencia *reforzado o específico para los elementos esenciales* del contrato, que ha de permitir al consumidor poder conocer con sencillez tanto la «carga económica» del contrato como la «carga jurídica» en el sentido de definición clara de la distribución de los riesgos derivados de él; de no superarse este segundo control, la cláusula puede ser declarada abusiva.

11. Como luego se verá, la jurisprudencia española, hasta esta STS 9 mayo 2013, enfrentada con el control de auténticos elementos esenciales del contrato, ha tendido a acudir al argumento de su presentación poco transparente para invalidarlas, más que a usar la facultad que supuestamente se decía que tienen los tribunales españoles para realizar un control directo de dichas cláusulas conforme a los criterios generales sobre el carácter abusivo de una cláusula por derivación del asunto *Caja Madrid*.

III. La falta de transposición del artículo 4.2 de la Directiva en España y en otros sistemas legales: la peculiaridad «negligente» del silencio español

1. Las interpretaciones discrepantes sobre la falta de transposición

12. Como ya se explicó, el detonante de la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo español fue, en realidad, la interpretación del silencio del legislador español al no transponer art. 4.2

incorporación» en BERCOVITZ (dir.), *Comentarios*, cit., pp. 250-251; CÁMARA LAPUENTE, *El control...*, cit., pp. 33-34 y 125-126. Sin embargo, la solución contraria, esto es, la existencia de un control material específico que permite calificar como abusiva una cláusula por falta de transparencia ha sido defendido, con argumentos sólidos, principalmente por PERTÍNEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia* (Navarra, Aranzadi, 2004), *passim*, y PERTÍNEZ VÍLCHEZ, F., «Comentarios al art. 80 TRLGDCU» en CÁMARA LAPUENTE, *Comentarios...*, cit., p. 707; esta última interpretación parece estar ganando adhesiones, matizadas, últimamente: por ejemplo, *vid.* PAGADOR LÓPEZ, J., «Condiciones generales y cláusulas abusivas» en REBOLLO PUIG, M. e IZQUIERDO CARRASCO, M. (dirs.), *La defensa de los consumidores y usuarios* (Madrid: Iustel, 2011), p. 1413.

²⁴ Ex arts. 5 y 7 de la Ley 7/1998, de 13 abril, sobre condiciones generales de la contratación.

²⁵ Ex arts. 80 y 83 TR-LGDCU aprobado por RDLeg. 1/2007, de 16 de noviembre.

²⁶ STS 9 mayo 2013, § 215. *Vid.* también §§ 197, 209-214 y 223 de la sentencia. La resolución considera que las cláusulas suelo superan el control de transparencia a efectos de su inclusión como condición general, pero no el de claridad exigible en las cláusulas de los suscritos con consumidores (§ 223), pues aunque las considera como cláusulas definitorias del objeto principal del contrato, «las propias entidades les dan un tratamiento impropiamente secundario (...) lo que incide en la falta de claridad de la cláusula al no ser percibida por el consumidor como relevante al objeto principal del contrato» (§ 221). Sobre esta cuestión, entre la ya abundante bibliografía sobre cláusulas suelo, se recomienda, por todos y por su afinidad con los razonamientos del TS transcritos, el trabajo de PERTÍNEZ VÍLCHEZ, «Reflexiones sobre el carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario», 1 *Aranzadi Civil-Mercantil*, 9 (2012), pp. 89-94 (BIB 2011\840).

de la Directiva. Tampoco otros países como Dinamarca, Finlandia, Suecia, Eslovenia, Grecia, Letonia, Luxemburgo o Rumanía incorporaron el contenido de ese artículo²⁷. Ahora bien, la no transposición puede consistir bien en una regla contraria a la de la Directiva por la que se afirme expresamente que el objeto del contrato sí puede controlarse como cláusula abusiva o bien en una falta absoluta de mención de la excepción de la Directiva. Si, como ocurre por ejemplo en los países nórdicos, se permite el control como cláusulas abusivas incluso de las cláusulas negociadas individualmente²⁸, es plenamente coherente con el sistema acogerse al carácter de armonización mínima de la Directiva y permitir el pleno control de los elementos esenciales. Pero en el caso español, la falta de transposición no tuvo ni pudo tener ese sentido, sino todo lo contrario.

13. Es una historia de sobra conocida que al transponer la Directiva 93/13 en España por medio de la Ley 7/1998, de 13 de abril sobre condiciones generales de la contratación se produjo un «error negligente»²⁹ en la votación parlamentaria que hizo eliminar del texto legal el tenor literal del art. 4.2 de la Directiva, cuando precisamente el Gobierno, que presentaba el proyecto de ley y contaba con la mayoría necesaria para aprobarlo, defendió con contundencia que dicho inciso debía formar parte del Derecho español tal cual. Ocurrió algo tan simple y absurdo como que llegado el momento de la votación, los parlamentarios votaron varias enmiendas a la vez, incluida una de un grupo minoritario que defendía la supresión del inciso. En esa votación conjunta de enmiendas propias y ajenas, los parlamentarios que minutos antes defendieron la necesidad de incorporar el art. 4.2 votaron inconscientemente en contra de sus planteamientos. Este desenlace no se ha corregido en reformas legislativas posteriores.

14. Merece la pena destacar que uno de los argumentos utilizados entonces por el Gobierno español para defender en el Parlamento su propuesta de implementar literalmente el art. 4.2 de la Directiva fue que el objeto y el precio «quedan expresamente excluidos del ámbito de la directiva por el propio texto de la misma; por tanto no cabría que nosotros fuéramos precisamente en contra de lo que la directiva excluye expresamente»³⁰. Tras la entrada en vigor de la ley, también doctrina muy autorizada que defendía que ese silencio por error no podía significar control judicial de precios esgrimió el argumento de que no era posible alterar el modelo de la Directiva, pues en este punto, se aducía, no tiene carácter de mínimos³¹ y pertenece a su ámbito de aplicación. El argumento pasó incluso a algunas sentencias³². También se llegó a sostener que el respeto al Tratado CEE impedía considerar el carácter de mínimos de la Directiva en este punto³³. Probablemente estos planteamientos se vieron inducidos por un uso acotado del Derecho comparado, pues la doctrina española de los años inmediatamente posteriores a la aprobación de la ley 1998 se fijó prácticamente sólo en las transposiciones hechas en Alemania, Francia, Italia o Reino Unido. En los años posteriores, y desde luego mucho antes del planteamiento de la cuestión prejudicial, hubo datos y estudios comparatistas, dentro y fuera de España (empezando por el informe de la Comisión Europea de 2000)³⁴ que ponían de relieve que existían sistemas que no habían transpuesto

²⁷ Vid. SCHULTE-NÖLKE, H., TWIGG-FLESNER, C., EBERS, M. (dirs.), *EC Consumer Law Compendium* (Múnich: Sellier, 2008), p. 232.

²⁸ De acuerdo con el famoso § 36 de la Ley sobre Derecho contractual aprobada de 1975 en adelante en Dinamarca, Suecia y Finlandia.

²⁹ Así lo denominé en CÁMARA LAPUENTE, *El control...*, p. 61 y ss., con examen completo de las circunstancias. Esta interpretación del resultado como producto de un error es subrayado de forma casi unánime por la doctrina española; así, en la doctrina citada en la n. 23: BERCOVITZ, *op. cit.*, p. 754-755; GONZÁLEZ PACANOWSKA, *op. cit.*, p. 250; MIQUEL GONZÁLEZ, *op. cit.*, pp. 894 y 911; PERTÍÑEZ, *Las cláusulas...*, cit., pp. 63 y 136.

³⁰ En palabras del parlamentario Sr. Burgos Gallego, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Comisiones, VI, 370, 10 Febrero 1998, p. 10918.

³¹ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «Comentarios al art. 1 LCGC» en MENÉNDEZ/DÍEZ-PICAZO/ALFARO (dirs.), *Comentarios...*, cit., p. 132; MIQUEL GONZÁLEZ, *op. cit.*, pp. 909-910; PERTÍÑEZ, *Las cláusulas...*, cit., p. 64.

³² Por ejemplo, SAP Madrid 8 Septiembre 2005.

³³ BERCOVITZ, *op. cit.*, p. 765. El argumento afloró en la tercera cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo, aunque, como dice J. Stuyck («Case Note on Case C-484/08...», cit., p. 450) «was irrelevant (see also the answer by the CJUE) and will not be discussed here».

³⁴ COMISIÓN EUROPEA, *Informe sobre la aplicación...*, cit. [2000]; SCHULTE-NÖLKE/TWIGG-FLESNER/EBERS, *Compendium...*, cit. [2008].

el art. 4.2, que esa opción podía considerarse legítima y que la Directiva tenía también carácter de armonización de mínimos en este extremo³⁵.

15. La interpretación del silencio del legislador español hizo surgir en la doctrina y los tribunales dos posturas radicalmente enfrentadas. En esa tesitura, el Tribunal Supremo buscó la clarificación del TJUE. La doctrina mayoritaria³⁶ mantenía y mantiene que no cabe aplicar a los elementos esenciales los criterios de control de las cláusulas abusivas con argumentos contundentes: a) La falta de voluntad legislativa de hacerlo así, como demuestra la tramitación parlamentaria. b) La primacía de la autonomía de la voluntad diseñada por el sistema económico constitucional sobre la base de los principios de libertad de empresa, de precios y de libre competencia: la relación calidad precio es una cuestión económica y no jurídica que se rige por las reglas del mercado. c) La falta del requisito de la imposición en las cláusulas sobre elementos esenciales (precio/bien/servicio), pues el consumidor ha consentido o ha podido consentir sobre ellos, puede comparar ofertas (si son transparentes) y rechazarlas o aceptarlas, sabiendo qué va a adquirir y qué precio está dispuesto a pagar, por lo que esos elementos pueden entenderse negociados (incluso por ello parte de la doctrina entiende que no son técnicamente condiciones generales³⁷). d) El art. 4.2 de la Directiva ha recibido una transposición indirecta o implícita por la nueva redacción del art. 10 bis 1.1 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios al transponer la Directiva en 1998: donde antes la ley se refería al «justo equilibrio de las *contraprestaciones*», tras la implementación alude al «desequilibrio importante de los *derechos y obligaciones* de las partes», de conformidad con los arts. 3 y 4.2 de la Directiva; lo mismo establece hoy el art. 82 del Texto Refundido de 2007 de esa Ley; por lo tanto, se desplaza el control desde una hipotética vigilancia del desequilibrio económico (de las prestaciones u objetos que se intercambian) a una revisión del desequilibrio jurídico de derechos; este argumento ha sido recogido como decisivo en la sentencia del Tribunal Supremo de 18 junio 2012 que entiende vigente en España el contenido del art. 4.2 de la Directiva pese a la sentencia *Caja Madrid* y ha sido refrendado por la STS (Pleno) 9 mayo 2013. e) La falta de transposición «formal» del art. 4.2 de la Directiva debe salvarse aplicando el principio de interpretación conforme establecido por el TJUE pues el silencio legislativo no es suficiente para entender producida esa transposición; aunque la jurisprudencia comunitaria admite implementaciones implícitas de la directiva, exige que se genere con ellas una situación «clara y precisa»³⁸; si la propia sentencia *Comisión v. Países Bajos* cree que no se cumple ese requisito con una consolidada jurisprudencia nacional conforme a la Directiva (en el sentido de que el control de transparencia sí se aplica a los elementos esenciales pese a la laguna legal), *a fortiori*, mucho menos podrá entenderse cumplido ese requisito de seguridad en una jurisprudencia dividida como la española, tanto antes como después de la sentencia *Caja Madrid* (al menos hasta la reciente STS 9 mayo 2013). f) Un control judicial de precios, por imperativo constitucional, sólo se da excepcionalmente y con autorización legislativa expresa (principio de legalidad), para lo que no basta un silencio normativo, que reintroduciría el mecanismo de la rescisión por lesión y el precio justo que el Código civil español descartó casi por completo. Antes de la sentencia *Caja Madrid* bastantes sentencias aplicaron esos argumentos y el art. 4.2 de la Directiva como la solución propia del Derecho español³⁹.

³⁵ Así lo sostuve en 2006 en CÁMARA LAPUENTE, *El control...,* cit., p. 25 y ss. y 171.

³⁶ Aparte de autores ya citados como ALFARO (también en *Las condiciones generales de la contratación*, Madrid, Civitas, 1991, pp. 101 y ss. y 131 y ss.), CÁMARA, MIQUEL, PAGADOR, PALAU, PERTÍNEZ, también defiende estos argumentos, entre otros, MÚRTULA LAFUENTE, V., *La prestación de intereses* (Madrid: McGraw-Hill, 1999), p. 331 y *La protección frente a las cláusulas abusivas en préstamos y créditos* (Madrid: Reus, 2012), pp. 79-80.

³⁷ La STS 9 mayo 2013, §§ 143-144, descarta esa última calificación y refrenda que pese a la falta de negociación sí tienen naturaleza de condiciones generales, acertadamente a mi juicio (*vid. CÁMARA LAPUENTE, El control...,* cit., pp. 154-158).

³⁸ STJUE 25 marzo 1995, asunto C-365/93, *Comisión v. Grecia*, [1995] ECR I-499, § 9 y STJUE 20 mayo 2001, asunto C-144/99, *Comisión v. Países Bajos*, [2001] ECR I-3541, § 17.

³⁹ Por ejemplo, SSAPs A Coruña 2 mayo 1996, Madrid 8 septiembre 2005 y Madrid 22 marzo 2007; también SJMerc. nº 1 de Alicante 3 enero 2005 y SJMerc nº 4 Madrid 21 noviembre 2005.

16. Por el contrario, un sector minoritario de la doctrina⁴⁰ sostuvo –y se ha sentido reforzado por la sentencia *Caja Madrid*– que la excepción del art. 4.2 de la Directiva no era aplicable en Derecho español con los siguientes argumentos: a) Al ser una Directiva de armonización mínima el legislador ha querido ampliar la protección de los consumidores al no transponer esa norma. b) El silencio legal debe interpretarse de forma favorable al consumidor en virtud del principio rector del sistema legal español sobre la defensa de los consumidores consagrado en el artículo 51 de la Constitución española. C) El sistema económico constitucional no prohíbe un control general de precios a favor del consumidor, pues tanto el legislador puede limitar el precio del dinero (v. gr., en la Ley de Crédito al consumo o en la Ley de Usura de 1908) como podría hacerlo una resolución de la autoridad judicial. Antes de la sentencia *Caja Madrid* muy pocas sentencias emplearon y llevaron hasta sus últimas consecuencias esos argumentos en relación con auténticos elementos esenciales, como, por ejemplo, los intereses remuneratorios de los préstamos⁴¹.

2. La incidencia del silencio legislativo en el examen judicial de las cláusulas de redondeo antes de la sentencia *Caja Madrid*

17. Retomando el caso concreto por el que el Tribunal Supremo español planteó la cuestión prejudicial, esto es, la cláusula de redondeo al alza de los intereses variables en los préstamos hipotecarios, debe destacarse que tales cláusulas están prohibidas en España en ese sector de la contratación desde la Ley 44/2002, de 22 de noviembre de Medidas de Reforma del Sistema Financiero. Y también están prohibidas, en términos más generales para todos los contratos de consumo desde la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores, hoy en el art. 87.5 de la Ley de protección de consumidores tal como fue refundida por el Real Decreto 1/2007. Este precepto, sin antecedentes en la Directiva, considera cláusulas abusivas por falta de reciprocidad «las estipulaciones que prevean el redondeo al alza en el tiempo consumido o en el precio de los bienes o servicios o cualquier otra estipulación que prevea el cobro por productos o servicios no efectivamente usados o consumidos de manera efectiva». Lo curioso es que en la adopción de esos cambios legislativos de 2002 y 2006 influyó poderosamente la jurisprudencia de los tribunales de primera instancia y de las Audiencias que declararon invariablemente la nulidad de tales cláusulas de redondeo por abusivas, afirmando a la vez que no se trata de elementos esenciales del contrato, sino accesorios, de eventual aplicación, que tienen relación con el precio pero no son el precio mismo, sino sólo una forma de su cálculo y, por lo tanto, sí quedan sometidos a control. Esta argumentación se expuso por primera vez en la SJPI nº 50 de Madrid de 11 septiembre 2001 y fue confirmada por la SAP Madrid de 10 octubre 2002 –citada y seguida por decenas de sentencias posteriores con los mismos argumentos⁴²; y precisamente fue el recurso contra esta última sentencia ante el Tribunal Supremo el que propició que éste presentase al TJUE la cuestión prejudicial. Al cambio legislativo general de 2006 coadyuvó igualmente la jurisprudencia que declaró el carácter abusivo de las cláusulas de redondeo al alza en el precio de los contratos de aparcamiento de automóviles (cobro de una hora o media por estancia de

⁴⁰ Principalmente DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F., «Las cláusulas abusivas en los contratos de consumo» en NIETO CAROL, U. (dir.), *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas* (Valladolid: Lex Nova, 2000), pp. 485-486 y CARRASCO PERERA, A., «Invalidez e ineeficacia en los contratos con consumidores», en DELGADO, J. (dir.), *Las nulidades en los contratos: un sistema en evolución* (Navarra: Aranzadi, 2007), p. 182 y en su *Derecho de contratos* (Navarra: Aranzadi, 2011), p. 801 y ss., seguido por LYCZKOWSKA, K., «La validez del enjuiciamiento de las cláusulas relacionadas con el objeto del contrato: la cláusula de *service fee* o cargo por emisión», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 89 (2012), p. 557 y ss.

⁴¹ Así, destaca como excepción la SAP Asturias 9 julio 2004. Respecto a los intereses moratorios (que no son elementos esenciales ni precio, sino eventual penalización por incumplimiento), usa alguno de los argumentos la SAP Barcelona 11 julio 2007.

⁴² Tanto en acciones colectivas contra otras entidades financieras (SAP Madrid 10 octubre 2002, Valencia 19 octubre 2002, Islas Baleares 17 marzo 2003, Barcelona 29 marzo 2005 y 13 julio 2005, Madrid 21 febrero 2006, etc.) como en acciones individuales (SAP Valencia 19 octubre 2002, Barcelona 19 marzo 2004, Madrid 2 enero 2005, 13 julio 2005 y 21 noviembre 2005, Barcelona 26 enero 2006, etc.). Para un examen de esta jurisprudencia, DÍAZ VALES, F. «La nulidad del redondeo al alza o por exceso en los préstamos hipotecarios con interés variable», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 719 (2010), pp. 923-980 y CÁMARA LAPUENTE, «Comentarios al art. 87 TRLGDCU» en ID., *Comentarios...*, cit., p. 882 y ss.

minutos)⁴³ y en los contratos de telefonía móvil (cobro por tramos o unidades de tiempo que exceden el uso efectivo)⁴⁴, en las que expresamente se negó su carácter de elemento esencial del contrato y se abogó en todo caso por una interpretación del Derecho español conforme al art. 4.2 de la Directiva. Como bien sintetizó la exposición de motivos de la Ley 44/2006, la prohibición del redondeo se hizo para «dar mayor claridad en las modalidades de cálculo del precio de los contratos, evitando la facturación de servicios no prestados efectivamente».

IV. El impacto aparente, el impacto real y el impacto debido de la STJUE *Caja Madrid* en el sistema legal español

1. ¿Fin de la controversia («no con un estallido, sino con un quejido»)? No, en absoluto

18. Tras dictarse la sentencia *Caja Madrid* por el TJUE, la entidad financiera recurrente desistió del recurso. Era obvio que hubiera perdido el litigio bien por la calificación de la cláusula de redondeo como accesoria y contraria a la necesaria reciprocidad (conforme a la doctrina de las Audiencias expuesta) o bien su consideración como elemento esencial sobre el precio del contrato, elemento que, según la lectura aparente de la sentencia del TJUE, también podría ser anulado como cláusula abusiva en España. El Tribunal Supremo español dictó un Auto de 6 julio 2010 [JUR 2010/264207] en el que puso fin al litigio «sin necesidad de resolver acerca del recurso de casación», conforme marcan las reglas procesales. Citando los famosos versos de T.S. ELIOT, en una cuestión de esta trascendencia, aparentemente, «*this is the way the world ends / not with a bang but with a whimper*»⁴⁵. El Tribunal Supremo pudo cerrar el caso sin pronunciarse expresamente sobre la aplicabilidad o no del art. 4.2 de la Directiva en el Derecho español. Tendría que hacerlo en otros casos posteriores, pero a veces más con circunloquios y afirmaciones veladas que con palabras firmes y claras.

19. Parte de la doctrina española posterior ha entendido, a partir de las afirmaciones (aparentes) del TJUE sobre el Derecho vigente en España, que las dudas sobre la interpretación del silencio español han quedado zanjadas del todo y que el TJUE ha puesto fin a la controversia en España⁴⁶. En mi opinión, por desgracia para la seguridad jurídica, no es así en absoluto⁴⁷: primero, porque el TJUE no era competente para solventar esa cuestión ni sus afirmaciones sobre el Derecho español pueden entenderse en ese sentido (*supra*, apartado II); segundo, porque el Tribunal Supremo, en su labor de «complementar el ordenamiento» (art. 1.6 del Código civil) sí podría haber clarificado el sentido de la falta de transposición pero, como ahora se verá, no lo ha hecho *hasta la STS (Pleno) 9 mayo 2013*, pues existían sentencias contradictorias del propio TS que no permitían hablar de una jurisprudencia clara y precisa. Y mientras tanto, el legislador sigue sin aclarar, como debiera, esta cuestión.

2. La jurisprudencia del Tribunal Supremo tras la STJUE «Caja Madrid»: ambigüedad y contradicciones hasta el cierre por la STS (Pleno) 9 mayo 2013

20. Es posible distinguir cuatro grupos de sentencias del Tribunal Supremo posteriores a *Caja Madrid* relacionadas con la cuestión de si el objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y

⁴³ SJPI Madrid nº 46 de 20 marzo 2004 (confirmada por la SAP Madrid 8 septiembre 2005) y SJMerc. N° 1 de Alicante de 3 enero 2005.

⁴⁴ SJMercantil Madrid nº 4 de 21 noviembre 2005 (pero revocada por la SAP Madrid 22 marzo 2007).

⁴⁵ ELIOT, T. S., *The Hollow man* (London, 1925).

⁴⁶ CASTILLA CUBILLAS, «La STJUE...», cit., p. 134; DOMÍNGUEZ ROMERO, «La fiscalización...», cit., pp. 174-175; LYCZKOWSKA, «La validez...», cit., p. 561.

⁴⁷ CÁMARA LAPUENTE, «Comentarios al art. 87», cit., p. 888; PALAU RAMÍREZ, «Condiciones generales...», cit., *passim*; ; ÁLVAREZ OLALLA, P., «No es posible el control de contenido sobre la cláusula de intereses remuneratorios. El Tribunal Supremo se manifiesta en contra de la doctrina del TJUE», 1 *Aranzadi Civil-Mercantil* 11 (2013), pp. 51-60 (versión electrónica, BIB 2013/468, citada aquí).

contraprestación pueden ser objeto de sanción como cláusulas abusivas. En primer lugar (a) sentencias sobre cláusulas de redondeo al alza en los intereses de los préstamos hipotecarios en las que la sentencia del TJUE se usa sólo como refuerzo argumental para declarar en todo caso su carácter abusivo, pero dejando en la ambigüedad si se considera que tales cláusulas son elementos esenciales o accesorios del contrato, aunque el Tribunal Supremo parece dejar entrever que no las considera esenciales (SSTS de 4 noviembre 2010, 29 diciembre 2010 y 2 marzo 2011); en este grupo puede incluirse también la STS 12 diciembre 2011 sobre los cargos de emisión de billete por parte de las compañías de transporte aéreo, que expresamente se niega que supongan el precio del servicio principal y se consideran abusivas. En segundo lugar (b) sentencias que eluden entrar a enjuiciar si las cláusulas litigiosas versan sobre elementos esenciales del contrato (en casos en que, a diferencia de los anteriores, quizás podrían serlo), eluden la cita del art. 4.2 de la Directiva y de la sentencia del TJUE y concluyen su ineficacia bien por vía del requisito de la transparencia (SSTS de 22 diciembre 2009 y 17 junio 2010 sobre productos financieros) o bien por aplicación de la lista (negra/gris en España) de cláusulas abusivas (STS 13 marzo 2012 sobre el alquiler de un aparato necesario para ver los programas de televisión contratados). En tercer lugar, (c) una sentencia que clara y contundentemente declara que pueden enjuiciarse los elementos esenciales mediante el control de contenido de las cláusulas abusivas con base en la sentencia *Caja Madrid* y en la falta de transposición: STS 1 Julio 2010 sobre las cláusulas que definen o delimitan el riesgo cubierto en el contrato de seguro (cláusula que claramente versa sobre el objeto principal del contrato *ex considerando 19* de la Directiva). En cuarto lugar, (d) una sentencia diametralmente opuesta a la anterior que entiende que debe aplicarse en España el art. 4.2 de la Directiva y que no pueden controlarse elementos esenciales por esta vía, como claramente lo son los intereses remuneratorios de los préstamos (que constituyen su precio): STS 18 junio 2012. Y, finalmente, en este último grupo, se apoya y refrenda sin ambages la solución de esta última sentencia, la *STS (Pleno) de 9 mayo 2013*, que considera las cláusulas suelo de los préstamos hipotecarios a interés variable como cláusulas definitorias del objeto principal del contrato (precio) y declara, de conformidad con el art. 4.2 de la Directiva, desmarcándose de la aplicación de la STJUE *Caja Madrid* al ordenamiento español –que había preconizado en fallos anteriores– que no cabe un control material de dichas cláusulas como abusivas, sino tan sólo un control de transparencia⁴⁸.

21. Como puede apreciarse, hasta la STS 9 mayo 2013, el panorama distaba de ser claro, pues cuando el control versaba sobre auténticos elementos esenciales hay dos sentencias contradictorias [(c) vs. (d)]; cuando no se estaba en realidad ante elementos esenciales (a) el Tribunal aprovecha para recordar (*obiter dicta*, pues) que aunque lo fueran los podría controlar con aplicación de la legislación sobre cláusulas abusivas; y cuando podría haber aplicado esa misma doctrina ante auténticas cláusulas sobre el objeto principal del contrato (b), eludía entrar en ello, incluso pese a que es alegado por las partes, y acudía al control formal de incorporación o transparencia por falta de claridad o a otros instrumentos. Examinemos con algo más de detalle estas resoluciones, dejando que hablen por sí mismas.

22. (a) La primera de las sentencias sobre la cláusula de redondeo al alza después de *Caja Madrid*, la STS de 4 noviembre 2010 [RJ 2010/8021], confirma el carácter abusivo de la cláusula como habían hecho los tribunales inferiores y, ante la alegación de la entidad financiera de la imposibilidad de controlar los elementos esenciales por aplicación del art. 4.2 de la Directiva, el Tribunal, muy escuetamente cita la sentencia del TJUE de 3 junio 2010 en el sentido de que ese precepto no se opone a que una normativa nacional autorice un control jurisdiccional completo del carácter abusivo de esas cláusulas, sin dar mayor argumentación ni sobre si considera principal ni accesoria una tal cláusula ni sobre cuál sea el Derecho vigente en España. La siguiente sentencia, de 29 diciembre 2010 [RJ 2011/148], también brevemente sólo afirma: «*la innecesidad de un pronunciamiento específico en el caso resulta, por un lado, de que la sentencia de esta Sala de 4 noviembre 2010 declaró abusivas*» esas cláusulas conforme a la definición general de cláusula abusiva «*y por otro lado, de que resulta indiferente si se trata o no de fijación del precio, porque la sentencia del TJUE de 3 junio 2010 ha resuelto*» que el art. 4.2 de la Directiva no se opone a

⁴⁸ Sobre los perfiles de ese control de transparencia según esta STS, *supra* § 10 del presente ensayo.

una normativa nacional distinta. Exactamente la misma argumentación reproduce la STS de 2 marzo 2011 [RJ 2011/1833] que, sin embargo, es la primera del Tribunal Supremo que, confirmando los argumentos de la sentencia apelada, explica los fundamentos del carácter abusivo de esta cláusula: «*su objeto no es establecer el precio del contrato, ni se encamina a retribuir ninguna prestación. Se trata de un exceso meramente aleatorio, que pretende la simplificación del cálculo de la cantidad que debe ser abonada en concepto de interés y (...) provoca un desequilibrio importante en las prestaciones de las partes, pues la posición del banco queda reforzada mediante la percepción de unos ingresos sin contraprestación y contrariamente se debilita la posición del prestatario que se ve obligado a pagar siempre un exceso sin recibir nada a cambio*»⁴⁹. Dentro de este primer grupo de sentencias puede incluirse con caracteres propios la STS de 12 diciembre 2011 [RJ 2012/37] sobre la cláusula que impone un cargo por la emisión del billete de embarque en el vuelo impuesta por la propia compañía aérea que ofrece la contratación on line. Por una parte, el Tribunal afirma (fundamento 5º) que «la equiparación entre el cargo por emisión y el precio del transporte resulta inexacta desde los puntos de vista económico y contractual», por lo que el tribunal no considera que esos cargos o «*fee services*» estén integrados en el objeto principal del contrato, sino que respondían a la tramitación de éste hasta su perfección (fundamento 7º); pese a lo cual y para pronunciarse sobre la alegación del empresario, el Tribunal alude a que la transposición de la Directiva «dejó fuera de su contenido reformador» el art. 4.2 de la Directiva, menciona el carácter de mínimos de ésta y cita la sentencia *Caja Madrid* del TJUE, para acabar declarando abusiva la cláusula (que no considera objeto principal del contrato) por medio de algunas prohibiciones específicas de la lista negra/gris de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (hoy arts. 89.3 y 89.5 TR-LGDCU), que no versan sobre elementos esenciales, sino accesorios, como fundamentalmente, el apartado 24 de la Disposición Adicional 1ª LGDCU de 1984 (actual art. 89.5 TR-LGDCU de 2007): «*los incrementos de precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnización o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso expresados con la debida claridad o separación*».

23. (b) El rasgo definitorio de las sentencias del segundo grupo es acudir al control formal de las cláusulas por no estar redactadas con la suficiente claridad o sencillez, evitando calificar su naturaleza jurídica como cláusulas sobre el objeto principal del contrato (cuando podrían serlo esta vez)⁵⁰ y omitiendo toda mención al art. 4.2 de la Directiva y a la sentencia *Caja Madrid*. Las sentencias del Tribunal Supremo de 22 diciembre 2009 [RJ 2010/703] y 17 junio 2010 [RJ 2010/5407] versaban sobre el mismo producto financiero, presentado al consumidor como «depósito de alta rentabilidad»; en el contrato se contenía una cláusula que en realidad lo convertía en un depósito de alto riesgo, pues se establecía una retribución especial para la entidad financiera en caso de que cayese la cotización de las acciones que servían de referencia para calcular la rentabilidad, de manera que todo el riesgo de pérdidas se repercutía en el cliente. Aunque las sentencias de los tribunales inferiores consideraron el carácter abusivo de esa cláusula por producir un desequilibrio en perjuicio de los consumidores, ya que el aumento o disminución del valor de las acciones citadas no tenía efectos simétricos en la imputación de los beneficios o pérdidas a una u otra parte contratante, el Tribunal Supremo considera inútil y superfluo entrar en esa consideración porque ya ha declarado la nulidad de la cláusula por falta de transparencia (en uno de los pocos supuestos en que había considerado abusiva por falta de transparencia una cláusula, en línea con la jurisprudencia alemana sobre la *Transparenzgebot*). Por último, en este grupo puede mencionarse la STS 13 marzo 2012 [RJ 2012/4527]: en los contratos celebrados con consumidores por ciertas empresas

⁴⁹ Estas afirmaciones del FD 3º las da como «hecho probado de la sentencia», que encabeza el texto transcrita, el cual se cierra con un «este argumento se mantiene», para a continuación citar la STS de 4 noviembre de 2010 y la STJUE de 3 junio 2010, como hacían las citadas sentencias anteriores. Hay que añadir que, naturalmente, abusiva es sólo la cláusula de redondeo al alza, no lo que prevé el redondeo al alza o a la baja, según cuál sea la fracción más próxima al interés que queda al revisar el interés variable. Así lo entiende la STS 2 noviembre 2010.

⁵⁰ Así lo sostienen los comentaristas de las dos primeras sentencias, que precisamente desarrollan su análisis en torno a la posibilidad de control de los elementos esenciales del contrato como argumento central que el Tribunal evita considerar: así, respectivamente, SABORIDO SÁNCHEZ, P., «Comentario a la STS 22 diciembre 2009», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* (CCJC) 85 (2011), pp. 78-90 y GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., «Comentario a la STS 17 junio 2010», CCJC 86 (2011), pp. 799-812.

de suministro de canales de televisión y contenidos digitales se imponía una estipulación por la que el cliente debía alquilar un aparato de descodificación que no había sido solicitado y sin el cual no se podía disfrutar de los servicios ofertados; el tribunal califica (discutiblemente) el alquiler de ese instrumento como «accesorio» y, por lo tanto, no comprendido en el objeto principal del contrato y, en consecuencia, declara su carácter abusivo por vulnerar la regla (apartado 23 DA 1^a LGDCU, actual art. 89.4 TR-LGD-CU) que prohíbe «la imposición al consumidor de bienes y servicios complementarios no solicitados».

24. (c) La STS de 1 de julio 2010 [RJ 2010/6554], la primera sobre el posible control judicial de los elementos esenciales tras la sentencia *Caja Madrid*, es la más clara y contundente en seguir la doctrina de ésta y afirmar sin dudas la licitud de dicho control en el Derecho español. El litigio derivaba de una acción colectiva planteada por una asociación de consumidores sobre el carácter abusivo de un buen número de cláusulas incluidas en los contratos de seguros de varias compañías aseguradoras. El Tribunal Supremo confirmó la nulidad de siete cláusulas. En particular se pronunció sobre las cláusulas delimitadoras del riesgo que, sin dudas, el considerando 19 de la Directiva 93/13 pone como ejemplo paradigmático de cláusula sobre el objeto principal del contrato. Según el Tribunal⁵¹, «una cosa es que los Estados de la Unión no tengan obligación de control del carácter abusivo de las cláusulas claras y comprensibles y otra muy diferente que ese control no sea posible en España, ya que: 1) Los límites al control de abusividad impuestos por la Directiva son límites mínimos... [cita la sentencia *Caja Madrid*]. 2) La norma nacional no ha transpuesto el artículo 4.2 de la Directiva y al tratar de las cláusulas abusivas la legislación de consumo no diferencia entre las cláusulas referidas a la definición del objeto principal del contrato y a la adecuación entre precio y contrapartida por un lado, y la cláusula con otro contenido por otro, por lo que, como afirma la referida sentencia de 3 de junio de 2010 del TJUE, los órganos jurisdiccionales nacionales pueden apreciar» ese carácter abusivo. Y añade que «la naturaleza definitoria o no del riesgo de un cláusula no ha de suponer obstáculo alguno para la intervención del Estado, por medio de los Tribunales de Justicia, en el control del contenido de las condiciones generales de los contratos suscritos con consumidores a fin de examinar tanto de su claridad y comprensibilidad, como del equilibrio de las prestaciones». Aunque, pese a la claridad del planteamiento, no puede dejar de apuntarse que a la hora de concluir el carácter abusivo de las concretas cláusulas sobre el objeto principal deriva su ilicitud más bien que no son claras y comprensibles, pues «en el caso enjuiciado la insuficiencia de la información y la falta de transparencia es determinante de un desequilibrio perjudicial para el consumidor y, en su consecuencia, de su carácter abusivo»⁵².

25. (d) Por último, la STS de 18 junio 2012 [RJ 2012/8857] tiene un planteamiento radicalmente contrario al anterior y considera, eludiendo toda cita a la sentencia *Caja Madrid* del TJUE, que el art. 4.2 de la Directiva debe aplicarse en España. El caso versaba sobre el posible carácter abusivo de los intereses remuneratorios del préstamo hipotecario que, sin duda, son considerados por toda la doctrina y la jurisprudencia como objeto principal de dicho contrato, su precio (a diferencia de los intereses de demora, que son una sanción o pena accesoria). El tribunal admite que sería posible examinar su posible ilicitud por aplicación de la ley de usura (aunque finalmente lo descarta por no considerar los intereses excesivos), pero no por la normativa de cláusulas abusivas. En esta línea afirma que el Derecho de los consumidores, pese a su función protectora, no ha alterado el principio de libertad de precios y apunta una suerte de transposición del art. 4.2 de la Directiva, pues «en la modificación de la antigua Ley general de defensa de consumidores de 1984, por la aportación del nuevo artículo 10.1.C, se sustituyó la expresión amplia de ‘justo equilibrio de las contraprestaciones’ por ‘desequilibrio importante de los derechos y obligaciones’, en línea con lo dispuesto por la Directiva a la hora de limitar el control de contenido que podía llevarse a cabo en orden al posible carácter abusivo de la cláusula, de ahí que pueda afirmarse que no se da un control de precios, ni del equilibrio de las prestaciones propiamente dicho». Y confirma que «aunque doctrinalmente no hay una posición unánime al respecto, debe entenderse, por aplicación teleológica de la Directiva de 1993, artículo 4.2, que los elementos esenciales

⁵¹ Vid. sobre todo los §§ 74, 75 y 80 de la extensa sentencia. Cfr. también § 91 y 217.

⁵² § 80 de la sentencia. Vid. además §§ 179 y 217.

del contrato, si bien excluidos del control de contenido, no obstante pueden ser objeto de control por la vía de inclusión y de transparencia». Por todo ello, concluye que el «control de contenido no permite entrar a enjuiciar la justicia y el equilibrio contraprestacional de los elementos esenciales del contrato y, por tanto, a valorar la posible ‘abusividad’ del interés convenido». Aunque el Tribunal pone mucho empeño, hasta en cuatro ocasiones o pasajes distintos, prácticamente en todos los fundamentos de derecho, por afirmar claramente que no cabe el control como abusivos de los elementos esenciales, para ser precisos posiblemente esas afirmaciones hayan de considerarse como *obiter dicta*, dado que en el concreto litigio consideró que los clientes no tenían la consideración de consumidores, por lo que no podía aplicárseles esa normativa.

26. La STS de 9 mayo 2013, sentencia del pleno de la Sala de lo Civil, sin votos particulares, confirma el planteamiento de la STS 18 junio 2012 y lo hace en su *ratio decidendi*, pues parte de la premisa de que las llamadas «*cláusulas suelo*» de los intereses variables en los préstamos hipotecarios celebrados con consumidores sí constituyen el objeto principal del contrato: «*forman parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario. Definen el objeto principal del contrato (...) y cumplen una función definitoria o descriptiva esencial*» (§§ 189-190 de la sentencia). Por lo tanto, el TS se enfrenta propiamente al problema de si aplicar el art. 4.2 de la Directiva a estas cláusulas (sin poder controlar su equilibrio material, pero sí su transparencia) o si no aplicarlo, como había defendido en la STS 1 julio 2010 analizada *sub c*), y, en consecuencia, al amparo de la STJUE *Caja Madrid*, pudiendo entrar a efectuar un control material pleno de dicha cláusula incluso aunque fuese transparente⁵³. La STS 9 mayo 2013 se desmarca de este último planteamiento directo de la STS 1 julio 2010 (y de otros indirectos antes analizados) y, actuando como ponente de ambas el mismo magistrado⁵⁴, lo cual refuerza la elegante rectificación del órgano en toda regla, concluye en su § 196: «a) Que *las cláusulas suelo examinadas constituyen cláusulas que describen y definen el objeto principal del contrato*. b) Que, sin perjuicio de lo que se dirá, *como regla no cabe el control de su equilibrio*»; la excepción que salvaguarda es el control de transparencia, como indica en el párrafo siguiente, § 197: «*sin embargo, que una condición general defina el objeto principal de un contrato y que, como regla, no pueda examinarse la abusividad de su contenido, no supone que el sistema no las someta al doble control de transparencia*», antes expuesto⁵⁵. La forma de desdecir la doctrina del propio Tribunal Supremo anterior a la STS 18 junio 2012 es reveladora de la plena enmienda que el Tribunal parece querer hacer de los equívocos surgidos de la cuestión prejudicial y las consecuencias que extrajo de la STJUE 3 junio 2010: en concreto, y bajo el rótulo de «el limitado control de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato» (fundamento 10º, apartado 2.2), el TS primero subraya con cita del art. 4.2 de la Directiva y de su considerando 19 que «*como regla, no es susceptible de control*» una cláusula definitoria del objeto principal (§ 192); al referirse y transcribir los apartados 40, 44 y 49 de la SJUE *Caja Madrid* de 2010, la STS 9 mayo 2013 pone sumo cuidado evitar transcribir los apartados 42 y 43 de esa sentencia, donde se hacía referencia expresa a la situación española «según el Tribunal Supremo» y elimina con corchetes y puntos suspensivos todas las referencias que el Tribunal de Luxemburgo hacía acerca del Derecho español, referencias que han sido examinadas y criticadas al inicio de este trabajo, para quedarse sólo con la idea de que cualquier normativa nacional podría autorizar el control jurisdiccional pleno del carácter abusivo de todas las cláusulas y, de hecho, la STS alude a esta posibilidad hoy expresamente contemplada en el art. 8bis de la Directiva de cláusulas abusivas tras su modificación por la Directiva 2011/83⁵⁶. Pero lo más interesante estriba en

⁵³ Como habían hecho ya múltiples sentencias de juzgados de lo mercantil con el argumento, entre otros, de la falta de reciprocidad, bien se entendiera la cláusula como elemento esencial o accesorio del contrato: a modo de ejemplo, la propia SJMerc. nº 2 Sevilla 30 septiembre 2010 (revocada en apelación, pero parcialmente confirmada por esta STS 9 mayo 2013), León 11 Marzo 2011, Alicante 23 junio 2011 y Palma de Mallorca 2 febrero 2012. *Vid.* también SAP Cáceres 23 mayo 2012, entre otras.

⁵⁴ R. Gimeno-Bayón Cobos. Los ponentes de las SSTS antes examinadas fueron, respectivamente, ATS 6 julio 2010 (Ferrández Gabriel), STS 4 noviembre 2010 (Ferrández Gabriel), STS 29 diciembre 2010 (Corbal Fernández), STS 2 marzo 2011 (Seijas Quintana), STS 12 diciembre 2011 (Ferrández Gabriel), STS 13 marzo 2012 (Ferrández Gabriel) y STS 18 junio 2012 (Orduña Moreno).

⁵⁵ *Supra*, apartado II del presente análisis (§ 10).

⁵⁶ §§ 193 y 194 de la STS 9 mayo 2013.

cómo quita valor a las afirmaciones de SSTS anteriores para conceder plena validez jurisprudencial a lo establecido en la STS 18 junio 2012. Señala en el § 195 tras referir la doctrina contenida en la STJUE *CajaMadrid* en los términos expuestos: «en aplicación de tal doctrina esta Sala en las SSTS 401/2010, de 1 de julio; 663/2010, de 4 de noviembre; y 861/2010, de 29 de diciembre, apuntaron, más o menos obiter dicta [dicho de paso] la posibilidad de control de contenido de condiciones generales cláusulas referidas al objeto principal del contrato. Esta posibilidad, sin embargo, fue cegada en la sentencia 406/2012, de 18 de junio, que entendió que el control de contenido que puede llevarse a cabo en orden al posible carácter abusivo de la cláusula, no se extiende al del equilibrio de las «contraprestaciones» –que identifica con el objeto principal del contrato– a las que se refería la LCU en el artículo 10.1.c en su redacción originaria, de tal forma que no cabe un control de precio». Con esta interpretación consolidada del Derecho en vigor en España, la sentencia aborda los problemas específicos de la cláusula enjuiciada (y concluye, § 256, que «las cláusulas suelo son lícitas siempre que su transparencia permita al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos») y –amén de otras consideraciones que merecerían ulterior reflexión y comentario que escapa a los límites de este trabajo–, declara nulas por falta de transparencia las cláusulas suelo enjuiciadas dejando subsistente el contrato⁵⁷.

3. Conclusión: la incertidumbre sobre el control judicial de precios y la pasividad del legislador

27. Si bien el impacto aparente de la sentencia *Caja Madrid* a primera vista podría haber sido zanjar la cuestión, permitiéndose el control del objeto principal del contrato y la relación calidad/precio mediante el régimen propio de las cláusulas abusivas, su impacto real dista de ser ése: ni podía el TJUE zanjar la cuestión en el Derecho nacional ni lo había hecho el Tribunal Supremo español hasta la STS plenaria de 9 mayo 2013. Y en este punto conviene recordar algunas afirmaciones de la sentencia *Comisión v. Países Bajos* de 2001: para implementar una directiva no es imprescindible una acción legislativa pero el Derecho nacional debe garantizar que la Directiva será plenamente eficaz en el Estado miembro y que los individuos pueden confiar en que los derechos derivados de ella se aplicarán por los tribunales nacionales⁵⁸; en ese litigio, según el TJUE, «una jurisprudencia nacional, aun cuando se la reputa consolidada, que interprete unas disposiciones de Derecho interno en un sentido considerado conforme con las exigencias de la Directiva no puede tener la claridad y la precisión necesarias para cumplir la exigencia de seguridad jurídica»⁵⁹. Pues bien, cabe decir, aplicándolo a la sentencia *Caja Madrid* y sus derivaciones posteriores en España, que si ni siquiera una interpretación judicial uniforme y conforme con la directiva comporta el grado de seguridad jurídica que el TJUE requiere para la transposición de las normas de consumo, mucho menos podrá decirse debidamente transpuesta esa norma cuando no existe una tal jurisprudencia clara y uniforme. El puro silencio, pese a versar sobre una norma de mínimos, no debería bastar para entender el sentido de una transposición como divergente del de la Directiva, sin otros datos legales o confirmación jurisprudencial clara. Por lo tanto, mientras el legislador no se pronuncie, como debería, con plena libertad para hacerlo en un sentido o en otro, la solución debería ser la interpretación de la legislación española conforme a la Directiva y, por ende, la aplicación del espíritu del art. 4.2 en su integridad. Mientras tanto, al menos, puede colegirse de la jurisprudencia española examinada (anterior a la STS 9 mayo 2013), que el control de auténticos elementos esenciales del contrato que no hubiesen sido redactados de manera clara y comprensible sí se estaba produciendo por los tribunales, con un cada vez más acusado recurso al canon de la transparencia como filtro previo para evitar entrar a fondo en el posible control de las cláusulas sobre el objeto principal del contrato (incluido, claro

⁵⁷ Así, en particular, la STS 9 mayo 2013 arguye que «no cabe identificar ‘objeto principal’ con ‘elemento esencial’» para poder decretar la nulidad de estas cláusulas suelo sin tener que declarar la nulidad total del contrato, por entender que éste puede subsistir por no ser «parte inescindible de la definición contractual del tipo de interés aplicable al contrato de préstamo y con ello de su objeto y causa» (§ 274) y por ello declara esa nulidad parcial (§ 275).

⁵⁸ STJUE 25 marzo 1995, asunto C-365/93, *Comisión v. Grecia*, [1995] ECR I-499, § 9 y STJUE 20 mayo 2001, asunto C-144/99, *Comisión v. Países Bajos*, [2001] ECR I-3541, § 17.

⁵⁹ STJUE 20 mayo 2001, *Comisión v. Países Bajos*, § 21. El gobierno neerlandés alegaba que sus tribunales estaban interpretando el inciso sobre transparencia del art. 4.2 de conformidad con la directiva.

es, el precio) redactadas de manera clara y comprensible. La STS 9 mayo 2013 refrenda este control especial derivado del requisito de la transparencia pero cierra la vía a anteriores interpretaciones del propio tribunal sobre un puro control de contenido de cláusulas (transparentes) que versen sobre el objeto principal del contrato o la relación calidad/precio. En ese designio por fomentar la seguridad jurídica a la que apela la STJUE *Comisión v. Países Bajos* de 2001, el día anterior a la fecha de esta STS de pleno, el 8 de mayo de 2013 el Tribunal Supremo organizó una jornada sobre las repercusiones de la doctrina de la STJUE 14 marzo 2013 (caso *Aziz*) en materia de cláusulas abusivas en ejecuciones hipotecarias y publicó unas conclusiones con carácter orientativo para la ulterior labor judicial, en las que, en la misma línea, afirmaba dentro de la 7^a conclusión: «*en cuanto a las cláusulas de intereses remuneratorios con carácter general se considera que dichos intereses forman parte del precio, de forma que las cláusulas no pueden declararse abusivas, debiendo limitarse el examen judicial al control de transparencia*».

28. Por lo demás, en la jurisprudencia comunitaria, un buen ejemplo de la trascendencia del requisito de la transparencia como «excepción a la excepción» de control por abusivos de los elementos esenciales puede verse en el Auto del TJUE de 16 noviembre 2010 (caso *Pohotovost*), en el que el Tribunal entiende que «*podría llevarse a cabo un examen del carácter abusivo de la cláusula del contrato de préstamo que omite la indicación de la TAE a la luz de la Directiva 93/13*» de cláusulas abusivas, pues se trata de un «*dato que reviste una importancia esencial en el contexto de la Directiva 87/102*» de crédito al consumo. Por lo tanto, según esta sentencia, aunque pueda considerarse que esta cláusula está comprendida como elemento esencial del contrato en la exclusión del art. 4.2 de la Directiva 93/13, puede examinarse como abusiva, pues el ocultar esa información podría vulnerar el requisito de la redacción clara y comprensible del citado artículo⁶⁰.

29. Lo más grave de la situación de incertidumbre en España, a la que ahora el Tribunal Supremo ha tratado de poner coto, es que el legislador ha tenido y tendrá nuevas oportunidades para aclarar la cuestión en uno u otro sentido y no parece inclinado a hacerlo: así en las reformas legales aprobadas por el Parlamento en mayo de 2013 para adaptar el sistema español a la sentencia *Aziz* del TJUE sobre las cláusulas abusivas y el procedimiento de ejecución hipotecaria no se aborda el asunto de las cláusulas abusivas sobre elementos esenciales del contrato, ni tampoco en el borrador de proyecto de transposición de la Directiva 2011/83, cuyo art. 32⁶¹ (obligación de informar a la Comisión sobre la extensión nacional de la evaluación del carácter abusivo al precio, que se recuerda así en la Directiva 2011/83, es perfectamente posible) brinda una excelente oportunidad para un pronunciamiento legislativo expreso.

V. Cuestiones no resueltas por la sentencia *Caja de Madrid* y problemas futuros

30. Al margen del impacto de la sentencia *Caja Madrid* para el Derecho español, esta resolución no se pronuncia sobre algunas cuestiones de estricto Derecho de la UE que antes o después podrán plantearse expresamente ante el TJUE sobre la aplicación del art. 4.2 de la Directiva (epígrafes 5.1 y 5.2). Y, por otra parte, en el escenario de los sistemas jurídicos que no han transpuesto ese artículo, cabe plantearse otro par de reflexiones prospectivas (5.3 y 5.4).

1. ¿Qué son «objeto principal del contrato» y «adecuación entre precio y bienes» a los efectos del artículo 4.2 de la Directiva?

31. La sentencia *Caja Madrid* no llega a decir si considera como objeto principal del contrato la discutida cláusula de redondeo al alza de intereses, ni da criterios al juez nacional para saber cuándo se está ante elementos esenciales y cuándo no. Conforme a Derecho español, según se ha visto, tal cláusula

⁶⁰ Auto TJUE 16 noviembre 2010, asunto C-76/10, *Pohotovost's. r. o. v Iveta Korčkovská*, [2010] ECR I-11557, §§ 71-73 y 77.

⁶¹ Mediante la introducción del nuevo art. 8bis en la Directiva 93/13.

no debe merecer esa naturaleza jurídica y así se infiere de la jurisprudencia anterior y posterior a *Caja Madrid*⁶². Seguramente los criterios de delimitación que usa la jurisprudencia alemana para distinguir las *Hauptleistungen* y las *Nebenleistungen* o *Preisnebenabreden* (cláusulas accesorias sobre el precio) llevarían a la misma solución en Alemania. Y probablemente tampoco sean consideradas elementos esenciales en Bélgica⁶³, a diferencia, quizás de lo que podría ser su naturaleza en Francia⁶⁴.

32. El TJUE no da pautas para delimitar cuándo se está ante cláusulas que regulan el objeto principal del contrato o la adecuación del precio con su contraprestación. Dado que son conceptos introducidos en una norma de Derecho de la UE, si fuese expresamente preguntado por ello podría y debería dar criterios para interpretar esos conceptos⁶⁵, de acuerdo con su conocida doctrina sobre su papel en la interpretación de las reglas sobre cláusulas abusivas (*supra*, § 8). Por el momento, sólo es posible inferir acaso de algunas sentencias del TJUE qué cláusulas relacionadas con el precio, pero que no son el precio mismo o la relación calidad/precio del art. 4.2, pueden considerarse abusivas bajo ciertas circunstancias y criterios y, por lo tanto, no están amparadas en la exclusión de ese artículo: así ocurre con las cláusulas que permiten al empresario la *modificación unilateral del precio* en contratos de larga duración, si no se reconocen al consumidor ciertos derechos (conocer los cambios y su justificación con antelación y claridad, derecho a rescindir, información sobre estas cuestiones antes de contratar y no sólo en la fase de ejecución del contrato, etc.), como establecen las sentencias *Invitel* y *RWE Vertrieb*⁶⁶; también quedarán fuera del art. 4.2 y puede declararse su carácter abusivo aunque estén redactadas claramente si concurren algunas circunstancias, en los contratos de préstamo, las *cláusulas de vencimiento anticipado* del contrato con obligación de pago de todo lo debido por incumplimiento del deudor, las cláusulas sobre *intereses de demora* y las que determinan la *liquidación unilateral por el prestamista del importe* de la deuda impagada, según ha decidido la sentencia *Aziz*⁶⁷. Como se puede apreciar, el carácter abusivo de algunas de estas cláusulas se basa en criterios establecidos en la lista del anexo de la Directiva 93/13; aunque es cuestión aún sujeta a debate, parece más correcto sostener que la lista es coherente con el art. 4.2 y no recoge propiamente ninguna cláusula sobre el objeto principal ni sobre la relación calidad/precio, sino sobre aspectos adyacentes a la forma de determinación del precio para conseguir un equilibrio jurídico (derechos y obligaciones) y no económico⁶⁸. En el otro extremo, el TJUE sí parece entender como elemento esencial incluido en el ámbito del art. 4.2 de la Directiva las cláusulas sobre el precio expresado mediante TAE en los contratos de crédito al consumo (*Pohotovost'*)⁶⁹. El considerando 19 de esta Directiva también considera como tales las cláusulas que delimitan el riesgo asegurado en los contratos de seguros. Por su parte, el art. 22 de la Directiva 2011/83 sobre derechos de los consumidores exige que «el comerciante deberá buscar el consentimiento expreso del consumidor para todo pago adicional a la remuneración acordada para la obligación contractual principal del comerciante»⁷⁰.

33. Un análisis somero de las jurisprudencias nacionales sobre el tipo de cláusulas comprendido o excluido del ámbito del art. 4.2 de la Directiva refleja una gran disparidad de criterios entre sistemas. Ya se vieron las indefiniciones de la jurisprudencia española sobre lo que son o no son elementos esenciales del

⁶² *Supra*, párrafos 17 y 20-26 de esta contribución.

⁶³ Así, STUYCK, «Case Note...», cit., p. 459

⁶⁴ Según el parecer de PAISANT/SAN MIGUEL PRADERA, *op. cit.*, p. 115

⁶⁵ También STUYCK, *ibidem*, p. 455.

⁶⁶ STJUE 26 abril 2012, asunto C-472/10, *Invitel*, cit., § 23: sobre el art. 4.2 de la Directiva 93/13: «dicha exclusión no puede aplicarse a una cláusula relativa a un mecanismo de modificación de los gastos de los servicios que deban prestarse al consumidor». STJUE 21 marzo 2013, asunto C-92/11, *RWE Vertrieb* [2013], cit., §§ 49 y 55.

⁶⁷ STJUE 14 marzo 2013, asunto C-415/11, *Aziz*, cit., §§ 73-75.

⁶⁸ Sobre esto, con referencias de Derecho comparado, CÁMARA LAPUENTE, *El control...*, cit., pp. 100-104. También, recientemente, PALAU RAMÍREZ, «Condiciones generales...», *loc. cit.*, y CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, cit., pp. 802-804.

⁶⁹ ATJUE 16 noviembre 2010, asunto C-76/10, *Pohotovost'*, cit., §§ 71-73.

⁷⁰ Sobre este artículo y su relación con el régimen de las cláusulas abusivas, *vid.* WHITTAKER, S., «Contratos abusivos, cláusulas abusivas y prácticas comerciales desleales», en CÁMARA LAPUENTE S., ARROYO AMAYUELAS, E. (dir./coord.), *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores. Más allá de la Directiva 2011/83/EU y de CESL*, (Navarra, Thomson/Civitas, 2012), pp. 522-526.

contrato (*supra*, §§ 20-26). En la jurisprudencia alemana existe una consolidada jurisprudencia sobre lo que son consideradas comisiones o cargos accesorios, excluidas por tanto del equivalente alemán al art. 4.2 de la Directiva y controlables como abusivas⁷¹. Una aproximación distinta parece existir en el Reino Unido, especialmente a partir de la sentencia de su *Supreme Court* de 25 noviembre 2009 (*OFT v. Abbey National Bank* et al., conocida como el caso «*bank charges*»), muy criticada tanto dentro como fuera del Reino Unido.⁷² El litigio versaba sobre las comisiones bancarias impuestas cuando el banco pagaba alguna deuda del cliente para la que éste no contaba con fondos suficientes. Así como tanto la *High Court* como la *Court of Appeal* rechazaron la aplicación a estas comisiones del equivalente inglés al art. 4.2 de la Directiva con varios argumentos (interpretación restrictiva de las excepciones, falta de naturaleza de elementos esenciales de estas cláusulas, carácter contingente, eventual o subsidiario, naturaleza de comisiones adicionales por servicios no prestados, etc.), algunos ya usados antes por la *House of Lords* en su sentencia *First National Bank* de 2001⁷³, en cambio el Tribunal Supremo del Reino Unido rechazó ese tipo de argumentaciones; así, consideró que esas comisiones sí están incluidas en el precio o remuneración en contraprestación por los servicios pues los bancos suministran un «paquete de servicios» a cambio de todos los cuales se paga una remuneración en la que están incluidas estas comisiones, que suponen alrededor del 30% de los ingresos de los bancos por servicios de pago. Y alguno de los jueces del Tribunal Supremo puso énfasis en rechazar la utilidad de los criterios delimitadores entre lo esencial y no esencial del acuerdo en función de si su aplicación es «eventual»⁷⁴ o incluso la distinción entre cláusulas principales y accesorias⁷⁵. Como ponen de manifiesto la *Law Commission and the Scottish Law Commission*, «las palabras de la sentencia pueden estar tranquilizando a algunas empresas con una falsa sensación de seguridad. Hay otras formas de interpretar la sentencia y podría ser revocada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea»; el Tribunal Supremo alemán adopta otro punto de vista sobre la Directiva y ha controlado cargos bancarios accesorios como abusivos y esto, indica el documento, podría influir en futuros razonamientos del TJUE⁷⁶. Por lo tanto, consideran el Derecho en vigor «impredecible» y recomiendan su reforma, poniendo el énfasis en que las cláusulas sobre el precio o el objeto del contrato estén exentos de control si son «*transparent and prominent*» –término éste ponderado con el criterio del consumidor medio– y en que «sólo el monto del precio se excluye de control, pero otros aspectos de las cláusulas sobre el precio, tales como el momento de pago y su cálculo pueden ser enjuiciadas como abusivas»⁷⁷. Existe jurisprudencia inglesa reciente con esa aproximación, enfrentándose de nuevo con el problema de si elementos como la duración mínima del contrato de servicios de un gimnasio (*Ashbourne case*) o el factor que determina cuándo debe cobrar su remuneración un agente inmobiliario (*Foxtons v O'Reardon*) suponen o no elementos esenciales a efectos de estar exentos del control de abusividad⁷⁸.

34. Por lo tanto, decidir qué cláusulas entran y cuáles no en el ámbito del art. 4.2 es tarea ciertamente compleja. Tanto que existen autores que entienden que es imposible dar criterios al respecto, pues ello «obliga a construir distinciones sutiles, con riesgo de equivocarse»⁷⁹. A ello puede objetarse que más inseguridad jurídica crea no tratar de ofrecer criterio alguno de delimitación. Por el momento,

⁷¹ Para una buena síntesis de esta jurisprudencia alemana, *vid.* UK Law Commissions, *Advice...*, cit., Appendix A, 2013, § A17 y ss.

⁷² *Vid.* WHITTAKER, S., «Unfair Contract Terms, Unfair Prices and Bank Charges», *Modern Law Review*, 2011, 74, p. 106 y ss.; WHITTAKER, S., «Unfair Terms in Consumer Contracts», en BEALE, H. (dir.), *Chitty on contracts* (London: 31 ed., Sweet & Maxwell, 2012), p. 1148 y ss. REICH, N., «The Social, Political and Cultural Dimension of EU Private Law», en SCHULZE, R., SCHULTE-NÖLKE, H. (dirs.), *European Private Law – Current Status and Perspectives* (Múnich: Sellier, 2011), pp. 87-88.

⁷³ [2001] UKHL 52, párrafos 12, 34 y 43.

⁷⁴ Lord Walker, [2009] UKSC 6, párrafo 47.

⁷⁵ Lord Mance, [2009] UKSC 6 párrafo 112.

⁷⁶ THE LAW COMMISSION AND THE SCOTTISH LAW COMMISSION, *Advice...*, cit., § 11 del Sumario y § 2.10, p. 10; *vid.* también Id., *Issues Paper...*, cit. (july 2012), §§ 7.56 a 7.61, p. 86.

⁷⁷ *Ibidem* (*Advice 2013*), cit., §§ 24-27 del Sumario y §§ 4.61 a 4.64.

⁷⁸ *Office of Fair Trading v. Ashbourne Management Services Ltd.* [2011] EWHC 1237 (Ch), [2011] E.C.C. 31; *Foxtons Ltd v. O'Reardon* [2011] EWHC 2946 (QB). Para un completo examen de esta jurisprudencia, «*Unfair terms...*», en *Chitty on Contracts*, cit., pp. 1151-1153.

⁷⁹ CARRASCO PERERA, «*Invalidez*», cit., p. 182 e Id., *Derecho de contratos*, cit., p. 806.

las directrices más respaldadas por la doctrina y la jurisprudencia en varios países para delimitar cuándo una cláusula se considera elemento esencial en el sentido del art. 4.2 de la Directiva⁸⁰, criterios que, en el futuro podrían ser rechazados y refrendados por el TJUE son: a) la diferencia entre el contenido normativo (derechos y obligaciones) y el contenido económico del contrato (relación calidad/precio); b) la diferencia entre elementos principales del contrato y elementos accesorios⁸¹, entre los que se encuentran, en relación con el precio, entre otras, las formas de pago, los sistemas para su cálculo, las facultades de su modificación unilateral; c) la diferencia entre «precio» y «relación calidad/precio» y la idea de que no todas las cláusulas que «guardan alguna relación», «se refieren a» o «afectan» de cualquier forma al objeto principal del contrato están exentas de control; d) la necesidad de interpretación restrictiva de la excepción que supone el art. 4.2 de la Directiva, de conformidad con la jurisprudencia del TJUE sobre interpretación de las excepciones⁸² y para no mermar la eficacia de la Directiva 93/13; e) el carácter eventual o contingente en la aplicación de una cláusula (v. gr., intereses moratorios por incumplimiento) elimina su consideración como elementos esenciales⁸³; f) la existencia o no de Derecho dispositivo con que comparar la cláusula, que normalmente no existirá en relación con el precio o su adecuación; g) la subsistencia o no del contrato si se eliminase la cláusula, pues sin uno de sus elementos esenciales el contrato no puede sobrevivir⁸⁴. Por su parte, la STS (Pleno) 9 mayo 2013 ha considerado las cláusulas suelo como parte del objeto principal del contrato, ha tomado en consideración (§ 168) algunas de las tesis doctrinales sobre lo que constituye «definición del objeto principal» (como la diferencia entre principal y accesorio o el rasgo de la eventualidad; la relación objetiva entre el objeto principal del contrato y la cláusula, de manera que todo lo referido al precio estaría comprendido; o la importancia que la cláusula tiene para el consumidor y su incidencia en la decisión de comportamiento económico) y se ha decantado escuetamente, en una interpretación literal del art. 4.2 de la Directiva, por no distinguir en tales cláusulas entre elementos «esenciales» y «no esenciales» del tipo de contrato en abstracto, «*sino a si son ‘descriptivas’ o ‘definidoras’ del objeto principal del contrato concreto en el que se incluyen o, por el contrario, afectan al ‘método de cálculo’ o ‘modalidades de modificación del precio’*» (§ 188).

2. ¿Criterios objetivos o subjetivos para determinar qué es el objeto principal del contrato?

35. Un problema adicional en la concreción del ámbito propio del art. 4.2 es si al decidir que una cláusula contiene el precio del contrato «el tribunal debería adoptar el punto de vista del *consumidor medio* y evaluar si las cláusulas relevantes contenían el acuerdo esencial entre las partes» (como en el caso *Bank charges* del Reino Unido sostuvo la *Court of Appeal*)⁸⁵ o bien si «la identificación del precio o remuneración (...) es una materia de *interpretación objetiva* por el tribunal» (como sostuvo el UK Supreme Court finalmente)⁸⁶. Como con buenas razones ha sostenido algún autor⁸⁷, resulta preferible en esta materia adoptar el punto de vista del consumidor medio, pues es la forma de constatar que hubo un auténtico ejercicio de autonomía contractual sobre los elementos esenciales; además, con la aplicación de la noción de consumidor medio desarrollada por la jurisprudencia del TJUE para el contexto de Directivas

⁸⁰ Con referencias de Derecho comparado, *vid. CÁMARA LAPUENTE, El control..., cit.*, pp. 98-126.

⁸¹ O, según parte de la doctrina alemana reciente, considerar como principales los elementos que constituyen las características del producto o servicio que son relevantes para la competencia entre empresarios: FUCHS, «§ 307 BGB. Inhaltskontrolle» en ULMER, P., BRANDNER, H. E., HENSEN, H. D. (dirs.), *AGB-Recht. Kommentar zu den §§ 305-301 BGB und zum Uklag* (Köln: Dr. Otto Schmidt, 2011), p. 593, citado y seguido por PALAU RAMÍREZ, *ibidem*, nota 40.

⁸² *Vid. CÁMARA LAPUENTE, S.*, «Tipos contractuales, excepciones sectoriales y metodología hermenéutica del derecho de consumo según la jurisprudencia comunitaria: «easyCar» o el desistimiento en el alquiler a distancia de vehículos (sentencia TJCE de 10 de marzo de 2005, asunto C-336/02)», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 9 (2006), pp. 375-405.

⁸³ Tal ha sido la decisión adoptada recientemente por el legislador australiano en su *Australian Consumer Law* (2010).

⁸⁴ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «El control de la adecuación entre precio y prestación en el ámbito del Derecho de las cláusulas predispuestas», in MASSAGUER, J. et al. (dirs.), *I Foro de encuentro de jueces y profesores de Derecho mercantil* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2008), p. 227.

⁸⁵ [2009] EWCA Civ 116, parágrafo 115.

⁸⁶ [2009] UKSC 6, párrafos 113-115.

⁸⁷ WHITTAKER, «Unfair terms...», en *Chitty on contracts*, cit., pp. 1148-1148.

sobre información, publicidad y, últimamente, sobre las prácticas comerciales desleales⁸⁸ se produciría una «armonía sustantiva» entre la Directiva 93/13 y la Directiva 2005/29⁸⁹, en una labor de interrelación de ambas que el TJUE ya comenzó en la sentencia *Pereničová* de 2012⁹⁰. Por su parte, la STS (Pleno) 9 mayo 2013 parece mostrarse favorable también a adoptar el punto de vista del consumidor medio para calibrar si una concreta cláusula-suelo en un préstamo hipotecario pudo ser percibida como elemento definitorio de la relación por el consumidor, por presentársele de forma transparente con este cariz⁹¹.

3. ¿Cuáles son los criterios para controlar como abusivos los elementos esenciales?

36. En un escenario de posibilidad de control judicial pleno de los elementos esenciales, como el que, según el TJUE se suponía que acontecía en España (y, desde luego, acontece en otros países) ¿cuáles serán los criterios con que se valore si son o no realmente abusivos? A falta de respuesta del TJUE en *Caja Madrid*, parece que deberían aplicarse los criterios generales de los arts. 3.1 y 4.1 de la Directiva (art. 82 TR-LGDCU), es decir, si las cláusulas son contrarias a la buena fe, si causan un desequilibrio importante entre derechos y obligaciones de las partes en perjuicio del consumidor⁹², teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios, las circunstancias de la celebración del contrato y el resto de cláusulas de éste. Ahora bien, como ha concretado la STJUE de 14 marzo 2013 (caso *Aziz*), para determinar si existe ese desequilibrio importante, deben tenerse en cuenta, en particular, las normas dispositivas del Derecho nacional⁹³, cosa que será inviable en la mayor parte de los casos en relación con el precio. Por eso, y porque no puede dejarse al puro arbitrio judicial si la remuneración es «cara o barata», lo que abriría un indiscriminado y aleatorio control de precios, la doctrina que defiende el control de los elementos esenciales por el criterio de abusividad propone que basta un «anclaje» cualquiera, aunque no sea el del Derecho dispositivo, como podría ser «una norma imperativa excéntrica al problema, o un consenso social, o un uso o media de mercado (interés superior al normal del dinero)»⁹⁴; otros sugieren ponderar la función económico-social del contrato, la racionalidad económica de la cláusula, los criterios que se infieren de la lista de concretas cláusulas abusivas⁹⁵ y, por supuesto, la buena fe en sentido objetivo. Como se ve, casi tanta inseguridad jurídica puede denunciarse por ahora por la falta de criterios para saber qué son elementos esenciales en un sistema que los deja exentos, como por la falta de criterios claros para saber cómo pueden controlarse éstos en un sistema que permite su revisión.

4. Las conexiones de la sentencia con otras sentencias recientes del TJUE («Aziz» y «Banco Exterior de Crédito»)

37. Aún no ha «explotado» en España el potencial de la conexión de la sentencia *Caja Madrid* con las sentencias del TJUE *Banco Exterior de Crédito*⁹⁶ y *Aziz*, todas procedentes de nuestro país, pero podría hacerlo a raíz de las circunstancias económicas y la disparidad de soluciones judiciales a raíz de la sentencia *Aziz*, de aplicarse el siguiente silogismo en la jurisprudencia, que se presenta aquí como pura hipótesis teórica⁹⁷ en la que realmente no se cree: si los jueces no sólo pueden sino que deben ejercer el

⁸⁸ *Vid.* considerando 18 y art. 5.2 de la Directiva 2005/29.

⁸⁹ WHITTAKER, *ibidem*.

⁹⁰ STJUE 15 marzo 2012, asunto C-453/10, *Jana Pereničová y Vladislav Perenič v. SOS financ spol. s r. o.* (sin publicar).

⁹¹ Según los §§ 252-253 de la STS 9 mayo 2013: «tampoco la norma española contiene especiales precisiones de qué debe entenderse por desequilibrio importante contrario a la buena fe, por lo que, atendida la finalidad de las condiciones generales –su incorporación a pluralidad de contratos con consumidores– y de su control abstracto, no es posible limitarla a la esfera subjetiva. Antes bien, es necesario proyectarla sobre el comportamiento que el consumidor medio puede esperar de quien lealmente compite en el mercado» (cursiva añadida).

⁹² Similarmente, PALAU RAMÍREZ, «Condiciones generales...», *op et loc. cit.*

⁹³ STJUE 14 marzo 2013, asunto C-415/11, *Aziz*, cit., § 68.

⁹⁴ CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, cit., p. 808.

⁹⁵ GONZÁLEZ PACANOWSKA, «Comentario a la STS 17 junio 2010», cit., p. 803.

⁹⁶ STJUE 14 junio 2012, asunto C-618/10, *Banco Español de Crédito SA v. Joaquín Calderón Camino* (sin publicar).

⁹⁷ Una hipótesis cercana plantea ÁLVAREZ OLALLA, «No es posible...», *loc. cit.*

control de oficio sobre las cláusulas abusivas⁹⁸; si ese control también debe producirse en el seno de procedimientos abreviados como el monitorio⁹⁹ o (puede y debe sostenerse) el de ejecución hipotecaria¹⁰⁰; si el objeto principal del contrato pudiera ser enjuiciado por los parámetros de las cláusulas abusivas¹⁰¹ y los intereses que remuneran el préstamo hipotecario son claramente su precio; y si la sanción por la nulidad de las cláusulas abusivas debe ser la nulidad de la cláusula abusiva y no su moderación por el juez, para no eliminar el efecto disuasorio de la nulidad, de forma que no se deba ninguna cantidad por intereses¹⁰², entonces: ¿qué impediría a los jueces que declaren la nulidad de las cláusulas sobre intereses remuneratorios en préstamos hipotecarios y, por faltar el precio, puedan declarar la nulidad del entero contrato, con devolución del capital prestado, sin intereses? Y declarada la nulidad del préstamo, como ha hecho alguna sentencia del Tribunal Supremo reciente, también se podría anular la hipoteca que lo garantizaba dado su carácter accesorio al contrato principal¹⁰³. ¿En qué quedaría entonces el futuro del crédito hipotecario y de las hipotecas mismas como institución? Por fortuna para la seguridad jurídica, y sin perjuicio de los muchos otros matices que requerirían algunas premisas (como la relativa a la nulidad del préstamo por falta de precio o al entendimiento estricto de la accesoria de la hipoteca en tal caso), la STS de 9 mayo 2013 –y las conclusiones del encuentro de magistrados del TS de 8 mayo 2013– al descartar el control como cláusulas abusivas de las que definen el objeto principal del contrato (salvo que no sean transparentes) han introducido un cortafuegos en ese silogismo cuyo potencial podría alcanzar cotas devastadoras. O redentoras, según se mire. Y acaso la cabeza de la hidra del silogismo pueda reaparecer con el control de oficio de cláusulas que definen el objeto principal del contrato por falta de transparencia si, como patrocina la STS de 9 mayo 2103, deben considerarse «abusivas» y, por tanto seguir el régimen de ineeficacia de éstas y no el genérico de la falta de incorporación; aunque también en este punto, el TS ha tratado de evitar que el silogismo prospere al declarar la subsistencia del contrato pese a la nulidad de la cláusula suelo.

VI. Conclusión

38. Desde el punto de vista de las posibilidades de transposición de los Estados miembros del artículo 4.2 de la Directiva sobre cláusulas abusivas, la sentencia *Caja Madrid* del TJUE no dijo nada sorprendente ni incorrecto: dada la armonización mínima que persigue esa Directiva, los Estados miembros pueden optar por no transponer dicha regla para elevar el nivel de protección de los consumidores

⁹⁸ Por mencionar sólo la última sentencia de muchas al respecto, STJUE 21 febrero 2013, asunto C-472/11, *Banif Plus Bank Zrt v. Csaba Csipai y Viktória Csipai*, (sin publicar), § 23.

⁹⁹ STJUE 14 junio 2012, asunto C-618/10, *Banco Español de Crédito*, cit., §§ 49 y 57; STJUE 9 noviembre 2010, asunto C-137/08, *Pénzügyi*, cit., § 56.

¹⁰⁰ Así lo demanda una interpretación combinada y coherente de las SSTJUE recaídas hasta la fecha sobre el deber de control de oficio de las cláusulas abusivas en cualquier procedimiento judicial, ya que, aunque no exista sentencia específica del Tribunal de Luxemburgo sobre el control de oficio por parte del juez del procedimiento ejecutivo hipotecario (en el caso *Aziz* el litigio provenía del juez del procedimiento declarativo) del resto de sentencias y de su aplicación de los principios de equivalencia y efectividad respecto a la Directiva 93/13, se infiere esa conclusión: a título de ejemplo, el mismo deber de control de oficio se impuso para otros procedimientos ejecutivos, como por ejemplo, en la STJUE 6 octubre 2009, asunto C-40/08, caso *Asturcom*, respecto a un procedimiento de ejecución forzosa de laudo arbitral firme o, en relación con procedimientos monitórios en las SSTJUE *Pénzügyi* y *Banco Español de Crédito*. Y en la STJUE 21 noviembre 2002, asunto C-473/00, caso *Cofidis*, el tribunal declaró que la protección de la Directiva se opone a una normativa interna que prohíba al juez nacional, al eximir un plazo de preclusión, declarar de oficio el carácter abusivo de una cláusula» (lo cual, por cierto, pone en duda el ajuste al Derecho de la UE del plazo establecido en la Disposición Transitoria 4^a de la inminente Ley de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios de mayo de 2013). El control de oficio en la ejecución hipotecaria ha sido defendido también con argumentos que se suscriben por CORDERO LOBATO, E., «Y ahora viene lo difícil: ¿cómo controlar en el ejecutivo hipotecario el carácter abusivo de una cláusula?», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 5 (2013), pp. 26-34. En las conclusiones del TS en el encuentro celebrado el 8 de mayo de 2013 se sustenta también dicho control de oficio tanto en el ejecutivo hipotecario como en el monitorio. *Vid.* asimismo la STS 9 mayo 2013 (§§ 110-130).

¹⁰¹ STJUE 3 junio 2010, asunto C-484/08, *Caja Madrid*, cit., §§ 42-43.

¹⁰² STJUE 14 junio 2012, *Banco Español de Crédito*, cit., §§ 58-73 (sobre intereses de demora, no sobre intereses remuneratorios). Pero cfr. las conclusiones de 8 mayo 2013 del encuentro promovido por el TS para aclarar este punto.

¹⁰³ STS 22 febrero 2013 (nulidad del préstamo por intereses contrarios a la ley de usura, no a la legislación de cláusulas abusivas).

mediante el control judicial como abusivos de los elementos esenciales incluso aunque estén redactados claramente. De esa forma, el mapa europeo quedaría dividido en dos escenarios: los sistemas legales que sí permiten el control de esas cláusulas, en cuyo caso se plantean algunas incertidumbres sobre los criterios para valorar su carácter abusivo al no existir Derecho dispositivo de contraste, y los sistemas legales que, siguiendo a la Directiva, no permiten dicha revisión, en los que el requisito de la transparencia de la cláusula que contenga el objeto principal del contrato gana una preeminencia que está siendo demostrada en la aplicación jurisprudencial de la regla, como también demuestra la STS (Pleno) de 9 mayo 2013. En este segundo escenario se echa en falta una clarificación por el TJUE, ausente en la sentencia *Caja Madrid*, sobre los parámetros para delimitar cuándo se está ante un elemento esencial (o si se prefiere, ante una cláusula definitoria del objeto principal del contrato) y cuándo no (como los que la jurisprudencia de varios países viene proponiendo) y sobre si el juez ha de realizar ese examen desde un punto de vista objetivo o adoptando el punto de vista del consumidor medio.

39. Ahora bien, desde el punto de vista del impacto de la sentencia *Caja Madrid* en el Derecho nacional de España, la valoración debe ser distinta. Pese a la forma de realizar algunas afirmaciones, el TJUE no alteró el Derecho vigente en España sobre la materia, ni podía hacerlo. El silencio del legislador español al no transponer el art. 4.2 de la Directiva no ha de suponer necesariamente que en España esté admitido el control judicial mediante el examen del carácter abusivo de las cláusulas que definen el objeto principal del contrato y la adecuación entre el precio y los bienes o servicios. Se trata de un silencio no intencionado, debido a un error, que no tiene ese sentido a la luz del resto de principios del sistema jurídico; por lo tanto, mientras dicha laguna no se subsane, procede la interpretación conforme con la Directiva. El Tribunal Supremo español, que sí era competente para establecer el sentido material de la falta de transposición formal, ha dictado una serie de resoluciones ambiguas y hasta contradictorias, hasta llegar a la STS (Pleno) de 9 mayo 2013, en la que finalmente sí precisa cuál es el Derecho vigente en España al confirmar el criterio antes sentado por la STS 18 junio 2012: el contenido del artículo 4.2 de la Directiva 93/13 sí está en vigor en España pese a las afirmaciones de la STJUE de 3 junio 2010 (*Caja Madrid*) y, por lo tanto, no cabe en nuestro ordenamiento el control como abusivas de las cláusulas que definen el objeto principal del contrato (incluido el precio), salvo que no sean presentadas al consumidor de forma transparente; y el TS ha desarrollado en esta sentencia en qué consiste el que denomina como doble control o filtro de transparencia. Esta sentencia constituye un paso importante para la seguridad jurídica, de la que el legislador debería tomar buena nota y no hacer dejación de sus funciones en un punto tan crucial. Los problemas, sin duda, no concluyen aquí, pues en este escenario también existen dudas sobre la aplicación de la regla, como ya se ha expuesto con argumentos internos y comparatistas, pero al menos el marco legal de las cláusulas abusivas se ha despojado de una de sus incertidumbres más notorias.

LA POLITICA LEGISLATIVA DE LA UE EN DIPR. DE FAMILIA. UNA VALORACIÓN DE CONJUNTO

BEATRIZ CAMPUZANO DÍAZ

*Profesora Contratada Doctora
Universidad de Sevilla*

Recibido: 26.04.2013 / Aceptado: 06.05.2013

Resumen: La UE ha aprobado diversos Reglamentos de Derecho internacional privado en materia de familia. Con ellos se ha logrado una unificación normativa, que responde a tres características fundamentalmente: se trata de una unificación parcial, realizada a través de instrumentos sectoriales; se permite cierta diversidad entre los Estados miembros; y se introducen técnicas normativas novedosas, que después la UE ha extendido a otros sectores. Esta actuación en la UE también ha determinado su competencia exclusiva en las relaciones internacionales, quedando reducidos los Estados miembros a un papel residual. En relación con ello se analiza la política legislativa de la UE con respecto a los Convenios que en materia de derecho de familia ha promovido la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado, distinguiendo entre las relaciones que se producen entre Estados miembros y las relaciones que se producen entre Estados miembros y terceros Estados.

Palabras clave: UE y Derecho internacional privado en materia de familia; competencia exclusiva de la UE en las relaciones internacionales; política legislativa de la UE en relación con la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado; interacción entre los Reglamentos y los Convenios.

Abstract: The EU has adopted several private international law Regulations on family matters, achieving a certain degree of normative unification. The basic features of these rules are the following: they represent a partial unification, realised through sectorial Regulations; they allow some diversity among Member States; and they incorporate new technical solutions, that are afterwards extended to other subjects. As a consequence, the EU has assumed external exclusive competence on this field, leaving Member States to a residual role. The EU legislative policy regarding the Convention on family law promoted by the Hague Conference on Private International Law is analysed, making a distinction between relations among Member States and relations among Member States and third States.

Key words: EU and private international law on family matters; external relations and exclusive competence of the EU; EU legislative policy regarding the Hague Conference on Private International Law; interactions among Regulations and Conventions.

Sumario: I. Introducción. II. El Derecho internacional privado de la UE en materia de familia. Una presentación de sus características fundamentales. III. La conclusión de acuerdos con terceros Estados. El papel de la UE y de sus Estados miembros. 1. La competencia exclusiva de la UE para llegar a acuerdos con terceros Estados. Referencia al Dictamen 1/03, de 7 de febrero de 2006. 2. Modificación del Estatuto de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. 3. Reglamentos para la autorización de suscripción de convenios bilaterales o regionales por los Estados miembros. IV. La política legislativa de la UE en relación con los Convenios de la Conferencia de La Haya en materia de familia. 1. La relación entre los Reglamentos y los Convenios de la Conferencia de La Haya. Diversidad de soluciones ad intra. A) El esquema básico de relación: primacía del reglamento o del convenio, dependiendo de la materia. B) Aplicación concurrente del Reglamento 2201/2003 y del Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980 sobre secuestro internacional de menores. Una so-

lución de compromiso. C) La remisión desde el Reglamento 4/2009 al Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias. ¿De nuevo ante una solución de compromiso? 2. La relación entre los Reglamentos y los Convenios de la Conferencia de La Haya. Búsqueda de la complementariedad *ad extra*.

I. Introducción

1. En el proceso de integración europea, el Tratado de Ámsterdam marcó un hito decisivo en relación con el Derecho internacional privado. Como es bien sabido, este Tratado comunitarizó la cooperación judicial en materia civil (arts. 61 y ss. TCE)¹, permitiendo con ello que las instituciones europeas intensificaran sus actuaciones en este sector normativo. Se puede decir que hasta ese momento la UE era un actor más en el ámbito internacional, que había promovido algunos Convenios de extraordinaria importancia, pero con un impacto limitado en los sistemas de Derecho internacional privado de los Estados miembros, donde se aplicaban junto con las iniciativas de otras organizaciones internacionales² y del legislador estatal. Pero a partir de la entrada en vigor del mencionado Tratado, la UE multiplica sus actuaciones, desplazando en gran medida a los convenios promovidos por otras organizaciones internacionales y al derecho interno de los Estados miembros.

2. Las líneas de actuación que han llevado a la aprobación de numerosos Reglamentos y algunas Directivas han sido diversas: en algunos casos se transformaron en Reglamentos instrumentos que habían sido previamente aprobados bajo la forma de convenio, algunos de los cuales ni siquiera habían llegado a entrar en vigor; en otros se volvió sobre proyectos pasados, que no habían conseguido prosperar en la vía intergubernamental; y en otros, simplemente, se extendió la regulación europea a temas nuevos y que hasta entonces no habían sido tratados. Como resultado, señalar que hoy día se encuentran unificadas las normas de competencia judicial internacional, ley aplicable, reconocimiento y exequáutur de resoluciones, asistencia judicial y cooperación de autoridades, en amplios sectores del derecho patrimonial y del derecho de familia³.

¹ Al respecto vid. J. BASEDOW, «The communitarization of the conflict of laws under the Treaty of Amsterdam», *CMLR*, 2000, págs. 687 y ss.; M. GARDEÑES SANTIAGO, «El desarrollo del Derecho internacional privado tras el Tratado de Ámsterdam: los artículos 61.c) y 65 TCE como base jurídica», *RDCE*, 2002, núm. 11, págs. 231 y ss; J.L. IGLESIAS BUHIGUES, «La cooperación judicial en materia civil (CJC) antes y después del Tratado de Ámsterdam», *RGD*, 1998, págs. 5847 y ss.; C. KOHLER, «Interrogation sur les sources du droit international privé européen après le Traité d'Amsterdam», *RCDIP*, 1999, págs. 1 y ss.; C. KOHLER, «Lo spazio giudiziario europeo in materia civile e il diritto internazionale privato comunitario», *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, P. Picone (a cura di), Padua, Cedam, 2004, págs. 65 y ss.; S. LEIBLE Y A. STAUDINGER, «El artículo 65 TCE: ¿carta blanca de la Comunidad Europea para la unificación del Derecho internacional privado y procesal?», *AEDIPr*, 2001, págs. 89 y ss.; P. DE MIGUEL ASENSIO, «La evolución del Derecho internacional privado comunitario en el Tratado de Ámsterdam», *REDI*, 1998, págs. 373 y ss.; E. PÉREZ VERA, «El Derecho internacional privado y la Unión Europea», *La Unión Europea ante el Siglo XXI. XIX Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, 2001, págs. 173 y ss.

² En el ámbito del Derecho internacional privado han venido trabajando tradicionalmente diversas organizaciones internacionales, que han realizado propuestas diversas de unificación o armonización jurídica, con muy desigual éxito. Se puede mencionar, a modo de ejemplo, la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, UNCITRAL, UNIDROIT, la Comisión Internacional del Estado Civil, el Consejo de Europa, la Cámara de Comercio Internacional... La tipología de estas organizaciones es muy variada, pues entre ellas cabría a su vez diferenciar entre las que tienen un pretendido carácter universal y las que circunscriben su actividad a una región o grupo concreto de países; las que se ocupan con carácter general de todos los sectores o materias que conforman el Derecho internacional privado o de un ámbito especializado, como puede ser el derecho del comercio internacional; las que abordan las cuestiones de ley aplicable desde una perspectiva de unificación conflictual o sustantiva; las que proponen normas para su incorporación a los ordenamientos estatales o para escapar de ellos mediante la promoción de la Nueva Lex Mercatoria... Para un análisis general de las actividades de estas organizaciones internacionales y de su interacción, fundamentalmente en el sector del derecho aplicable, vid. K. BOELE-WOELKI, «Unifying and harmonizing substantive law and the role of conflict of laws», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 2009, t. 340, págs. 287 y ss.

³ Reglamento (CE) núm. 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia (DOUE núm. L 160, de 30 de junio de 2000); Reglamento 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DOUE núm. L 12, de 16 enero de 2001); Reglamento (CE) núm. 1206/2001 del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil (DOUE núm. L.

3. En la actualidad, el marco normativo ha cambiado. Tras la reforma introducida por el Tratado de Lisboa, la cooperación judicial en materia civil ha pasado a regularse en el Título V TFUE (arts. 67.4 y 81), aunque manteniendo en líneas generales la situación anterior⁴. Con base en estas nuevas disposiciones, la UE prosigue su política de extensión normativa a materias aún no cubiertas⁵, al tiempo que mantiene una línea paralela de trabajo consistente en la revisión de instrumentos previamente adoptados para avanzar en la consecución del principio de reconocimiento mutuo⁶.

4. Debemos señalar, por otra parte, que el Derecho internacional privado de los Estados miembros, en las parcelas aún no unificadas por la UE, también se está viendo afectado en virtud de las libertades de circulación que rigen en este espacio de integración. En este sentido, contamos con varios pronunciamientos del TJUE en materias tan dispares como la societaria o el nombre de las personas físicas, que obligan al reconocimiento de situaciones jurídicas ya creadas en los Estados miembros y a una «eurodepuración» de las normas nacionales de Derecho internacional privado para adaptarlas a este espacio de integración⁷. Y la posibilidad de que este procedimiento de reconocimiento mutuo pueda ex-

174, de 27 de junio de 2001); *Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 1347/2000* (DOUE núm. L 338, de 23 de diciembre de 2003); *Reglamento (CE) núm. 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados* (DOUE núm. L 143, de 30 de abril de 2004); *Reglamento (CE) núm. 1896/2006 del Parlamento Europeo y de Consejo, de 12 de diciembre de 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo* (DOUE núm. L 399, de 30 de diciembre de 2006); *Reglamento (CE) núm. 1393/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil* (DOUE núm. L 324, de 10 de diciembre de 2007); *Reglamento núm. 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II)* (DOUE núm. L 199, de 31 de julio de 2007); *Reglamento (CE) núm. 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía* (DOUE núm. L 199, de 31 de julio de 2007); *Reglamento (CE) núm. 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)* (DOUE núm. L 177, de 4 de julio de 2008); *Reglamento (CE) núm. 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos* (DOUE núm. L 7, de 10 de enero de 2009); *Directiva 2003/8/CE del Consejo, de 27 de enero de 2003, destinada a mejorar el acceso a la justicia en los litigios transfronterizos mediante el establecimiento de reglas mínimas comunes relativas a la justicia gratuita para dichos litigios* (DOUE núm. L 26, de 31 de enero de 2003); *Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles* (DOUE núm. L 136, de 24 de mayo de 2008).

⁴ Para un análisis de los cambios introducidos por el Tratado de Lisboa, vid. R. BARATTA, «Refléxions sur la coopération judiciaire civile suite au Traité de Lisbonne», *Nuovi strumenti del diritto internazionale privato. Liber Fausto Pocar*, Milán, Giuffrè Editore, 2009, págs. 3 y ss.; I. BARRIÈRE-BROUSSE, «Le Traité de Lisbonne et le droit international privé», *JDI*, 2010, págs. 3 y ss.; H. AGUILAR GRIEDER, «La cooperación judicial internacional en materia civil en el Tratado de Lisboa», *CDT*, 2010, págs. 308 y ss.; A. CHICHARRO LÁZARO, «Tratado de Lisboa y Programa de Estocolmo: los nuevos retos de la cooperación judicial en materia civil», *REEI*, 2010, nº 20; M. GUZMÁN ZAPATER, «Cooperación judicial civil y Tratado de Lisboa: entre consolidación e innovación», *Iustel, R.Gen.D.Europeo*, 2010, nº 21; F. PAULINO PEREIRA, «La coopération judiciaire en matière civile dans l'Union Européenne: bilan et perspectives», *RCDIP*, 2010, págs. 1 y ss.

⁵ Estando ya vigente el Tratado de Lisboa se han adoptado dos Reglamentos adicionales: *Reglamento (UE) núm. 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial* (DOUE núm. L 343, de 29 de diciembre de 2010); *Reglamento (UE) núm. 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo* (DOUE núm. L 201, de 27 de julio de 2012). Se encuentran en fase de tramitación dos nuevas Propuestas de Reglamento: *Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de régimen económico matrimonial* (Doc. COM (2011) 126 final, Bruselas 16 de marzo de 2011); *Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas* (Doc. COM (2011) 127 final, Bruselas 16 de marzo de 2011).

⁶ Recientemente se ha aprobado la reforma del Reglamento Bruselas I: *Reglamento (UE) núm. 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (refundición)*, DOUE núm. L 351, de 20 de diciembre de 2012.

⁷ A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, 12^a ed., págs. 75 y ss.

tenderse a otros sectores materiales, particularmente al derecho de familia, ya ha sido puesta de relieve por diversos autores⁸ y está siendo objeto de análisis por la Comisión⁹.

5. En definitiva, cabe afirmar que el papel de la Unión Europea en relación con el Derecho internacional privado ha cambiado radicalmente con respecto al que tenía hace no muchos años. En primer lugar, hemos asistido a un cambio cuantitativo, pues, como se ha visto, son muchas más las normas de derecho internacional privado de la UE potencialmente aplicables, en detrimento de las normas de origen estatal y, en muchos casos también, de las normas de origen convencional. Incluso en los aspectos no unificados se impone, como acabamos de ver, adaptar las normas a las peculiaridades de este espacio de integración. En segundo término, estamos asistiendo también a un cambio de tipo cualitativo, pues el papel de los Estados miembros se está difuminando en favor de la UE, que está adoptando normas de carácter *erga omnes* con las que desplaza por completo a los derechos estatales, y va asumiendo progresivamente las competencias negociadoras en el ámbito externo. Este último aspecto está afectando igualmente a los métodos de trabajo de otras organizaciones internacionales.

6. Pues bien, en las líneas que siguen vamos a reflexionar sobre algunos aspectos de este nuevo panorama normativo en relación con el derecho de familia. Más concretamente, partiendo de una referencia a los instrumentos de Derecho internacional privado que se han adoptado hasta la fecha, nos proponemos analizar, en una primera parte, sus características generales y los resultados globales que con ellos se han alcanzado. Después, en una segunda parte, pretendemos considerar su interacción con los convenios de la Conferencia de La Haya de derecho internacional privado, y en relación con ello haremos una referencia a la competencia externa de la UE.

II. El Derecho internacional privado de la UE en materia de familia. Una presentación de sus características fundamentales

7. La actuación de la UE en el sector del derecho de familia puede esquematizarse en torno a tres características fundamentales: la primera, se ha realizado una unificación parcial a través de instrumentos sectoriales; la segunda, esa unificación se ha realizado permitiendo cierta diversidad entre los Estados miembros; y la tercera, se ha recurrido en este proceso unificador a técnicas novedosas, que después la UE ha ido extendiendo a otros ámbitos materiales. Pasamos a continuación a su análisis.

8. La intensa actuación de la Unión Europea en materia de Derecho internacional privado, casi siempre bajo la forma de Reglamento, ha tenido como consecuencia que hoy día sus normas reguladoras sean uniformes, iguales para los Estados miembros, en amplios sectores jurídicos, incluyendo el derecho de familia. Más concretamente, la vinculación que se ha establecido entre el derecho de familia y la libre circulación de personas, ha permitido que se adoptaran los Reglamentos 2201/2003, 4/2009 y 1259/2010, con los que se da respuesta a todas o algunas de las cuestiones de Derecho internacional privado que se plantean en relación con un divorcio, separación judicial o nulidad del matrimonio, responsabilidad

⁸ R. BARATTA, «Problematic elements of an implicit rule providing for mutual recognition of personal and family status in the EC», *IPRax*, 2007, págs. 4 y ss.; A. BUCHER, «La dimensión sociale du droit international privé», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 2009, t. 341, págs. 360 y ss.; M. GARDEÑÉS 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», *Quelle architecture pour un code européen de droit international privé?*, M. Fallon, P. Lagarde, S. Poillot-Peruzzetto (dir.), Bruselas, P.I.E. Peter Lang, 2011, págs. 99 y ss.

⁹ Vid. *Libro Verde «Menos trámites administrativos para los ciudadanos: promover la libre circulación de los documentos públicos y el reconocimiento de los efectos de los certificados de estado civil»*, Bruselas, 14.12.2010, COM (2010) 747 final; *Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el «Libro Verde - Menos trámites administrativos para los ciudadanos: promover la libre circulación de los documentos públicos y el reconocimiento de los efectos de los certificados de estado civil»*, DOUE núm. C 248, de 25 de agosto de 2011; *Dictamen del Comité de las Regiones «Menos trámites administrativos para los ciudadanos: promover la libre circulación de los documentos públicos y el reconocimiento de los efectos de los certificados de estado civil»*, DOUE núm. C 54, de 23 de febrero de 2012.

parental y alimentos. Como puede observarse, tres Reglamentos en los que se reparte la regulación de las cuestiones mencionadas, a los que hay que añadir dos instrumentos complementarios en materia de ley aplicable, gestados fuera de la UE y en los que esta organización ha decidido participar, como son el *Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, y el Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias*¹⁰. Nos encontramos por tanto con una pluralidad de instrumentos sectoriales en derecho de familia, que estarán llamados a aplicarse conjuntamente en numerosas ocasiones dada la estrecha vinculación de las materias a las que se refieren, lo cual causará seguramente dificultades al operador jurídico¹¹.

9. Esa unificación realizada a través de instrumentos sectoriales es, por otra parte, parcial. Ciento es que se está trabajando para aprobar dos instrumentos adicionales en materia de regímenes económico-matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas¹², pero con ello no quedarán cubiertas todas las cuestiones. En un reciente informe encargado por el Parlamento Europeo se señala que todavía existe una amplia lista de carencias en materia de familia y persona, como son la regulación del matrimonio, de las parejas registradas o instituciones similares, el nombre de las personas físicas, la filiación y adopción, la protección de adultos, así como el estado y capacidad de las personas físicas¹³. Las dificultades que conllevaría regular todas estas materias, teniendo en cuenta además la unanimidad que se requiere en el sector del derecho de familia –art. 81.3 TFUE–, no permiten vislumbrar una actuación europea en el corto plazo, con la salvedad de la «eurodepuración» de las normas internas a la que nos referímos en el epígrafe anterior.

10. La segunda característica fundamental del Derecho internacional privado europeo en materia de familia es que, paradójicamente, se está permitiendo la diversidad en el marco de la uniformidad. En relación con esta idea hay que referirse a la posición particular de Dinamarca, Reino Unido e Irlanda, en virtud de los Protocolos anejos al Tratado de Ámsterdam, que se mantienen en el Tratado de Lisboa¹⁴.

¹⁰ Se pueden consultar en la página web de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado (<http://www.hcch.net>). La UE decidió participar en estos instrumentos a través de las siguientes decisiones: *Decisión del Consejo, de 19 de diciembre de 2002, por la que se autoriza a los Estados miembros a firmar, en interés de la Comunidad, el Convenio de La Haya 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* (DOUE núm. L 48, de 21 de febrero de 2003); *Decisión del Consejo, de 5 de junio de 2008, por la que se autoriza a algunos Estados miembros a ratificar o adherirse, en interés de la Comunidad Europea, al Convenio de La Haya de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de los niños, y por la que se autoriza a algunos Estados miembros a formular una declaración sobre la aplicación de las normas internas correspondientes del Derecho comunitario* (DOUE núm. L 151, de 11 de junio de 2008); *Decisión del Consejo de 30 de noviembre de 2009 relativa a la adhesión de la Comunidad Europea al Protocolo de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias* (DOUE núm. L 331, de 16 de diciembre de 2009).

¹¹ El carácter sectorial de la normativa europea, que viene motivado por la política legislativa del paso a paso, hace tiempo que ha sido criticado por la doctrina (H. GAUDEMÉT-TALLON, «De l'utilité d'une unification du droit international privé de la famille dans l'Union Européenne?», *Estudos em homenagem à Professora Doctora Isabel de Magalhaes Collaço*, Vol. I, Coimbra, Almedina, 2002, pág. 172; N.A. BAARSMA, *The Europeanisation of international family law*, La Haya, M.C. Asser Press, 2011, pág. 275; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Crisis matrimoniales internacionales y la dispersión del pleito», *El Derecho de familia ante el Siglo XXI: aspectos internacionales*, A.L. Calvo Caravaca y E. Castellanos Ruiz (dirs.), Madrid, Colex, 2004, págs. 213 y ss.). En relación con esas críticas hemos de señalar que, en un trabajo reciente que dedicamos a esta cuestión, tuvimos oportunidad de poner de manifiesto ciertos desajustes entre los reglamentos en materia de divorcio y separación judicial y la propuesta relativa a los regímenes económico matrimoniales, B. CAMPUZANO DÍAZ,, «The coordination of the EU Regulations on divorce and legal separation with the proposal on matrimonial property regimes», *Yearbook of private international law*, 2011, págs. 233 y ss. Por otra parte, cabe reseñar que ya existen debates a nivel doctrinal para superar la fragmentación jurídica en favor de un código europeo de Derecho internacional privado, vid. M. FALLON, P. LAGARDE y S. POILLOT-PERUZZETTO (dirs.), *Quelle architecture pour un code européen de droit international privé?*, Bruselas, P.I.E. Peter Lang, 2011; X. KRAMER, *Current gaps and future perspectives in European private international law: towards a code on private international law?*, European Parliament, Directorate-General for International Policies, Policy Department, Citizen's rights and constitutional affairs, 2012.

¹² Vid. supra nota 5.

¹³ X. KRAMER, *Current gaps and future perspectives in European private international law: towards a code on private international law?*, op. cit., pág. 5.

¹⁴ *Protocolo (nº 21) sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda respecto del espacio de libertad, seguridad y justicia y*

Como es bien sabido, todas las normas que se adopten en virtud de lo dispuesto en el Título V de la Tercera Parte del TFUE, anteriormente Título IV TCE, no vinculan a Dinamarca, *opting out*; y Reino Unido e Irlanda tienen la facultad de decidir, caso por caso, si participan en ellas, *opting in*. Estos Protocolos no se proyectan únicamente en el sector del derecho de familia, pero sí podemos decir que ha sido en este ámbito donde más patente se ha hecho la diversidad que permiten. Conviene recordar, en este sentido, que con Dinamarca se han suscrito sendos Convenios para extenderles la aplicación de algunos de los Reglamentos adoptados, que no se han referido a las materias propias del derecho de familia¹⁵; y que el Reino Unido, que ha ejercido habitualmente su facultad de *opting-in*, no lo ha hecho precisamente con algún instrumento vinculado al derecho de familia¹⁶.

11. La diversidad también aparece en relación con la unanimidad que se requiere, como ya sabemos, para la adopción de medidas en materia de derecho de familia, art. 81.3 TFUE. Se trata de un requisito que podría obviarse en favor del procedimiento legislativo ordinario, si el Consejo a propuesta de la Comisión así lo decide, con el control de los parlamentos nacionales -la denominada cláusula pasarela-. Pero esta posibilidad, que ya se planteó durante la negociación del Reglamento 4/2009, con el argumento de que la institución de los alimentos tiene su origen en una relación familiar, pero se traduce en una obligación de carácter económico, no ha tenido hasta ahora éxito¹⁷. El requisito de la unanimidad parece por tanto imponerse, lo cual no fue obstáculo para que saliera adelante este Reglamento, pero sí lo ha sido en otros casos.

12. Concretamente, el Reglamento 1259/2010 en materia de ley aplicable al divorcio y la separación judicial tuvo que aprobarse a través del sistema de cooperación reforzada, al no conseguirse la unanimidad requerida. Con arreglo a este sistema, que se regula en los arts. 20 TUE y 326 a 334 TFUE, cuando el Consejo haya establecido que unos determinados objetivos de cooperación no pueden conseguirse entre todos los Estados miembros, y siempre que haya al menos nueve Estados miembros que sí estén interesados en alcanzar dichos objetivos, puede adoptarse una medida que vincule únicamente a estos Estados si la Comisión así lo propone, y el Consejo lo aprueba contando con el visto bueno del Parlamento Europeo¹⁸. Pues bien, en relación con el Reglamento 1259/2010 se fueron cumpliendo todos

Protocolo (nº 22) sobre la posición de Dinamarca, anexos al TFUE. El Tratado de Lisboa introduce un cambio en relación con el Protocolo de Dinamarca, al incorporar un Anexo I que se aplicaría si Dinamarca así lo decide, donde se establece que este país pasaría a tener una posición similar a la que tienen actualmente el Reino Unido e Irlanda (*opting-in*).

¹⁵ *Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil, hecho en Bruselas el 19 de octubre de 2005* (DOUE núm. L 299, de 16 de noviembre de 2005); *Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca relativo a la notificación y al traslado de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil, hecho en Bruselas el 19 de octubre de 2005* (DOUE núm. L 300, de 17 de noviembre de 2005), posteriormente complementado por el Acuerdo de 10 de diciembre de 2008 (DOUE núm. L 331, de 10 de diciembre de 2008). En relación con el Reglamento 4/2009 en materia de alimentos, que modifica las disposiciones que anteriormente se recogían en el Reglamento 44/2001, Dinamarca ha decidido participar de forma parcial (DOUE núm. L 149, de 12 de junio de 2009). Este país también ha comunicado recientemente su deseo de participar en la reforma del Reglamento 44/2001, recogida en el Reglamento 1215/2012 (DOUE núm. L79, de 21 de marzo de 2013).

¹⁶ El Reino Unido no participa en la Decisión del Consejo por la que se autoriza la adhesión de la UE al Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias (vid. supra nota 10). En la Legislación básica de Derecho Internacional Privado, Tecnos, 22^a ed. 2012, se afirma no obstante que el Reino Unido participa en el Protocolo en virtud de la Decisión de la Comisión, de 8 de junio de 2009, relativa a la intención del Reino Unido de aceptar el Reglamento (CE) núm. 4/2009 (DOUE núm. L 149, de 12 de junio de 2009). Pero esta afirmación no concuerda con el estado del Protocolo que figura en la página web de la Conferencia de La Haya, donde se dice que el Reino Unido no participa de conformidad con la Decisión del Consejo por la que se autoriza la adhesión de la UE al Protocolo. La doctrina de este país también señala que no están vinculados por el Protocolo (vid. D. McCLEAN, V. RUIZ ABOU-NIGM, MORRIS. *The conflict of laws*, 8^a ed., Londres, Sweet & Maxwell, 2012, pág. 282). El Reino Unido e Irlanda tampoco participan en el Reglamento 650/2012 en materia sucesoria, que está muy estrechamente vinculado al derecho de familia.

¹⁷ Vid. *Comunicación de la Comisión al Consejo por la que se solicita al Consejo que las medidas adoptadas con arreglo al art. 65 del Tratado en materia de obligaciones de alimentos se rijan por el art. 251 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea*, Documento (COM) 2005, 648 final, Bruselas 15 de diciembre de 2005.

¹⁸ Al respecto vid. F. POCAR, «Brevi note sulle cooperazioni rafforzate e il diritto internazionale privato europeo», *RDIPP*, 2011, págs. 297 y ss.

estos requisitos¹⁹, de modo que en la actualidad se aplica únicamente en los 15 Estados miembros que han querido participar en la cooperación reforzada²⁰.

13. La interacción con los trabajos de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado también ha sido motivo de diversidad. El nuevo sistema de eficacia extraterritorial de resoluciones que se está adoptando en desarrollo del principio de reconocimiento mutuo, al que nos referiremos seguidamente, presenta como peculiaridad en el Reglamento 4/2009 que se hace depender de que en el país de origen de la resolución se hayan aplicado las normas de conflicto uniformes contenidas en el Protocolo de La Haya de 2007 (arts. 17 a 22). Y como algunos Estados miembros no participan en este Protocolo, el Reglamento tiene que ofrecer un sistema alternativo de eficacia extraterritorial de resoluciones para las relaciones con estos países (arts. 23 a 39).

14. Por otra parte, una situación particular se ha planteado con el *Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños*. Como determinados artículos de este Convenio afectaban al Reglamento 2201/2003, la UE asumió la competencia externa necesaria para proceder a su firma y ratificación. No obstante, como se daba la circunstancia de que en el texto de este Convenio sólo se reconoce la condición de parte a los Estados soberanos, la UE tuvo que limitarse a aprobar sendas decisiones autorizando a los Estados miembros a firmar y ratificar el Convenio en interés de la Unión²¹. Se pretendía que esta actuación individual de los Estados miembros se realizara de forma coordinada, y a ser posible simultánea, pero no se ha conseguido. Basta observar el estado de adhesiones y ratificaciones del mencionado Convenio para constatar la diversidad de fechas y que hay Estados miembros donde todavía no está vigente²².

15. Como tercera característica fundamental de las normas europeas de Derecho internacional privado en materia de familia nos referíamos a la novedad, en el sentido de que ha sido en este sector jurídico donde primero se han puesto de manifiesto ciertos criterios de actuación que después se han ido extendiendo a otras materias.

16. Hasta ahora estábamos habituados al carácter *erga omnes* de las normas de unificación conflictual, que en su ámbito material desplazan por completo al derecho interno, pero no a que esto mismo sucediera con las normas de competencia judicial internacional. Hemos de señalar que en la UE, el hecho de que con arreglo a lo dispuesto en el Tratado de Ámsterdam las medidas tuvieran que adoptarse pensando en el correcto funcionamiento del mercado interior, art. 65 TCE, no fue obstáculo para otor-

¹⁹ El Consejo, en una Sesión celebrada el 5-6 de junio de 2008, admitió que no existía la unanimidad requerida para seguir adelante con la negociación de este Reglamento, Consejo de la Unión Europea, Sesión nº 2873, Justicia y Asuntos de Interior, Luxemburgo, 5-6 Junio de 2008, 9956/08 (Presse 146). Se formó el grupo mínimo de países requerido para solicitar a la Comisión que elevara una propuesta de cooperación reforzada al Consejo, lo cual hizo efectivamente la Comisión en virtud de los argumentos que se recogen en la Exposición de Motivos de la *Propuesta de Decisión del Consejo por la que se autoriza una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial*, Bruselas 24.3.2010, COM (2010) 104 final, pág. 2. El Parlamento dio su conformidad mediante *Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 16 de junio de 2010, sobre el proyecto de decisión del Consejo por la que se autoriza una cooperación reforzada en el ámbito de la legislación aplicable al divorcio y a la separación judicial* (09898/2/2010 – C7 – 0145/2010 – 2010/0066/NLE), DOUE núm. C 236E, de 12 de agosto de 2011. La autorización final del Consejo se produjo mediante *Decisión, de 12 de julio de 2010, por la que se autoriza una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación legal* (2010/405/UE), DOUE núm. L 189, de 22 de julio de 2010.

²⁰ Inicialmente: Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Eslovenia, España, Francia, Hungría, Italia, Letonia, Luxemburgo, Malta, Portugal y Rumanía. Está abierta la posibilidad de que con posterioridad a la adopción del Reglamento cualquier otro Estado miembro pueda sumarse a esta iniciativa (art. 328 TFUE), lo cual ha hecho Lituania, *Decisión de la Comisión, de 21 de noviembre de 2012, por la que se confirma la participación de Lituania en la cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial*, DOUE núm. L 326, de 22 de noviembre de 2012.

²¹ Se trató en este caso de una competencia compartida con los Estados miembros, que la conservaron en relación con las materias del Convenio que no afectaban al Reglamento, Vid. infra epígrafe III.

²² Se puede consultar en la página web de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (<http://www.hch.net>).

garles este tipo de efectos. A pesar de la polémica que se suscitó en torno a esta cuestión²³, no faltaron opiniones que avalaron la actuación de las instituciones europeas aludiendo a que dicho mercado interior se veía favorecido con la seguridad jurídica que aportan normas uniformes para regir los diferentes tipos de relaciones internacionales²⁴, así como a que los convenios originarios -Convenios de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 y Convenio de Roma de 1980 - ya se aplicaban a relaciones internacionales que podían estar conectadas con terceros Estados²⁵. Hoy día, el Tratado de Lisboa ha venido a consolidar esta línea de actuación, al requerir únicamente que las medidas de la UE estén orientadas *en particular* al buen funcionamiento del mercado interior, art. 81.2 TFUE, lo cual se interpreta como una flexibilización de la normativa anterior²⁶.

17. En este sentido debemos señalar que ha sido en el ámbito del derecho de familia, con algunas excepciones puntuales que ya se establecían en el Convenio de Bruselas del 68, donde se dieron los primeros pasos hacia la aplicación general de las normas de competencia judicial internacional. Hay que comenzar refiriéndose al Reglamento 2201/2003, que aunque no llegó a desplazar por completo a las normas internas en la materia, sí las limitó a un papel muy residual por ser operativas únicamente en el caso de que no resultase competente ningún tribunal de un Estado miembro con arreglo al Reglamento (arts. 7 y 14)²⁷. Posteriormente, el Reglamento 4/2009 en materia de alimentos sí incorporaría una regulación completa de la competencia judicial internacional, al establecer en su Cap. II unos foros basados en la sumisión expresa o tácita de las partes (arts. 4-5), junto con una serie de foros alternativos aplicables en su defecto (art. 3), acompañados de una norma de competencia judicial internacional subsidiaria para los supuestos en que ningún tribunal de un Estado miembro resultase competente con arreglo a dichos foros (art. 6) y de un *forum necessitatis* (art. 7). Y esta tendencia parecía llamada a consolidarse en los instrumentos adoptados con posterioridad²⁸, hasta que sorprendentemente y a pesar de los trabajos preparatorios en este sentido, la reforma de Bruselas I nos ha devuelto a criterios tradicionales de aplicación²⁹.

18. Será necesario analizar los motivos por los que en relación con Bruselas I se incorpora un cambio de tendencia. Por el momento lo que podemos decir es que el nuevo modelo presenta una serie de indudables ventajas: introduce una uniformidad completa de soluciones entre los Estados miembros, tanto en relación con los supuestos vinculadas con la UE como con terceros Estados; los sistemas de

²³ Vid. I. BARRIÈRE BROUSSE, «Le Traité de Lisbonne et le droit international privé», op. cit., págs. 8 y ss.

²⁴ A.V.M. STRUYCKEN, «Le droit international privé d'origine communautaire et les états tiers», *Revue des affaires européennes*, 2001-02, pág. 470.

²⁵ A. BONOMI, «Le droit international privé entre régionalisme et universalisme – quelques considérations sur les compétences européennes en matière de droit international privé et leurs effets pour les états tiers», *Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht*, 2006, pág. 301.

²⁶ R. BARATTA, «Réflexions sur la coopération judiciaire civile suite au Traité de Lisbonne», op. cit., pág. 18; I. BARRIÈRE BROUSSE, «Le Traité de Lisbonne et le droit international privé», op. cit., págs. 8 y ss.

²⁷ La aplicación de las normas internas de competencia judicial internacional ha resultado particularmente problemática en materia matrimonial, debido a las dificultades interpretativas que han planteado los arts. 6 y 7 del Reglamento 2201/2003, vid. B. CAMPUZANO DÍAZ, «La propuesta de reforma del Reglamento 2201/2003 en materia matrimonial», *Hacia un derecho conflictual europeo: realizaciones y perspectivas*, M. di Filippo, B. Campuzano Díaz, A. Rodríguez Benot, M. A. Rodríguez Vázquez (coords.), Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 2008, págs. 101 y ss.. De hecho, el TJUE tuvo que pronunciarse sobre esta cuestión en la Sentencia de 29 de noviembre de 2007, C-68/07, Kerstin Sundelind Lopez v. Miguel Enrique Lopez Lizazo, Rec. 2007 I-10403.

En la propuesta que se presentó para la reforma del Reglamento 2201/2003– *Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 2201/2003 por lo que se refiere a la competencia y se introducen normas relativas a la ley aplicable en materia matrimonial*, Doc. COM (2006) 399 final, Bruselas, 17 de julio de 2006- se introducía ya una norma de competencia subsidiaria en materia matrimonial. Pero esta propuesta sólo prosperaría finalmente en lo que a las cuestiones de ley aplicable se refiere, mediante el Reglamento 1259/2010.

²⁸ Vid. Arts. 10 y 11 del Reglamento 650/2012 en materia sucesoria, Arts. 6 y 7 de la Propuesta en materia de regímenes económico-matrimoniales y Arts. 6 y 7 de la Propuesta relativa a los efectos patrimoniales de las uniones registradas.

²⁹ La propuesta inicialmente presentada -*Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Doc. COM(2010), 748/3, Bruselas, 14 de diciembre de 2010)- sí otorgaba carácter general a sus normas de competencia judicial internacional. Pero el Reglamento finalmente adoptado, Reglamento 1215/2012, vuelve a considerar el lugar del domicilio del demandado para la aplicación de las normas de competencia judicial internacional, aunque ampliando las excepciones.

Derecho internacional privado de los Estados miembros ganan en claridad y sencillez, pues no tendrán que disponer de un doble cuerpo de normas aplicables en función de los factores de internacionalidad presentes en la relación jurídica; y para los particulares de terceros países también resulta beneficioso, pues en sus relaciones con la UE no tendrán que entrar a valorar las peculiaridades en materia de Derecho internacional privado de cada uno de los Estados miembros, sino que se encontrarán con una normativa común³⁰. Es más, antes de la reforma de Bruselas I parecía que la aplicación generalizada de las normas de competencia judicial internacional estaba tan consolidada, que ya los estudios y propuestas doctrinales avanzaban hacia la unificación de las normas sobre reconocimiento y exequáutur en las relaciones con terceros Estados³¹.

19. Este último sector nos proporciona otra de las características novedosas. Como sabemos, en materia de eficacia extraterritorial de resoluciones se está avanzando hacia la supresión del exequáutur, en desarrollo del principio de reconocimiento mutuo³². Pues bien, en el ámbito del derecho de familia fue también donde se dieron los primeros pasos en esta dirección³³. El Reglamento 2201/2003 estableció una solución alternativa al tradicional procedimiento de exequáutur para las resoluciones en materia de derecho de visita y restitución de menores, consistente en el establecimiento de una serie de requisitos cuyo cumplimiento debía certificarse por el juez del Estado de origen (arts. 41 y 42). La expedición de este certificado tiene como efecto que la resolución pueda ser ejecutada en los demás Estados miembros, prescindiendo del mencionado procedimiento de exequáutur³⁴. Posteriormente, este sistema novedoso de eficacia extraterritorial de resoluciones se ha ido extendiendo a otras materias en virtud de los Reglamentos 805/2004, 1896/2006, 861/2007 y 1215/2012, así como a los alimentos en virtud del Reglamento 4/2009, tal como ya hemos tenido ocasión de señalar.

20. Todos estos instrumentos responden a un objetivo similar, como hemos dicho la supresión del procedimiento *exequáutur*, aunque presentando características propias, que son especialmente observables en el ámbito del derecho de familia. Así, el Reglamento 2201/2003 requiere que se controlen en origen ciertas garantías procesales relacionadas con el derecho de defensa, tal como se hace en el resto de instrumentos, además del derecho del niño y de todas las partes afectadas a ser oídos en el procedimiento de origen³⁵. Por su parte, el Reglamento 4/2009 presenta la peculiaridad de vincular la supresión del exequáutur a que en origen se hayan aplicado las normas de conflicto uniformes recogidas en el Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007. Esta última peculiaridad, que no ha sido suficientemente explicada por el legislador europeo³⁶, ha dado lugar a que la doctrina señale que la unificación de

³⁰ En este sentido, A. BONOMI, «Sull’opportunità e le possibili modalità di una regolamentazione comunitaria della competenza giurisdizionale applicabile *erga omnes*», *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2007, pág. 316.

³¹ Vid. Actas de la 19ª Sesión del GEDIP celebrada en Padua, 2009; y de la 20ª Sesión del GEDIP celebrada en Copenhague, 2010, *Le droit international privé européen en construction. Vingt ans de travaux du GEDIP*, M. Fallon, P. Kinsch y C. Kohler (eds.), Cambridge, Antwerp, Poland, Intersentia, 2011, págs. 702 y ss.

³² Vid. *Proyecto de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, DOCE núm. C 12, de 15 de enero de 2001.

³³ Al respecto vid. G. GARAU SOBRINO, «La declaración de ejecutividad automática. ¿Hacia una nueva teoría general del exequáutur?», *AEDIPr*, 2004, págs. 91 y ss.

³⁴ Sobre esta cuestión C.M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, «La supresión del exequáutur en el R. 2201/2003», *CDT*, 2011, Nº 1, págs. 63 y ss.; A. FONT SEGURA, «El progresivo avance del derecho comunitario en materia de familia: un viaje inconcluso de Bruselas II a Bruselas II bis», *REDI*, 2004, págs. 295 y ss.; M. A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, «Los avances de la normativa comunitaria en materia de protección de menores», *Hacia un derecho conflictual europeo: realizaciones y perspectivas*, M. di Filippo, B. Campuzano Díaz, A. Rodríguez Benot, M. A. Rodríguez Vázquez, (coords.), Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 2008, págs. 167 y ss.

³⁵ Éste último aspecto es el único que se controla en relación con las decisiones relativas a la restitución de menores, además de lo previsto en el art. 13 del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, M. GUZMÁN ZAPATER, «Cooperación judicial y Tratado de Lisboa: entre consolidación e innovación», *R. Gen. D. Europeo*, 2010, nº 21, pág. 24.

³⁶ B. ANCEL y H. MUIR-WATT muestran su sorpresa por el hecho de que las garantías procesales normalmente controladas en un procedimiento de exequáutur se sustituyan por la unificación de las normas de conflicto, «Le règlement CE n° 4/2009 du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires», *RCDIP*, 2010, págs.. 478 y ss. En sentido similar S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, «El Reglamento

las normas de conflicto resulta especialmente importante en un sector tan sensible como el derecho de familia, dado que si no estaríamos combinando una aceptación incondicional de la sentencia dictada en otro Estado miembro con la posibilidad de *forum shopping*, lo cual podría acabar dañando el principio de confianza mutua entre los Estados miembros³⁷. Aunque esta afirmación quedó cuestionada durante el proceso de revisión de Bruselas I, donde la unificación de las normas de conflicto también iba a ser un criterio a tener en cuenta en otros sectores materiales³⁸.

21. Señalaremos, a modo de conclusión de este epígrafe, que estas tres características fundamentales en torno a las que hemos presentado el Derecho internacional privado europeo en materia de familia, dejan una sensación un tanto agridulce. Ciento es que se ha avanzado mucho en un sector que hasta hace bien poco era ajeno al proceso de integración europea, pero se ha hecho de una manera parcial, sectorial y permitiendo la diversidad, lo que seguramente dificultará la tarea del operador jurídico. En las líneas que siguen vamos a referirnos a la posición que ocupan la UE y los Estados miembros en las relaciones con terceros Estados, para analizar después la interacción de los instrumentos europeos con los trabajos de la Conferencia de La Haya y ofrecer así un panorama más completo de la situación actual del derecho de familia.

III. La conclusión de acuerdos con terceros Estados. El papel de la UE y de sus Estados miembros.

1. La competencia exclusiva de la UE para llegar a acuerdos con terceros Estados. Referencia al Dictamen 1/03, de 7 de febrero de 2006

22. La asunción de competencias por parte de la UE en materia de Derecho internacional privado ha tenido también importantes consecuencias en las relaciones externas de los Estados miembros y en los trabajos que venían desarrollando otras organizaciones internacionales. Los arts. 61 y 65 TCE mantenían silencio sobre la posibilidad de que la UE llegara a acuerdos con terceros Estados en el ámbito de la cooperación judicial civil, pero ello no impidió que sobre esta materia se proyectase la doctrina de las competencias externas implícitas desarrollada por el TJUE.

23. El primer hito importante en la formación de esta doctrina lo constituyó la Sentencia de 31 de marzo de 1971, as. 22/70, AETR, donde se afirmó que cuando a nivel europeo se hubieran adoptado medidas comunes en desarrollo de lo dispuesto en los Tratados, los Estados miembros perdían la facultad de llegar a acuerdos con terceros Estados que pudieran afectar a dichas medidas, pasando la competencia con carácter exclusivo a las instituciones europeas. Una segunda decisión importante fue

4/2009/CE sobre obligaciones alimenticias: cuestiones escogidas», *Diario La Ley*, núm. 7230, 31 de julio de 2009, pág. 3; A. DURÁN AYAGO, «Europeización del Derecho internacional privado: del Convenio de Bruselas de 1968 al Reglamento (UE) 1215/2012. Notas sobre el proceso de construcción de un espacio judicial europeo», *R.Gen.D.Europeo*, 2013, pág. 44. C. KOHLER arroja algo de luz sobre el por qué de la solución acogida en el Reglamento 4/2009, al señalar que pudo estar motivada como medio de defensa frente a la ejecución de prestaciones alimenticias respecto a parejas del mismo sexo en el Reino Unido, que no estaría vinculado por el Protocolo de La Haya en materia de ley aplicable y, consecuentemente, por el medio de defensa que éste incorpora en su art. 6 para tales situaciones, «Elliptiques variations sur une thème connu: compétence judiciaire, conflits de lois et reconnaissance de décisions en matière alimentaire d'après le Règlement (CE) N° 4/2009 du Conseil», *Couvergence and divergence in private international law. Liber amicorum K. Siehr, K. Boele-Woelki, T. Einhorn, D. Girsberger y S. Symeonides (eds.)*, Zúrich, Schultess , 2010, págs. 283 y ss.

³⁷ J. MEEUSEN, «System shopping in European private international law in family matters», J. Meeusen, M. Pertegás, G. Straetmans, F. Swennen (eds.), *International family law for the European Union*, Amberes, Oxford, Intersentia, 2007, págs. 166 y ss.; J. MEEUSEN, «Instrumentalisation of private international law in the European Union: towards a European conflict revolution», *European journal of migration and law*, 2007, págs. 301 y ss.; N. DETHLOFF, «Arguments for the unification and harmonisation of family law in Europe», *Perspectives for the unification and harmonisation of family law in Europe*, K. Boele-Woelki (ed.), Ámberes, Intersentia, 2003, pág. 52.

³⁸ La propuesta de reforma del Reglamento 44/2001 (vid. supra nota 29) excluía de la supresión del exequá tur a determinadas materias, entre las que se encontraban los casos sobre difamación, con el argumento de que el Reglamento 864/2007 sobre ley aplicable a las obligaciones extracontractuales no se les aplica.

el Dictamen 1/76, de 26 de abril de 1977, donde se estableció que cuando las instituciones europeas tuviesen competencia para lograr unos determinados objetivos, también disponían de competencia para llegar a acuerdos con terceros Estados que favoreciesen la consecución de estos objetivos, incluso en ausencia de regulación previa a nivel europeo. Este Dictamen, que suponía ir más allá que la Sentencia anterior, se vería posteriormente matizado por el Dictamen 1/94, de 15 de noviembre de 1994, al señalar que estaba referido a un supuesto en que la competencia interna únicamente podía ejercerse adecuadamente al mismo tiempo que la externa. Finalmente hay que referirse a las Sentencias de 5 de noviembre de 2002, as. *Open Skies*, donde también se matizaría la jurisprudencia AETR al afirmar que para que las instituciones europeas asumiesen competencia exclusiva en materia de acuerdos internacionales con terceros Estados, se imponía determinar en qué medida podía verse afectada la normativa común ya adoptada. Esta afectación se daría cuando el acuerdo internacional estuviese comprendido dentro del ámbito de aplicación de la normativa común o dentro de un ámbito cubierto en gran medida por la normativa común, tal como se estableció en el Dictamen 2/91, de 19 de marzo de 1993³⁹.

24. Actualmente, esta doctrina jurisprudencial se encuentra regulada en los Tratados. El art. 216 TFUE dispone que la Unión podrá celebrar acuerdos con uno o varios terceros países u organizaciones internacionales cuando así lo prevean los Tratados, cuando la celebración del acuerdo sea necesaria para alcanzar alguno de los objetivos establecidos en los Tratados, o cuando pueda afectar a normas comunes o alterar el alcance de las mismas. Como se ha señalado, este precepto no determina si la competencia es exclusiva o compartida con los Estados miembros, pero debe leerse en conjunción con el art. 3.2 TFUE que sí se refiere al carácter exclusivo de la competencia de la UE en estas circunstancias⁴⁰.

25. En el contexto jurisprudencial previo al Tratado de Lisboa debe situarse el Dictamen 1/03, de 7 de febrero de 2006, donde se pidió al TJUE que determinase si la competencia para concluir el nuevo Convenio de Lugano en materia de competencia judicial y ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil correspondía con carácter exclusivo a la UE o de manera compartida con los Estados miembros⁴¹. Se trata de un Dictamen que ya ha sido ampliamente analizado por la doctrina⁴², pero en relación con el cual nos interesa resaltar, a efectos de este trabajo, aquellos aspectos que muestran como el Tribunal se decanta por una interpretación extensiva de cuándo puede verse afectada la normativa europea en virtud de un acuerdo internacional, correspondiéndole por tanto la competencia exclusiva a la UE.

³⁹ Para un análisis más detallado de la jurisprudencia del TJUE a este respecto, vid. A. BORRÁS, «Le droit international privé communautaire: réalités, problèmes et perspectives d'avenir», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, t. 317, 2005, págs. 468 y ss.; M. WILDERSPIN, A.M. ROUCHAUD-JOËT, «La compétence externe de la Communauté Européenne en droit international privé», *RCDIP*, 2004, págs. 4 y ss.

⁴⁰ A. FIORINI, «The evolution of European private international law», *International and comparative law quarterly*, 2008, pág. 981 y ss.

⁴¹ Rec. 2006 I-1145 y ss.

⁴² Vid. A. BORRÁS, «Competencia exclusiva de la Comunidad Europea para la revisión del Convenio de Lugano de 1988 sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil. Comentario al Dictamen C-1/03, de 7 febrero de 2006», *R.Gen.D.Europeo*, 2006, nº 10; E. CANNIZZARO, «Le relazioni esterne della Comunità: verso un nuovo paradigma unitario?», *Il diritto dell'Unione Europea*, 2007, págs. 223 y ss.; A. ESPINIERRA MENÉNDEZ, «La competencia de la Comunidad para celebrar el nuevo Convenio de Lugano», *AEDIPr*, 2006, págs. 503 y ss.; M.J. ELVIRA BENAYÁS, «Las competencias externas de la UE y el Derecho internacional privado tras el Dictamen del Tribunal de Justicia relativo al Convenio de Lugano», *REEI*, 2008, Nº 16; P. FRANZINA, «Le condizioni di applicabilità del Regolamento (CE) N. 44/2001 alla luce del parere 1/03 della Corte di Giustizia», *RDI*, 2006, págs. 948 y ss.; M. GUZMÁN ZAPATER, «Competencia de la Unión Europea para concluir tratados internacionales en materia de Derecho internacional privado (a propósito del Dictamen del TJCE 1/2003, de 7 de febrero de 2006)», *REEI*, 2007, Nº 14; T. KRUGER, *Civil jurisdiction rules of the EU and their impact on third States*, Oxford university press, 2008, págs. 368 y ss.; N. LAVRANOS, «Opinion 1/03, Lugano Convention, of 7 February 2006», *CMLR*, 2006, págs. 1087 y ss.; J.V. LOUIS, «La Cour et les relations extérieures de la Communauté», *Cahiers de droit européen*, 2006, págs. 285 y ss.; A. SANTINI, «The doctrine of implied external powers and private international law concerning family and succession matters», *Diritto del commercio internazionale*, 2007, págs. 809 y ss.; F. POCAR (ed.), *The external competence of the European Union and private international law*, Padua, Cedam, 2007.

26. El Tribunal señaló, en primer lugar, que no era necesaria una correspondencia completa entre la normativa europea y el ámbito abarcado por el acuerdo internacional, debiendo realizarse también un análisis sobre la naturaleza y contenido de la normativa que pudiera verse afectada y de sus perspectivas de evolución cuando éstas fueran previsibles (pár. 126). Esta última consideración, que ha sido especialmente criticada por la doctrina⁴³, no se ha recogido en el Tratado de Lisboa, que constituye el marco normativo actualmente vigente. Se afirmó, en segundo término, que la incorporación en el acuerdo internacional de una cláusula de desconexión no supone una garantía de no afectación a la normativa común, sino más bien un indicio de lo contrario (par. 130)⁴⁴. En tercer lugar, a efectos de enfatizar el carácter global y coherente de la regulación de la competencia judicial internacional en el Reglamento Bruselas I, y su consiguiente afectación por el nuevo Convenio de Lugano, el TJUE llegó a afirmar que las normas nacionales de competencia judicial internacional, aplicables en virtud de lo dispuesto en el art. 4, forman parte del sistema establecido por el Reglamento (pár. 148)⁴⁵. Y en cuarto término, para justificar que las normas sobre reconocimiento y exequátur del Reglamento Bruselas I también podían verse afectadas por el nuevo Convenio de Lugano, el Dictamen se refirió a la estrecha vinculación que presentan con las normas de competencia judicial internacional y a que no podían considerarse como un conjunto separado (pár. 163).

27. En definitiva, y tal como ha señalado C. KOHLER, con este Dictamen parece que se quiso reforzar el carácter europeo de la normativa en materia de Derecho internacional privado y el papel de la UE como actor a nivel internacional⁴⁶. Hemos de señalar que con anterioridad a este Dictamen ya se había planteado la actuación de la UE en relación con la firma, ratificación o adhesión a determinados convenios, reconociéndose su competencia exclusiva en relación con aquellas disposiciones de los convenios que afectaban a normas europeas ya adoptadas. Se había producido por tanto un desplazamiento parcial de los Estados miembros⁴⁷. El Dictamen 1/03 tuvo la particularidad de reconocer la competencia exclusiva de la UE en relación con la negociación de todo el Convenio de Lugano, en un momento en que a nivel europeo se comenzaba a mostrar mayor preocupación por la dimensión exterior del espacio de libertad, seguridad y justicia⁴⁸.

⁴³ A. BORRÁS, «Le droit international privé communautaire: réalités, problèmes et perspectives d'avenir», op. cit., págs. 484-485; A. SANTINI, «The doctrine of implied external powers and private international law concerning family and succession matters», op. cit., págs. 823-824.

⁴⁴ Según N. LAVRANOS, que se muestra conforme con esta afirmación: «*including a disconnection clause in a Treaty cannot bring the Member States back to the ratification table, when the EC has exclusive external competence*», «Opinion 1/03, Lugano Convention, of 7 February 2006», op. cit., págs. 1099-1100. A ESPINELLA MENÉNDEZ señala no obstante de forma crítica que si podría determinarse a priori si se va a introducir en el acuerdo una cláusula de este tipo y a quien corresponde consecuentemente la competencia, «La competencia de la Comunidad para celebrar el nuevo Convenio de Lugano», op. cit., pág. 511.

⁴⁵ El Tribunal rebate así a los autores que con anterioridad a este Dictamen se habían referido al art. 4 del Reglamento Bruselas I para subrayar que no ofrece una regulación completa de la competencia judicial internacional, cuestionando con ello que la UE pudiera tener competencia exclusiva para negociar el Convenio de Lugano, vid. B. HESS, «Les compétences externes de la Communauté européenne dans le cadre de l'article 65 TCE», *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, A. Fuchs, H. Muir-Watt, E. Pataut (dir.), París, Dalloz, 2004, pág. 92.

⁴⁶ C. KOHLER, *The external competence of the European Union and private international law*, F. Pocar (ed.), op. cit., pág. 16. Tal como señala F. POCAR, aunque el Dictamen se refería específicamente al Convenio de Lugano, las discusiones que se produjeron durante su elaboración fueron sobre la competencia externa de la UE en general, *The external competence of the European Union and private international law*, F. Pocar (ed.), op. cit., pág. 60.

⁴⁷ M. WILDERSPIN, A.M. ROUCHAUD-JOËT, «La competente externe de la Communauté Européenne en droit international privé», op. cit., págs. 28 y ss.

⁴⁸ En realidad, la preocupación por la dimensión exterior del espacio de libertad, seguridad y justicia siempre estuvo presente, como muestra el Plan de Acción de Viena de 3 de diciembre de 1998 (vid. *Plan de Acción del Consejo y la Comisión sobre la mejor manera de aplicar las disposiciones del Tratado de Ámsterdam relativas a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia*, DOCE núm. C 19, de 23 de enero de 1999). Pero con posterioridad se hizo más patente. En el Programa de La Haya se señaló que el Consejo Europeo consideraba prioritario el desarrollo de una dimensión externa coherente de la política de libertad seguridad y justicia, anunciando que se presentaría una estrategia en este sentido (*Programa de La Haya: consolidación de la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión Europea*, DOUE núm. C53, de 3 de marzo de 2005). En desarrollo de esta estrategia, y una vez que ya se había dictado el Dictamen sobre el Convenio de Lugano, el Consejo presentó un documento referido particularmente a la acción exterior en materia de cooperación judicial civil, estableciendo unos objetivos muy ambiciosos en relación con todos los sectores del Derecho internacional privado, tanto en el ámbito de la negociación

28. Este papel protagonista de la UE en el ámbito internacional se ha sentido hasta ahora con especial fuerza en materia de derecho de familia, por dos factores fundamentalmente: por una parte, y tal como hemos tenido ocasión de reflejar en el epígrafe anterior, la UE ha sido bastante activa en este sector, adoptando un conjunto considerable de normas que pueden verse afectadas en virtud de un acuerdo internacional; y por otra, la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado también ha desarrollado varias iniciativas en materia de familia durante los últimos años que han interesado a la UE, y en relación con las cuales se ha planteado el papel que correspondía a esta organización y a sus Estados miembros.

29. La cuestión ya se planteó con el *Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños*. Como el contenido de este Convenio afectaba al Reglamento 2001/2003, la UE declaró su competencia exclusiva en relación con las materias coincidentes, respetando en lo demás el papel de los Estados miembros. No obstante, como se daba la circunstancia de que en el texto de este Convenio sólo se reconocía la condición de parte a los Estados, hubo que aprobar sendas Decisiones autorizando a los Estados miembros a firmar y posteriormente ratificar o adherirse a este instrumento internacional en interés de la UE, tal como tuvimos oportunidad de reflejar en el epígrafe anterior⁴⁹. Con posterioridad, la UE volvería a declararse competente con carácter exclusivo para vincularse por el *Protocolo de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias y el Convenio de La Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre cobro internacional de alimentos para niños y otros miembros de la familia*, porque afectaban al Reglamento 4/2009⁵⁰.

30. En definitiva, y como cabe observar tras todo lo expuesto, la existencia de un conjunto considerable de normas europeas en materia de Derecho internacional privado, a las que tienen que añadirse otras que están aún en fase de preparación, unida a una interpretación amplia de cuándo estas normas pueden verse afectadas por un convenio internacional, nos aboca en el futuro a un protagonismo decisivo de la Unión Europea en las relaciones internacionales, con el consiguiente desplazamiento de los Estados miembros. En el ámbito del derecho de familia ya se ha puesto de manifiesto.

2. Modificación del Estatuto de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado

31. Como consecuencia del protagonismo creciente de la UE en el ámbito externo se ha visto afectado el trabajo de otras organizaciones internacionales que promueven la unificación del Derecho internacional privado. En este sentido, hemos asistido a la aparición de cláusulas en los convenios promovidos por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, UNIDROIT, UNCITRAL o el Consejo de Europa, donde se permite a las «organizaciones regionales de integración económica»

bilateral como multilateral (*Aspects of judicial cooperation in civil matters in the framework of the strategy for the external dimension of JHA: global freedom, security and justice*, Note from the Council of the European Union, Brussels, 11 April 2006, 8140/06). El Programa de Estocolmo ha mantenido esta línea de trabajo, al situar la dimensión exterior del espacio de libertad, seguridad y justicia entre sus prioridades políticas, destacando las nuevas posibilidades que ofrece el Tratado de Lisboa para su desarrollo (*Programa de Estocolmo: una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano*, DOUE núm. C115, de 4 de mayo de 2010).

⁴⁹ Vid. supra nota 10.

⁵⁰ En relación con el Protocolo se observa la interpretación extensiva que hace la UE de sus competencias, dado que el Reglamento 4/2009 no contiene normas en materia de derecho aplicable, si bien sí es cierto que dichas normas se incorporan en el Reglamento y afectan a sus disposiciones sobre eficacia extraterritorial de resoluciones, vid. supra nota 10. En relación con el Convenio, vid. *Decisión del Consejo de 31 de marzo de 2011 relativa a la firma, en nombre de la Unión Europea, del Convenio de La Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre cobro internacional de alimentos para niños y otros miembros de la familia (2011/220/UE)*, DOUE núm. L 93, 7 de abril de 2011; *Decisión del Consejo de 9 de junio de 2011 sobre la aprobación, en nombre de la Unión Europea, del Convenio de La Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre cobro internacional de alimentos para los niños y otros miembros de la familia (2011/432/UE)*, DOUE núm. L 192, de 22 de julio 2011.

formar parte de los mismos⁵¹. Pero con la Conferencia de La Haya se ha ido más allá, pues se ha permitido a la UE convertirse en miembro de pleno derecho de esta organización⁵².

32. En cuanto a los antecedentes de la adhesión de la UE a la Conferencia de La Haya, hemos de señalar que el Consejo lo solicitó formalmente mediante una Decisión de 5 de octubre de 2006 (2006/719/CE)⁵³. Previamente ya se habían establecido contactos con la Conferencia, que aparecen detallados en el Preámbulo de la mencionada Decisión, a fin de que esta organización internacional modificara su Estatuto para que fuera posible la adhesión de la UE⁵⁴. Ésta adhesión se formalizó finalmente en el Consejo de Política y Asuntos Generales de la Conferencia, de 3 de abril de 2007⁵⁵, una vez que la nueva versión del Estatuto, que debía ser aceptada por una mayoría de dos tercios de los Estados parte de la Conferencia, entró en vigor⁵⁶.

33. En la nueva versión del Estatuto de la Conferencia se prevé que las organizaciones regionales de integración económica que se adhieran a esta organización internacional deberán especificar las ma-

⁵¹ La Conferencia incorporó por primera vez una cláusula permitiendo la condición de parte a las organizaciones regionales de integración económica en el Art. 18 del *Convenio sobre la ley aplicable a ciertos derechos sobre valores depositados en un intermediario*, aprobado el 13 de diciembre de 2002, y que atendiendo al momento en que se produjo su firma por parte de dos Estados, lleva ahora como fecha el 5 de julio de 2006. Esta cláusula ya se ha mantenido en todos los convenios aprobados con posterioridad: Arts. 29 y 30 del *Convenio de La Haya de 30 de junio de 2005 sobre acuerdos de elección de foro*; Art. 59 del *Convenio de 23 de noviembre de 2007 sobre cobro internacional de alimentos para los niños y otros miembros de la familia*; y Art. 24 del *Protocolo de 23 de noviembre de 2007 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias*. UNIDROIT también participa de esta tendencia en sus convenios más recientes: Art. 48 del *Convenio de 16 de noviembre de 2001 relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil*; Art. XXVII del *Protocolo de 16 de noviembre de 2001 sobre cuestiones específicas de los elementos de equipo aeronáutico, del Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil*; Art. XXII del *Protocolo de 23 de febrero de 2007 sobre cuestiones específicas de los elementos de material rodante ferroviario, del Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil*; Art. XXXVII del *Protocolo de 9 de marzo de 2012 sobre cuestiones específicas de bienes espaciales, del Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil*; Art. 41 del *Convenio de 9 de octubre de 2009 sobre las normas de derecho material aplicables a los valores intermedios*. En la misma línea se sitúa UNCITRAL con el Art. 17 del *Convenio de 23 de noviembre de 2005 sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales*; y Art. 93 del *Convenio de 11 de diciembre de 2008 sobre el contrato de transporte internacional de mercancías total o parcialmente marítimo – las «Reglas de Róterdam»*. Podemos referirnos también a los trabajos del Consejo de Europa: Art. 15 del *Convenio civil sobre la corrupción de 4 de noviembre de 1999* y Art. 22 del *Convenio sobre las relaciones personales relacionadas con los menores de 15 de mayo de 2003*.

⁵² Esto ha servido para clarificar las relaciones entre la UE y la Conferencia de La Haya, que durante un tiempo y hasta que se fue perfilando el alcance de la competencia exclusiva de la UE, han estado marcadas por una cierta inseguridad jurídica, C.T. KOTUBY, «External competence of the European Community in The Hague Conference on Private International Law: community harmonisation and worldwide unification», *Netherlands international law review*, 2001, págs. 20 y ss.; B. HESS, «The draft Hague convention on choice of court agreements, external competence of the European Union and recent case law of the European Court of Justice», *International civil litigation in Europe and relations with third States*, A. Nuyts y N. Watté (eds.), Bruselas, Bruylant, 2005, págs. 263 y ss.

En el Plan de Acción que acompaña al Programa de Estocolmo se prevé la adhesión de la UE a UNIDROIT para 2014, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Garantizar el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia para los ciudadanos europeos. Plan de acción por el que se aplica el Programa de Estocolmo*, Bruselas, 20.4.2010, COM (2010) 171 final.

⁵³ DOUE núm. L 297, de 26 de octubre de 2006.

⁵⁴ Para un análisis de los antecedentes de la adhesión de la UE a la Conferencia de La Haya y de las principales cuestiones que se plantearon durante la modificación del Estatuto de la Conferencia, vid. H. VAN LOON y A. SCHULZ, «The European Community and The Hague Conference on Private International Law», *Justice, liberty, security: new challenges for EU external relations*, B. Martenczuk y S. Van Thiel (eds.), Brussels University Press, 2008, págs. 257 y ss.; M^a.J. ELVIRA BENAYÁS, «La cooperación judicial internacional como observatorio de las fricciones entre la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y la Comunidad Europea. ¿Posibles vías de coordinación?», *AEDIPr*, 2000, págs. 261 y ss.

⁵⁵ Vid. J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, «La admisión de la Comunidad Europea en la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y la reforma de su Estatuto: líneas generales y principales cuestiones en un proceso aún no concluido», *REDI*, 2005, págs. 1157 y ss.; A. BORRAS, «La Comunidad Europea como miembro de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado», *AEDIPr*, 2006, págs. 1179 y ss.; P. FRANZINA, «L'adesione della Comunità europea alla Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato», *REDI*, 2007, págs. 440 y ss.

⁵⁶ Vid. «Enmiendas al Estatuto de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, hecho en La Haya el 31 de octubre de 1951, adoptadas por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado en su vigésima reunión celebrada en La Haya el 30 de junio de 2005 y Texto consolidado de dicho Estatuto» (BOE núm. 77, de 30 de marzo de 2012).

terias sobre las que los Estados miembros le han transferido competencias, cualquier modificación que se produzca al respecto, así como que estas organizaciones o sus Estados miembros atiendan las aclaraciones que sobre cuestiones específicas puedan solicitar otros Estados⁵⁷. Ello obedece a la compleja delimitación de la competencia externa que se hace entre la UE y sus Estados miembros, derivada de la Sentencia AETR, hoy art. 216 TFUE, pues es dinámica y no estática: a medida que aumenta la normativa europea que puede verse afectada, aumenta también la competencia externa de la UE⁵⁸. Otro aspecto resaltable se refiere a la articulación de la actuación de la UE y de los Estados miembros en el seno de la Conferencia. Se contempla que junto a la UE, que actuará en la negociación de aquellas materias que sean objeto de su exclusiva competencia, también puedan hacerlo los Estados miembros de la UE en relación con aquellas materias sobre las que conserven su competencia, y cómo habrá de ejercerse del derecho de voto dependiendo de las distintas situaciones⁵⁹.

34. En definitiva, la UE se ha involucrado plenamente en los trabajos de la Conferencia de La Haya, afectando con ello a sus mecanismos de trabajo. Aunque como tendremos ocasión de comprobar posteriormente, también la UE se ha visto afectada por esta incorporación a la hora de desarrollar su política legislativa a nivel interno.

3. Reglamentos para la autorización de suscripción de convenios bilaterales o regionales por los Estados miembros

35. La competencia exclusiva de la UE para negociar acuerdos con terceros países en relación con aquellas materias que ya han sido reguladas a nivel europeo y que podrían verse afectadas por el acuerdo internacional, ha limitado también la política bilateral o regional de los Estados miembros. Este resultado se ha considerado ineficiente, teniendo en cuenta que esta política suele estar motivada por los particulares vínculos económicos, geográficos, culturales, históricos, sociales o políticos que se tenga con un determinado país, vínculos que no todos los Estados miembros de la UE tienen por qué compartir. Además, desde la perspectiva de los terceros países, hay que considerar que también a ellos puede interesarles limitar el acuerdo a un Estado miembro concreto, sin extenderlo a toda la UE⁶⁰.

36. En respuesta a estos inconvenientes se aprobaron dos Reglamentos que permiten a los Estados miembros, bajo estrictas condiciones, continuar desarrollando una cierta política bilateral o regional: *Reglamento (CE) núm. 662/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, por el que se establece un procedimiento para la negociación y celebración de acuerdos entre Estados miembros y terceros países sobre materias específicas en relación con la ley aplicable a las obligaciones contractuales y extracontractuales; y Reglamento (CE) núm. 664/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de julio de 2009, por el que se establece un procedimiento para la negociación y celebración de acuerdos entre Estados miembros y terceros países sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial, de responsabilidad parental y de obligaciones de alimentos, y sobre la ley aplicable en materia de obligaciones de alimentos*⁶¹.

⁵⁷ Art. 3, apartados. 3º, 4º y 6º del Estatuto.

⁵⁸ En palabras de H. GAUDEMEL-TALLON, «...on est sur des sables mouvantes et qu'il y a de fortes chances de s'y enliser», «La cohérence des sources communautaires et internationales», *Quelle cohérence pour l'espace judiciaire européen?*, A.M. Leroyer y E. Jeuland (dir.), París, Dalloz, 2004, pág. 79.

⁵⁹ Art. 3, apartados. 5º, 7º y 8º del Estatuto.

⁶⁰ S. BARIATTI, *The external competence of the European Union and private international law*, F. Pocar (ed.), op. cit., pág. 45; I. BARRIÈRE-BROUSSE, «Le Traité de Lisboa et le droit international privé», op. cit., pág. 21; A. BORRÀS, «La celebración de convenios internacionales de Derecho internacional privado entre Estados miembros de la Unión Europea y terceros Estados», *AEDIPr*, 2009, pág. 85; T. KRUGER, *Civil jurisdiction rules of the EU and their impact on third States*, op. cit., págs. 382-383.; M. PERTEGÁS, *The external competence of the European Union and private international law*, F. Pocar (ed.), op. cit., pág. 77.

⁶¹ DOUE núm. L 200, de 31 de julio de 2009.

37. Como ambos Instrumentos señalan en su *Considerando 8*, su objetivo es establecer un procedimiento coherente y transparente para autorizar a los Estados miembros a modificar un acuerdo existente o a negociar y celebrar uno nuevo, cuando la UE no haya manifestado su intención de ejercer su competencia externa al respecto. Para ello, el Estado miembro que tenga intención de celebrar un acuerdo deberá notificarlo por escrito a la Comisión, que evaluará la oportunidad de esta iniciativa a fin de determinar si deniega o autoriza el inicio de las negociaciones. En este último caso, puede proponer unas directrices específicas de negociación y participar incluso como observadora. Una vez concluidas las negociaciones, la Comisión vuelve a intervenir para evaluar del acuerdo alcanzado y denegar o autorizar su celebración. Se prevé que los demás Estados miembros sean informados a lo largo de todo este procedimiento.

38. Se trata de un procedimiento excepcional que sirve para flexibilizar la competencia exclusiva de la UE en pleno respeto a sus principios fundamentales⁶². En ambos Reglamentos se enfatiza además que tienen carácter temporal y alcance limitado. Las materias sobre las que se permite una cierta autonomía a los Estados miembros son las que estrictamente se señalan en estos Reglamentos. En el ámbito del derecho de familia, el Reglamento 664/2009 se refiere a la competencia judicial internacional, el reconocimiento y ejecución de sentencias en materia matrimonial, responsabilidad parental y alimentos, así como la ley aplicable a los alimentos, esto es, a las materias cubiertas por los Reglamentos 2201/2003, 4/2009 y Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007.

39. Se añade que la efectividad que pueden tener estos Reglamentos resulta dudosa, teniendo en cuenta que uno de los requisitos previstos es que el acuerdo bilateral o regional no prive de eficacia al derecho europeo vigente. Considerando que en alguno de estos Reglamentos se han incorporado reglas de competencia judicial internacional con eficacia general, junto a normas de conflicto que habitualmente ya tenían este efecto, hay que entender que sería en el sector de la cooperación de autoridades y del reconocimiento y ejecución de sentencias con terceros países, donde mejor podrían prosperar estos acuerdos bilaterales o regionales⁶³.

IV. La política legislativa de la UE en relación con los Convenios de la Conferencia de La Haya en materia de familia

40. Una vez que hemos analizado la actuación de la UE en materia de derecho de familia, así como el protagonismo que ha adquirido en el ámbito internacional y el papel residual que queda a los Estados miembros, vamos a referirnos a continuación a la política legislativa que ha desarrollado la UE en relación con los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. Como sabemos, este organismo es un foro de unificación con pretendido alcance universal, que ha centrado buena parte de sus trabajos en el derecho de familia. Trataremos con ello de determinar cómo conviven dos planos de unificación normativa, regional y universal, en un sector material caracterizado por referirse a relaciones de carácter personal, que no se ven condicionadas en su desarrollo por la existencia de un espacio regional de integración. En este análisis vamos a distinguir dos situaciones: relaciones *ad intra*, donde nos referiremos a cómo funciona la interacción entre Reglamentos y Convenios para en el interior de la UE; y relaciones *ad extra*, donde nos referiremos a cómo se complementan los Reglamentos y Convenios en el ámbito externo a la UE.

⁶² A. ESPINELLA MENÉNDEZ, «La autorización comunitaria para la negociación y celebración de acuerdos de Derecho internacional privado entre Estados miembros y terceros países», *Diario La Ley*, Nº 7252, 30 de septiembre de 2009, pág. 7; F. PAULINO PEREIRA, «La coopération judiciaire en matière civile dans l'Union Européenne: bilan et perspectives», op. cit., pág. 31.

⁶³ En cualquier caso, se mantiene que debe realizarse una interpretación flexible de los requisitos establecidos por estos Reglamentos, teniendo en cuenta que algunos Estados miembros ya habían concluido convenios bilaterales sin que desde la UE se formulasen objeciones, P. DE MIGUEL ASENSIO y J.S. BERGÉ, «The place of international agreements and European law in a European code of private international law», *Quelle architecture pour un code européen de droit international privé?*, M. Fallon, P. Lagarde, S. Poillot-Peruzzetto (dir.), Bruselas, P.I.E. Peter Lang, 2011, págs. 197-198.

1. La relación entre los Reglamentos y los Convenios de la Conferencia de La Haya. Diversidad de soluciones *ad intra*

41. Los Reglamentos de la Unión Europea en materia de derecho de familia se han referido a cuestiones que ya estaban reguladas, en algunas ocasiones con varios Convenios, por la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado. En este marco de concurrencia normativa, que supone un factor de complejidad para la regulación de las relaciones jurídico-privadas internacionales, hemos de señalar que las relaciones que se han establecido entre los Convenios de La Haya y los Reglamentos en el interior de la UE no han respondido a un modelo uniforme, lo cual ha supuesto un factor de complejidad adicional.

A) El esquema básico de relación: primacía del Reglamento o del Convenio, dependiendo de la materia

42. El esquema básico de relación que se establece entre los Reglamentos de la UE y los Convenios de la Conferencia de La Haya consiste en afirmar la primacía del Reglamento sobre el Convenio en las relaciones entre los Estados miembros, o en declarar el respeto a los Convenios que los Estados miembros tuvieran suscritos antes de la adopción del Reglamento. La opción por una fórmula u otra va a depender del sector material de Derecho internacional privado que se vea afectado. En el sector de la eficacia extraterritorial de resoluciones y cooperación de autoridades se parte de la primacía de la normativa europea, aunque introduciéndose una originalidad en materia de secuestro internacional de menores⁶⁴. En materia de derecho aplicable, donde el carácter *erga omnes* de esta normativa impide distinguir eficazmente entre situaciones *ad intra* y *ad extra*, nos encontramos con una gran variedad de soluciones que muestran las dificultades que ha tenido el legislador europeo en este terreno. Y en el sector de la competencia judicial internacional o de autoridades se parte de la primacía de la normativa europea, aunque introduciendo ciertas cautelas para no interferir con los Convenios que se proyectan en las relaciones *ad extra*. Esta última cuestión la analizaremos en un epígrafe posterior⁶⁵.

43. El Reglamento 2201/2003 dispone con carácter general, en su art. 59.1, que sustituirá a los convenios celebrados entre dos o más Estados miembros en las materias a las que este instrumento se refiere. En el art. 60 se refiere a determinados convenios multilaterales, entre los que figuran varios acuerdos promovidos por la Conferencia de La Haya, reiterando que en las relaciones entre los Estados miembros primará el Reglamento⁶⁶. Se trata, concretamente, del *Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 sobre competencia de las autoridades y ley aplicable en materia de protección de menores*, del *Convenio de La Haya de 1 de junio de 1970 relativo al reconocimiento de divorcios y separaciones legales*; y del *Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores* que, como veremos en el siguiente epígrafe, no se ve completamente desplazado sino mejorado en sus mecanismos de funcionamiento. Se añade el art. 61 dedicado específicamente a las relaciones con el *Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996*, sobre el que también se declara la primacía al tiempo que se trata de establecer una cierta complementariedad.

44. Por su parte, el Reglamento 4/2009 contiene una cláusula de carácter más genérico. Su art. 69 señala, en un primer apartado, que el presente Reglamento no afectará a la aplicación de los convenios y acuerdos bilaterales o multilaterales de los que sean parte uno o más Estados miembros, para añadir a continuación, en su segundo apartado, que sí prevalecerá en las relaciones entre los Estados miembros⁶⁷. Esta precisión afecta al *Convenio de La Haya de 15 de abril de 1958 sobre el reconocimien-*

⁶⁴ Vid infra epígrafe IV.1.2.

⁶⁵ Vid. infra epígrafe IV.2.

⁶⁶ En la lista de convenios del art. 60 también aparece el *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*, promovido por el Consejo de Europa; y el *Convenio de Luxemburgo de 8 de septiembre de 1967 sobre el reconocimiento de resoluciones relativas a la validez de los matrimonios*, promovido por la Comisión Internacional del Estado Civil.

⁶⁷ El exceso de normas internacionales en materia de alimentos lleva a que también se tengan que incorporar otros artículos

to y ejecución de decisiones alimenticias respecto a niños y al Convenio de La Haya de 2 de octubre de 1973 sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones relativas a las obligaciones alimenticias. En el futuro afectará al *Convenio de La Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre cobro internacional de alimentos para niños y otros miembros de la familia*, aún no en vigor en la UE.

45. Las relaciones entre instrumentos internacionales siempre nos ponen ante una difícil cuestión de derecho de los tratados, pero que en estos casos no plantea mayores dificultades. Todos los Convenios de la Conferencia de La Haya mencionados, con la excepción del Convenio de 1961, permiten expresamente que los Estados parte puedan llegar a acuerdos entre ellos de aplicación preferente⁶⁸. Debemos tener presente que estamos ante convenios referidos a cuestiones de cooperación de autoridades o de reconocimiento y ejecución de sentencias, esto es, a convenios cuyas normas reguladoras han funcionado tradicionalmente sobre la base de su aplicación *inter partes*, sin que su funcionamiento pueda verse afectado por el hecho de que dos o más Estados decidan aplicar un régimen particular en sus relaciones mutuas. En este marco se puede entender que la UE quiera establecer un sistema mejorado para las relaciones entre los Estados miembros⁶⁹.

46. La solución cambia sin embargo en materia de ley aplicable. El carácter *erga omnes* que tienen los instrumentos de unificación conflictual impide su coordinación en el sentido que acabamos de señalar. No cabe establecer la distinción entre relaciones *ad intra* y *ad extra* que permiten otros sectores materiales de Derecho internacional privado, como acabamos de comprobar. Y ante esta dificultad se observa que ha existido una falta de claridad de criterios por parte de la UE, pues se ha recurrido a fórmulas de coordinación muy diferentes, que han afectado a la efectividad y comprensión del sistema europeo de Derecho internacional privado.

47. Para presentar un panorama completo de la diversidad de soluciones existentes, debemos comenzar refiriéndonos a las relaciones entre el Reglamento 2201/2003 y el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996. En este caso no se producía realmente una concurrencia normativa, dado que

para regular las relaciones del Reglamento 4/2009 con otros instrumentos de la UE (art. 68). Las relaciones con el Convenio de Lugano de 30 de octubre de 2007 quedarán determinadas por la primacía que en este instrumento se reconoce al derecho de la UE, si bien ha sido necesario incorporar en el Reglamento 4/2009 dos disposiciones específicas en materia de competencia judicial internacional para una mejor coordinación con el Convenio (arts. 4.4 y 6).

⁶⁸ El art. 41.1.a) del *Convenio de Viena de 23 de mayo de 1969 sobre derecho de los tratados* prevé que en los tratados multilaterales pueda establecerse que los Estados parte tendrán la posibilidad de llegar a acuerdos para modificarlos en sus relaciones mutuas. Así se ha hecho en el Art. 18 del Convenio de La Haya de 1 de junio de 1970; Art. 36 del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980; Art. 52 del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996; Art. 11 del Convenio de La Haya de 15 de abril de 1958; Art. 23 del Convenio de La Haya de 2 de octubre de 1973; y Art. 51 del Convenio de La Haya de 23 de noviembre de 2007.

La ausencia de una cláusula similar en el Convenio de La Haya del 61 pudo deberse a que este acuerdo se ocupa de otros sectores materiales de Derecho internacional privado, competencia de autoridades y ley aplicable, donde este tipo de coordinación resulta más complicada. Ante este silencio se ha señalado que aunque este acuerdo no se refiere expresamente a la posibilidad de que los Estados parte lleguen a acuerdos entre ellos, tampoco lo prohíbe. Con arreglo al art. 41.1.b) del Convenio de Viena sobre Derecho de los tratados, los Estados parte pueden celebrar tales acuerdos siempre que no afecten a los derechos de otros Estados parte. Pero lo cierto es que sus reglas de competencia pueden proyectarse sobre relaciones jurídicas complejas, que afecten al mismo tiempo a Estados miembros y terceros Estados parte en el Convenio, planteándose en este caso una difícil delimitación entre instrumentos internacionales (C. GONZÁLEZ BEILFUSS, «EC legislation in matters of parental responsibility and third states», *International civil litigation in Europe and relations with third states*, A. Nuysts y N. Watté, Bruselas, Bruylants, 2005, págs. 502-503; TH.M. DE BOER, «Jurisdiction and enforcement in international family law: a labyrinth of European and international legislation», *Netherlands international law review*, 2002, págs. 337-338). En cualquier caso se trata de una dificultad menor, teniendo en cuenta que este Convenio está vigente entre Estados miembros de la UE, con la salvedad de China (región de Macao) Suiza y Turquía. Se da además la circunstancia de que Suiza es parte del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996, que sustituye en las relaciones entre Estados contratantes al Convenio de 5 de octubre de 1961 (art. 51), y que este nuevo instrumento sí se coordina más eficazmente con el Reglamento 2201/2003 (vid. infra epígrafe IV.2).

⁶⁹ En este sentido se expresan también N. COCHET y N. CASTELL, refiriéndose particularmente a los Reglamentos que ha adoptado la UE en materia de notificaciones y obtención de pruebas en el extranjero, «L'articulation entre le droit international privé communautaire et les conventions internationales bi ou multilaterales», *Gazette du Palais*, 2008, pág. 656; y E. PATAUT, «De Bruxelles à La Haye. Droit international privé communautaire et droit international privé conventionnel», *Mélanges en l'honneur de P. Lagarde, Le droit international privé. Esprit et méthodes*, París, Dalloz, 2005, págs. 682 y ss.

el Reglamento no contiene normas en materia de ley aplicable. Como se ha visto, el art. 61 afirma la primacía del Reglamento sobre el Convenio, conservando éste último sus efectos en las materias no reguladas por el Reglamento, tal como éste afirma en su art. 62. Pues bien, hay que entender que ello se refiere implícitamente a las normas de conflicto contenidas en este Convenio, a pesar de que en éste se vincule la determinación del derecho aplicable con sus normas de competencia (art. 15), que se ven desplazadas por las del Reglamento⁷⁰.

48. El primer caso de concurrencia normativa se produjo durante la negociación del Reglamento 864/2007 sobre ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, que afectaba a los *Convenios de La Haya de 4 de mayo de 1971 sobre la ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera y 2 de octubre de 1973 sobre la ley aplicable a la responsabilidad por productos*. Como ha puesto de manifiesto la doctrina, para solucionar este problema se plantearon varias posibilidades: que los Estados miembros que fueran parte de estos Convenios los denunciaran en favor de la aplicación del Reglamento; que el Reglamento limitase su aplicación a los supuestos que se localizasen en la UE, lo cual podría plantear el problema de su correcta delimitación; o que el Reglamento no afectase a la aplicación de los Convenios en aquellos Estados miembros que ya fueran parte de los mismos⁷¹. Esta última opción fue la que finalmente prevaleció en el art. 28.1 del Reglamento Roma II, y posteriormente también en el art. 25.1 del Reglamento Roma I sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales⁷².

49. Como se puede observar, se trata de una solución respetuosa con las obligaciones asumidas por los Estados miembros en la Conferencia de la Haya de Derecho internacional privado, suponemos que influida por el hecho de que la UE ya era miembro de pleno derecho de esta organización cuando se adoptaron los Reglamentos, pero que conduce a la introducción de una diversidad negativa en el ámbito europeo. Se sacrifica la unificación conflictual en Europa, pues no todos los Estados miembros son parte de los Convenios de La Haya, con la circunstancia agravante de que son convenios que han tenido muy escaso éxito⁷³.

50. Posteriormente, el Reglamento 4/2009 vino a establecer una solución original, consistente en abstenerse de regular la ley aplicable, tal como inicialmente estaba previsto, para incorporar por referencia el Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007. La UE no interviene, y a diferencia de lo que sucedió con el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996, el art. 15 del Reglamento 4/2009 sí se refiere expresamente a que la ley aplicable se determinará con arreglo al Protocolo. A los motivos que pudieron llevar a este peculiar modelo de relación, no aceptado como sabemos por todos los Estados miembros, nos referiremos en un epígrafe posterior⁷⁴. Pero sí nos interesa ahora señalar que la aplicación en la UE del Protocolo supone que éste arrastra consigo los problemas derivados de la pluralidad de convenios promovidos por la Conferencia de La Haya sobre esta materia.

⁷⁰ A.L. CALVO CARAVACA señala que se respetaría el tenor literal del art. 15 del Convenio cuando con arreglo al Reglamento se utilizase un foro de competencia similar a los previstos en el acuerdo internacional, «El Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 y la ley aplicable a la protección de los niños. Algunas cuestiones de método», *Nuevas fronteras del derecho de la Unión Europea. Liber amicorum J.L. Iglesias Buhigues*, C. Esplugues Mota, G. Palao Moreno (eds.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pág. 442. El Reglamento 2201/2003 no plantearía problemas en este sentido, dado que sus foros siguen muy de cerca lo previsto en el Convenio.

⁷¹ T. KADNER GRAZIANO, «La coordination des règlements européens et des conventions internationales en matière de droit international privé. L'exemple des futurs règlements Rome II et Rome I: appréciation des différentes options, critique et proposition», *Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht*, 2006, págs. 282 y ss.

⁷² En este caso se produce la concurrencia con el *Convenio de La Haya de 15 de junio de 1955 sobre ley aplicable a las ventas de carácter internacional de objetos muebles corporales* y el *Convenio de La Haya de 14 de marzo de 1978 sobre ley aplicable a los contratos de intermediarios y a la representación*. La solución en este caso representaba una continuidad de la que ya existía con el *Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales*.

⁷³ En sentido crítico con la solución adoptada y proponiendo soluciones alternativas se muestran, A. BONOMI, «El Reglamento Roma II y las relaciones con terceros Estados», *AEDIPr*, 2008, pág. 53; C. BRIÈRE, «Reflexions sur les interactions entre la proposition de Règlement Rome II et les conventions internationales», *JDI*, 2005, pág. 687; G. GARRIGA, «Relationships between Rome II and other international instruments. A commentary on article 28 of the Rome II Regulation», *Yearbook of private international law*, 2007, págs. 142-143.

⁷⁴ Vid. infra epígrafe IV.1.3.

51. En concreto, el Protocolo concurre con el *Convenio de La Haya de 2 de octubre de 1973 sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias* y con el *Convenio de La Haya de 24 de octubre de 1956 sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias respecto a menores*⁷⁵, a los que declara sustituir en las relaciones entre Estados contratantes, art. 18. Solución ésta que planteará interrogantes y dificultades, dado el carácter universal o *erga omnes* del Protocolo y del Convenio del 73⁷⁶. Estas dificultades entendemos que habría que ponerlas en relación con el art. 69 del Reglamento 4/2009, donde se recuerda a los Estados miembros las obligaciones que asumen en virtud del art. 307 TCE, actualmente art. 351 TFUE. Como ha puesto de manifiesto la doctrina, en virtud de este precepto los Estados miembros deben velar porque los convenios que tengan suscritos no afecten a la coherencia del derecho europeo, debiendo proceder, si fuera necesario, a su denuncia⁷⁷.

52. Tal fórmula, respeto a los convenios con recordatorio de las obligaciones que derivan del art. 351 TFUE, es la que posteriormente se ha recogido también en el Reglamento 1259/2010 sobre ley aplicable al divorcio y la separación judicial, art. 19. Aunque la situación en este caso resultaba menos problemática, dado que la Conferencia de La Haya no ha entrado a regular esta materia por las dificultades que conlleva, existiendo únicamente un convenio de los denominados antiguos⁷⁸.

53. Finalmente, si parecía que con esta repetición comenzaba a consolidarse una determinada línea de actuación, hemos de señalar que el recientemente aprobado Reglamento 650/2012 en materia sucesoria nos ofrece otro modelo de solución. Su art. 75 comienza con la fórmula habitual de que no afectará a los convenios internacionales de los que sean parte los Estados miembros en el momento de la adopción del Reglamento, para mencionar a continuación expresamente al *Convenio de La Haya, de 5 de octubre de 1961, sobre los conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias*, y señalar que los Estados miembros que fueran parte seguirán aplicándolo. Se trataría de una incorporación de las soluciones del Convenio, en cierta forma similar a la que se ha hecho en materia de alimentos, aunque con una importante diferencia: la UE no participa en el Convenio, pero respeta su aplicación en los Estados parte y copia sus soluciones para que también se apliquen en los Estados no parte (art. 27), logrando así la unificación conflictual en Europa.

54. En definitiva, diversidad de soluciones en el sector del derecho aplicable por el carácter *erga omnes* de esta normativa, donde no cabe establecer una distinción eficaz entre relaciones *ad intra* y *ad extra*, que afectan a la comprensión del sistema europeo de Derecho internacional privado al hacerlo más complejo.

B) Aplicación concurrente del Reglamento 2201/2003 y del Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980 sobre secuestro internacional de menores. Una solución de compromiso

55. Entre el Reglamento 2201/2003 y el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre secuestro internacional de menores se ha establecido una relación particular, ya que este Convenio no se ha visto completamente desplazado en las relaciones entre los Estados miembros, sino modificado en algunos de sus aspectos. En el Preámbulo del Reglamento se afirma que en los supuestos de traslado

⁷⁵ España tiene suscrito además un convenio bilateral: *Convenio entre el Reino de España y la República Oriental de Uruguay sobre conflictos de leyes en materia de alimentos para menores y reconocimiento y ejecución de decisiones y transacciones judiciales relativas a alimentos, hecho en Montevideo el 4 de noviembre de 1987* (BOE núm. 31, de 5 de febrero de 1992).

⁷⁶ F. GARAU SOBRINO, «Las fuentes españolas en materia de obligaciones alimenticias. ¿Hacia un Derecho internacional privado extravagante?», *CDT*, 2011, nº 3, págs. 136-137.

⁷⁷ M. WILDERSPIN y A.M. ROUCHAUD-JOËT, «La compétence externe de la Communauté européenne en droit international privé», op. cit., pág. 37.

⁷⁸ *Convention du 12 juin 1902 pour régler les conflits de lois et de juridictions en matière de divorce et de séparations de corps*. Según la información que figura en la página web de la Conferencia de La Haya, este convenio hace tiempo que ha sido denunciado por prácticamente todos los Estados de la UE que en su día formaron parte del mismo, con la excepción de Portugal y Rumanía.

o retención ilícita de un menor seguirá aplicándose el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, tal y como queda completado por las disposiciones de este Reglamento y, en particular, de su art. 11 (*Considerando 17*). Esta afirmación tiene posteriormente su reflejo en los arts. 60 y 62 del Reglamento, ya mencionado en el epígrafe anterior.

56. Cabría considerar que esta relación de coexistencia obedeció a una actitud prudente de la UE, que en una materia sobre la que la Conferencia de La Haya había cosechado un cierto éxito, pretendió adoptar únicamente las disposiciones necesarias para su consolidación en Europa. Pero la realidad parece que fue otra y que esta forma de proceder se debió a un compromiso de carácter político: la confrontación entre los Estados partidarios del respeto al Convenio de La Haya y los Estados partidarios del establecimiento de un sistema propio a nivel europeo, derivó en este original sistema consistente en la modificación de aspectos puntuales del Convenio⁷⁹.

57. El sistema resultante es complejo, ya que el operador jurídico tendrá que aplicar dos instrumentos internacionales para resolver un secuestro internacional de menores en la UE. Así, un primer aspecto que deberá tener en cuenta es que el Reglamento incorpora su propia definición de traslado o retención ilícitos de un menor (art. 2.11), que está basada en el art. 3 del Convenio de La Haya aunque con un matiz diferenciador. En concreto, el Reglamento señala que la custodia se ejerce de manera conjunta cuando uno de los titulares no puede decidir, sin el consentimiento del otro, el lugar de residencia del menor. Durante la elaboración del Convenio de La Haya, la hipótesis que tuvo en cuenta el legislador fue la sustracción del menor por parte del padre que ejerce el derecho de visita, cuando hoy día se da con frecuencia, y de ahí que el Reglamento quiera recogerlo, que es el progenitor que tiene el derecho de custodia quien se marcha con el menor a otro país⁸⁰.

58. En segundo término, el Reglamento también va a cambiar la regla de competencia para decidir sobre la custodia del menor, una vez que se ha decidido la no restitución. Con arreglo al Convenio de La Haya puede pasar a los tribunales de la nueva residencia habitual del menor (art. 16), lo cual algunos Estados miembros consideraban inapropiado por estimar que facilitaba el secuestro internacional de menores. El Reglamento 2201/2003 vino a establecer en su art. 10 que la competencia seguiría correspondiendo a los tribunales de la anterior residencia habitual, con los requisitos que en este precepto se establecen⁸¹.

59. En tercer lugar, el operador jurídico deberá ser consciente de que el procedimiento de restitución se rige por el Convenio de la Haya, con las modificaciones que introduce el art. 11 del Reglamento⁸². Se pone mayor énfasis en el respeto al derecho de audiencia al menor, que es un aspecto sobre el que el Convenio de La Haya parece otorgar mayor grado de discrecionalidad al juez⁸³, así como de la persona que solicita la restitución, sobre lo que nada se dice en el Convenio. Se tratan de ajustar los plazos del procedimiento de restitución, fijando que el órgano jurisdiccional deberá resol-

⁷⁹ Vid. P. McELEAVY, «The new child abduction regime in the European Union: symbiotic relationship or forced partnership?», *Journal of private international law*, 2005, págs. 6 y ss.; C. GONZÁLEZ BEILFUSS, «Regulación comunitaria de la sustracción internacional de menores», *La sustracción internacional de menores*, Madrid, Dykinson, 2005, págs. 82-83.

⁸⁰ A. QUIÑONES ESCÁMEZ, «Competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental y sustracción de menores en el Reglamento 2201/2003», *Crisis matrimoniales. Protección del menor en el marco europeo*, A. Quiñones Escámez, P. Ortuño Muñoz, F. Calvo Babío (coords.), Madrid, La Ley, 2005, págs. 120-121. Esta interpretación amplia del derecho de custodia también se ha propuesto recientemente en el marco del Convenio de La Haya (Vid. *Conclusions et recommandations de première et deuxième partie de la Commission spéciale sur le fonctionnement pratique de la Convention de 1980 sur l'enlèvement d'enfants et de la Convention de 1996 sur la protections des enfants et rapport de la deuxième partie de la réunion établis par le Bureau Permanent*, 2012, <http://www.hcch.net>).

⁸¹ P. McELEAVY, «The new child abduction regime in the European Union: symbiotic relationship or forced partnership?», op. cit., págs. 6 y ss. Para un análisis en detalle del art. 10 del Reglamento, vid. P. JIMÉNEZ BLANCO, *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, Marcial Pons, Madrid, 2008, págs. 169 y ss.

⁸² Para un análisis más amplio de esta cuestión, vid. C. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *La sustracción de menores en la Unión Europea*, Madrid, Colex, 2012, págs. 49 y ss.

⁸³ Vid. Art. 13.2 del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980. En este sentido, A. SCHULZ, «The new Brussels II Regulation and The Hague Conventions of 1980 and 1996», *International family law*, 2004, pág. 23.

ver en un máximo de seis semanas, salvo que circunstancias excepcionales lo hagan imposible⁸⁴. Este plazo también se contempla en el art. 11.2 del Convenio de La Haya, aunque sin carácter obligatorio. Se limitan las posibilidades de invocar el art. 13.b) del Convenio de La Haya para denegar la restitución, que venía siendo el motivo más utilizado a estos efectos⁸⁵. Y se prevé, en caso de que se dicte una resolución de no restitución, que habrá de transmitirse al órgano jurisdiccional competente o a la autoridad central del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención, copia de la resolución judicial y de los documentos pertinentes en que se ha basado, para que éste adopte la decisión final. Esta decisión, que se basaría en la competencia que otorga el art. 10, podrá ejecutarse directamente en el Estado donde se encuentra el menor, con arreglo a lo dispuesto en el art. 42.

60. La complejidad del modelo resultante quedará justificada si el Reglamento 2201/2003 contribuye efectivamente a una rápida y mejor solución del secuestro internacional de menores en la UE⁸⁶. Por el momento se constata que están planteándose problemas en relación con el cumplimiento de los estrictos plazos fijados⁸⁷ y con la ejecutividad directa de las resoluciones⁸⁸. Se añade críticamente que el Reglamento, en su empeño de mejorar la solución del secuestro internacional de menores en la UE, ha podido afectar negativamente a dos principios básicos que guiaron su elaboración, la confianza mutua y el interés del menor. Como se ha visto, la última decisión va a corresponder a los tribunales del Estado de origen del menor, que primará sobre la decisión de no restitución dictada por los tribunales de otro Estado miembro⁸⁹, y si ésta última decisión se demora en el tiempo podría resultar extemporánea y afectar al interés superior del menor⁹⁰.

⁸⁴ S. AMSTRONG se refiere a esta obligación como una de las ventajas que puede aportar la unificación a nivel regional, «L'articulation du règlement Bruxelles II bis et des Conventions de La Haye de 1980 et 1996», *Droit & patrimoine*, nº 139, 2005, pág. 48.

⁸⁵ A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, Vol. II, 12^a ed., Comares, Granada, 2011, pág. 426; A. DEVERS, «Les enlèvements d'enfants et le Règlement Bruxelles IIbis», *Les enlèvements d'enfants à travers les frontières*, H. Fulchiron (dir.), Bruselas, Bruylant, 2004, pág. 44.

⁸⁶ M. JÁNTERA-JÄREBORG opina de modo crítico que pueden haberse realizado muchos esfuerzos para muy pocos resultados, «Unification of international family law in Europe – a critical perspective», op. cit., págs- 206-207. Como se ha señalado, una alternativa más sencilla podría haber consistido en que la UE hubiese impulsado mejoras en el funcionamiento del Convenio, C. GONZÁLEZ BEILFUSS, «Regulación comunitaria de la sustracción internacional de menores», op. cit., pág. 103.

⁸⁷ T. KRUGER, *International child abduction*, Hart publishing, Oxford, 2011, págs. 122-123; N.V. LOWE, «In the best interests of abducted children? Securing their immediate return under the 1980 Hague abduction convention», *Les enlèvements d'enfants à travers les frontières*, H. Fulchiron (dir.), Bruselas, Bruylant, 2004, págs. 251-252; F.J. FORCADA MIRANDA, «Mutual trust in the field of enforcement without exequatur of return and access orders under the Brussels II bis Regulation and the new challenges in international family law: case-law and practical experience», *International family law*, 2012, pág. 39.

Con el fin de evitar demoras en la restitución del menor, el TJUE ha precisado en su Sentencia de 11 de julio de 2008, asunto C-195/08 PPU, Inga Rinau, que una vez dictada y comunicada al órgano jurisdiccional de origen una resolución de no restitución, es irrelevante a efectos de que éste actúe y pueda ordenar la restitución mediante la expedición del certificado previsto en el art. 42, que la decisión de no restitución haya sido suspendida, reformada o anulada, o que no haya devenido firme en el Estado donde se encuentra el menor, Rec. 2008 I-05271 (Para un análisis de esta decisión, vid. C.M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, «Las resoluciones de restitución de menores en la Unión Europea: el caso Rinau», *CDT*, 2010, Nº 2, págs.. 222 y ss.). En la Sentencia de 1 de julio de 2010, asunto C-211/10 PPU, Daris Povse c. Mauro Alpago, se precisa, con el mismo objetivo de acortar plazos, que la decisión final del tribunal donde residía el menor ordenando la restitución, no tiene por qué se tratarse de la resolución definitiva sobre el derecho de custodia, Rec. 2010 I-06673.

⁸⁸ En la Sentencia del TJUE de 22 de diciembre de 2010, asunto C-491/10 PPU, Joseba Andoni Aguirre Zárraga c. Simone Pelz, pudo constatarse la resistencia de los tribunales alemanes a aceptar el carácter ejecutivo de una resolución española certificada con arreglo al art. 42, debido a que no se había respetado en origen el derecho de audiencia del menor, tal como se requiere en este precepto, Rec. 2010 I-14247. Al respecto vid. S. ALVAREZ GONZÁLEZ, «Desplazamiento ilícito de menores dentro de la UE. Supresión del exequátor y derechos del niño a ser oído», *Diario La Ley*, Núm. 7578, 28 de febrero de 2011, págs. 1 y ss.

⁸⁹ P. JIMÉNEZ BLANCO, *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, op. cit., págs. 139 y ss.

⁹⁰ C. GONZÁLEZ BEILFUSS, «Regulación comunitaria de la sustracción internacional de menores», op. cit., pág. 98; P. McE-LEAVY, «Past and future: The Hague child abduction convention at the crossroads», *Les enlèvements d'enfants à travers les frontières*, H. Fulchiron (dir.), Bruselas, Bruylant, 2004, pág. 120.

C) La remisión desde el Reglamento 4/2009 al Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias. ¿De nuevo ante una solución de compromiso?

61. La actuación de la UE en relación con la ley aplicable a las obligaciones de alimentos ha estado condicionada por el contexto en que se desarrollaron las negociaciones del Reglamento 4/2009. En el año 2005, la Comisión presentó una Propuesta de carácter completo, que regulaba los distintos aspectos de Derecho internacional privado, incluida la determinación de la ley aplicable⁹¹. Su contenido se justificaba aludiendo a la consolidación del espacio de libertad, seguridad y justicia, al tiempo que se hacía referencia al carácter complementario de los trabajos de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado, con los que debía buscarse una cierta coherencia.

62. La Conferencia de La Haya había decidido en su XIX Sesión, celebrada en 2002, incluir en su agenda de trabajo la elaboración de un convenio sobre alimentos, que cubriera todas las cuestiones de Derecho internacional privado⁹². La realidad es que en relación con esta materia ya había elaborado diversos instrumentos⁹³, pero se había llegado a la conclusión de que su funcionamiento no era satisfactorio y de que debía mejorarse el sistema normativo⁹⁴. Sin embargo, y a pesar de los ambiciosos objetivos iniciales, los trabajos culminarían con la aprobación de dos instrumentos, con un ámbito de aplicación más limitado, a los que ya hemos tenido ocasión de referirnos en epígrafes anteriores de este trabajo: por una parte, el *Convenio de La Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre cobro internacional de alimentos para los niños y otros miembros de la familia*, que no incorpora reglas directas de competencia judicial internacional ni de ley aplicable, debido a que fue imposible llegar a un acuerdo⁹⁵; y por otra, el *Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias*⁹⁶, como texto independiente y solución de compromiso para los Estados que sí estaban interesados en llegar a una unificación conflictual.

⁹¹ Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos, Bruselas, 15.12.2005, COM (2005) 649 final.

⁹² *Convention of 23 November 2007 on the international recovery of child support and other forms of family maintenance. Explanatory Report*, A. BORRÁS, J. DEGELING, Permanent Bureau, La Haya, 2009, pág. 6 (<http://www.hcch.net>).

⁹³ Vid. epígrafe IV.1.1.

⁹⁴ Report on and conclusion of the Special Commission on maintenance obligations of April 1999, Permanent Bureau, The Hague (<http://www.hcch.net>). Al respecto vid. M. KURUCZ, «The 2007 Hague maintenance convention: response to practical demands», *International family law*, 2012, págs. 103 y ss.; J.M. DOOGUE, «The drafting of The Hague Convention on the international recovery of child support and other forms of family maintenance», *International family law*, 2012, págs. 106 y ss. A los convenios elaborados por la Conferencia de La Haya se añadía un convenio promovido por Naciones Unidas: *Convenio de Nueva York de 20 de junio de 1956 sobre obtención de alimentos en el extranjero*, del que también es parte España (BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1966).

⁹⁵ En materia de competencia judicial internacional, la discrepancia fundamental giró en torno a que había Estados que aceptaban como criterio de competencia la residencia o domicilio del acreedor, frente a otros Estados que requerían una cierta conexión del tribunal con el deudor. En materia de ley aplicable se pusieron de manifiesto diferencias irreconciliables entre los países partidarios de aplicar el derecho del foro y los países abiertos a la aplicación de un derecho extranjero, *Convention of 23 November 2007 on the international recovery of child support and other forms of family maintenance. Explanatory Report*, op. cit., págs. 6 y ss.

⁹⁶ Se utilizó el término Protocolo, inusual en los trabajos de la Conferencia de La Haya, para subrayar la vinculación existente en cuanto a su origen y función con el Convenio, A. BONOMI, *Explanatory Report on the Protocol of 23 November 2007 on the law applicable to maintenance obligations*, Permanent Bureau, La Haya, 2009, pág. 7 (<http://www.hcch.net>). Para un análisis general de estos instrumentos, A. BONOMI, «The Hague Protocol of 23 November 2007 on the law applicable to maintenance obligations», *Yearbook of private International law*, 2008, págs. 333 y ss.; A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, Vol. II, 12ª ed., Granada, Comares, 2011, págs. 441 y ss.; W. DUNCAN, «The Hague convention of 23 November 2007 on the international recovery of child support and other forms of family maintenance. Comments on its objectives and some of its special features», *Yearbook of private international law*, 2008, págs. 313 y ss.; A. MALATESTA, «Osservazioni sul nuovo Protocollo dell'Aja sulla legge applicabile alle obbligazioni alimentari», *Diritto di famiglia e Unione Europea*, S.M. Carbone e I. Queirolo (a cura di), Turín, G. Giappichelli editore, 2008, págs. 377 y ss.; A. MALATESTA, «La Convención e il Protocollo dell'Aja del 2007 in materia di alimentos», *RDIPP*, 2009, págs. 829 y ss.; C. PARRA RODRÍGUEZ, «La obligación de alimentos para los menores: nuevas soluciones desde el Derecho internacional privado», *La protección de los niños en el derecho internacional y en las relaciones internacionales*, F. Aldecoa Luzárraga y J.J. Forner Delaygua (dirs.), Madrid, Marcial Pons, 2010, pág. 275 y ss.; L. SALES PALLARÉS, «Regulación de las obligaciones de alimentos en el ámbito comunitario: el Reglamento 4/2009 y su relación con el Convenio y el Protocolo de La Haya de 2007», *La protección de los niños en el derecho internacional y en las relaciones internacionales*, F. Aldecoa Luzárraga y J.J. Forner Delaygua (dirs.), Madrid, Marcial Pons, 2010, pág. 299 y ss.

63. En este contexto, las negociaciones en el seno de la UE se demorarían hasta después de la conclusión de los acuerdos de La Haya, dando lugar a que se planteara la relación que debía establecerse con ellos. En materia de ley aplicable, teniendo en cuenta el carácter *erga omnes* de estas reglas, una aplicación coordinada de ambos instrumentos iba a resultar difícil, como ya hemos tenido ocasión de señalar⁹⁷. Por ello, y para encontrar la mejor solución, la Secretaría General del Consejo presentó al Comité de Derecho Civil un documento de trabajo donde se barajaron hasta cuatro posibilidades: primera, la incorporación de las mismas reglas del Protocolo en el articulado del Reglamento, junto con la adhesión al Protocolo por la UE; segunda, la adopción de dos Reglamentos, uno de ellos limitado a las cuestiones de ley aplicable que estaría basado en el Protocolo, junto con la adhesión al Protocolo por la UE; tercera, la adopción de un Reglamento sin reglas en materia de ley aplicable, que remitiría para esta cuestión al Protocolo, junto con la adhesión a éste por la UE; y cuarta, la adopción de un Reglamento sin reglas en materia de ley aplicable, que remitiría para esta cuestión al Protocolo, junto con la adhesión a éste por parte de los Estados miembros⁹⁸.

64. La solución que finalmente prevaleció fue la tercera, a la luz de las ventajas que en el propio documento se mencionan: era una solución más simple que las otras; favorecía que el Reino Unido, que no estaba dispuesto a llegar a un acuerdo en materia de ley aplicable, sí participara al menos en el Reglamento; y permitía que las dificultades interpretativas que se suscitasen en torno al Protocolo fueran resueltas por el TJUE⁹⁹. En favor de esta solución jugó también el hecho de que la UE, que ya se había convertido en miembro de pleno derecho de la Conferencia de La Haya, había jugado un papel muy activo durante la negociación del Protocolo¹⁰⁰.

65. Como aspecto positivo de esta solución cabe señalar, en palabras de P. BEAUMONT, que supone el triunfo de la «*reverse subsidiarity*», en el sentido de que se apuesta por la universalidad de los acuerdos internacionales frente al regionalismo, lo cual es especialmente aconsejable en materia de derecho de familia¹⁰¹. En esta misma línea se señala que la unificación universal es preferible teniendo en cuenta que las relaciones entre individuos no están condicionadas por la existencia de un determinado espacio de integración¹⁰².

66. La cuestión es sin embargo que la política de la UE no ha sido constante en esta línea de actuación. En favor del desarrollo de un sistema propio de Derecho internacional privado se han regulado materias sobre las que ya se había llegado a un acuerdo en el seno de la Conferencia de la Haya. El Reglamento 2201/2003 se ocupa del secuestro internacional de menores, introduciendo sólo algunas modificaciones al Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980. Este mismo Reglamento se ocupa de la competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental, inspirándose en el Con-

⁹⁷ Vid. epígrafe IV.1.1.

⁹⁸ JUSTCIV 20, Brussels 7 February 2008. Al respecto vid. M.^aA. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, «La regulación del Reglamento 4/2009 en materia de obligaciones de alimentos: competencia judicial internacional, ley aplicable y reconocimiento y ejecución de sentencias», *REEI*, 2010, N^º 19, pág. 20.

⁹⁹ JUSTCIV 20, op. cit.

¹⁰⁰ De hecho, se ha señalado que las negociaciones del Protocolo se desarrollaron fundamentalmente entre los Estados miembros de la UE, P. BEAUMONT, «International family law in Europe – the maintenance project, the Hague Conference and the EC: a triumph of reverse subsidiarity», *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 2009, págs. 519-520; P. BREMNER, «International child maintenance in Europe», *The future of family property in Europe*, K. Boele-Woelki, J. Miles y J.M. Scherpe, Cambridge, Amherst, Portland, Intersentia, 2011, pág. 418; A. MALATESTA, «La Convenzione e il Protocollo dell'Aja del 2007 in materia di alimenti», op. cit., pág. 847.

¹⁰¹ «International family law in Europe – the maintenance project, The Hague Conference and the EC: a triumph of reverse subsidiarity», op. cit., pág. 511. Igualmente, C. NOURISSAT, «Quel avenir pour l'espace de liberté, de sécurité et de justice?», *La Convention sur l'avenir de l'Europe*, C. Philip y P. Soldatos (dir.), Bruselas, Bruylant, 2004, págs. 204 y ss.; S. LECUYER, *Appreciation critique du droit international privé conventionnel. Pour un autre approche de l'harmonisation des relations privées internationales*, París, L.G.D.J., 2007, págs. 207-208.

¹⁰² E. PATAUT apunta, refiriéndose específicamente a las normas de conflicto, que dado su carácter universal habrá que elegir entre llevar a cabo su unificación en Bruselas o La Haya, siendo aconsejable esta última opción en materia de derecho de familia, «De Bruxelles à La Haye. Droit international privé communautaire et droit international privé conventionnel», op. cit., pág. 678.

venio de La Haya de 19 de octubre de 1996. Similares consideraciones cabe realizar a propósito del Reglamento 4/2009 y las normas sobre cooperación de autoridades del Convenio de La Haya de 23 de noviembre de 2007. Cierto es que ahora estamos considerando cuestiones de ley aplicable, donde la coordinación entre instrumentos resulta más complicada. Pero ahí está el Reglamento 650/2012, que opta por respetar y copiar las soluciones del Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 en materia de ley aplicable a la forma de las disposiciones testamentarias.

67. Ello nos lleva a plantearnos si la solución adoptada en el Reglamento 4/2009 en materia de ley aplicable, que en un principio incorporaba sus propias normas al respecto, no pudo estar influenciada en cierta medida por el deseo de favorecer la participación del Reino Unido en el Reglamento. Además, ¿qué apuesta por la universalidad supone el Protocolo de La Haya? Desde su proceso de negociación en el seno de la Conferencia de La Haya pudo adivinarse que iba a gozar de poca aceptación más allá del ámbito europeo, como de hecho después ha sucedido¹⁰³. Es más, ante las dificultades que está teniendo el Protocolo para entrar en vigor, la UE ha tenido que realizar una declaración para su aplicación provisional, pues de ello dependía la aplicación del Reglamento 4/2009¹⁰⁴.

68. En definitiva, que parece que podríamos encontrarnos de nuevo ante una solución de compromiso, que contribuye a la complejidad del sistema europeo de Derecho internacional privado. Esta complejidad se incrementa además teniendo en cuenta que el Reglamento 4/2009 introduce un doble sistema de reconocimiento y exequáтур en función, como ya sabemos, de si en el país de origen se aplica o no el Protocolo.

2. La relación entre los Reglamentos y los Convenios de la Conferencia de La Haya. Búsqueda de la complementariedad *ad extra*

69. La UE ha decidido vincularse por el *Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, ley aplicable, reconocimiento, ejecución y cooperación en materia de responsabilidad parental y protección de menores*, y por el *Convenio de La Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre cobro internacional de alimentos para niños y otros miembros de la familia*. En el primer caso a través de sus Estados miembros, pues el texto del Convenio sólo reconocía la condición de partes a los Estados soberanos, y compartiendo la competencia externa con éstos para las materias no reguladas a nivel europeo; y en el segundo, ejerciendo directamente su competencia externa en relación con todo el texto del Convenio¹⁰⁵.

70. Esa referencia a la competencia externa de la UE lleva implícito que ambos Convenios se refieren a materias ya reguladas a nivel europeo. En efecto, el Convenio de La Haya de 1996 se ocupa de cuestiones reguladas por el Reglamento 2201/2003, recogiendo además reglas en materia de derecho aplicable, sobre las que el Reglamento nada dispone, como ya sabemos; y el Convenio de La Haya de 2007 se refiere a las materias cubiertas por el Reglamento 4/2009, aunque sin incluir reglas de competencia judicial internacional directas. En ambos casos, las Decisiones del Consejo de la UE por las que se autoriza la firma y la ratificación, adhesión o aprobación de estos convenios, comienzan aludiendo a que la UE se ha propuesto desarrollar un espacio de justicia basado en el principio de reconocimiento mutuo, para añadir a continuación que estos instrumentos ofrecen una solución a nivel mundial en relación con las materias a las que se refieren¹⁰⁶. Como vemos por tanto, la preocupación por la unificación regional

¹⁰³ Vid. supra nota 99.

¹⁰⁴ Vid. Art. 76 del Reglamento 4/2009 y Decisión del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, relativa a la adhesión de la Comunidad Europea al Protocolo de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias, op. cit., supra nota 10. Hay que reconocer, tal como señala F. GARAU SOBRINO, que la situación resultante es chocante pues la UE está aplicando provisionalmente una norma que no emana de la Unión y que todavía no ha entrado en vigor, con la finalidad de aplicar una norma propia, «Las fuentes españolas en materia de obligaciones alimenticias: ¿Hacia un Derecho internacional privado extravagante?», op. cit., pág. 132.

¹⁰⁵ Vid. supra notas 10 y 50.

¹⁰⁶ Vid. Considerando 2 de las Decisiones del Consejo de 19 de diciembre de 2002 y de 5 de junio de 2008 (op. cit., supra

se acompaña también del interés por la unificación internacional, siendo en el ámbito del derecho de familia donde se han producido los avances más significativos¹⁰⁷.

71. En cuanto a cuál ha sido la política legislativa para compatibilizar los Reglamentos con estos Convenios, hemos de señalar que se parte de afirmar la primacía de los Reglamentos en el ámbito europeo, contándose para ello con la colaboración de la Conferencia de La Haya. El Reglamento 2201/2003 se ocupa específicamente de las relaciones con el Convenio de La Haya de 1996 en su art. 61, como ya tuvimos ocasión de señalar con anterioridad. Este artículo dispone, en su apartado. 1º, que el Reglamento se aplicará cuando el menor afectado tenga su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro; para añadir a continuación, en su apartado. 2º, que en lo que respecta al reconocimiento y ejecución en el territorio de un Estado miembro de una resolución dictada por los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro, se aplicará también el Reglamento aun cuando el menor tenga residencia habitual en un Estado miembro que sea parte contratante del citado convenio.

72. El Convenio de La Haya del 96, que es anterior en el tiempo, también incorporó una cláusula para permitir que en el ámbito europeo los Estados miembros pudieran establecer una regulación específica¹⁰⁸. Su art. 52 dispone, en el apartado. 2º, que el Convenio no afectará a la posibilidad para uno o varios Estados contratantes de concluir acuerdos que contengan disposiciones sobre las materias reguladas por el presente Convenio, respecto a niños que tengan su residencia habitual en uno de los Estados parte en tales acuerdos. Se trataría en este caso de una cláusula de desconexión negociada, en el sentido de que se elaboró contemplando la futura actuación de la UE, y que cumple funciones similares a las ya vistas en otros Convenios de La Haya, pero adaptándose a las circunstancias concretas de los instrumentos normativos concurrentes¹⁰⁹.

73. No obstante, a pesar de la intención de establecer una adecuada coordinación, hemos de señalar que se ha producido un cierto desajuste entre el tenor del Reglamento y el Convenio, que ha tenido que solventarse mediante una declaración por parte de los Estados miembros de la UE en el momento de vincularse por el Convenio. Entre los Estados miembros se aplicarán las normas de reconocimiento y ejecución del Reglamento, aun cuando los niños residan en un Estado parte del Convenio¹¹⁰.

74. Las relaciones entre el Reglamento 4/2009 y el Convenio de La Haya de 2007 han resultado más fáciles de establecer, debido a que este Convenio sólo se ocupa del reconocimiento y ejecución de sentencias, así como de la cooperación de autoridades. En este caso nos encontramos con las cláusulas

nota 10); y Considerando 2 de las Decisiones del Consejo de 31 de marzo y 9 de junio de 2011 (op. cit., supra nota 50). Por el momento sólo el elevado número de Estados parte del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 permite afirmar que puede constituir efectivamente una solución a nivel mundial. El Convenio de La Haya de 23 de noviembre de 2007 presenta aún un balance muy pobre de Estados participantes (<http://www.hcch.net>).

¹⁰⁷ El afán de coordinación con otros instrumentos internacionales se ha hecho más patente con el transcurso del tiempo si observamos el Reglamento 4/2009. En este instrumento se alude al Convenio de La Haya en diversos apartados de sus Considerandos e incluso se incorpora una definición de qué debe entenderse por Estado parte del Convenio de La Haya de 2007 (art. 2.8).

¹⁰⁸ Cuando se aprobó el Convenio de la Haya del 96, el Reglamento -antes convenio- aún no había visto la luz, pero se sabía de la intención de los países europeos de establecer una normativa uniforme entre ellos, E. GALLANT, *Responsabilité parentale et protection des enfants en droit international privé*, París, Defrénois, 2004, pág. 87.

¹⁰⁹ Sobre las dificultades que se plantearon durante la negociación de esta cláusula, en relación particularmente con su efecto sobre alguna de las normas de competencia judicial internacional, A. BORRÁS, «La cláusula de compatibilidad del art. 52.2 del Convenio de La Haya de 1996 y los instrumentos comunitarios», *Nuevas fronteras del derecho de la Unión Europea. Liber amicorum J.L. Iglesias Buhigues*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, págs. 194 y ss.

¹¹⁰ Vid. Art. 2 de la Decisión del Consejo 19 de diciembre de 2002 y Art. 2 de la Decisión del Consejo de 5 de junio de 2008: «En los artículos 23, 26 y 52 del Convenio se permite a las Partes Contratantes cierto grado de flexibilidad para aplicar un régimen sencillo y rápido de reconocimiento y ejecución de las sentencias. Las normas comunitarias prevén un sistema de reconocimiento y ejecución que es como mínimo tan favorable como las normas que establece el Convenio. En consecuencia, una sentencia dictada en un órgano jurisdiccional de un Estado miembro de la Unión Europea en relación con una materia contemplada en el Convenio será reconocida y ejecutada en [...], aplicando las normas internas correspondientes del Derecho comunitario» (op. cit. supra nota 11).

habituales para este tipo de normativa. Como ya tuvimos ocasión de señalar anteriormente, el art. 69.2 del Reglamento dispone genéricamente que prevalecerá entre los Estados miembros en las materias reguladas por este instrumento; y el art. 51 del Convenio dispone que los Estados parte podrán concluir acuerdos entre sí, contemplando expresamente los instrumentos que puedan adoptarse en el marco de una organización regional de integración económica.

75. Una vez determinada la primacía de los Reglamentos, hemos de señalar que la UE parece buscar la complementariedad en base a la similitud de soluciones. Atendiendo a la fecha de elaboración de los diversos instrumentos en presencia, hemos de considerar que la UE se ha podido inspirar en gran medida en los trabajos de la Conferencia de La Haya, con el objetivo de introducir ciertas mejoras a nivel regional que justificasen su intervención. En ocasiones puede hablarse simplemente de copia de la normativa convencional, cuestionándose la necesidad de una actuación a nivel europeo¹¹¹, que habría que entender no obstante desde la perspectiva de un objetivo de política legislativa como es la consolidación del espacio europeo de libertad, seguridad y justicia. En definitiva, se nos ofrecen dos cuerpos normativos muy similares para que resulten complementarios, que serán aplicables en ámbitos geográficos distintos, pero cuya articulación planteará sin duda ciertas dificultades.

76. La primera dificultad va a venir determinada por la asimetría de soluciones. El Convenio de La Haya de 1996 sólo regula las cuestiones de responsabilidad parental, sin ocuparse de la materia matrimonial, como hace el Reglamento 2201/2003. El operador jurídico, acostumbrado a manejar en la UE el Reglamento Bruselas II, se encontrará sin embargo que cuando tenga que actuar en relación con un tercer Estado, parte del Convenio del 96, sólo dispondrá de un marco normativo uniforme en materia de responsabilidad parental. Por otra parte, en la complejidad de este esquema asimétrico tendrá que asumir también que las normas de conflicto del Convenio del 96 se aplican en todo caso, al no regularse esta materia en el Reglamento.

77. La situación con el Reglamento 4/2009 no es mejor. En este caso se complementa con el Convenio de La Haya de 2007, que presenta un carácter diferente, al limitarse únicamente a la cooperación de autoridades y reconocimiento y ejecución de resoluciones. En este caso, el operador jurídico se encontrará por tanto con que la uniformidad de soluciones con terceros Estados no se extenderá a las cuestiones de competencia judicial internacional, a diferencia de lo que sucede con el Convenio de La Haya 1996, con el que guarda una estrecha relación material. Se da además la circunstancia de que el Convenio de La Haya de 2007 se ha dotado de un contenido flexible a través de la posibilidad de realizar reservas o declaraciones, que aunque puede favorecer su mayor aceptación lo hace en detrimento de la uniformidad de soluciones¹¹². A este marco complejo se añade que las cuestiones de ley aplicable se regulan en un Protocolo separado, como ya sabemos, que puede diferir en cuanto a Estados parte del Convenio serán parte.

¹¹¹ En relación con el Reglamento 2201/2003 se señala por ejemplo que copia las normas de competencia judicial internacional del Convenio de La Haya del 96. Vid. J. PIRRUNG, «Improvements to international child protection as a result of the 1996 Hague Child Protection Convention», *International family law*, 2012, pág. 73; K. SIEHR, «The 1996 Hague Convention on the Protection of Children and its application in the EU and the world», *International Family Law*, 2012, pág. 74. En relación con el Reglamento 4/2009 se apunta que copia las normas de asistencia jurídica gratuita del Convenio de La Haya, P. BEAUMONT, «International family law in Europe – the maintenance project, The Hague Conference and the EC: a triumph of reverse subsidiarity», op. cit., pág. 526. También se señala que las normas de cooperación de autoridades de este Reglamento son prácticamente iguales que las del Convenio, aunque con diferencias terminológicas que pueden causar problemas interpretativos, I. CURRY-SUMNER, «Administrative co-operation and free legal aid in international child maintenance recovery. What is the added value of the European maintenance regulation?», *Nederlands internationaal privaatrecht*, 2010, págs. 615 y ss.; S. ALVAREZ GONZÁLEZ, «El Reglamento 4/2009/CE sobre obligaciones alimenticias: cuestiones escogidas», *Diario La Ley*, N°. 7230, 31 de julio de 2009, págs. 6-7.

¹¹² Al respecto vid. A. BORRÁS, «The necessary flexibility in the application of the new instruments on maintenance», *Convergence and divergence in private international law. Liber amicorum K. Siehr, K. Boele-Woelki, T. Einhorn, D. Girsberger, S. Symeonides (eds.)*, Zúrich, Schulthess, 2010, págs. 180 y ss. La propia Decisión del Consejo 9 de junio de 2011 sobre la aprobación, en nombre de la Unión Europea, del Convenio de La Haya de 23 de noviembre de 2007 (vid. supra nota 50) da muestra de la diversidad que puede originarse con las reservas y declaraciones permitidas.

78. En segundo término, las dificultades de articulación complementaria pueden suscitarse también en relación con ciertos desajustes en cuanto al ámbito de aplicación de los instrumentos en presencia. El Reglamento 2201/2003 y Convenio de La Haya del 96 cubren ámbitos materiales coincidentes, aunque usando una terminología diferente. Como señala A.L. CALVO CARAVACA, el Convenio utiliza los conceptos de responsabilidad parental, para referirse a instituciones de protección de menores que surgen de la ley o de un acuerdo con efectos jurídicos por disposición legal, y medidas de protección que surgen de decisiones dictadas por autoridades públicas, mientras que el Reglamento Bruselas II amplía el concepto de responsabilidad parental para cubrir todo tipo de medida de protección del menor¹¹³. Por otra parte, aunque la referencia que se hace en el Reglamento a materias civiles hizo suscitar ciertas dudas sobre su aplicación a medidas de carácter público, el TJUE ha señalado que se encuentran efectivamente cubiertas¹¹⁴. Si se observan diferencias no obstante en cuanto al concepto de menor, dado que el Convenio limita expresamente su aplicación a los menores de 18 años (art. 2), mientras que el Reglamento guarda silencio y deja la cuestión al derecho nacional¹¹⁵.

79. Las relaciones entre el Reglamento 4/2009 y el Convenio son algo más complicadas. El primero señala, en su art. 1.1, que se aplica a las obligaciones de alimentos derivadas de una relación familiar, de parentesco, matrimonio o afinidad. El Convenio de La Haya de 2007 refleja sin embargo en su complejo art. 2 que la delimitación del ámbito de aplicación personal fue una cuestión controvertida, y que se plantearon numerosas dificultades para llegar a un acuerdo¹¹⁶. Se aplica a las obligaciones alimenticias a favor de una persona menor de 21 años derivadas de una relación paterno-filial, con la posibilidad de formular una reserva para limitar la aplicación a las personas que no hayan alcanzado los 18 años; al reconocimiento y ejecución de las decisiones sobre obligaciones alimenticias entre cónyuges y ex cónyuges, cuando la solicitud se presente conjuntamente con una demanda comprendida en el ámbito anteriormente referido de las relaciones paterno-familiares; y a las obligaciones alimenticias entre cónyuges y ex cónyuges con excepción de las disposiciones contenidas en los Capítulos II y III sobre cooperación administrativa y solicitud por intermediación de autoridades centrales. Se añade que cualquier Estado contratante podrá declarar que extenderá la aplicación de todo o parte del Convenio a otras obligaciones alimenticias derivadas de una relación de familia, filiación, matrimonio o afinidad, incluyendo en particular las obligaciones a favor de personas vulnerables¹¹⁷. El Protocolo de La Haya de 2007 en materia de ley aplicable presenta sin embargo una delimitación de su ámbito de aplicación similar al Reglamento, por lo que curiosamente puede interactuar mejor con la normativa europea que con el Convenio¹¹⁸.

¹¹³ A.L. CALVO CARAVACA, «El Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 y la ley aplicable a la protección de los niños. Algunas cuestiones de método», op. cit., págs. 455 y ss.

¹¹⁴ Sentencia del TJUE de 27 de noviembre de 2007, asunto C-435/06, Rec. 2007 I-10141; y Sentencia del TJUE de 2 de abril de 2009, asunto C-523/07, A., Rec. 2009 I-02805. Al respecto, K. BOELE-WOELKI y M. JÄNTERA JÄREBORG, «Protecting children against detrimental family environments under the 1996 Hague Convention and the Brussels II bis Regulation», *Convergence and divergence in private international law. Liber amicorum K. Siehr, K. Boele-Woelki, T. Einhorn, D. Girsberger, S. Symeonides (eds)*, Zúrich, Schulthess, 2010, pág. 140.

¹¹⁵ S. AMSTRONG, «L'articulation des règlements communautaires et des conventions de La Haye», *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, H. Fulchiron, C. Nourissat (dirs.), París, Dalloz, 2005, pág. 118. Sobre los problemas que ello podría plantear, vid. F. GARAU SOBRINO, «Notas sobre la colisión de fuentes de Derecho internacional privado español sobre responsabilidad parental y protección del niño», *CDT*, 2011, nº 1, pág. 285.

¹¹⁶ C. AZCÁRRAGA MONZONÍS, «El nuevo Convenio de La Haya sobre el cobro internacional de alimentos para los niños y otros miembros de la familia (sobre la negociación de determinados artículos en la Sesión Diplomática del 5 al 23 de noviembre de 2007)», *REDI*, 2008, págs. 504 y ss.

¹¹⁷ Estas diferencias en la forma de delimitar el ámbito de aplicación personal, junto con los efectos que producirán en las relaciones entre los Estados parte del Convenio la reserva y declaración permitida, crearán una gran diversidad de obligaciones entre los Estados, S. BARIATTI, I. VIARENGO, L. SANDRINI, *Maintenance obligations and what training for judges to deal with cross border issues (especially focused on the relationship between the Community draft instruments and the works done in the framework of The Hague Conference on Private International law)*, European Parliament, Directorate-General Internal Policies, Policy Department C, Citizens Rights and Constitutional Affairs, 2007, págs. 4-5.

¹¹⁸ Se ha justificado la diferencia señalando que el objetivo era que su ámbito de aplicación coincidiera con el Convenio de 1973 y en base también a que se trata de un instrumento independiente del Convenio, A. BONOMI, «The Hague Protocol of 23 November 2007 on the law applicable to maintenance obligations», op. cit, pág. 338.

80. En tercer lugar, se pueden suscitar dificultades o problemas a la hora de articular el contenido de los diferentes instrumentos en presencia. En el caso del Reglamento 2201/2003 y del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996, las dificultades entendemos que podrían surgir fundamentalmente en relación con las normas de competencia judicial internacional. Certo es que esta cuestión se encuentra cuidadosamente tratada, y que la idea de base a la que antes nos referíamos es que si el niño tiene su residencia habitual en un Estado miembro se aplican las normas de competencia judicial internacional del Reglamento, y que si la tiene en un tercer Estado parte del Convenio se aplican las reglas de competencia judicial internacional de este instrumento, siendo ambos cuerpos normativos sustancialmente coincidentes. Pero a partir de ahí pueden darse situaciones difíciles que causen errores en el operador jurídico, de las que señalaremos algunos ejemplos.

81. El art. 5.2 del Convenio prevé que en caso de cambio de residencia habitual del menor la competencia pase a las autoridades del lugar de nueva residencia¹¹⁹, lo cual difiere de la regla especial prevista en el art. 9 del Reglamento en materia de derecho de visita, que consecuentemente sólo podrá aplicarse en las relaciones entre Estados miembros¹²⁰. En caso de que la cuestión del menor se plantee asociada a una causa de divorcio, separación judicial o nulidad del matrimonio, tanto el Convenio como el Reglamento prevén, arts. 10 y 12 respectivamente, que pueda plantearse ante los tribunales que están conociendo de la causa matrimonial, aunque no sean los del lugar de residencia habitual del menor, siempre que se den los requisitos que ambos enumeran¹²¹. En este caso habría que entender que el juez español debería declararse competente en base al Reglamento si el menor reside en otro Estado miembro y en base al Convenio si reside en un tercer Estado parte del Convenio. Ahora bien, el art. 12 del Reglamento también prevé que pueda plantearse una cuestión de responsabilidad parental en un Estado distinto del de la residencia habitual del menor en una materia distinta de la anteriormente mencionada, lo cual habría que asumir que no sería posible cuando el menor residiese en un Estado parte del Convenio de La Haya, dado que no se contempla este otro supuesto. Por otra parte, el Convenio prevé en su art. 55 que los Estados puedan reservarse la competencia para tomar medidas de protección de los bienes del niño situados en su territorio, que no podría invocarse cuando el menor residiese en un Estado miembro dado que no tiene paralelismo en el Reglamento.

82. En el caso del Reglamento 4/2009 y del Convenio de La Haya de 2007, las relaciones parecen a priori más simples dado que estos instrumentos sólo coinciden en la regulación de la cooperación de autoridades y reconocimiento y ejecución de decisiones, que son normas de aplicación *inter partes*¹²². *Sin embargo, incluso en este caso pueden surgir ciertas dificultades o problemas, como pondremos de manifiesto con un par ejemplos.*

83. El Convenio de La Haya de 2007 no recoge reglas de competencia judicial internacional directas, pero si establece un límite a los procedimientos. Su art. 18 dispone que cuando se haya adoptado una decisión en un Estado contratante en el que el acreedor tenga su residencia habitual, el deudor no

¹¹⁹ Esta norma se aplica cuando el cambio de residencia se produce dentro de la legalidad, ya que el Convenio de La Haya de 1996, al igual que el Reglamento, también refuerza la competencia judicial internacional del juez de la anterior residencia habitual del menor en caso de secuestro internacional de menores, art. 7. Este Convenio no introduce sin embargo modificaciones en el procedimiento de restitución del menor regulado por el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, sobre el que declara que no se verá afectado (art. 50).

¹²⁰ El Convenio opta por ocuparse más detalladamente del derecho de visita en el sistema de cooperación de autoridades, art. 35.

¹²¹ Uno de los requisitos se refiere a que esta asunción de competencia responda al interés superior del niño. Sobre cómo habrá de interpretarse este requisito, el Reglamento precisa en su art. 12 que cuando el niño tenga su residencia habitual en un tercer Estado que no sea parte del Convenio de La Haya del 96, la competencia responde efectivamente al interés superior del menor, especialmente cuando el procedimiento resulte imposible en el tercer Estado de que se trate. Como vemos, se trata de una norma favorable a la asunción de competencia en detrimento de terceros Estados, siempre que no sean parte del mencionado Convenio de La Haya.

¹²² Como muestra de las dificultades que se plantean en relación con las normas de competencia judicial internacional, señalar que en el Reglamento se han tenido que incorporar dos disposiciones para establecer una adecuada coordinación con las normas de competencia judicial internacional del Convenio de Lugano de 30 de octubre de 2007: en el art. 4.4 relativo a los acuerdos de elección de foro y en el art. 6 sobre la competencia subsidiaria (vid. supra nota 67).

podrá iniciar en ningún otro Estado contratante un procedimiento para que se modifique la decisión u obtener una nueva, mientras el acreedor continúe residiendo habitualmente en el Estado en que se adoptó la decisión¹²³. Las normas de competencia judicial internacional del Reglamento podían interferir con esta disposición, de ahí que se tuviese que copiar dicho precepto en el art. 8 del Reglamento, asumiendo esta limitación en relación con los Estados parte del Reglamento y del Convenio¹²⁴

84. Por otra parte, el Convenio de 2007 recoge reglas indirectas de competencia judicial internacional a efectos del reconocimiento y ejecución de las resoluciones en materia de alimentos, que al no coincidir plenamente con los foros de competencia judicial internacional del Reglamento podrían dificultar la eficacia extraterritorial de las resoluciones dictadas en los Estados miembros más allá del ámbito europeo. Se alude en este sentido al foro subsidiario del art. 6 del Reglamento y al foro de necesidad del art. 7¹²⁵. Añadiremos que el Convenio se permite formular reservas a algunas de las reglas indirectas del Convenio, entre las que figura la residencia habitual del acreedor de alimentos, plenamente consolidada en el ámbito europeo.

85. En definitiva, la política legislativa de la UE de buscar la complementariedad de soluciones con los Convenios y extender así las ventajas de la unificación normativa más allá del ámbito europeo, siendo buena en el fondo, nos aboca a situaciones complejas. Hay que reconocer que quien tenga que trabajar con todo este conjunto de normas y articularlas para encontrar una respuesta global, no lo va a tener fácil.

V. Consideraciones finales

86. Tras esta valoración de conjunto de la política legislativa de la UE en materia de Derecho internacional privado de familia, pueden extraerse, generalizando, dos conclusiones: una de carácter positivo y otra de carácter negativo. Comenzando por lo positivo, hemos de reconocer que estamos ante un sector normativo muy vivo, caracterizado por la actuación de diversas organizaciones internacionales. Por una parte, la UE se ha consolidado en un sector material que hasta hace bien poco le era ajeno, actuando con una perspectiva regional y universal. Se han adoptado numerosos Reglamentos, ejerciéndose al mismo tiempo la competencia exclusiva en el ámbito externo, para vincularse por los Convenios promovidos por la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado. Por otra parte nos hemos referido a la Conferencia de La Haya, dado que también ha sido bastante activa en los últimos años en el sector del derecho de familia, al haber emprendiendo una política de modernización de antiguos instrumentos, que han interesado a la UE.

¹²³ El art. 18 añade en su apartdo. 2º que el apartado 1º no será de aplicación: a) cuando en un litigio sobre obligaciones alimenticias a favor de una persona distinta de un niño, las partes hayan acordado por escrito la competencia de ese otro Estado contratante; b) cuando el acreedor se someta a la competencia de ese otro Estado contratante, ya sea de manera expresa u oponiéndose en cuanto al fondo del asunto sin impugnar dicha competencia en la primera oportunidad disponible; c) cuando la autoridad competente del Estado de origen no pueda o se niegue a ejercer su competencia para modificar la decisión o dictar una nueva; o d) cuando la decisión dictada en el Estado de origen no pueda reconocerse o declararse ejecutoria en el Estado contratante en el que se esté considerando un procedimiento para modificar la decisión o dictar una nueva.

¹²⁴ Al respecto vid. A. BORRÁS, «The limit on proceedings in maintenance claims: an example of the compatibility between the European instruments and the 2007 Hague Convention», *International family law*, 2012, págs. 110 y ss.; I. VIARENGO, «La disciplina comunitaria delle obbligazioni alimentari e il rapporto con la nuova normativa convenzionale», *Diritto di famiglia e Unione Europea*, S.M. Carbone e I. Queirolo (a cura di), Turín, G. Giappichelli editore, 2008, pág. 368. S. BARIATTI, I. VIARENGO, L. SANDRINI ya se habían referido a la necesidad de incorporar este precepto en el Reglamento durante su fase de elaboración, *Maintenance obligations and what training for judges to deal with cross border issues (especially focused on the relationship between the Community draft instruments and the works done in the framework of The Hague Conference on Private International law)*, op. cit., págs. 6-7.

¹²⁵ P. BEAUMONT, «International family law in Europe – the maintenance project, The Hague Conference and the EC: a triumph of reverse subsidiarity», op. cit., págs. 541 y ss.; F. POCAR, I. VIARENGO, «Il Regolamento (CE) N. 4/2009 in materia di obbligazioni alimentari», *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2009, pág. 826.

87. Ahora bien, el resultado alcanzado por el momento hay que reconocer que se caracteriza por una elevada complejidad. La UE ha adoptado una pluralidad de Reglamentos sectoriales, a los que está previsto añadir otros en un futuro próximo, que permiten una cierta diversidad entre los Estados miembros. Estos Reglamentos presentan una articulación con los Convenios de la Conferencia de La Haya, que varía en cuanto a su proyección en el ámbito interno y externo. En el interior de la UE se declara la primacía de la normativa europea con carácter general, aunque observándose soluciones múltiples en materia de ley aplicable, que dificultan la comprensión del sistema. En el ámbito externo se ha tratado de lograr una cierta complementariedad de soluciones con los Convenios de La Haya, que no resultará sin embargo fácil de aplicar debido a las dificultades que conlleva la articulación de dos cuerpos normativos gestados en ámbitos distintos.

88. La tarea de quien tenga que trabajar con estas normas y aplicarlas distará por tanto de ser fácil. Tengamos al menos presente que siempre se han valorado positivamente los procesos de unificación en Derecho internacional privado por las ventajas que conllevan, y tratemos de que ello nos sirva para no echar de menos las soluciones tradicionales de nuestro derecho interno.

DAÑOS CAUSADOS POR UN ESTADO EN LA COMISIÓN DE CRÍMENES DE GUERRA FUERA DE SU TERRITORIO INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN, COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL Y TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

MARÍA ASUNCIÓN CEBRIÁN SALVAT

*Abogada del Ilustre Colegio de Abogados de Murcia
Doctoranda en Derecho Internacional Privado*

Recibido: 21.08.2013 / Aceptado: 04.09.2013

Resumen: La reciente sentencia del Tribunal Internacional de Justicia de 3 de febrero de 2012 ha cerrado las puertas a las víctimas de crímenes de guerra internacionales a una posible reclamación judicial de la indemnización por los daños sufridos ante unos Tribunales distintos de los del Estado que causó el daño. El TIJ ha indicado que en estos casos ha de apreciarse la inmunidad de jurisdicción del Estado demandado. Esta cuestión tradicionalmente controvertida se aborda en el presente estudio desde el punto de vista del Derecho Internacional Privado, analizando las consecuencias que tiene para las víctimas el no poder demandar ante otros Tribunales distintos de los del Estado causante del daño. Lo anterior se realiza mediante un estudio sobre la compatibilidad de la decisión del Alto Tribunal con el derecho a la tutela judicial efectiva de las víctimas, así como analizando las opciones reales que quedan a dichas víctimas después de la mencionada sentencia, evaluándose cuáles de todas ellas podrían permitir que las mismas obtuvieran la reparación que les reconoce el Derecho Internacional Humanitario.

Palabras clave: Inmunidad de jurisdicción, daños, responsabilidad extracontractual, Estado, competencia judicial internacional, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra, víctimas, derechos humanos, actos de guerra, tutela judicial efectiva, reparación.

Abstract: The recent judgment of the International Court of Justice of February 3, 2012 has left no room for victims of international war crimes to a possible claim for damages before a different Court from the one of the State that caused the damage. The ICJ has stated that, in these cases, jurisdictional immunity of the sued State must be appreciated. This issue, traditionally controversial, is addressed analyzing the consequences for victims of only being able to sue before the Court of the State that caused the damage. This is done by comparing the decision of the ICJ with the right to a fair hearing of the victims and by analyzing the real options left to the victims after the mentioned decision, evaluating which of them could permit these victims to obtain the reparation to which they are entitled by international humanitarian law.

Key words: Jurisdictional immunities, tort, tortious liability, State, jurisdiction, crimes against humanity, war crimes, victims, human rights, acts of war, fair hearing, reparation.

Sumario: I. Introducción. II. Inmunidad de jurisdicción. 1. Concepto y Consideraciones Previa. 2. Fundamento. 3. Vertientes. 4. Reconocimiento jurisprudencial y regulación. 5. Configuración restrictiva. III. Inmunidad del Estado vs. actos de guerra que constituyan crímenes contra la humanidad. 1. Planteamiento tradicional: la apreciación de la inmunidad. 2. Planteamiento fruto del desarrollo del DIHumanitario: la conveniencia de posibilitar a las víctimas una reclamación civil ante los Tribunales de otros Estados. 3. Tesis sugeridas para posibilitar esa reclamación. 4. CJI en caso de que los Tribunales hayan declarado su jurisdicción sobre el asunto: especial consideración al R. 44. IV. El fallo del TIJ en la Sentencia de 3 de febrero de 2012. 1. La Sentencia. 2. Valoración. V. Compatibilidad de la STIJ con el derecho a la tutela judicial efectiva de las víctimas. 1. La vulneración del derecho general a la tutela judicial efectiva. 2. La vulneración del derecho a un recurso efectivo en materia de derechos humanos. VI. Las opciones que quedan a las víctimas. 1. Soluciones que proporciona el DIPúb. 2. Soluciones que proporciona el DIPr. VII. Conclusiones.

I. Introducción

1. Europa. Plena Segunda Guerra Mundial. Las tropas alemanas se disponen a hacer realidad el delirio expansivo de Hitler, dejando en su camino numerosísimas víctimas tanto civiles como militares. Ciudadanos de distintos Estados europeos son sistemáticamente aniquilados, transportados a campos de concentración, sometidos a trabajos forzados....

2. Al terminar la guerra, y pese a que la Ley Federal Alemana de 1953 de Compensación de las Víctimas de la Persecución Nacional Socialista y las altas sumas pagadas por Alemania a los distintos países¹ abrieron el camino a la reparación de muchas de estas víctimas, un importante número de las mismas quedó sin indemnizar. Cabe señalar que muchas de estas víctimas eran italianas, ya que en el Tratado de Paz de 1947, el Estado Italiano había renunciado en nombre de sus nacionales a cualquier reclamación frente a Alemania. Pese a que unos nuevos Tratados de 1961 entre ambos países, y la ley alemana de Memoria, Responsabilidad y Futuro de 2000² intentaron solucionar el problema, quedaron sin cobertura las víctimas que habían tenido la consideración de «prisioneros de guerra»³.

3. Muchas de estas víctimas o sus herederos acudieron a los Tribunales del lugar en que se les había causado el daño para solicitar al Estado alemán indemnizaciones por daños físicos y morales, apoyándose en el principio universal de la responsabilidad de aquél que causa un daño a un tercero y alegando que habían sufrido una violación de sus derechos humanos que no podía quedar sin reparación. Estas acciones de reclamación (*transnational human rights claims*⁴) se encontraban con un obstáculo principal, la inmunidad de jurisdicción del Estado demandado, que los Tribunales del lugar del daño estimaban aplicable, declinando su jurisdicción para conocer de estos procesos. No obstante, ciertos tribunales griegos e italianos, replanteándose los fundamentos de dicha inmunidad, comenzaron a conocer de estos procesos y a condenar al Estado alemán, generando una especie de *forum shopping* de las víctimas, que procuraban plantear su demanda ante Tribunales de estos países, y una gran inseguridad jurídica a Alemania, que se veía expuesta a posibles embargos de sus bienes en ejecución de estas sentencias condenatorias.

4. El Tribunal Internacional de Justicia (en adelante, «TIJ») ha zanjado la cuestión con la STIJ 3 febrero 2012 «*Jurisdictional immunities of the State: Germany vs. Italy (Greece intervening)*»⁵, estableciendo que los Tribunales de un Estado distinto del que causó el daño no pueden conocer de estos litigios, pues quedan protegidos por la inmunidad de jurisdicción. Si bien esta sentencia ha sido ya largamente comentada, sobre todo desde el punto de vista del Derecho Internacional Público, se realiza este estudio con el objeto de analizar una cuestión a la que parece que no se ha prestado atención suficiente, esto es, el análisis de las consecuencias de esta decisión del TIJ sobre los derechos de las víctimas, así como de las alternativas de reparación que siguen disponibles para las mismas.

¹ La Conferencia de Potsdam (1945) impuso a Alemania el pago de aproximadamente veinte mil millones de dólares a los aliados. Este pago se produjo fundamentalmente en especie (maquinaria, fábricas, patentes y otros bienes propiedad de ciudadanos alemanes...).

² Ley Federal de 2 agosto 2002.

³ A. ORAKHELASHVILI, «*Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy; Greece Intervening)*», *The American Journal of International Law*, vol. 106, n. 3, julio 2012, p. 609.

⁴ Así las denomina M. REQUEJO ISIDRO, *Violaciones de derechos humanos y responsabilidad civil*, Thomson Aranzadi, Pamplona, 2009, p. 20.

⁵ Disponible en www.icj-cij.org.

II. La Inmunidad de jurisdicción

1. Concepto y consideraciones previas

5. La jurisdicción es la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado que tiene atribuido un determinado órgano estatal (*facultas iurisdictionis*)⁶. Como tal, se trata de un presupuesto previo necesario para la competencia judicial internacional, pudiendo definirse esta última como la posibilidad de ejercer ese poder de juzgar en relación con los litigios derivados de las situaciones privadas internacionales.

6. La institución de la inmunidad del Estado es una de las excepciones a la jurisdicción, la cual implica que los Tribunales de un Estado soberano no tienen poder para juzgar a otro Estado soberano ni a sus órganos. Así, si el demandado goza de este privilegio, no hay lugar a preguntarse sobre la competencia judicial internacional, ya que estaríamos ante un asunto que versa sobre un objeto sustraído a la acción de los Tribunales de Justicia de un Estado⁷, se trataría de un asunto fuera de los límites de las reclamaciones privadas internacionales.

7. La inmunidad de jurisdicción es una consecuencia de la sujeción de algunas reclamaciones «particular-a-Estado» al Derecho Internacional Público. Estas reclamaciones, pese a que son privadas desde el punto de vista de quien las plantea, son públicas desde el punto de vista del reclamado, lo que tradicionalmente ha tenido más peso. No obstante, ha de apuntarse que el ámbito de aplicación del Derecho Internacional Público ha ido disminuyendo con los tiempos y con ello los supuestos en que esta inmunidad de jurisdicción ha de apreciarse.

2. Fundamento

8. La base teórica originaria de la inmunidad era la «superioridad de la autoridad» sobre el Derecho y los Tribunales, lo cual se sostenía en la idea medieval de que dicha autoridad venía conferida por Dios. Esta inmunidad venía referida a la persona del soberano, y posteriormente se trasladó al Estado, cuando el mismo comenzó a ser reconocido como un sujeto con personalidad jurídica⁸.

9. A partir del siglo XVIII, cuando comenzó a entenderse que ninguna autoridad, nacional o extranjera, está por encima de la Ley y de los Tribunales⁹, se modificó el fundamento de la inmunidad, utilizando para ello el célebre principio de la igualdad soberana: «*par in parem non habet imperium*»¹⁰. Esto es, si todos los Estados son iguales, ninguno de ellos podrá, por medio de sus órganos, ejercer jurisdicción sobre un Estado extranjero sin su consentimiento. Además de este fundamento teórico, la doctrina ha distinguido distintas razones para la concesión de esta prerrogativa: (i) la necesidad de que los Estados sean capaces de moverse con plena libertad en el ejercicio de sus funciones¹¹, siendo la inmunidad de jurisdicción una garantía de su independencia y (ii) la gran inconveniencia de que los

⁶ Así lo expresa el artículo 117.3 de la Constitución Española de 1978: «El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan». Vid. F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho Internacional Privado*, Civitas, Thomson Reuters, 2012, p. 50.

⁷ A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Comares, Granada, 2013, p. 134.

⁸ L. M. CAPLAN, «State immunity, Human Rights and jus cogens: a critic of the Normative Hierarchy Theory», *The American Journal of International Law*, vol. 97, 2003, p. 748.

⁹ A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 134.

¹⁰ Este principio data del siglo XVI, y tiene su origen en una cita de BÁRTOLO, *Tractatus represaliarum*, 1354, quaestio 1/3, 10: «*Non enim una civitas potest facere legem super alteram, quia par in parem non habet imperium*». Así lo proclama abundante doctrina y también la jurisprudencia: véase la Sent. de la Corte de Cass. Italiana de 5 julio 1982, *ILR*, núm. 78, pp. 120 y ss. y la Sent. Trib. Sup. Polonia 14 diciembre 1948, *ILR*, núm. 24, pp. 120 y ss; L. OPPENHEIM, *International Law*, 1947, p. 239, S. SUCHARITKUL, *Immunities of Foreign States Before National Authorities*, Recueil de Cours, La Haya, 1976, p. 117.

¹¹ C. GUTIÉRREZ ESPADA y M. J. CERVELL HORTAL, *El Derecho Internacional en la Encrucijada: Curso General de Derecho Internacional Público*, Trotta, Madrid, 2008, p. 73.

Estados vayan juzgándose los unos a los otros, dado su interés común en mantener buenas relaciones entre ellos¹².

3. Vertientes

10. La inmunidad de jurisdicción tiene dos vertientes: además de que un Estado no pueda ser juzgado ante un Tribunal de otro Estado (inmunidad de jurisdicción propiamente dicha), sus bienes tampoco podrán ser ejecutados por los Tribunales de otro Estado. A esta segunda manifestación de la inmunidad se le conoce como «inmunidad de ejecución»¹³. Los bienes afectados por la misma no podrán ser objeto de ningún tipo de embargo, subasta o venta por parte de los Tribunales de otro Estado, y en caso de que así se lleve a cabo, dichos actos se consideran nulos¹⁴.

4. Reconocimiento jurisprudencial y regulación

11. El principio de inmunidad de los Estados ha sido reconocido por la jurisprudencia de varios Estados, siendo la primera vez en el año 1812, en la sentencia *The Schooner Exchange vs. McFadden and others*, en Estados Unidos¹⁵. Este principio ha sido también reconocido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, «TEDH»)¹⁶, y más recientemente por el TIJ, en la mencionada sentencia *Jurisdictional immunities of the State: Germany vs. Italy (Greece Intervening)*, que es objeto de análisis.

12. Este reconocimiento jurisprudencial ha dado lugar a su consagración en la legislación de la mayoría de Estados. En España viene reconocido en la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985¹⁷, la cual promulga la jurisdicción de los tribunales españoles sobre los juicios que se susciten en territorio español con arreglo a lo establecido dicha Ley y en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte, y admite como excepción «los supuestos de inmunidad de jurisdicción y de ejecución establecidos por las normas del Derecho Internacional Público» (artículo 21.2). Otros Estados no solamente hacen mención al principio sino que regulan directamente los casos en que ha de apreciarse esta inmunidad¹⁸.

13. Este principio se encuentra también recogido en tratados internacionales de distinto alcance. Entre estos tratados cabe distinguir algunos con alcance regional, como es el Convenio europeo sobre la inmunidad de los Estados (16 mayo 1972) o el Proyecto de Convenio interamericano

¹² L. M. CAPLAN, «State immunity, Human Rights and jus cogens: a critic of the Normative Hierarchy Theory», *The American Journal of International Law*, vol. 97, 2003, p. 750: «The principle par in parem... is a distortion of the principle of sovereign equality».

¹³ Al respecto, A. REINISCH, «European Court Practice Concerning State Immunity from Enforcement Measures», *European Journal of International Law*, vol. 17, n. 4, 2006, p.p. 803-836, esp. p. 803.

¹⁴ Cfr. STSJ Madrid 16 mayo 2006, disponible en www.poderjudicial.es, sobre nulidad del embargo de cuenta corriente de la Embajada de Corea en España.

¹⁵ 11 US 116 (1812). En este caso se reclamaba por parte de ciudadanos norteamericanos la propiedad de un buque (la goleta Exchange) que había sido requisado por Napoleón con el fin de incorporarlo a la Marina Francesa. La sentencia afirma el principio de inmunidad del Estado francés indicando que existe una categoría de situaciones que no pueden ser juzgadas por otro Estado soberano, dada «la perfecta igualdad» entre estos, y el interés común que les induce a mantener relaciones mutuas y a prestarse servicios recíprocos. Tras este caso, el principio de inmunidad de jurisdicción pasó a recogerse en sentencias de otros Estados. En Francia, por ejemplo, se reconoció por primera vez en 1849 (Sent. Cass. Civ. 1º, 22 enero 1849).

¹⁶ El TEDH ha afirmado que el principio de inmunidad de jurisdicción de los Estados, además de no vulnerar el derecho a una tutela judicial efectiva, cumple con el Derecho Internacional y favorece la cortesía y las buenas relaciones entre los Estados, gracias al respeto que supone, por parte del Estado que lo aplica, a la soberanía del otro Estado (*STEDH Al Adsani and Forgaty vs. United Kingdom*, esp. párrafo 54 y *Mac Elhinney vs. Ireland*, disponible en www.echr.coe.int).

¹⁷ Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, BOE de 2 de julio de 1985 (y corrección de errores en el de 4 de noviembre).

¹⁸ C. GUTIÉRREZ ESPADA y M. J. CERVELL HORTAL, *op. cit.* pp. 73-74, mencionan como ejemplos la Ley estadounidense de inmunidades soberanas extranjeras de 1976 (FSIA); la Ley británica sobre inmunidad estatal de 1978, la Ley de Singapur sobre inmunidad estatal de 1979, la Ley sudafricana sobre inmunidades de los Estados extranjeros de 1981, la Ley canadiense sobre inmunidad de los Estados de 1982, la Ley australiana sobre inmunidad de los Estados extranjeros de 1985 y la Ley argentina de 1995.

sobre la inmunidad de jurisdicción de los Estados (21 enero 1983), y otros con vocación universal, como el Convenio relativo a la inmunidad jurisdiccional de los Estados y sus bienes, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas (abierto a la firma el 17 enero 2005). Existen también otros Tratados sobre otras materias distintas a la inmunidad, pero que contienen disposiciones específicas sobre el tema, como puede ser la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982, cuyos artículos 32, 95 y 96 hacen referencia a la inmunidad respecto de los buques de guerra que pertenezcan al Estado¹⁹.

5. Configuración restrictiva

14. Durante mucho tiempo se consideró la inmunidad como un principio absoluto, que no admitía excepción fuere cual fuere el acto origen del litigio. Sin embargo, su alcance se ha venido rebajando con el tiempo, de forma que en la actualidad existen algunos supuestos en que un Estado sí puede ser llevado a la jurisdicción de otro.

15. El primero de estos supuestos es el de los actos *iure gestionis*, esto es, aquellos en que el Estado actúa como una persona jurídica privada. Su origen se encuentra en el siglo XX, cuando se maximizó la intervención estatal en la economía. Si el Estado descendía al plano comercial, perdiendo «la dignidad e igualdad de un soberano»²⁰, no podía mantener en estos casos su inmunidad jurisdiccional, pues generaría una enorme situación de desigualdad frente a la otra parte de la relación. Esta distinción, que comenzó a utilizarse por los tribunales suizos, belgas e italianos, se ha impuesto en la práctica internacional²¹, y ha terminado incorporándose al Derecho Internacional consuetudinario²².

16. De esta forma, pueden establecerse dos categorías de actos realizados por el Estado: (i) *actos iure imperii*, realizados por el Estado en ejercicio de su soberanía, respecto a estos podría invocarse la inmunidad del Estado y (ii) *actos iure gestionis*, actos que el Estado realiza como un particular, en que no está implicada la soberanía estatal, respecto de los cuales la inmunidad se desvanece. Dentro de estos actos podrían distinguirse varias categorías: transacciones mercantiles, contratos de trabajo, posesión y propiedad de inmuebles, uso de derechos de propiedad intelectual, participación en sociedades, derechos hereditarios... en definitiva, todo lo que se considere como materia civil o mercantil²³. Esta distinción se trasladó también a la inmunidad de ejecución, para que los casos en que se apreciara que no concurría inmunidad de jurisdicción no fueran inejecutables. Así, la sentencia condenatoria al Estado extranjero

¹⁹ C. GUTIÉRREZ ESPADA y M. J. CERVELL HORTAL, *op. cit.* p. 73.

²⁰ Con esta expresión se ha referido a la cuestión la *Cour de Cassation* francesa en varias ocasiones (véanse las Sents. Cour. Cass. Cass. civ. 1º, 2 noviembre 1971 y 4 febrero 1986, disponibles en www.courdecassation.fr).

²¹ Tal y como indica R. DE GOUTTES en «L'évolution de l'immunité de juridiction des Etats étrangers», *Rapport annuel de la Cour de Cassation de la France*, año 2003, los países más reticentes a la implantación de esta distinción fueron Reino Unido y Estados Unidos, pero terminaron por aceptarla en los años sesenta. La teoría encontró también fuerte oposición de los países comunistas, los cuales consideraban las tareas de comercio como «actividades soberanas» del Estado. En España, la jurisprudencia se ha inclinado por esta tesis de la inmunidad restringida desde las STS de 10 de febrero y de 1 de diciembre de 1986, disponibles en www.poderjudicial.es.

²² Así lo afirmó el TJU en la Sentencia objeto de análisis, STJU 3 feb 2012 «*Jurisdictional immunities of the State: Germany vs. Italy (Greece intervening)*».

²³ Sin embargo, la tarea de calificar una actividad del Estado como *iure gestionis* o como *iure imperii* no es sencilla. El problema principal al que se han enfrentado los Tribunales ha sido el del criterio a utilizar para dicha calificación, si el de la naturaleza del acto o el de su finalidad. Cabe traer a colación el tan citado ejemplo de la compra de material bélico: en función a su naturaleza (contrato de compraventa) el acto sería considerado como *iure gestionis*, pero en atención a su finalidad (abastecer a las fuerzas armadas), éste sería considerado como *iure imperii*. La compra fue calificada como acto *iure gestionis* por los tribunales italianos (Sent. Foro It. *Governo rumano c. Trutta*, 1926) y como acto *iure imperii* por los tribunales franceses (Sent. Cour Cass. Civ. *Gouvernement espagnol c. Casaux*, 22 de enero de 1849) y estadounidenses (Sent. T. Fed. *Kingdom of Roumania v. Guarantee Trust Co. of New York*, 1918), *apud*. C. GUTIÉRREZ ESPADA y M. J. CERVELL HORTAL, *op. cit.* p. 75. Véase también L. M. CAPLAN, «State immunity, Human Rights and jus cogens: a critic of the Normative Hierarchy Theory», *The American Journal of International Law*, vol. 97, 2003, p. 758.

susceptible de ejecución en relación a los bienes destinados a actividades *iure gestionis*, aunque seguirá sin serlo en relación a los destinados a actividades *iure imperii*²⁴.

17. Además de esta excepción ya consolidada, van añadiéndose otras cuya pertenencia al Derecho Internacional general aún no ha sido confirmada, pero que se estiman por los tribunales de algunos Estados o son consagradas en algunos de los Tratados mencionados. Una de estas excepciones es la *tort exception*, o excepción de lesiones a las personas y daños a los bienes, contenida tanto en el Convenio europeo sobre la inmunidad de los Estados²⁵ como en el Convenio relativo a la inmunidad jurisdiccional de los Estados y sus bienes de Naciones Unidas²⁶, que se aplica independientemente de si la lesión se ha producido por un acto *iure imperii* o *iure gestionis*.

18. Estas excepciones van «estrechando el círculo» de la inmunidad y con ella de los supuestos que van quedando fuera de su resolución por el Derecho Internacional Público, y obedecen a la lógica de que hay ciertos actos del Estado que no pueden ser inatacables, pues son contrarios a los valores que priman en el orden jurídico internacional. Uno de estos supuestos, quizás el más controvertido, ha sido el de los crímenes internacionales (genocidio, tortura, trabajos forzados...) cometidos por las fuerzas armadas de un Estado en el curso de un conflicto armado, sobre el cuál se discute si ha de quedar sujeto o no a dicha inmunidad.

III. Inmunidad del Estado vs. actos de guerra que constituyan crímenes contra la humanidad

1. Planteamiento tradicional: la apreciación de la inmunidad

19. Si bien en la introducción únicamente se hace referencia a Alemania, desgraciadamente son muchos los Estados cuyas fuerzas armadas han cometido crímenes contra la humanidad en el marco de un conflicto bélico: piénsese en los campos de concentración soviéticos, en las bombas de Hiroshima y Nagasaki, en las torturas americanas en Iraq, en la esclavitud que tuvo lugar en el África colonial... Todos los actos descritos son actos de guerra, que *a priori* se encuentran cubiertos por la inmunidad, pero al mismo tiempo son crímenes contra la humanidad.

20. Su calificación como actos de guerra es la que, en principio, les proporciona la cobertura de la inmunidad de jurisdicción, y ello porque este tipo de actos se consideran de *iure imperii*, es decir, realizados en el ejercicio del poder soberano del Estado. Pero se nos plantea una pregunta: ¿todo acto realizado en el contexto de un conflicto armado entre dos Estados puede ser considerado un acto de guerra, incluso aquellos actos que no van dirigidos a objetivos militares? A pesar de la posible influencia de factores políticos²⁷, la respuesta a esta pregunta es afirmativa: se considera acto de guerra todo acto realizado en el marco de un conflicto armado por las fuerzas armadas de un Estado, sin excluir ningún

²⁴ En la práctica, la inmunidad de ejecución sigue siendo prácticamente absoluta, dado el total blindaje de todos los bienes propiedad de las misiones diplomáticas y consulares, consagrada en el art. 22.3 del Convenio de Viena de 18 de abril de 1961 sobre relaciones diplomáticas (que dispone que «los locales de la misión diplomática, su mobiliario y demás bienes situados en ellos, así como los medios de transporte de la misión, no podrán ser objeto de ningún registro, requisa, embargo o medida de ejecución») y en el art. 34 del Convenio de Viena de 24 de abril de 1963 sobre relaciones consulares (que establece que «los locales consulares, sus muebles, los bienes de la oficina consular y sus medios de transporte, no podrán ser objeto de ninguna requisa por razones de defensa nacional o de utilidad pública»).

²⁵ 16 mayo 1972.

²⁶ Abierto a la firma el 17 enero 2005.

²⁷ Un ejemplo de la dificultad de calificar ciertas operaciones como actos de guerra lo tenemos en la ejecución de Bin Laden: para algunos se consideró como la eliminación de un objetivo militar válido, mientras que para otros no existían indicios suficientes como para considerar que estuviera protegido por una fuerza militar de tal nombre, y que permitieran su ejecución sin intentar previamente su detención. *Vid. Diario el País*, 5 mayo 2011, La muerte de Bin Laden: ¿acto de guerra o ejecución?: http://elpais.com/diario/2011/05/05/internacional/1304546404_850215.html.

acto por razón de su naturaleza o ilicitud²⁸. De este modo, todos estos actos estarían cubiertos por la garantía de la inmunidad, por ser considerados como actos *iure imperii*, independientemente de las consecuencias que causen dichos actos. Por si existía alguna duda al respecto, el Convenio Europeo sobre Inmunidad de los Estados excluye expresamente los actos de guerra de las excepciones a la inmunidad, aunque estos actos tengan como consecuencia algún supuesto de los tipificados como tales excepciones (como por ejemplo, la ya mencionada *tort exception*)²⁹.

2. Planteamiento fruto del desarrollo del Derecho Internacional Humanitario: la conveniencia de posibilitar a las víctimas una reclamación civil ante los Tribunales de otros Estados

21. Pero la otra cara de la moneda es que estos actos también constituyen crímenes contra la humanidad. Estos crímenes constituyen violaciones graves de derechos humanos básicos o esenciales, y por lo tanto, de derechos o normas de *ius cogens*, las cuales no pueden ser derogadas bajo ninguna circunstancia, y cuya aplicación no depende de la voluntad de los Estados. Suelen enumerarse como crímenes contra la humanidad aquellos que atentan contra los cuatro derechos más fundamentales, esto es, el derecho a la vida, a la integridad física, mental y moral, a la libertad y a la irretroactividad de la ley penal³⁰. Son ejemplos los siguientes comportamientos: ejecución sin proceso previo, abducción, tortura, detención arbitraria de cierta duración, discriminación racial, genocidio, guerra «total» –que no distinga entre objetivos civiles y militares–, y esclavitud³¹.

22. Según el Derecho Internacional Humanitario, la comisión de estos crímenes conlleva la obligación internacional de proporcionar a las víctimas una reparación del daño «accesible, rápida y eficaz»³². Este derecho de reparación a las víctimas viene reconocido por varios instrumentos internacionales, como el «Conjunto de Principios para la Protección y la Promoción de los Derechos Humanos y la Lucha contra la Impunidad»³³, y los «Principios y Directrices básicas sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves de Derecho Internacional Humanitario a interponer recursos y solicitar reparaciones»³⁴.

23. Como una parte de esta reparación, los instrumentos mencionados reconocen expresamente la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados a las víctimas, lo cual podrá satisfacerse por distintas vías: según los principios mencionados, el Estado habrá de *procurar* esa indemnización mediante «programas nacionales de reparación» (principio 16). Estos programas de reparación vienen regulados, y quedan dentro del ámbito del Derecho Público. Pero existen ocasiones en que la víctima no ve satisfecho su derecho a la reparación a través de estos programas especiales. Lo anterior suele ocurrir (i) porque los programas especiales exigen la acreditación de algunas condiciones y (ii) porque

²⁸ El *Ius in bello*, y concretamente en el art. 2 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, ratificados por la totalidad de la Comunidad Internacional, nos indica qué serán «actos de guerra» las actuaciones cometidas por las fuerzas armadas de un Estado que se realicen (i) en el enfrentamiento entre dos o más Estados (ya sea que se haya declarado la guerra o incluso cuando esta no se reconozca), (ii) en los casos de ocupación total o parcial del territorio de otro Estado, aunque no se encuentre resistencia militar y (iii) en el ejercicio del derecho a la libre determinación.

²⁹ *Vid. art. 31 del Convenio Europeo sobre la Inmunidad de los Estados* (16 mayo 1972).

³⁰ Están establecidos, tal y como indica L. DE OLIVEIRA MOLL en «Al-Adsani v United Kingdom: State Immunity and Denial of Justice with Respect to Violations of Fundamental Human Rights», *Melbourne Journal of International Law*, vol. 4, núm. 2, octubre 2003, pág. 575, en el art. 4.2 del PIDCP, art. 15.2 del CEDH y en el art. 3 común a las Convenciones de Ginebra de 1949.

³¹ M. REQUEJO ISIDRO, *op. cit.* p. 238.

³² Art. 31 del «Conjunto de Principios...». Los «Principios y Directrices...» utilizan la expresión «adecuada, efectiva y rápida».

³³ *Vid. art. 31 del Conjunto de Principios para la Protección y la Promoción de los Derechos Humanos y la Lucha contra la Impunidad* (CN.4/2005/102/Add.1), de la Comisión de Derechos Humanos del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, 8 febrero 2005,

³⁴ *Principios y Directrices básicas sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves de D.I. Humanitario a interponer recursos y solicitar reparaciones* (A/RES/60/147), aprobados por la AGNU el 16 diciembre 2005.

estos programas en ocasiones no satisfacen al completo el derecho a la reparación de todos los perjuicios tanto físicos como morales de los perjudicados³⁵. En estos casos será cuando le interesará reclamar judicialmente su indemnización.

24. En ocasiones será suficiente demandar ante los Tribunales del Estado causante del daño, pero en otras, parece que a la víctima le convendría más reclamar judicialmente ante unos Tribunales distintos. El caso más claro será el de los daños causados en otro Estado, en que a la víctima le sería más beneficioso demandar ante los Tribunales del lugar en que se cometió el daño³⁶. Pero esta posibilidad de demandar al Estado causante de daño ante los Tribunales de un Estado distinto parece chocar de frente con el principio de inmunidad de jurisdicción: estos crímenes de guerra cometidos por el Estado se consideran actos de *iure imperii*, y quedarían por lo tanto protegidos por el privilegio de la inmunidad. En este sentido se han pronunciado distintos Tribunales tanto internos³⁷ como internacionales³⁸, desestimando las demandas de reparación de muchas víctimas por falta de jurisdicción.

3. Tesis utilizadas para levantar la inmunidad y posibilitar la reclamación ante los Tribunales

25. Esta situación, en que los Estados pueden esconderse bajo el caparazón de la inmunidad cuando han cometido actos que violan los derechos humanos, no deja de ser perturbadora para algunos autores, los cuales han hecho surgir tesis críticas que defienden que la inmunidad de jurisdicción no debería operar frente a demandas por este tipo de crímenes. Estas tesis se han articulado de varias formas, siendo las siguientes sus principales manifestaciones³⁹:

A) Tesis que defiende que estos crímenes del Estado no son actos *iure imperii*

26. Para algunos autores, como A. BIANCHI⁴⁰, cometer crímenes internacionales no es una de las funciones del Estado, por lo que no puede considerarse como un acto en el ejercicio de su soberanía estatal. Así, estos actos no serían *iure imperii*, pero tampoco *iure gestionis*, sino que constituirían un *tertium genus* de actos no cubierto por la inmunidad⁴¹, ni por ninguna otra teoría que permitiera que el Estado escapara de la jurisdicción de los Tribunales, como la doctrina anglosajona del *Act of State*. Esta argumentación podía intuirse en las Decisiones de la *House of Lords* del caso *Pinochet*⁴², si bien se

³⁵ Como indica M. REQUEJO ISIDRO, *op. cit.*, p. 46, en ocasiones las víctimas buscan un tipo de reparación que no proporcionan los programas nacionales, como puede ser la solicitud de perdón por parte del Estado causante del daño (menciona el ejemplo de las *comfort women*, a favor de las cuales se estableció un fondo en Japón en 1995, y que rechazaron la indemnización porque reclamaban esa solicitud de perdón por el Estado).

³⁶ Según el Derecho Internacional Privado europeo, este es el foro al que tendría derecho de forma alternativa al del domicilio del demandado, si el causante del daño hubiera sido un particular; ex. art. 5.3 del Reglamento (CE) 44/2001 del Consejo de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

³⁷ Como ejemplo, las citadas por el propio TIJ en la Sentencia objeto de análisis, párrafo 74: Sent. Trib. Supremo Eslovenia 8 marzo 2001, caso n. up-13/99; Sent. TPI Gante (Bélgica) *Botelberghe v. República Federal de Alemania* y Sent. TPI de Leskovac (Serbia) de 1 noviembre 2001.

³⁸ Ejemplos son la STJUE 15 febrero 2007 *Lechoritou and others vs. Dimosio tis Omospondiakis Dimokratias tis Germanias*, disponible en <http://curia.europa.eu> y la STEDH 21 noviembre 2001 *Al-Adsani vs. United Kingdom*, disponible en www.echr.coe.int (en la misma, se afirma la inmunidad de jurisdicción de Kuwait frente a la acción interpuesta por el señor Al-Adsani, ciudadano británico y kuwaití, que sufrió torturas en este último país, indicándose que no se había encontrado «ningún elemento sólido que le permita sostener que en materia de Derecho Internacional un Estado ya no goza de inmunidad frente a una acción civil ante los jueces y tribunales de otro Estado ante los que se formulen alegaciones de tortura»).

³⁹ Las tesis que se exponen a continuación parten todas de considerar que la inmunidad de jurisdicción es norma consuetudinaria de Derecho Internacional. No se recogen por tanto las teorías que defendían que la inmunidad un ejercicio de «cortesía» no obligatorio para los Estados, entendiéndose que las mismas han quedado desfasadas una vez que el carácter consuetudinario del principio de inmunidad ha sido confirmado por el TIJ en su reciente Sentencia de 3 febrero 2012, tal y como se expondrá posteriormente.

⁴⁰ A. BIANCHI, «Innunity vs. Human Rights, The Pinochet Case», *EJIL*, n. 10, 1999, pp. 237-277.

⁴¹ A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.* p. 143.

⁴² Decisiones de 25 noviembre 1998 y 24 marzo 1999, *ILR*, núm. 119, pp. 136 y ss. En las mismas, el *Appellate Committee* sostuvo que ciertos crímenes no podíanstraerse a la jurisdicción tanto penal como civil de los Estados extranjeros por la

aplicó a un anterior jefe del Estado, sin que se haya aplicado a ningún caso en que el demandado era el Estado directamente.

B) Tesis de la renuncia implícita (*waiver exception*)

27. Según esta tesis, estos crímenes sí son actos *iure imperii*, pero al cometerlos el Estado renuncia implícitamente a su inmunidad de jurisdicción. Este razonamiento, defendido por autores como I. BROWNLEE⁴³, fue el empleado en el caso *Prefectura de Votiotia vs. República Federal Alemana*, conocido como caso *Distomo*, en que los demandantes griegos solicitaban una indemnización por los crímenes cometidos por el ejército alemán durante la ocupación de la localidad griega de Distomo. El Tribunal de Primera Instancia les dio la razón en 1997, indicando que, al cometer crímenes graves contra el Derecho Internacional, Alemania renunció de manera implícita a su derecho de inmunidad de jurisdicción frente a un Tribunal extranjero sobre el asunto en cuestión⁴⁴. El Tribunal Supremo de Grecia confirmó la sentencia en el año 2000⁴⁵. Sin embargo, la sentencia no pudo ejecutarse ni en territorio griego (donde no obtuvo la aprobación del Ministro de Asuntos Exteriores) ni alemán (donde fue rechazada en última instancia por el Tribunal Constitucional⁴⁶), y tampoco se admitió ante el TEDH⁴⁷. Tras la instrucción del caso *Distomo*, se presentó otra demanda contra Alemania por otros nacionales griegos reclamando compensación por los actos cometidos por las fuerzas armadas alemanas en la ciudad de Lidoriki en 1944 (caso *Margellos*⁴⁸). Sin embargo, en este caso el Tribunal Supremo Griego determinó que, en el presente estado de desarrollo del Derecho Internacional, Alemania tenía derecho a la inmunidad.

C) Tesis de la represalia internacional (*reprisal exception*)

28. Según esta tesis, estos crímenes del Estado sí son actos *iure imperii*, pero al mismo tiempo son actos ilegales, por lo que se permite al Estado del foro contravenir otra norma internacional como es la de la inmunidad de jurisdicción, a modo de represalia⁴⁹. Esta teoría no ha tenido ninguna difusión, pues sus puntos débiles son muy evidentes: desnaturaliza la finalidad de las represalias y parte de que no apreciar la inmunidad de jurisdicción se considera una violación del Derecho Internacional.

D) Tesis de la jerarquía normativa (*forfeiture exception*)

29. Esta tesis parte de considerar que estos crímenes, pese a ser actos *iure imperii*, constituyen violaciones de los más elementales derechos humanos y por lo tanto de normas internacionales imperativas (*ius cogens*). Estas normas se consideran en el escalón más alto de la jerarquía normativa internacional y por definición, no pueden ser derogadas más que por normas posteriores de igual carácter⁵⁰, por

siguiente razón: «*this is so because acts which amount to international crimes can never be qualified as official acts performed by the head of state in the exercise of his functions*».

⁴³ I. BROWNLEE, *Principles of Public International Law*, Oxford University Press, 2008, p. 340.

⁴⁴ M. I. DEL TORO HUERTA, «La Jurisdicción universal en material civil y el deber de reparación por violaciones graves a los derechos humanos», Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. VII, 2007, pp. 315-349.

⁴⁵ Sent. Corte Sup. De Grecia (Areios Pagos) *Prefecture of Voitoia vs. Federal Republic of Germany*, 4 mayo 2000, *ILR*, núm. 129, pp. 513 y ss.

⁴⁶ Sent. BVerfG, 2 BvR 1476/03 vom 15.2.2006, Absatz-Nr. (1 - 33), *Neue Juristische Wochenschrift*, 2003, pp. 3488 y ss.

⁴⁷ Auto TEDH *Kalogeropoulou vs. Greece and Germany*, ECHR, n. 0059021/00, 12 diciembre 2002, disponible en www.echr-coe.int, en que el Tribunal afirma que «en la actualidad no existe una norma internacional que prescriba que un Estado no goza de inmunidad de jurisdicción respecto de demandas civiles interpuestas en su contra en otro Estado por crímenes contra la humanidad».

⁴⁸ Sent. Anotato Eidiko Dikastirio *Margellos v. República Federal de Alemania* (as. 6/2002), 17 septiembre 2002, *ILR*, Vol. 129, p. 525.

⁴⁹ J. BRÖHMER, *State Immunity and the Violation of Human Rights*, Kluwer Internacional, La Haya, 1999, p. 193.

⁵⁰ Una definición de norma imperativa generalmente aceptada por la comunidad internacional es la contenida en el artículo 53 de la Convención de Viena de Derecho de los Tratados de 23 mayo 1969: «norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter».

lo que no pueden quedar «desactivadas» por el principio de la inmunidad de jurisdicción, que no es una norma de *ius cogens*. En definitiva, esta tesis afirma que los Estados perderían en estos casos su derecho a la inmunidad, por contravenir una norma de *ius cogens*⁵¹.

30. Según L. M. CAPLAN⁵², el origen de esta teoría se encuentra en Estados Unidos, como una reacción a la Sentencia del caso *República Argentina vs. Amerada Hess Shipping Corp.*⁵³, en el que los demandantes reclamaban a Argentina por las pérdidas causadas por el bombardeo a un tanque de gasoil propiedad de la empresa *Amerada Hess* sito en alta mar⁵⁴. Desde ese momento, la teoría tuvo una rápida expansión, sobre todo en Europa⁵⁵, intentándose excluir a la luz de la misma la inmunidad de jurisdicción alemana por los crímenes cometidos en la Segunda Guerra Mundial.

31. Hasta el momento, el caso más célebre en esta dirección es el caso *Ferrini*⁵⁶, planteado ante los tribunales italianos⁵⁷. En este caso, el Sr. Luigi Ferrini solicitaba una indemnización contra Alemania por los daños que sufrió a partir de 1944, año en que fue capturado por las tropas alemanas en Arezzo (Italia), y deportado a un campo de concentración en Alemania, donde fue sometido a trabajos forzados. Tanto en primera instancia como en apelación se apreció que concurría inmunidad de jurisdicción, pero la *Corte di Cassazione* italiana, a pesar de considerar los actos de las tropas alemanas actos *iure imperii*, aplicó la teoría de la jerarquía normativa y entendió que el Estado alemán no estaba protegido por dicha inmunidad, por constituir los actos juzgados crímenes contra la humanidad. La Corte fue más allá, y añadió que respecto de estos crímenes existía una «regla de competencia judicial internacional de alcance universal» al margen de lo que establecieran las normas positivas, de forma que la responsabilidad civil por tales actos podía ser exigida ante los Tribunales de cualquier Estado⁵⁸.

32. *Il principio Ferrini* rápidamente fue alegado por más de los doscientos cincuenta reclamantes que, siguiendo el precedente, se dispusieron a demandar a Alemania ante los Tribunales italianos⁵⁹, o a solicitar de éstos la ejecución de sentencias condenatorias contra el Estado alemán que no llegaban a buen término en sus respectivos países. Como ejemplo, tras el caso *Ferrini*, se instó en Italia el *exequatur* de la sentencia griega del ya mencionado caso *Distomo*. La *Corte Cassazionale*, a pesar de la oposi-

⁵¹ J. KOKOTT, «Missbrauch und Verwirkung von Souveränitätsrechten bei gravierenden Völkerrechtsverstößen», en *Recht zwischen Umbruch und Bewahrung, Festschrift für Rudolf Bernhardt*, 1995, pp. 135-149 y M. REIMANN, «Human Rights Exception to Sovereign Immunity: Some Thoughts on Prince v. Federal Republic of Germany», *Michigan Journal of International Law*, núm. 16, 1994, p. 403.

⁵² L. M. CAPLAN, «State immunity, Human Rights and jus cogens: a critic of the Normative Hierarchy Theory», *The American Journal of International Law*, vol. 97, 2003, p. 765.

⁵³ Sent. US Supreme Court 23 enero 1989 (488 US 428), disponible en <http://supreme.justia.com>.

⁵⁴ La *Supreme Court* rechazó el caso y tres estudiantes publicaron un comentario en 1991 en que defendían que las normas de inmunidad no podían prevalecer sobre las normas de derechos humanos: A. C. BELSKY / M. MERA / N. ROTH-ARRIAZA, «Implied waiver under FSIA: a proposed exception to immunity for violations of peremptory norms of International Law», *California Law Review*, vol. 77, 1989, pp. 365 y ss.

⁵⁵ La literatura europea está repleta de apoyos a esta teoría: *vid.* A. CASSESE, *International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2001, p. 145.

⁵⁶ Sent. Corte Cass, Sez. Un. de 11 marzo 2004, n. 5044, *Ferrini c. Repubblica Federale di Germania*, disponible en www.cortedicassazione.it.

⁵⁷ Al respecto, C. FOCARRELLI, «Denying foreign state immunity for commission of international crimes: the Ferrini decision», *International and Comparative Law Quarterly*, n. 54, 2005, pp. 951-958; P. DE SENA / F. DE VITTOR, «State Immunity and Human Rights: The Italian Supreme Court Decision on the Ferrini Case», *European Journal of International Law*, vol. 16, n. 1, 2005, pp. 89-112.

⁵⁸ Esta tesis implicaría que podría conocer de la responsabilidad civil por estos crímenes cualquier Tribunal del mundo, aunque no tuviera conexión alguna con el caso en cuestión (que no fuera el Tribunal del lugar en que se cometió el daño, ni el de la nacionalidad de la víctima, ni el del Estado que cometió el daño, que serían los Tribunales que, bajo nuestro punto de vista, tendrían más conexión con el litigio). Además, tal y como apuntan A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.* p. 144, podría generar casos masivos de *forum shopping*, pues las víctimas tenderían a litigar ante tribunales de países generosos con sus reclamaciones.

⁵⁹ F. BERTINETTI, «Immunità degli stati e crimini di guerra: la decisione della Corte internazionale di Giustizia nel caso Repubblica federale di Germania contro Repubblica italiana», *Forum di Quaderni Constituzionale*, julio de 2012.

ción alemana, les concedió parcialmente dicho *exequatur*⁶⁰, llegándose a precintar bienes propiedad de la República Alemana sitos en Italia.

33. Si bien esta ha sido la tesis que ha cosechado un éxito mayor, ha de reconocerse que la misma no se ha extendido fuera de Italia: después de 2004, en Francia y Polonia se ha reconocido por las más altas instancias la inmunidad de jurisdicción de Alemania ante demandas de indemnización similares a las expuestas⁶¹, así como en varios Tribunales de Primera Instancia⁶². También se ha reconocido dicha inmunidad de forma posterior a esta sentencia por Tribunales de otros Estados (Reino Unido, Canadá y Nueva Zelanda), ante reclamaciones por crímenes de guerra cometidos por otros Estados distintos del alemán⁶³.

4. Competencia judicial internacional en el caso en que los Tribunales hayan declarado su jurisdicción sobre el asunto: especial consideración al Reglamento 44

34. En los casos en que, por alguna de las teorías anteriores, se ha considerado a un Tribunal con jurisdicción suficiente como para conocer de estas reclamaciones, la siguiente cuestión a resolver por estos Tribunales ha sido la de qué normas deberían determinar la competencia judicial internacional en relación con estas reclamaciones. En el ámbito europeo, la duda consistía en si era aplicable el Reglamento 44⁶⁴. El TJCE, desde las sentencias *Eurocontrol*⁶⁵ y *Rüffer*⁶⁶, ha venido precisando qué ha de entenderse por materia civil y mercantil a efectos del anterior Convenio de Bruselas y actual Reglamento 44. Establece como criterio que no entrarían dentro del ámbito de aplicación del Reglamento aquellos actos en que haya «intervención de una autoridad pública actuando en el ejercicio de su poder». Tal y como pone de manifiesto H. GAUDEMÉT-TALLON, esta distinción coincide exactamente con la que se realiza en sede de inmunidad entre actos *iure imperii* y actos *iure gestionis*⁶⁷.

35. Este criterio fue el utilizado por el Tribunal europeo en su sentencia de 15 febrero 2007, conocida como *Kalavrita*⁶⁸ para excluir expresamente del ámbito de aplicación del Reglamento 44 los daños causados por las fuerzas armadas de un Estado contratante en otro Estado contratante como consecuencia de crímenes internacionales. La petición de decisión prejudicial se presentó en el marco de un litigio que tenía por objeto la solicitud de reparación a la República de Alemania de los daños materiales y morales sufridos por las víctimas como consecuencia de la actuación de sus fuerzas armadas durante la ocupación de la ciudad griega de Kalavrita durante la Segunda Guerra Mundial. El Tribunal se ampara

⁶⁰ S. Corte Cass. 29 mayo 2008, n. 14199, disponible en www.cortedicassazione.it.

⁶¹ Cfr. Sent. Cour App. Paris de 9 septiembre 2002 X. c. *État allemand*, disponible en *Annuaire Français de Droit International*, vol. XLIX, 2003, pp. 724 y ss; Sent. Cour Cass. Civ. 1^a de 16 diciembre 2003, *Bucheron c. RFA* y Sent. Cour Cass. Civ. 1^a de 2 junio 2004, disponible en *Révue Générale de Droit International Public*, tomo 108, nº 1, 2004, pp. 259 y ss; Sent. Cour Cass. Civ. 1^a de 2 junio 2004 *Giménez Expósito c. Repùblica Federal de Alemania*, disponible en *Révue Critique de Droit International Privé*, nº 1, enero-marzo 2005, pp. 75 y ss; Sent. T. S. Polonia 29 octubre 2010, *Natoniewski vs. Repùblica Federal de Alemania*, disponible en *Polish Yearbook of International Law*, vol. XXX, 2010, p. 299 y ss.

⁶² Por ejemplo, Sent. Corte Fed. Rio de Janeiro 9 julio 2008, *Barreto vs. Repùblica Federal de Alemania*, apud. STIJ 3 febrero 2012, párrafo 74.

⁶³ Respecto a Canadá, cfr. Sent. Trib. Sup. Ontario de 1 mayo 2002, *Bouzari vs. Iran* y Sent. Trib. Sup. Ontario de 28 febrero 2005, *Arara vs. Jordan*. Respecto a Reino Unido, cfr. Sent. App. Court England de 28 octubre 2004, *Jones vs. Ministry of the Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya as Sudiya*. Respecto a Nueva Zelanda, cfr. Sent. High Court Nueva Zelanda de 21 diciembre 2006, *Sam Fang and others v. Zemin Jiang and others*; apud. STIJ 3 febrero 2012, párrafo 85.

⁶⁴ Reglamento (CE) 44/2001 del Consejo de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

⁶⁵ SSTJUE 14 octubre 1976 (as. 29/76) y 14 julio 1977 (as. 9 y 10/77). En estas sentencias estaba en juego una acción interpuesta por la organización europea de seguridad de la navegación aérea Eurocontrol contra la Compañía Alemana de Navegación, entidad de naturaleza pública. Véanse además los casos *Sonntag* (as. C-172/91), *Henkel* (as. C-167/00), *Préservatrice foncière TIARD* (as. C-266/01) y *Frahuil* (as. C-265/02).

⁶⁶ STJUE 16 diciembre 1980 (as. 814/79).

⁶⁷ H. GAUDEMÉT-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, L.G.D.J., Paris, 2002, p. 27.

⁶⁸ STJUE 15 febrero 2007 *Lechoritou and others vs. Dimosio tis Omospondiakis Dimokratias tis Germanias* (as. C-292/05).

en su jurisprudencia anterior para indicar que estas acciones de indemnización de particulares frente a un Estado contratante no se consideran materia civil, puesto que las operaciones de fuerzas armadas son manifestación de prerrogativas del poder público por una de las partes del litigio, y ello por dos razones: (i) son decididas de modo unilateral por el Estado; (ii) se encuentran ligadas a la política exterior y de defensa, a pesar de que las mismas puedan considerarse ilícitas.

36. En definitiva, subyace la idea de que el anterior Convenio de Bruselas y el actual Reglamento 44 son un instrumento para facilitar el mercado interior, y no para enfrentar entre sí a sus Estados miembros⁶⁹. Así lo expresa la misma Sentencia: «*Estas dificultades serían indudablemente incompatibles con la lógica interna y la finalidad de dicho Convenio, que se basa en la confianza mutua de los Estados contratantes en sus ordenamientos jurídicos y en sus instituciones judiciales*». Esta sentencia ha tenido una incidencia poderosa en la redacción del Reglamento Roma II⁷⁰, que sigue fielmente al TJUE. Su artículo 1.1, inciso segundo, indica expresamente que el mismo no será de aplicación a «*los casos en que el Estado incurra en responsabilidad por acciones u omisiones en el ejercicio de su autoridad (acta iure imperii)*».

37. De esta forma, los Estados que quisieran declararse competentes para conocer de estas cuestiones habrían de hacerlo de acuerdo a sus normas de producción interna, así como también tendrían que aplicar al litigio sus normas de conflicto internas para determinar la ley aplicable al mismo. Así lo hizo Italia en aquellos casos en que se declaraba con jurisdicción y competencia para conocer de las demandas de condena y de ejecución de las víctimas.

38. Esta oleada de casos en que los Tribunales italianos se consideraban con jurisdicción y competencia frente a Alemania es lo que llevó a esta última a demandar a Italia ante el TIJ, y a solicitar al mismo que se pronunciara sobre si tales actuaciones constituyan una violación de las normas de Derecho Internacional Público que establecen la inmunidad de jurisdicción.

IV. El fallo del TIJ en la Sentencia de 3 de febrero de 2012

1. La Sentencia

39. Alemania presentaba su demanda contra Italia el 23 de diciembre de 2008, acusándole ante el TIJ de violar reiteradamente su inmunidad de jurisdicción y de ejecución en los casos expuestos (en su demanda mencionaba expresamente los casos *Ferrini* y *Distomo*). La Corte de la Haya dictó sentencia el 3 de febrero de 2012.

40. Para poder dictaminar si había existido o no tal violación, el TIJ tenía que determinar en primer lugar la Ley aplicable a la controversia, esto es, qué normas son las que rigen la existencia, el alcance y las excepciones de la inmunidad de jurisdicción. El TIJ se ciñe al Derecho Internacional consuetudinario, al no ser Italia parte de la mencionada Convención Europea sobre Inmunidad de los Estados⁷¹. Estudiando dicho Derecho consuetudinario, esto es, basándose en la jurisprudencia de los distintos Estados, en su legislación interna, en las posturas jurídicas asumidas por los Estados ante estas demandas, así como en las opiniones manifiestas en el marco del proceso codificador que condujo a la Convención de NU de 2004⁷², el TIJ asume la existencia de la inmunidad de jurisdicción y de ejecución

⁶⁹ V. GÄRTNER, «The Brussels Convention and Reparations – Remarks on the Judgment of the European Court of Justice in Lechouritou and others v. the State of the Federal Republic of Germany», *German Law Journal*, vol. 8, n. 4., pp. 417-442.

⁷⁰ REGLAMENTO (CE) No 864/2007 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales.

⁷¹ R. GARCIAÑDÍA GARMENDIA, «El Tribunal Internacional de Justicia y la Inmunidad de Jurisdicción», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXIV, n.2, 2012, p. 282.

⁷² J. FERRER LLORET, «La insopportable levedad del Derecho Internacional consuetudinario en la jurisprudencia de la CIJ: el caso de las inmunidades jurisdiccionales del Estado», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n. 24, diciembre 2012, p. 9.

del Estado extranjero como una norma general en relación a los actos *iure imperii*, apreciando la concurrencia de los dos requisitos que había exigido en otras ocasiones (por ejemplo, en los casos *North Sea Continental Shelf* de 1969⁷³): práctica repetida y *opinio juris*⁷⁴.

41. Seguidamente, el TIJ había de determinar el alcance y la extensión de dicha inmunidad⁷⁵, esto es, si puede considerarse como una excepción a la misma la vulneración de normas de Derecho Internacional Humanitario en el contexto de un conflicto armado.

42. Para defender la existencia de dicha excepción, Italia utilizó como argumento principal de su defensa el que sus Tribunales habían venido exponiendo en sus Sentencias condenatorias a Alemania, esto es, la doctrina *Ferrini*. Así, defendió que no puede apreciarse la inmunidad cuando los actos del Estado constituyan contravención de normas de *ius cogens*. El TIJ, siguiendo las críticas a esta doctrina⁷⁶, desestimó este argumento indicando que (i) entrar a decidir si un acto constituye un crimen contra la humanidad para apreciar la no concurrencia de inmunidad, ya supondría entrar a juzgar una cuestión que corresponde al fondo del asunto, y por lo tanto, ejercer jurisdicción, antes de haber decidido sobre si cabe o no dicha jurisdicción⁷⁷; y que (ii) no existe conflicto con son normas de *ius cogens*, puesto que las normas sobre inmunidad de jurisdicción son normas procesales, mientras que las normas que prohíben la comisión de un crimen contra la humanidad son normas sustantivas, de modo que no pueden ponerse en el mismo plano⁷⁸.

43. Además del argumento *Ferrini*, Italia intentó utilizar dos argumentos más, pero ambos corrieron la misma suerte desestimatoria que el primero. Por un lado, Italia alegó la aplicación a estos casos de la costumbre internacional que permite a un Estado juzgar a otro Estado extranjero cuando haya causado daños en su territorio (*exception of tort*), ante lo cual el TIJ indicó que esta costumbre no cubre los daños causados en el contexto de un conflicto armado, siendo esta la práctica habitual del resto de los Estados. El otro argumento fue el de la posibilidad de la apertura de jurisdicción como una última opción para las víctimas, a modo de *last resort*.

44. Por los argumentos expuestos, el TIJ afirma que la calificación de un acto como de *iure imperii* no se ve modificada en nada por el hecho de que estos actos sean violaciones de Derecho Internacional Humanitario⁷⁹, y en consecuencia, estima que los actos cometidos por las fuerzas armadas alemanas durante la Segunda Guerra Mundial están amparados por la inmunidad de jurisdicción, y que la actuación de los tribunales italianos era contraria al Derecho Internacional. El TIJ condena a la restitu-

⁷³ Vid. SSTIJ 20 febrero 1969, *Federal Republic of Germany vs. Denmark* y *Federal Republic of Germany vs. Netherlands*.

⁷⁴ Así, el Tribunal confirmó lo que ya había sido afirmado por la CDI en 1980: «The rule of State immunity has been adopted as a general rule of customary international law solidly rooted in the current practice of States» (Yearbook of the International Law Commission, 1980, vol. II (2), p. 147, párr. 26), desestimando las teorías que pretendían hacer de la inmunidad una prerrogativa concedida por cada Estado (*vid. párrafo 15* del presente estudio).

⁷⁵ «It follows that the Court must determine, in accordance with Article 38 (1) (b) of its Statute, the existence of international custom, as evidence of a general practice accepted as law, conferring immunity on States and, if so, what is the scope and extent of that immunity» (párrafo 55).

⁷⁶ Vid. H. Fox, *The Law of State Immunity*, Oxford University Press, 2002, p. 525: «State immunity is a procedural rule going to the jurisdiction of a national court, state immunity, does not contradict a prohibition contained in a *jus cogens* norm but merely diverts any breach of it to a different method of settlement. Arguably, then, there is no substantive content in the procedural plea of State Immunity upon which a *jus cogens* mandate can bite».

⁷⁷ «To the extent that this distinction is significant for determining whether or not a State is entitled to immunity from the jurisdiction of another State's courts in respect of a particular act, it has to be applied before that jurisdiction can be exercised, whereas the legality or illegality of the act is something which can be determined only in the exercise of that jurisdiction»(párrafo 60).

⁷⁸ En palabras del Tribunal: «The rules of State immunity are procedural in character and are confined to determining whether or not the courts of one State may exercise jurisdiction in respect of another State. They do not bear upon the question whether or not the conduct in respect of which the proceedings are brought was lawful or unlawful» (párrafo 93).

⁷⁹ Véase el párrafo 60 de la STIJ: «The Court considers that the terms «*jure imperii*» and «*jure gestionis*» do not imply that the acts in question are lawful but refer rather to whether the acts in question fall to be assessed by reference to the law governing the exercise of sovereign power (*jus imperii*) or the law concerning non-sovereign activities of a State, especially private and commercial activities (*jus gestionis*)».

ción íntegra del perjuicio causado al Estado alemán, lo cual comporta no sólo la cesación de los efectos de los actos actualmente en vigor, sino también la eliminación de los efectos ya producidos⁸⁰.

2. Valoración

45. En definitiva, esta Sentencia afirma que actualmente no existe una excepción a una inmunidad de jurisdicción para los casos de violación de derechos humanos. En el fondo, el TIJ está indicando que esta cuestión aún no se ha sustraído del ámbito del Derecho Internacional Público, y que no puede sustanciarse mediante demandas civiles (lo que ocurriría, por ejemplo, en el caso de los actos *iure gestionis*, o en el caso de que concurra alguna otra excepción a la inmunidad internacionalmente aceptada, como la *tort exception*); de hecho, remite a las víctimas a los mecanismos de resolución previstos por el Derecho Internacional Público (negociación entre los Estados implicados)⁸¹. Esta Sentencia constituye un freno a una posible evolución del Derecho Internacional en el sentido de dejar más espacio a las reclamaciones privadas.

46. El fallo del TIJ tiene además incidencia directa en los derechos de las víctimas, pues por el momento acaba con toda opción de reclamar ante los Tribunales de un Estado distinto del que causó el daño⁸². Se ha puesto de manifiesto que esta decisión del Tribunal podría suponer una lesión a su derecho a la tutela judicial efectiva. Ya en el momento de la publicación del fallo, así lo hizo el Juez Cançado Trindade, en su voto disidente⁸³. La lesión de este derecho no fue planteada como argumento por Italia, por lo que el TIJ no se manifestó directamente sobre la compatibilidad entre éste y la inmunidad. En cualquier caso, nada nos hace pensar que su decisión fuera en una línea distinta de las ya proporcionadas por el TEDH o por los Tribunales nacionales, que, tal y como se verá seguidamente, son favorables a hacer compatibles ambos principios.

V. Compatibilidad de la STIJ con el derecho a la tutela judicial efectiva de las víctimas

47. El derecho a la tutela judicial efectiva de las víctimas tiene dos manifestaciones distintas cuando se trata de reclamar derechos que provienen de violaciones de derechos humanos: (i) el derecho general a un «*fair hearing*», es decir, a una tutela judicial efectiva, en relación a todas las obligaciones y derechos de carácter civil de dicha víctima, y (ii) el derecho a un recurso efectivo en materia de derechos humanos. Cada uno de estos derechos ocupa un lugar distinto en el ordenamiento jurídico internacional, y recibe una protección y un tratamiento distinto, lo cual se traduce en una «resistencia» distinta ante el principio de inmunidad de jurisdicción.

1. La vulneración del derecho general a la tutela judicial efectiva

48. Se ha defendido que en un Estado que ampara la tutela judicial efectiva como derecho fundamental, la inmunidad jurisdiccional ha de ser siempre una inmunidad condicionada a este derecho⁸⁴, lo cual supondría aceptar que el mismo tiene naturaleza de norma imperativa o de *ius cogens*.

⁸⁰ Tal y como indica MARIA LUISA PADELLETTI, «L'esecuzione della sentenza della Corte internazionale di giustizia sulle immunità dalla giurisdizione nel caso Germania c. Italia: una strada in salita?», *Rivista di diritto internazionale*, 2012, p. 444-450, esp. p. 446, esto implica la necesidad de reabrir los procesos ya concluidos, aunque hayan adquirido la autoridad de cosa juzgada, lo cual no resulta tan sencillo a la vista del ordenamiento jurídico italiano.

⁸¹ Véase el párrafo 104.II de la STIJ: «*It considers however that the claims arising from the treatment of the Italian military internees referred to in paragraph 99, together with other claims of Italian nationals which have allegedly not been settled –and which formed the basis for the Italian proceedings– could be the subject of further negotiation involving the two States concerned, with a view to resolving the issue.*

⁸² Y lo hace de forma consciente. Véase el párrafo 104.I de la Sentencia: «*In coming to this conclusion, the Court is not unaware that the immunity from jurisdiction of Germany in accordance with international law may preclude judicial redress for the Italian nationals concerned.*

⁸³ El Juez Cançado Trindade se ha convertido en el principal defensor de un Derecho Internacional que tenga como centro el principio de respeto a los derechos humanos.

⁸⁴ F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *op. cit.* p. 54.

49. A nivel internacional, el derecho a una tutela judicial efectiva no ha alcanzado una tipificación con un ámbito de aplicación universal, pero sí se encuentra recogido de forma explícita en varios Convenios regionales de Derechos Humanos, los cuales hacen extensible su aplicación a prácticamente todo el planeta⁸⁵. Como es sabido, este principio también está consagrado como un derecho fundamental en la mayoría de ordenamientos jurídicos nacionales (en España, en el artículo 24 de la CE). A los casos objeto de estudio sería de aplicación directa el artículo 6(1) del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (en adelante, «CEDH»)⁸⁶, que tiene el tenor literal siguiente:

«1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. (...)»⁸⁷.

50. Podría defenderse que la decisión del TIJ colisiona con este artículo 6.1 en sus vertientes de (i) derecho de acceso a los Tribunales, (ii) derecho a litigar a unos costes proporcionados y (iii) derecho a la igualdad de medios o armas (*equality of arms*).

A) La vulneración de la tutela judicial efectiva en su perspectiva del derecho de acceso a los Tribunales

51. Según el art. 6(1), toda persona tiene derecho a que su causa sea oída por un Tribunal independiente e imparcial. La incompatibilidad con la inmunidad vendría dada en el supuesto de que un Tribunal se declarara sin jurisdicción para conocer de un caso cuando éste fuera la única opción de la víctima de acceder a los Tribunales.

52. Esta vertiente del derecho a la tutela judicial efectiva fue reconocida por el TEDH por primera vez en la Sentencia *Golder*, de 21 febrero 1975⁸⁸, en la cual el Tribunal ya apuntó que el mismo estaba sujeto a limitaciones⁸⁹. Desde ese momento, la jurisprudencia del TEDH ha establecido que esas limitaciones han de superar un control de conformidad con el Convenio de Derechos Humanos, que ha de realizar el Juez del foro. Este *test* de conformidad ha de realizarse de acuerdo a las siguientes reglas: (i) la limitación ha de ser acorde con los fines del Convenio y (ii) la limitación ha de ser proporcional al fin que se pretende conseguir⁹⁰.

53. Según el TEDH, el principio de inmunidad jurisdiccional es una limitación que cumple con los dos requisitos mencionados, pues (i) está fundada en la necesidad de salvaguardar la soberanía del Estado, y consecuentemente la paz y la justicia internacional, lo cual se enmarca en los fines del Convenio contenidos en su Considerando IV⁹¹, y (ii) lo hace de forma proporcionada⁹². En consecuencia, el TEDH considera la inmunidad de jurisdicción como una limitación inherente al Convenio, totalmente

⁸⁵ Art. 6.1 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, de 4 noviembre 1950; art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) de 22 noviembre 1969, art. 19.b de la Declaración de los Derechos Humanos en el Islam (Declaración del Cairo) de 5 agosto 1990, art. 7.1 de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (Carta De Banjul) de 27 julio 1981.

⁸⁶ El mismo ha sido ratificado por más de 40 países, entre ellos Alemania.

⁸⁷ Fuente: www.echr.coe.int

⁸⁸ STEDH 21 febrero 1975, *Golder v. The United Kingdom*, (recurso núm. 4451/70). *Vid.* párrafos 35 y 36.

⁸⁹ *Vid.* párrafos 37 a 40.

⁹⁰ Así se establece en sentencias como la STEDH *Ashingdane vs. The United Kingdom*, de 1985 (párrafo 57) y en la STEDH ya mencionada *Al-Adsani* (párrafos 53 a 55), disponibles en www.echr.coe.int.

⁹¹ «Reafirmando su profunda adhesión a estas libertades fundamentales que constituyen las bases mismas de la justicia y de la paz en el mundo, y cuyo mantenimiento reposa esencialmente, de una parte, en un régimen político verdaderamente democrático, y, de otra, en una concepción y un respeto comunes de los derechos humanos de los cuales dependen».

⁹² *Vid.* nota anterior.

compatible con el mismo. Esta es la postura que han seguido también los Altos Tribunales nacionales, que han afirmado la compatibilidad de las inmunidades jurisdiccionales en su concepción restrictiva con el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en sus legislación interna⁹³.

54. Nada puede objetarse a la evidencia de que el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la justicia no es una norma absoluta, sino que admite excepciones justificadas por la Ley. Una de ellas es, por ejemplo, el establecimiento de normas de competencia, que inevitablemente tienen un efecto restrictivo sobre el derecho de acceso. Pero sí pueden presentarse objeciones a que la inmunidad de jurisdicción, cuando nos encontramos ante un caso de vulneración de derechos humanos, sea una excepción conforme a los dos requisitos exigidos. En nuestra opinión, el razonamiento expuesto por el TEDH para reconciliar inmunidad y tutela judicial efectiva queda contradicho por el propio tenor literal del Considerando IV del CEDH⁹⁴. Los fines que, a juicio del TEDH, persigue la inmunidad, es decir, «la paz y la justicia mundial», han de conseguirse según dicho considerando a través de la «adhesión a estas libertades fundamentales» que consagra el Convenio, entre las que se encuentra la tutela judicial efectiva, así como el respeto a los derechos humanos que supuestamente habría violado el Estado que alega su inmunidad, y no siguiendo un camino distinto de aquél que marca el Convenio. Menos aún puede afirmarse que la inmunidad de jurisdicción promueve «un régimen político verdaderamente democrático» y «una concepción y un respeto comunes de los derechos humanos»⁹⁵, pues la inmunidad, por definición, tiene una consecuencia antidemocrática: supone que el Estado no ha de quedar sujeto al control de las leyes y los Tribunales.

55. A pesar de los intentos del TEDH por reconciliar ambos derechos, la argumentación basada en la compatibilidad de la inmunidad con los fines del Convenio no parece sostenerse. En estos casos, los Tribunales que apreciaran la inmunidad estarían denegando el acceso a la justicia en los casos en que fuera la única opción de las víctimas de acceder a un *fair hearing*. Al TIJ tampoco pareció importarle mucho esta cuestión: al pronunciarse sobre el último argumento utilizado por la defensa italiana (la excepción del *last resort*) desamparó también la tutela de las víctimas aún en los casos en que no tuvieran otra opción de obtener reparación.

56. El TIJ rechazó esta excepción del *last resort* indicando que entrar a evaluar si una determinada víctima ha podido acceder a por otra vía a la compensación sería «ejercer jurisdicción antes de determinar si hay jurisdicción»⁹⁶. Pero este argumento ha de ceder frente a la tutela judicial efectiva. Esta argumentación parece confundir dos conceptos que son distintos: el enjuiciamiento y el razonamiento. Lo anterior se explica muy fácilmente: la jurisdicción es un presupuesto procesal, y para determinar su pertinencia siempre será necesario realizar un razonamiento lógico. Este razonamiento se realiza sin el análisis de prueba, lo cual se considera el requisito necesario para enjuiciar, por lo que no puede calificarse como un enjuiciamiento, y por lo tanto como «ejercicio de jurisdicción». Además, en caso de que así fuera, el tribunal del foro únicamente estaría «ejerciendo jurisdicción» sobre el particular, pues se trataría de analizar sus opciones de acceso a la reparación, sin entrar a considerar en nada los actos del Estado causante del daño. Además, el propio Tribunal no considera que este «ejercer jurisdicción» ya se estaría produciendo cada vez que se estudia si cabe apreciar la inmunidad, al calificar un acto como de *iure imperii* o de *iure gestionis*. Como se ve, en caso de que el razonamiento empleado por el TIJ fuera

⁹³ En España, la cuestión de la compatibilidad entre el art. 24 CE y las inmunidades jurisdiccionales se ha planteado ante el TC en cuatro ocasiones: STC 107/1992, de 1 julio; STC 292/1994, de 27 octubre; STC 140/1995, de 28 septiembre y STC 176/2001 de 17 septiembre. El TC cierra así la puerta a la postura que había sido mantenida por el Tribunal Supremo, más crítica con la inmunidad (SSTS 10 febrero y 1 diciembre 1986).

⁹⁴ *Vid.* nota 100.

⁹⁵ *Vid.* nota anterior.

⁹⁶ «Moreover, if a lump sum settlement has been made –which has been the normal practice in the aftermath of war, as Italy recognizes– then the determination of whether a particular claimant continued to have an entitlement to compensation would entail an investigation by the court of the details of that settlement and the manner in which the State which had received funds (in this case the State in which the court in question is located) has distributed those funds» (párrafo 102).

válido, la inmunidad del Estado debería ser absoluta, sin que pudiera levantarse la misma en casos de actuación *iure gestionis*.

57. De esta forma, podría afirmarse que el TIJ, al desechar la opción del *last resort*, estaba desechando también la protección del derecho a la tutela judicial efectiva de las víctimas en su vertiente de acceso a los Tribunales, al igual que lo hizo en su momento el TEDH, y pese a que, por lo expuesto, pueda defenderse que la inmunidad vulnera este derecho.

B) Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su perspectiva del derecho a litigar a unos costes proporcionados

58. El derecho a la tutela judicial no se ve solamente vulnerado en los casos en que no haya otros Tribunales ante los que plantear la demanda, sino también cuando existan otros Tribunales ante los que dicha demanda pudiera plantearse, si los mismos suponen a la víctima unos costes desproporcionados para litigar. Así lo declaró el TEDH en su Sentencia de 9 octubre 1979 *Airey vs. Ireland*⁹⁷. La incompatibilidad con la inmunidad vendría dada cuando la víctima frente a la que se aprecia la inmunidad de jurisdicción únicamente tuviera como alternativa la de litigar ante los tribunales del Estado en que causó el daño, pues implicaría someter al demandante a diligencias irrazonables, cargas excesivas o costes desproporcionados para poder ejercitar su derecho.

59. Podría afirmarse que en estos casos se produce una lesión de la tutela judicial efectiva porque además se produce una flagrante desigualdad entre las reclamaciones «nacionales» y las «internacionales», a favor de las primeras. En los casos en que una víctima de los crímenes de un Estado haya sufrido los daños en el país de dicho Estado, no tiene que desplazarse para efectuar su reclamación, enfrentándose además a una jurisdicción conocida. Sin embargo, cuando el caso se internacionaliza, se obliga a la víctima a litigar ante un Estado que no es aquél en que se causó el daño, con todo lo que ello puede suponerle. Esta desigualdad ocurre igualmente si se analiza desde la perspectiva del Estado incumplidor: al mismo le resultará más «barato» cometer crímenes en el extranjero que dentro de su propio territorio, lo cual puede provocar que el Estado genere una «externalidad» negativa, es decir, que tienda a «exportar» sus crímenes a territorios de otros países, donde le será más sencillo salir indemne.

60. Además, el acceso a los Tribunales a costes desproporcionados no cumple con la exigencia de efectividad que se considera inherente al mismo. Tal y como han expuesto muchos autores, el artículo 6.1 del CEDH ha de interpretarse de forma sistemática con el artículo 13, al ser una concreción del mismo. Este artículo 13 se refiere a un recurso «efectivo» ante una instancia nacional. Esa efectividad ha de servir por lo tanto de criterio guía en el artículo 6, en el sentido de que el derecho de acceso garantizado por el mismo no debe ser entorpecido por obstáculos inadecuados como el coste excesivo de la protección judicial⁹⁸, que pueden llevar a la víctima a abandonar su intención de demandar.

61. Así, por lo expuesto puede también defenderse que el principio de inmunidad también vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de costes proporcionados. No obstante, ha de indicarse que este derecho no puede transformarse en un «derecho a litigar ante Tribunales extranjeros en todo caso»⁹⁹, pues en cada caso la víctima se enfrentará a unos costes de litigación distintos. Ello dependerá de la conexión de la víctima con ese foro y de las posibilidades alternativas de obtener reparación¹⁰⁰.

⁹⁷ STEDH de 9 octubre 1979 *Airey vs. Ireland*, párr. 14 y siguientes.

⁹⁸ J. BRÖHMER, *State Immunity and the Violation of Human Rights*, Kluwer Internacional, La Haya, 1999, p. 187.

⁹⁹ M. KLOTH, *Immunities and the Right of Access to Court Under Article 6 of the European Convention of Human Rights*, Martinus Nijhoff, 2010, p. 37.

¹⁰⁰ En torno a los costes de la litigación internacional en los supuestos de litigación internacional *inter-privatos*, *vid.* J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Conflictos de Leyes y teoría económica*, Ed. Colex, Madrid, 2011, pp. 49-59, y en lo relativo a los costes conflictuales, con mayor especificidad, *vid.* J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Règle de conflit et théorie économique», *Revue critique*

C) La vulneración de la tutela judicial efectiva en su perspectiva de la igualdad de medios de defensa

62. Para una importante corriente de pensamiento, iniciada en los años sesenta por el político austriaco W.P. PAHR¹⁰¹, la inmunidad de jurisdicción no sólo vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la justicia, sino también en su vertiente de un derecho a la «igualdad de medios de defensa» (*equality of arms*).

63. Este derecho supone que, una vez que el individuo haya accedido a los Tribunales de un Estado, éste ha de tener «una oportunidad razonable de presentar su caso en condiciones que no le sitúen en una desigualdad sustancial frente a su oponente»¹⁰². Para PAHR, la inmunidad daría al Estado el privilegio de ser demandado siempre ante sus propios Tribunales cuando hubiera violado derechos fundamentales, mientras que la víctima estaría forzada a demandar siempre en un foro extranjero, lo cual le situaría en una situación de desigualdad razonable frente a su oponente. Sin embargo, no se ha estimado que el demandar ante los Tribunales del Estado que causó el daño suponga una vulneración de este principio¹⁰³.

64. Difícilmente puede rebatirse que demandar en un foro extranjero es una desventaja para la víctima. Desplazarse ante los Tribunales del Estado que causó el daño le supondría una lengua oficial distinta, dificultades para contactar a un abogado y la falta de conexión territorial con dicho Estado¹⁰⁴. Esta desventaja es aumentada por el hecho de que el Estado suele ser la parte fuerte cuando se relaciona con un particular¹⁰⁵. Tampoco puede obviarse el riesgo de que los Tribunales del Estado causante del daño no sean garantía de imparcialidad, o que los mismos no vayan a reparar a las víctimas (por ejemplo, porque dicho Estado haya dictado leyes de amnistía que puedan ser consideradas como contrarias al Derecho Internacional¹⁰⁶, pero que sus Tribunales tendrán que aplicar al caso).

65. Por lo expuesto podría también defenderse que la inmunidad es incompatible con la tutela judicial efectiva en su perspectiva de igualdad de medios, de forma que los Tribunales de un Estado también habrían de desestimar la inmunidad de jurisdicción del Estado cuando el acceso a otros Tribunales distintos ponga a la víctima en una situación de desigualdad no razonable frente al Estado¹⁰⁷.

2. La vulneración del derecho a un recurso efectivo en materia de derechos humanos

66. Tal y como se ha expuesto anteriormente, el Derecho Internacional reconoce a las víctimas de violaciones de derechos humanos el derecho a una reparación. Este derecho se complementa con el reconocimiento de un derecho a un recurso efectivo para aquellos casos en que no haya sido posible obtener la reparación por otra vía. El derecho a este recurso está contenido en la Declaración Universal de

de droit international privé, vol. 101, 2012-III, pp. 521-538. Igualmente, en relación con el concreto supuesto de las «cartas de patrocinio», pero con consideraciones generales de profundo interés, *vid.* P. DIAGO DIAGO, *Las cartas de patrocinio en los negocios internacionales. Estudio jurídico*, Aranzadi, Pamplona, 2012, pp. 98-115.

¹⁰¹ W.P. PAHR, «Die Staatenimmunität und Artikel 6 Absatz 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention», en *Mélanges offerts à Polys Modinos: Problèmes des droits de l'homme et de l'unification Européenne*, ed. Pedone, 1968, p. 222-32. El autor es tajante: «*There is no room for the immunity privilege under the Convention*».

¹⁰² Véase, entre otras Sentencias, la STEDH *Dombo Beheer BV vs. the Netherlands* de 27 octubre 1993, párrafo 33 y la STEDH *Niderost-Huber vs. Switzerland* de 18 febrero 1997, párrafo 23.

¹⁰³ Comisión Europea de los Derechos Humanos, recurso número 434/58, *X vs. Sweden*, pp. 354-370.

¹⁰⁴ M. KLOTH, *Immunities and the Right of Access to Court Under Article 6 of the European Convention of Human Rights*, Martinus Nijhoff, La Haya, 2010, p. 36.

¹⁰⁵ J. BRÖHMER, *State Immunity and the Violation of Human Rights*, Kluwer Internacional, La Haya, 1999, p. 179.

¹⁰⁶ Al respecto, J. DUGARD, «Dealing with crimes of past regimes, is amnesty still an option?», *Leiden Journal of International Law*, n. 12, pp. 1001-1015, 1999.

¹⁰⁷ Véase B. HESS: *Staatenimmunität bei Distanzdelikten*, Beck, Munich, 1992, p. 318.

los Derechos Humanos¹⁰⁸, que se refiere expresamente a un recurso judicial, y en el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos de 1976¹⁰⁹, que se refiere simplemente a un «recurso efectivo».

67. En cualquier caso, la exigencia de que dicho recurso sea «efectivo» implica que la vía judicial haya de permanecer abierta, al menos para aquellos casos en que la reparación no haya podido obtenerse de otro modo¹¹⁰, y que esa vía (i) no sea disuasoria para la víctima, esto es, que no les suponga unos nos obstáculos tales que les haga desistir de su reclamación; y (ii) sea capaz de ofrecer a las víctimas una reparación con todas las características exigidas por el Derecho Internacional (accesible, rápida y eficaz¹¹¹).

68. La reclamación ante los Tribunales del Estado que causó el daño no parece garantizar un recurso efectivo que permita a la víctima obtener una reparación con las características mencionadas, pues, tal y como se ha expuesto, supone un coste de litigación desproporcionado para la víctima, le sitúa en una situación de desigualdad, existe riesgo de parcialidad... Por lo anterior podría afirmarse que el derecho de la víctima de un crimen internacional a una reparación accesible, rápida y eficaz que reconoce el Derecho Internacional habría de implicar la posibilidad de acceso a una tutela judicial del mismo ante los Tribunales de un Estado distinto de aquél que causó el daño, al menos en los casos en que no haya podido obtenerse tal reparación de ningún otro modo.

69. El TIJ se planteó la compatibilidad de la inmunidad de jurisdicción con las normas imperativas que prohíben la comisión de violaciones de derechos humanos, pero no se planteó su compatibilidad con la norma que establece el derecho a un recurso efectivo. Por ello se contentó con indicar que no existe conflicto entre las primeras, al ser normas que se encuentran en un plano distinto (procesal y material). Sin embargo, la respuesta tendría que haber sido distinta si se hubiera planteado la compatibilidad de la inmunidad con este derecho a un recurso efectivo: el TIJ habría tenido que pronunciarse sobre la jerarquía entre dos normas que se encuentran en el mismo plano (procesal).

70. Partiendo de lo anterior, esto es, de considerar que tanto la norma que establece el derecho a un recurso efectivo en materia de derechos humanos como la norma que establece la inmunidad son ambas normas procesales, habría que plantearse si la primera tiene o no carácter de *ius cogens*, para que prevalezca sobre la anterior. En respuesta lo anterior, y pese a que el TIJ no se ha pronunciado expresamente, puede indicarse que la norma que lo consagra, el PIDCP, sí se ha considerado por el TIJ como una norma imperativa en numerosas ocasiones¹¹². El TIJ también ha considerado como ilícitas aquellas conductas que violen la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el asunto de los rehenes en la embajada de EEUU en Teherán¹¹³. Si, tal y como parece, el derecho a un recurso efectivo fuera una norma imperativa, la norma de la inmunidad tendría que ceder ante la misma.

71. Por todo lo anterior, parece que la dicotomía entre tutela judicial efectiva e inmunidad de jurisdicción no ha quedado resuelta ni por el TEDH ni por el TIJ. A mayor abundamiento, la decisión

¹⁰⁸ Art. 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada por la AGNU el 10 de diciembre de 1948: «*Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o la ley*».

¹⁰⁹ Su art. 3 garantiza que «*toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales*».

¹¹⁰ C. COURTIS, «El derecho a un recurso rápido, sencillo y efectivo frente a afectaciones colectivas de derechos humanos», *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 5, 2006, p. 34.

¹¹¹ *Vid.* nota 42.

¹¹² Ha sido elevada a norma imperativa de Derecho Internacional General en varias sentencias: cfr. Opinión Consultiva TIJ 28 mayo 1958 «*Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the crime of genocide*», p. 18, párrs. 24 y 25 y Opinión Consultiva TIJ 9 julio 2004 «*Legal consequences of the construction of a wall in the occupied Palestinian territory*», p. 45, párrs. 104-111.

¹¹³ STIJ 24 mayo 1980, «*Case concerning United States diplomatic and consular staff in Tehran*», *United States of America vs. Iran*, p. 42, párr. 91.

del TIJ daña seriamente este derecho de las víctimas al prohibirles el acceso a los tribunales del Estado en que se causó el daño. Una vez más, una decisión del TIJ tiene repercusión directa sobre los derechos de los particulares, y no sólo de los Estados¹¹⁴, aunque el Tribunal no duda en afirmar que «*el hecho de que un Estado tenga derecho a la inmunidad frente a los Tribunales de otro Estado es una cuestión completamente independiente de la responsabilidad internacional de dicho Estado y de su obligación de reparar el daño causado*» (párrafo 100).

VI. Las opciones que quedan a las víctimas

72. La decisión del TIJ supone que las víctimas de estos crímenes de guerra hayan de contemplar otras formas de obtener su reparación. Tal y como se ha indicado anteriormente, el Derecho Internacional reconoce a las víctimas de violaciones de derechos humanos, además de un derecho a un recurso efectivo, un derecho que podríamos llamar «material» a obtener una reparación «accesible, rápida y eficaz»¹¹⁵, el cual no se extingue porque el TIJ haya cerrado la puerta a reclamar ante los Tribunales del lugar en que se causó el daño. De esta forma, se hace necesario estudiar qué otras opciones quedan a las víctimas, y si las mismas son susceptibles de garantizar una reparación con las características señaladas.

73. El propio TIJ, que como ya se ha expuesto, considera que esta materia no ha de pasar al ámbito de las reclamaciones privadas, y que por lo tanto queda dentro del ámbito del Derecho Internacional Público, recomienda como medio de reparación la negociación diplomática entre los países implicados¹¹⁶. Estas opciones, tal y como se verá a continuación, no son susceptibles de proporcionar a la víctima una reparación que cumpla con las características expuestas.

74. Por ello nos planteamos también que otras posibles vías de solución pudiera plantearse la víctima, una vez descartada la reclamación ante los Tribunales de un Estado distinto a aquél que causó el daño, distintas de aquellas que propone el TIJ, y que podrían suponer la privatización de estas reclamaciones.

75. Se ha de indicar que en este apartado se considera que cuando una víctima se plantea otras opciones para satisfacer su derecho a la reparación es porque no ha podido satisfacer ese derecho mediante programas especiales. Estos programas son la vía con más probabilidades de proporcionar a un sujeto cuyos derechos humanos han sido vulnerados una reparación lo más adecuada a los estándares que establece el Derecho Internacional, aunque, como ya se ha comentado, existen casos en que no es posible acceder a los mismos.

1. Soluciones que proporciona el Derecho Internacional Público

A) Solicitar al Estado del que se es nacional que efectúe una reclamación diplomática al Estado responsable

76. Tradicionalmente, cuando el Estado ejercitaba una reclamación diplomática se entendía como que lo hacía en su propio nombre, pero actualmente se considera como que el Estado ejerce la protección diplomática directamente en nombre de su nacional¹¹⁷, de forma que la indemnización que

¹¹⁴ Otro ejemplo de la repercusión de una Sentencia del TIJ en el Derecho Internacional Privado sería el caso Böll (STIJ 28 noviembre 1958), *ICJ Reports*, 1958, pp. 55 y ss.

¹¹⁵ Art. 31 del Conjunto de Principios para la Protección y la Promoción de los Derechos Humanos y la Lucha contra la Impunidad, CN.4/2005/102/Add.1 (Comisión de Derechos Humanos del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, 8 febrero 2005).

¹¹⁶ Véase párrafo 104.II de la STIJ.

¹¹⁷ M. I. DEL TORO HUERTA, *op. cit.* p. 347.

obtenga lo que pertenece. Esta vía, recogida por F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ¹¹⁸, es la que goza de más consenso internacional, pero ello no significa que sea la más satisfactoria.

77. Sus problemas principales son la falta de accesibilidad y de rapidez de la misma: no todos los Estados están dispuestos a interponer una reclamación por estos motivos, ni a someterse a un proceso de negociación diplomática. Además, su eficacia no está en manos del particular, sino que depende (i) de la actuación del Estado de la víctima, cuyos movimientos en una dirección errónea pueden dar lugar a que finalmente el particular no perciba ninguna reparación y (ii) de la voluntad del Estado causante del daño, cuya postura puede ser inamovible. Tal y como indica el propio TIJ, existen Estados que mantienen que no han de abonar indemnización alguna a los particulares pues al acabar el conflicto armado abonaron una indemnización por todos los conceptos al Estado reclamante, no teniendo el primero la culpa de que el último no haya destinado esos fondos a la reparación personal de las víctimas¹¹⁹.

78. Con la cautela de lo expuesto, existen casos en que las negociaciones diplomáticas han llegado a buen término. Sirva de ejemplo el caso de Hugo Princz, judío de nacionalidad estadounidense que fue arrestado por las tropas alemanas en Eslovaquia y enviado a un campo de concentración. El Tribunal de Columbia (*Princz vs. República Federal Alemana*¹²⁰), desestimó el caso, apreciando la concurrencia de inmunidad de jurisdicción por parte del Estado alemán. Sin embargo, los gobiernos de Estados Unidos y Alemania llegaron a un acuerdo el 19 septiembre 1995 por el que el gobierno alemán se comprometía a pagar 2,1 millones de dólares a los ciudadanos estadounidenses que no hubieren sido cubiertos por los programas de indemnización a las víctimas del holocausto.

B) Demandar al Estado de nacionalidad de la víctima en caso de no conseguir el resarcimiento mediante la reclamación diplomática

79. Esta vía sería posible en Derecho español por aplicación del artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, pues podría considerarse que la víctima ha sufrido una lesión en sus bienes y derechos, causada por los servicios públicos, que deberían haberle proporcionado dicha reclamación por vía diplomática¹²¹.

80. La presente vía parece fácilmente accesible (no sería difícil para la víctima acceder a los Tribunales). De hecho, ha sido reconocida en la controvertida Sentencia del Tribunal Constitucional español 140/1995¹²². Sin embargo, no puede juzgarse en ningún caso como «rápida»: el tiempo que pasará desde que un nacional solicita la protección diplomática, hasta que consiga una indemnización ante los tribunales de su propio Estado es inestimable.

2. Soluciones que proporciona el Derecho Internacional Privado

A) Litigar ante los Tribunales del Estado que causó el daño (domicilio del demandado)

81. Dado que en este caso no puede apreciarse inmunidad de jurisdicción, los Tribunales habrían de declararse competentes para conocer del caso, a través de las normas de competencia judicial

¹¹⁸ F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *op. cit.* p. 54.

¹¹⁹ «Where the State receiving funds as part of what was intended as a comprehensive settlement in the aftermath of an armed conflict has elected to use those funds to rebuild its national economy and infrastructure, rather than distributing them to individual victims amongst its nationals, it is difficult to see why the fact that those individuals had not received a share in the money should be a reason for entitling them to claim against the State that had transferred money to their State of nationality» (STIJ 3 febrero 2012, párrafo 102).

¹²⁰ Sent. U.S. Court of Appeals Columbia, *Princz vs. Federal Republic of Germany*, 1995, 26 F.3d 1166 (D.C. Cir. 1994).

¹²¹ F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *op. cit.*, p. 54.

¹²² Al respecto, C. ESPÓSITO MASSICCI / F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «El artículo 24 de la Constitución y la inmunidad civil de los agentes diplomáticos extranjeros (A propósito de la STC 140/1995)», *Revista española de derecho constitucional*, año 16, n. 47, 1996, pp. 257-292.

internacional de producción interna (recuérdese que la STJCE *Lechoritou* declaró inaplicable al caso el Reglamento 44). Como es lógico, se apreciaría que los mismos serían competentes por concurrir el foro del domicilio del demandado (¿dónde se encuentra el domicilio de un Estado si no es en dicho Estado?).

82. Esta vía puede ser fácilmente accesible, y no excesivamente lenta, pero no pasa el filtro de la eficacia, por lo que puede ser más hipotética que real. Tal y como ha quedado expuesto al tratar la vulneración del derecho de las víctimas a la tutela judicial efectiva, esta opción implica un importante riesgo de parcialidad. Si nos circunscribimos al caso de Alemania, su postura es conocida: ésta sostiene que su deber de reparación se vio cumplido con las indemnizaciones que satisfizo a distintos Estados al finalizar el conflicto¹²³, y no parece que esta postura dependa de la Ley que vaya aplicarse al caso¹²⁴. En otros casos, especialmente de crímenes cometidos por Estados extra europeos, cabe además el riesgo de parcialidad, y de que el Estado en cuestión haya dictado leyes de amnistía, que podrían borrar también la responsabilidad civil. De esta forma, esta vía, además de vulnerar los derechos procesales mencionados, no permite la obtención de una reparación «eficaz».

83. Cabe recordar, además, que esta solución hace cargar a la víctima con unos costes de litigación internacional desproporcionados e injustos. La víctima ha de desplazarse ante los Tribunales del Estado que causó el daño, cuando la lesión se produjo en un Estado distinto, lo que conlleva una tremenda desigualdad respecto a los casos internos: cuando los daños han sido causados en el territorio del mismo Estado, las víctimas no tienen que soportar ningún coste de litigación excesivo, pero cuando el caso se internacionaliza nos encontramos con que las víctimas han de desplazarse si quieren obtener una reparación de un hecho que no pudieron prever. El Derecho desprotege en estos casos al más débil, a la víctima, «premiando» al criminal.

B) Obtener la reparación del autor material de los hechos. Incoar un procedimiento penal contra dicho autor

84. En caso de que pudiera demostrarse quién fue el autor material de los hechos, y que el mismo estuviera vivo (lo cual ya es mucho suponer), podría demandarse a dicho autor material ante los Tribunales de un Estado miembro distinto de aquel al que perteneciera, puesto que en Derecho Penal sí se reconoce la existencia de una «jurisdicción universal» en relación a los crímenes de lesa humanidad. Esta es una cuestión incontestada en la mayoría de los Estados, incluso consagrada en sus ordenamientos jurídicos (en España, con algunas limitaciones, en el art. 23.4 LOPJ). En «territorio 44», el Juez que se declarara competente podría conocer de forma automática de la responsabilidad civil, pero no por aplicación de este principio de jurisdicción universal, sino por aplicación del art. 5.4 del propio Reglamento 44, según el cual las víctimas civiles de una infracción penal podrán accionar ante el Tribunal que conociera del proceso penal, siempre que, de conformidad con su ley, dicho Tribunal pudiere conocer de la acción civil pueden accionar ante la vía penal contra él.

85. Ha de apuntarse que en estos casos no resultaría posible declarar como responsable civil subsidiario al Estado en cuya organización se integraba el autor material del crimen, por mucho que así lo permita la Ley aplicable al caso¹²⁵, pues estos casos se encontrarían también protegidos por la inmu-

¹²³ Vid. Sent. Trib. Const. Fed. Alemania (*Bundesverfassungsgericht*) 15 febrero 2006, párrafos 1 a 33, disponible en www.bundesverfassungsgericht.de.

¹²⁴ Que, como resultado de la aplicación del art. 4 del Reglamento Roma II, sería la Ley del lugar en que se ocasionó el daño.

¹²⁵ En España, el artículo aplicable sería el 121 del Código Penal: «El Estado, la Comunidad Autónoma, la provincia, la isla, el municipio y demás entes públicos, según los casos, responden subsidiariamente de los daños causados por los penalmente responsables de los delitos dolosos o culposos, cuando éstos sean autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones siempre que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieren confiados, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento normal o anormal de dichos servicios exigible conforme a las normas de procedimiento administrativo, y sin que, en ningún caso, pueda darse una duplicidad indemnizatoria».

nidad de jurisdicción (la acción debería dirigirse también contra el ente público presuntamente responsable civil subsidiario). Como puede imaginarse, las posibilidades de eficacia de esta vía de reparación son mínimas, dadas las pocas probabilidades de éxito de la ejecución de una posible condena civil (que normalmente ascenderá a cantidades millonarias). Además, los Estados ya han demostrado ser bastante reacios al ejercicio del principio de jurisdicción universal en el caso de particulares acusados de crímenes internacionales¹²⁶.

C) Obtener la reparación del autor material de los hechos. Incoar un procedimiento civil contra dicho autor

86. Existen países que reconocen la existencia de una jurisdicción civil universal contra el autor material de ciertos crímenes de lesa humanidad. El ejemplo más significativo lo representa la *Torture Victim Protection Act* de 1992 de Estados Unidos de América, que permite a cualquier víctima de torturas nacional o extranjera, reclamar civilmente los daños derivados de este crimen, siempre y cuando no hayan tenido un adecuado remedio en el lugar de su comisión. Ha de subrayarse que esta jurisdicción sólo podrá ejercerse sobre entidades no estatales (en el caso en que la demanda se dirija contra un Estado extranjero o entidades relacionadas, la cuestión de la jurisdicción se regiría por la Ley de Inmunidad Soberana Extranjera, la *Foreign Sovereign Immunity Act* de 1976). Hasta 13 de abril de 2013, algunos defendían la posibilidad de las víctimas extranjeras de reclamar ante los Tribunales estadounidenses a través de la *Alien Tort Claims Act*, aun cuando el daño se hubiera cometido fuera de Estados Unidos. Sin embargo, el Tribunal Supremo ha cerrado recientemente esta puerta en el caso *Kiobel vs. Royal Dutch Petroleum Co*¹²⁷.

D) La improbable opción de solicitar la apertura de un «foro de necesidad»

87. La doctrina del «*forum necessitatis*» es una garantía del derecho a la tutela judicial efectiva, y reconoce la existencia de casos en que debería garantizarse el acceso a los Tribunales aun cuando no existiese tal posibilidad aplicando el régimen legal. Estos casos serían aquellos en que existe riesgo de denegación de Justicia en el ámbito internacional, cuando no exista ningún Tribunal que pudiera declararse competente. Si bien se ha incluido en algunos ordenamientos como el suizo¹²⁸, en España no ha sido reconocido legalmente¹²⁹, y tampoco en la normativa europea aplicable a la cuestión (Reglamento 44). Un desarrollo ulterior de esta doctrina implicaría aplicarla también a los casos en que, si bien existe algún Tribunal que pudiera declararse competente, su resolución de la controversia también implicaría una denegación de justicia. Sin embargo, hemos de ser realistas, y un desarrollo semejante queda hoy en día en un plano de *lege ferenda*, teniendo muy pocas posibilidades de un desarrollo real.

E) El acceso a los Tribunales del Estado que causó el daño

88. Si ninguna de las opciones que ofrece el Derecho Internacional Público ni las anteriores propuestas de Derecho Internacional Privado son capaces de garantizar una reparación accesible, rápida y efectiva para la víctima, parece que la única solución sería la de intentar acceder a los Tribunales del Estado que causó el daño. Esta opción es además la única capaz de salvaguardar el derecho a la tutela judicial efectiva de las víctimas.

¹²⁶ La extradición de los acusados suele plantear problemas; *vid. C. GUTIÉRREZ-ESPADA, op. cit.*, p. 166.

¹²⁷ «*The presumption against extraterritoriality applies to claims under the Alien Tort Statute, and nothing in the statute rebuts that presumption*».

¹²⁸ Art. 3 de la Ley Federal de 18 diciembre 1987 de Derecho Internacional Privado.

¹²⁹ De hecho, el TC ha indicado que la competencia judicial internacional de los Tribunales españoles, en el orden civil, viene determinada por el artículo 22 LOPJ y que «en tales reglas, y sólo en las mismas, debe buscarse, como punto de partida, la respuesta a la cuestión de si es posible que nuestros Tribunales conozcan de una determinada pretensión» (STC 61/2000). No obstante, en algunas ocasiones se ha estimado la competencia judicial internacional con base al foro de necesidad. Este es el caso, por ejemplo, de la SAP Murcia (Sección 1ª), núm. 166/2003, de 12 mayo 2003, relativa al caso de medidas protectoras de los menores en un caso de separación de dos ciudadanos marroquíes residentes en nuestro país, respecto de un menor con residencia en Marruecos.

89. Esta opción pasa por asumir que los límites de las materias sujetas al Derecho Internacional Público habrían de reducirse de nuevo, dejando paso a que estas controversias pudieran solucionarse a través de mecanismos de Derecho Privado. Si se presta atención a la historia de la inmunidad de jurisdicción, tal y como ha sido expuesta, la misma ha venido dejando espacio a las reclamaciones privadas en cada vez más ocasiones: se ha pasado de una inmunidad absoluta, a una inmunidad relativa, que va aceptando cada vez más excepciones¹³⁰. Este límite del Derecho Internacional Público ha de seguir bajando, más aún en un momento en que el ordenamiento jurídico internacional pasa a una concepción más centrado en el individuo, en que los derechos humanos se consideran un principio normativo¹³¹.

90. ¿Habrá alguna posibilidad de intentar acceder a los Tribunales del Estado en que se causó el daño, pese a la Sentencia del TIJ? Este acceso habría de realizarse necesariamente por alguna de las siguientes vías:

a) La alegación ante los Tribunales de alguna de las otras tesis expuestas

91. De todas las tesis que fue construyendo la doctrina para justificar el levantamiento de la inmunidad en caso de violaciones de derechos humanos en actos de guerra, Italia sólo utilizó en su defensa la de la jerarquía normativa, por lo que cabe preguntarse si podría levantarse la inmunidad de jurisdicción alegando alguna otra. Estas tesis son (i) la que defiende que estos crímenes del Estado no son actos *iure imperii*; (ii) la tesis de la renuncia implícita; (iii) la tesis de la represalia internacional. Las posibilidades de éxito de una demanda que alegara las teorías anteriores serían escasas. La tesis que afirma que estos actos no son *iure imperii*, así como la tesis de la represalia, quedan descartadas por la STIJ, que, tal y como ha quedado expuesto, afirma rotundamente tanto la legalidad de la inmunidad como la naturaleza *iure imperii* de los crímenes del Estado cometidos en actos de guerra. La teoría de la renuncia a la jurisdicción tiene varios argumentos en contra, siendo el principal el de que no puede imputarse a un Estado una renuncia que no pudo prever; además, esta tesis ya se ha alegado en muchas ocasiones sin éxito¹³².

b) La alegación de la vulneración de la tutela judicial efectiva y del recurso efectivo en materia de recursos humanos

92. La opción de plantear al Tribunal del Estado en se cometió el daño las consideraciones expuestas en materia de vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva y, sobre todo, al recurso efectivo en materia de derechos humanos tienen más probabilidades de éxito que la opción anterior, puesto que no han sido consideradas por el TIJ en su Sentencia (la cual, como se ha indicado, se refería únicamente a la contraposición de la norma procesal de la inmunidad con la norma material de prohibición de comisión de violaciones de los derechos humanos. No obstante, se ha de ser extremadamente cauteloso, existiendo como existen resoluciones del TEDH favorables a la compatibilidad entre inmunidad de jurisdicción y tutela judicial efectiva.

c) Invocación de la Convención de Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes (cuando ésta entre en vigor)

93. En el supuesto de que tanto el Tribunal que pretende conocer del asunto como el Tribunal causante del daño sean parte de esta Convención, podría plantearse la aplicación de su artículo 12, según el cual un Estado contratante no podrá alegar su inmunidad de jurisdicción frente a otro Estado

¹³⁰ Véase el voto disidente del juez Yusuf, que habla de la contracción de esta inmunidad en el último siglo.

¹³¹ R. GARCIAÑDA GARMENDIA, «El Tribunal Internacional de Justicia y la Inmunidad de Jurisdicción», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXIV, n.2, 2012, p. 287.

¹³² Véanse Sent. Cour Cass. Civ. 1^a de 16 diciembre 2003, *Bucheron c. RFA* y Sent. Cour Cass. Civ. 1^a de 2 junio 2004, *Giménez Expósito c. RFA*, *vid.* nota al pie núm. 64.

contratante por los daños ocasionados en el Estado del foro (*tort exception*)¹³³. Ha de resaltarse que esta Convención no contiene ningún artículo equivalente al artículo 31 de la Convención Europea de Inmunidad de Jurisdicción de 1972 que excluya los casos de actuaciones de fuerzas armadas, ¿significa esto que la Convención de NU permite aplicar la *tort exception* a los actos de guerra y por lo tanto levantar en estos casos la inmunidad de jurisdicción?

94. Según la opinión de los autores, la inmunidad de jurisdicción y ejecución en el caso de las actividades militares quedó fuera de la Convención¹³⁴. La exclusión del artículo 12 en situaciones de conflicto armado aparecía en los comentarios al proyecto del Convenio así como en el Informe de la fase final de los trabajos, en que se indicaba que esta exclusión estaba cubierta por la cláusula de salvaguarda del párrafo quinto del Preámbulo de la Convención¹³⁵. Además, de los 11 Estados que han prestado su consentimiento a la Convención, Noruega, Suecia, Italia, y Suiza han declarado expresamente que no la consideran aplicable a actividades militares¹³⁶. De este modo, si bien en el texto podría dejar una ventana abierta a la inclusión de estos actos de los Estados en la *tort exception*, los propios Estados ya se han encargado de excluirlos expresamente de la citada excepción, de forma que los mismos siguen sujetos a inmunidad. En definitiva, no parece que la entrada en vigor de esta Convención vaya a cambiar en nada la práctica internacional en relación a la apreciación de la inmunidad de los Estados en materia de daños causados en actos de guerra.

d) Esperar a un desarrollo futuro del Derecho Internacional

95. Ninguno de los Tribunales Internacionales que hasta el momento se han pronunciado sobre la cuestión de la inmunidad en casos de daños derivados de violaciones de derechos humanos causados en actos de guerra por un Estado en el territorio de otro Estado extranjero ha cerrado la puerta al desarrollo de una norma internacional *a sensu contrario* en el futuro. El TEDH, en su decisión de inadmisión del caso *Dístomo*, lo ha expresado de la siguiente forma: «*el Tribunal no considera establecido que esté ya admitido en Derecho Internacional que los Estados no puedan pretender gozar de inmunidad en caso de acciones civiles por daños por crímenes contra la humanidad que se presentan en el territorio de otro Estado (...) lo que no excluye un desarrollo del Derecho Internacional consuetudinario en el futuro*»¹³⁷. Frente a la lentitud del desarrollo consuetudinario, sería más factible introducir en los Tratados Internacionales principales en la materia una *human rights exception*, al igual que se introdujo en su momento la excepción por actos *iure gestionis*¹³⁸. A este respecto, tal y como indica J. FERRER¹³⁹, ha de ser destacado que «toda práctica dirigida a modificar una norma de Derecho Internacional empieza siendo una violación del Derecho Internacional, para convertirse después en una práctica aceptada por la generalidad de los Estados como creadora de una nueva norma de Derecho Internacional».

¹³³ «Salvo que los Estados interesados convengan otra cosa, ningún Estado podrá hacer valer la inmunidad de jurisdicción ante un tribunal de otro Estado, por lo demás competente, en un proceso relativo a una acción de indemnización pecuniaria en caso de muerte o lesiones de una persona, o de daño o pérdida de bienes tangibles, causados por un acto o una omisión presuntamente atribuible al Estado, si el acto o la omisión se ha producido total o parcialmente en el territorio de ese otro Estado y si el autor del acto o la omisión se encontraba en dicho territorio en el momento del acto o la omisión».

¹³⁴ C. GUTIÉRREZ ESPADA en «La adhesión española (2011) a la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes (2005)», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 3, n. 2, octubre 2011, esp. p. 164.

¹³⁵ «Las normas del derecho internacional consuetudinario seguirán rigiendo las cuestiones que no estén reguladas por lo dispuesto en la presente Convención».

¹³⁶ <http://treaties.un.org>. Fecha de última consulta: 3 junio 2013.

¹³⁷ Auto TEDH *Kalogeropoulou and others vs. Greece and Germany*, ECHR, n. 0059021/00, 12 diciembre 2002.

¹³⁸ M. REQUEJO ISIDRO, *op. cit.* p. 83. La autora pone de manifiesto la existencia en algunos de estos tratados de una *tort exception*, que también podría acoger este tipo de reclamaciones. Sin embargo, las mencionadas Convenciones europea y de NU excluyen expresamente de dicha excepción los daños causados en actos de guerra.

¹³⁹ J. FERRER LLORET, «La insoportable levedad del Derecho Internacional consuetudinario en la jurisprudencia de la CIJ: el caso de las inmunidades jurisdiccionales del Estado», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n. 24, diciembre 2012, p. 29. Véase también M. KLOTH, *Immunities and the Right of Access to Court Under Article 6 of the European Convention of Human Rights*, Martinus Nijhoff, 2010, p. 85.

VII. Conclusiones

96. El fallo del TIJ, al establecer que no existe una excepción a la inmunidad de jurisdicción en materia de violación de derechos humanos, zanja el panorama de inseguridad jurídica existente tanto para las víctimas como para los Estados incumplidores.

97. Lo hace adoptando la solución que podría calificarse de «más fácil». No aceptar la inmunidad de los Estados habría supuesto un peligroso precedente para los Estados, puesto que prácticamente ninguno está libre de pecado, más aún si se defiende la tesis de que esta responsabilidad no está sujeta a prescripción: piénsese en los campos de concentración soviéticos, en las bombas de Hiroshima y Nagasaki, en las torturas en Iraq, en las torturas y esclavitud que tuvieron lugar en el África colonial...¹⁴⁰. Además de las nefastas consecuencias económicas que esto pudiera acarrear, ha de admitirse que sería extremadamente peligroso conferir a los Estados individuales la facultad de aplicar castigos a otros Estados, más aun cuando sobre los intereses de la Justicia y el derecho a la reparación de las víctimas se sobrepone el interés político y la estrategia hegemónica.

98. Pero esta solución es también la menos beneficiosa para las víctimas, puesto que cerrarles el acceso a los Tribunales de un Estado distinto de aquél que les causó el daño les supone quedar desprotegidas frente al Estado, el cual, en un residuo de los tiempos medievales, se sitúa en un plano superior, lo cual no tiene sentido en una democracia en que los poderes públicos están sometidos al Derecho y a los Tribunales de Justicia (art. 9.1 de la Constitución Española de 1978). Lo anterior conduce a la víctima a la paradoja de preferir haber sido secuestrado, torturado, o asesinado por un loco que por un miembro de las fuerzas armadas de un Estado, pues al menos en el primer caso podría demandarle sin excesivos costes para obtener una reparación.

99. En definitiva, la Sentencia del TIJ vulnera gravemente el derecho a la tutela judicial efectiva de las víctimas, así como su derecho a un recurso efectivo en materia de violaciones de derechos humanos. Con esta decisión, el TIJ vulnera también el derecho material de dichas víctimas a obtener una reparación «accesible, rápida y eficaz», pues las opciones que quedan a las víctimas no son susceptibles de garantizar una reclamación que sea acorde con las mencionadas características.

100. Ante el panorama expuesto, solamente queda la opción de seguir combatiendo la decisión del TIJ, es decir, seguir luchando por bajar los límites de la inmunidad y para que se cree una norma que deje paso a las reclamaciones privadas, la cual permita demandar ante los Tribunales del Estado que causó el daño. ¿Nos encontramos por lo tanto ante un callejón sin salida? ¿Es inútil insistir en esta dirección? Avanzar por este camino no deja de ser una opción ardua, pero no se puede perder la esperanza, pues toda nueva norma comienza como una vulneración del Derecho vigente.

¹⁴⁰ A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 143.

LA NUOVA DISCIPLINA EUROPEA DELLA COMPETENZA GIURISDIZIONALE IN MATERIA DI SUCCESSIONI MORTIS CAUSA

ORNELLA FERACI

*Assegnista di ricerca di Diritto dell'Unione europea
Università degli Studi di Firenze*

Recibido: 13.09.2013 / Aceptado: 17.09.2013

Riassunto: Una delle più recenti novità nel campo del diritto internazionale privato dell’Unione europea riguarda la materia delle successioni mortis causa. Il regolamento (UE) n. 650/2012 offre una disciplina tendenzialmente esaustiva del diritto internazionale privato delle successioni aventi un carattere internazionale: esso, infatti, detta norme uniformi nel campo della competenza giurisdizionale, della legge applicabile, dell’efficacia delle decisioni straniere e degli atti pubblici in materia successoria ed istituisce, altresì, un certificato successorio europeo per facilitare la prova della qualifica di erede, legatario, amministratore ed esecutore testamentario nel territorio dell’Unione. Questo scritto intende esaminare le novità legate alla delimitazione della competenza giurisdizionale nella materia successoria. L’armonizzazione delle norme sulla competenza in questo settore comporterà il superamento delle legislazioni nazionali degli Stati membri vincolati dal regolamento (tutti ad eccezione di Danimarca, Regno Unito e Irlanda) e si applicherà alle successioni *mortis causa* di carattere transfrontaliero che si apriranno a partire dal 17 agosto 2015. Sebbene l’uniformazione delle norme sulla competenza giurisdizionale operata dal regolamento (UE) n. 650/2012 miri, in generale, a superare gli inconvenienti legati alle divergenze normative esistenti tra Stati membri, a ben vedere, tale obiettivo pare raggiunto solo in parte: la disciplina uniforme presenta, infatti, alcuni limiti. Un primo riguarda la stessa individuazione della nozione di «organo giurisdizionale» rilevante ai fini delle norme sulla competenza del regolamento, in ragione delle normative sostanziali applicabili degli Stati membri (*lex successionis*). Nell’ambito del regolamento (UE) n. 650/2012 l’attribuzione del potere di ius dicere dipenderà, in linea generale, dall’ultima residenza abituale del *de cuius* (art. 4). Tuttavia, malgrado il generale intento del regolamento di favorire la certezza del diritto nell’Unione europea, attraverso l’elaborazione di un sistema fondato su un titolo generale di giurisdizione, lo strumento contiene numerosi fori derogatori, variamente ispirati, che minano, di fatto, la prevedibilità delle soluzioni. Oltre alle incertezze legate alla determinazione della nozione di residenza abituale, ulteriori difficoltà possono derivare dalla facoltà di trasferire la competenza in favore del giudice più adatto a conoscere la fattispecie (art. 5). La valorizzazione della volontà delle parti potrebbe contrastare questo rischio favorendo la coincidenza tra *jus* e *forum*; essa risulta, tuttavia, asimmetrica rispetto all’autonomia privata rilevante sul piano della legge applicabile, atteso che la scelta del foro competente è concessa alle sole «parti interessate» della controversia successoria ed è, invece, preclusa al testatore. L’esistenza di alcuni fori (foro sussidiario e *forum necessitatis*), operanti rispetto a talune particolari situazioni successorie che risultino collegate con Stati terzi ma anche con Stati membri, comporterà inoltre un’applicazione extraterritoriale delle nuove norme sulla competenza giurisdizionale le cui potenzialità negative potrebbero essere neutralizzate soltanto dalla prudenza applicativa dell’operatore giuridico. Questo rinnovato assetto normativo si riflette sulla potenziale insorgenza di giudizi paralleli in senso all’Unione europea e, quindi, sull’esigenza di favorire un efficace coordinamento tra le autorità nazionali competenti (giurisdizionali e non).

Parole chiave: giurisdizione, Regolamento (UE) n. 650/2012, successione avente un carattere transfrontaliero, residenza abituale, titoli di giurisdizione, *forum necessitatis*, foro sussidiario, scelta del foro, proroga della giurisdizione.

Abstract: One of the latest innovations in the field of EU private international law concerns the matters of the *mortis causa* successions. Regulation (EU) No. 650/2012 offers a comprehensive set of rules of private international law of successions having an international character: it contains, in particular, uniform rules concerning jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of foreign decisions and authentic instruments in matters of succession; it also establishes a European Certificate of Succession in order to facilitate the proof of the status as heir, legatee, executor and administrator at the European level. This paper will examine the developments related to the delimitation of jurisdictional competence in matters of succession. The harmonization of jurisdictional rules in this area will replace the existing legislations of the Member States bound by the Regulation (all EU members except Denmark, the United Kingdom and Ireland) and will apply to cross-border successions open from August 17th, 2015. Although the unification of jurisdiction rules operated by Regulation (EU) No. 650/2012 aims, in general, at overcoming the drawbacks of the regulatory divergences between Member States, this objective seems to be actually achieved only partially: the uniform regulation presents, in fact, some limitations. The first concerns the identification of the very notion of «court» relevant for the jurisdiction rules contemplated by the Regulation, on the basis of the different applicable substantive laws of Member States (*lex successionis*). Under Regulation (EU) No. 650/2012, allocation of the power of *ius dicere* will depend, in general, on the last habitual residence of the deceased (Article 4). Despite the general intent of the regulation to promote legal certainty in the EU area, through the development of a system based on a general head of jurisdiction, the regulation contains several derogatory foras, based on different rational grounds, which jeopardize the foreseeability of solutions. In addition to the uncertainties related to the determination of the concept of habitual residence, further difficulties may arise from the faculty of transferring jurisdictional competence in favor of the court better placed to hear the case (Article 5). The promotion of the autonomy of parties, which could hinder the said risk by leading *jus* and *forum* to coincide, turns out, instead, to be asymmetrical with respect to private autonomy relevant for applicable law, since the choice of the court is only granted to the «interested parties» of the dispute and is, on the contrary, precluded to the testator. The existence of some heads of jurisdiction (subsidiary jurisdiction and *forum necessitatis*), applicable to certain special situations which are linked either with third States or with Member States, will also determine extraterritorial application of the new rules on jurisdiction, whose negative potentiality could only be neutralized by the courts at the interpretative and applicative levels. Such a new regulatory framework determines a potential onset of parallel proceedings in the European Union and, therefore, the need to promote effective coordination between the competent national authorities (both of judicial and non-judicial character).

Key words: jurisdiction, Regulation (EU) No. 650/2012, cross-border succession, habitual residence, heads of jurisdiction, *forum necessitatis*, subsidiary jurisdiction, choice of court, prorogation.

Sumario: I. L'unificazione della disciplina internazionalprivatistica delle successioni mortis causa in ambito europeo . II. La nozione di «organo giurisdizionale» rilevante ai fini del regolamento (UE) n. 650/2012. III. I nuovi titoli di giurisdizione uniformi 1. Il titolo generale dell'ultima «residenza abituale» del *de cuius*: questioni interpretative. 2. Il trasferimento della competenza all'organo giurisdizionale più adatto. 3. La scelta del foro, ossia la ricerca della coincidenza tra *forum e jus*. 4. La «competenza sussidiaria» per le ipotesi di ultima residenza abituale del defunto in uno Stato terzo. 5. La competenza eccezionale del *forum necessitatis*. IV. L'accertamento della giurisdizione e la tutela del convenuto. V. Il coordinamento tra le autorità competenti (giurisdizionali e non) degli Stati membri nella materia successoria. VI. Considerazioni conclusive.

I. L'unificazione della disciplina internazionalprivatistica delle successioni *mortis causa* in ambito europeo

1. Uno dei più recenti sviluppi del diritto internazionale privato dell'Unione europea riguarda il settore delle successioni *mortis causa*. Dopo l'adozione di alcuni strumenti nel campo del diritto di fami-

glia¹, l'interesse delle istituzioni europee si è rivolto alla regolamentazione delle successioni internazionali di dimensione europea, ossia alle situazioni ereditarie che risultino collegate con uno o più Stati membri dell'Unione, in ragione delle caratteristiche (nazionalità, residenza, domicilio) dei soggetti coinvolti –ossia, del defunto ma anche degli eredi/legatari/creditori dello stesso– o della localizzazione dei singoli cespiti dell'asse ereditario, allorché cioè i beni, mobili e immobili, del *de cuius* siano situati in Stati diversi.

A tale riguardo il 4 luglio 2012 il Parlamento europeo e il Consiglio hanno adottato il regolamento (UE) n. 650/2012 recante norme in tema di competenza giurisdizionale, legge applicabile, riconoscimento e esecuzione delle decisioni e degli atti pubblici in materia successoria ed istitutivo di un certificato successorio europeo².

Tale strumento intende superare gli inconvenienti generati dall'interazione delle normative nazionali esistenti a livello europeo sul piano del diritto sostanziale e del diritto internazionale privato delle successioni. In situazioni di carattere transfrontaliero, una tale divergenza comportava, infatti, frequenti ostacoli alla pianificazione e destinazione dei beni ereditari, conducendo spesso a esiti incerti e imprevedibili³: più autorità giurisdizionali di Stati membri potevano, infatti, essere adite rispetto ad una medesima controversia successoria (cd. «conflitti positivi» di giurisdizione) o, al contrario, nessuna autorità degli Stati membri poteva risultare competente a conoscere della causa («conflitti negativi» di giurisdizione); parimenti, la disciplina della fattispecie poteva essere, talora, frammentata in più leggi applicabili a seconda della natura e della situazione dei beni coinvolti⁴. Le nuove norme regolamentari, pertanto, nel sostituire le disposizioni degli Stati membri (vincolati dal regolamento), mirano a favorire la prevedibilità delle soluzioni, consentendo, da un lato, ai singoli di pianificare in modo più efficace e rapido la loro successione transfrontaliera nello «spazio di libertà, sicurezza e giustizia» e garantendo, dall'altro, un'effettiva tutela dei diritti degli eredi, dei legatari, dei creditori dell'eredità, nonché, in generale, di tutti i soggetti interessati alla successione⁵. Più in generale, tale armonizzazione giuridica dovrebbe, dunque, rimuovere, in questa materia, gli ostacoli alla libera circolazione delle persone nello spazio giudiziario europeo, favorendo, in ultima analisi, il corretto funzionamento del mercato interno.

¹ Cfr. il regolamento (CE) n. 2201/2003 del Consiglio, del 27 novembre 2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale (cd. «Bruxelles I-bis»), G.U.C.E. n. L 338 del 23 dicembre 2003 p. 1 ss., il regolamento (CE) n. 4/2009 del Consiglio, del 18 dicembre 2008, relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari, G.U.U.E. n. L 7 del 10 gennaio 2009 p. 1 ss., e il regolamento (UE) n. 1259/2010 del Consiglio, del 20 dicembre 2010, che attua una cooperazione rafforzata nel campo della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale (cd. «Roma III»), G.U.U.E. n. L 343 del 29 dicembre 2010 p. 10 ss. Sono inoltre in corso di adozione due ulteriori strumenti nel campo dei regimi patrimoniali: rispettivamente, la proposta di regolamento del 16 marzo 2011 relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia di regimi patrimoniali tra coniugi (COM(2011) 126 def.) e la proposta di regolamento relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia di effetti patrimoniali delle unioni registrate (cd. *partnerships registerate*) - COM(2011) 127 def.

² Regolamento (UE) n. 650/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 luglio 2012, relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e all'accettazione e all'esecuzione degli atti pubblici in materia di successioni e alla creazione di un certificato successorio europeo (G.U.U.E. n. L 201/207 del 27 luglio 2012, p. 1 ss.).

³ Ciò dipendeva dalla diversità dei titoli di giurisdizione adottati nelle singole legislazioni nazionali, ove la competenza giurisdizionale in materia successoria poteva risultare subordinata, di volta in volta, al luogo di residenza o domicilio del defunto, al luogo di domicilio del convenuto nelle procedure contenziose, al *locus rei sitae*, soprattutto in relazione ai beni immobili, o alla nazionalità del defunto.

⁴ Un tale esito è legato alla distinzione esistente tra ordinamenti giuridici ispirati al cd. principio «scissionistico» (noto anche come «appoggio dualista») e ordinamenti ispirati al principio, di derivazione gius-romanistica, dell'«unità o universalità» (noto anche come «appoggio monista») della successione ereditaria. Il primo principio distingue a seconda della localizzazione e della natura giuridica dei beni ereditari: sul piano del diritto internazionale privato ciò comporta che la *lex successionis* applicabile ai beni mobili è la legge personale (solitamente la legge di domicilio o di residenza) del defunto, mentre la legge applicabile ai beni immobili è la legge di situazione del bene (*lex rei sitae*). Il secondo principio, invece - che è stato, tra l'altro, accolto dal regolamento (UE) n. 650/2012 - ritiene che la successione costituisca un fenomeno unitario perché essa ha per fine la trasmissione del patrimonio del defunto nel suo insieme: pertanto, sul piano del diritto internazionale privato, la legge applicabile disciplina l'intera successione. I due principi operano anche rispetto alla delimitazione della competenza giurisdizionale, con l'effetto di frammentare (principio scissionistico) o unificare (principio dell'universalità) il potere di *ius dicere* in relazione ai diversi cespiti della massa ereditaria. Per una estesa disamina sulle origini, sulla diffusione e sulle caratteristiche dei due approcci, si veda A. BONOMI, «Successions internationales: conflits de lois et de juridictions», in *Recueil des cours*, vol. 350, 2010, pp. 71-418, spec. pp. 99-172.

⁵ Cfr. considerando n. 7 del preambolo del regolamento.

2. Il regolamento è stato adottato sulla base dell'art. 81 TFUE, il quale, in relazione alla cooperazione giudiziaria in materia civile con implicazioni transnazionali, prescrive, al par. 2, lettere *a*) e *c*), che il Parlamento europeo e il Consiglio, secondo la procedura legislativa ordinaria, possano adottare, «se necessario al buon funzionamento del mercato interno», misure volte a garantire, tra le altre cose, il riconoscimento reciproco tra gli Stati membri delle decisioni giudiziarie ed extragiudiziali e la loro esecuzione nonché la compatibilità delle regole applicabili negli Stati membri ai conflitti di leggi e di giurisdizione.

L'idea di elaborare una normativa internazionalprivatistica uniforme in materia successoria è sorta dopo il fallimento di alcuni tentativi di armonizzazione (ancorché parziali) promossi in seno alla Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato⁶. Dopo alcuni anni di riflessione in ambito europeo⁷, la Commissione ha avviato formalmente l'*iter* di adozione dell'atto con la presentazione il 14 ottobre 2009 di una proposta di regolamento⁸, la quale si ispirava sostanzialmente ai risultati di uno studio di diritto comparato commissionato dalla stessa al *Deutsches Notarinstitut*⁹ e che teneva conto, soprattutto, delle risposte pervenute nel corso della consultazione pubblica promossa dal Libro verde nel 2005¹⁰.

⁶ Cfr. la Convenzione sull'amministrazione internazionale delle successioni conclusa all'Aja il 2 ottobre 1973 e in vigore dal 1° luglio 1993, la Convenzione sulla legge applicabile alle successioni per causa di morte, conclusa all'Aja il 1° agosto 1989 e mai entrata in vigore, nonché la Convenzione sui conflitti di leggi in materia di forma delle disposizioni testamentarie, conclusa all'Aja il 5 ottobre 1961 ed in vigore, ad oggi, tra 41 Stati.

⁷ Si veda, in proposito, il progetto intitolato «Proposition pour une convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière familiale et successorale» predisposto dal *Groupe européen de droit international privé* (acronimo «GEDIP») durante la riunione di Heidelberg tenutasi tra il 30 settembre e il 2 ottobre 1993 e reperibile al seguente indirizzo <http://www.gedip-egpil.eu/documents/gedip-documents-3pf.html> (d'ora in avanti «progetto GEDIP»). In seguito, il Consiglio europeo in data 30 novembre 2000 aveva adottato un programma di misure sull'attuazione del principio di riconoscimento reciproco delle decisioni in materia civile e commerciale (G.U.C.E. n. 12 del 15 maggio 2001, p. 1), che prevedeva l'elaborazione di uno strumento in materia di testamenti e successioni. Nella riunione tenutasi a Bruxelles il 10 e l'11 dicembre 2009, il Consiglio europeo aveva adottato un nuovo programma pluriennale, denominato «Programma di Stoccolma – Un'Europa aperta e sicura al servizio e a tutela dei cittadini» (G.U.C.E. n. 115 del 4 maggio 2010, p. 1), nel quale si affermava che si doveva estendere il riconoscimento reciproco a materie non ancora contemplate che tuttavia rivestivano un ruolo centrale nella vita di tutti i giorni, quali successioni e testamenti.

⁸ Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e degli atti pubblici in materia di successioni e alla creazione di un certificato successorio europeo, del 14 ottobre 2009, COM(2009) 154 definitivo. Numerosi sono i commenti sulla proposta: si vedano *ex multis* MAX PLANCK INSTITUT FÜR AUSLÄNDISCHES UND INTERNATIONALES PRIVATRECHT, «Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition and Enforcement of Decisions and Authentic Instruments in Matters of Succession and the Creation of a European Certificate of Succession», disponibile al seguente indirizzo: http://www.mpirpriv.de/shared/data/pdf/mpি_comments_succession_proposal.pdf e pubblicato in *RabelsZ*, 2010, p. 522 ss.; E. LEIN, «A Further Step towards a European Code of Private International Law: The Commission's Proposal for a Regulation on Succession», in *YPIL*, 2009, p. 107 ss.; A. BONOMI, «Choice-of-Law Aspects of the Future EC Regulation in Matters of Succession – A First Glance at the Commission's Proposal», in K. BOELE-WOELKI, T. EINHORN, D. GIRSBERGER, S. SYMEONIDES (a cura di), *Convergence and Divergence in Private International Law – Liber Amicorum Kurt Siehr*, Eleven International Publishing – Schulthess, The Hague – Zürich, 2010, p. 157 ss.; Id., «Prime considerazioni sulla proposta di regolamento sulle successioni», in *Riv.dir.int.priv.proc.*, 2010, p. 875 ss.; G. KHAIRALLAH, M. REVILLARD, «Perspectives du droit des successions européennes et internationales: étude de la proposition de règlement du 14 octobre 2009», Défrenois, Paris, 2010; S. MARINO, «La proposta di regolamento sulla cooperazione giudiziaria in materia di successioni», in *Riv.dir.int.*, 2010, p. 463 ss.; A. BONOMI, C. SCHMID (a cura di), «Successions internationales. Rèflexions autour du future règlement européen et de son impact pour la Suisse», Ginevra, 2010; B. ANCEL, «Convergence des droits et droit européen des successions internationals: Proposition de Règlement du 14 octobre 2009», in C. BALDUS, P. C. MULLER-GRAFF (a cura di), *Europäisches Privatrecht in Vielfalt geeint durch Gruppenbildung im Sachen-Familien-und Erbrecht?/ Droit privé européen: l'unité dans la diversité. Convergences en droit des biens, de la famille et des successions?*, Sellier, München, 2011, p. 185 ss.; J. HARRIS, «The Proposed EU Regulation on Succession and Wills: Prospects and Challenges», in *Trust Law International*, 2008, p. 181 ss.

⁹ «Étude de droit comparé sur les règles de conflits de jurisdictions et de conflits de lois relatives aux testaments et successions dans les Etats membres de l'Union européenne» redatto dal *Deutsches Notarinstitut* in collaborazione con i Professori H. Dörner e P. Lagarde su incarico della Direzione generale “Giustizia e Affari interni” della Commissione europea (il testo è disponibile in versione elettronica all'indirizzo http://ec.europa.eu/justice/doc_centre/civil/studies/doc_civil_studies_en.htm). Tale studio è stato altresì pubblicato nel volume curato dal *Deutsches Notarinstitut* dal titolo «Les successions Internationales dans l'UE. Perspectives pour une Harmonisation / Conflict of Law of Succession in the European Union. Perspectives for a Harmonisation / Internationales Erbrecht in der EU. Perspektiven einer Harmonisierung», DNoll, Bruxelles/Brussels/Brüssel, 2004 unitamente agli atti di una conferenza tenutasi a Bruxelles il 10 e 11 maggio 2004.

¹⁰ Libro verde intitolato «Successioni e testamenti», adottato dalla Commissione europea il 1° marzo 2005, COM(2005) 65 definitivo. D'ora in avanti: il «Libro verde».

3. Il regolamento ha un contenuto ricco e ambizioso: esso, infatti, offre una disciplina tendenzialmente esaustiva di tutti gli aspetti di diritto internazionale privato e processuale delle successioni a livello europeo¹¹. L'audacia dello strumento si manifesta altresì nel fatto che esso contiene non soltanto norme relative al conflitto di leggi e di giurisdizioni (attinenti, dunque, alla disciplina della legge applicabile, della competenza giurisdizionale, della litispendenza e del riconoscimento ed esecuzione delle decisioni e degli atti pubblici), ma anche norme uniformi di diritto materiale volte alla creazione di un certificato successorio europeo, rilevante ai fini della prova della qualità di erede, legatario, esecutore testamentario o amministratore dell'eredità¹².

Le ambizioni del regolamento sono, tuttavia, ridimensionate da una certa limitazione spaziale dell'ambito di applicazione dello strumento, atteso che le sue disposizioni non si applicano ad alcuni Stati membri (Regno Unito, Irlanda e Danimarca), in forza di quanto stabilito dai Protocolli n. 21 e n. 22 allegati ai Trattati¹³: questi ultimi, pertanto, continueranno ad applicare alle controversie successorie di carattere transfrontaliero le proprie norme di diritto internazionale privato e processuale. Questa discrasia applicativa crea, dunque, un doppio binario di tutela che potrebbe alimentare l'insorgenza di inconvenienti o, per lo meno, di frizioni tra discipline concorrenti nella definizione di situazioni successorie che risultino connesse contemporaneamente a Stati membri vincolati dal regolamento e a Stati membri esclusi dallo stesso.

4. Sul piano temporale le nuove norme uniformi si applicheranno a partire dal 17 agosto 2015 alle successioni a causa di morte a carattere internazionale aperte in quella data o successivamente¹⁴. Fino a quel momento, pertanto, gli Stati membri vincolati dal regolamento continueranno ad applicare le proprie norme comuni.

Quanto all'ambito di applicazione *ratione materiae*, lo strumento intende disciplinare le successioni a causa di morte (art. 1), ossia tutte le questioni di diritto civile relative ad una successione per causa di morte, qualunque sia la modalità di trasmissione della proprietà *mortis causa* (delazione, trasmissione dell'eredità, liquidazione); esso si applica, pertanto, sia alla successione testamentaria sia alla successione legale, ad esclusione delle donazioni tra vivi¹⁵ e di altre materie espressamente escluse dall'art. 1 del regolamento¹⁶, qualora essa abbia implicazioni transfrontaliere¹⁷.

¹¹ Sotto questo profilo, esso ripete la struttura del regolamento (CE) n. 4/2009 in materia di obbligazioni alimentari.

¹² L'istituzione di un certificato successorio europeo (artt. 62 ss. del regolamento) mira a facilitare la rapida risoluzione delle questioni successorie a livello europeo. Esso è rilasciato secondo un modello uniforme dall'autorità dello Stato membro competente a norma dell'art. 4, dell'art. 7, dell'art. 10 o dell'art. 11 del regolamento e produce i suoi effetti in tutti gli Stati membri senza che sia necessario il ricorso ad alcun procedimento. Il certificato, in particolare, è destinato ad essere utilizzato dagli eredi, dai legatari che vantano diritti diretti sulla successione, nonché dagli esecutori testamentari o amministratori dell'eredità che, in un altro Stato membro, hanno necessità di far valere la loro qualità o di esercitare, rispettivamente, i loro diritti di eredi o legatari e/o i loro poteri come esecutori testamentari o amministratori dell'eredità. Sul tema si v. B. REYNIS, «Le certificat successoral européen, un acte authentique européen», in *Defrénois*, 2012, p. 767 ss.

¹³ Il Protocollo n. 21 allegato ai Trattati sulla posizione di Regno Unito e Irlanda consente ad essi di beneficiare di alcuni privilegi rispetto alle misure adottate nello «spazio di libertà di sicurezza e giustizia» (artt. 67 ss. TFUE), prevedendo in loro favore la facoltà di *opting-in*, ossia di dichiarare, di volta in volta, se intendono o meno essere vincolati dalla misura. In Relazione alla Danimarca, invece, il Protocollo n. 22 allegato ai Trattati prevede la clausola di *opting-out*, in forza della quale tale Stato membro non partecipa all'adozione di tali atti e non è ad essi vincolato.

¹⁴ Cfr. art. 83 del regolamento.

¹⁵ L'art. 3, par. 1, lett. a) del regolamento definisce, infatti, come successione ai fini del regolamento «la successione a causa di morte, comprendente qualsiasi modalità di trasferimento di beni, diritti e obbligazioni a causa di morte, che si tratti di un trasferimento volontario per disposizione a causa di morte ovvero di un trasferimento per effetto di successione legittima».

¹⁶ Oltre alla materia fiscale, doganale e amministrativa, l'art. 1, par. 2, del regolamento esclude dall'ambito di applicazione materiale del regolamento le seguenti materie: lo *status* delle persone fisiche, i rapporti di famiglia, la capacità delle persone fisiche, la scomparsa, l'assenza o la morte presunta di una persona fisica, i regimi patrimoniali tra coniugi, le obbligazioni alimentari diverse da quelle a causa di morte, la validità formale delle disposizioni a causa di morte fatte oralmente, i diritti e i beni creati o trasferiti con strumenti diversi dalla successione, le questioni societarie, il *trust*, la natura dei diritti reali, nonché, infine, qualsiasi iscrizione in un registro di diritti su beni mobili o immobili, compresi i requisiti legali relativi a tale iscrizione, e gli effetti dell'iscrizione o della mancata iscrizione di tali diritti in un registro.

¹⁷ Il regolamento (UE) n. 650/2012 non chiarisce, tuttavia, la natura transfrontaliera della successione. A questo riguardo S. GODECHOT-PATRIS, «Le nouveau droit international privé des successions: entre satisfactions et craintes...», in *Recueil Dalloz*, 2012, p. 2462 ss., spec. pp. 2463-2464, ha rilevato: «[Le règlement] n'indique pas, en effet, s'il faut en cantonner l'application aux seules successions transfrontières ou l'étendre aux successions internationales, c'est-à-dire aux successions

Come gli altri regolamenti europei sul conflitto di leggi, il regolamento UE n. 650/2012 è dotato di una vocazione universale¹⁸: la disciplina di conflitto in esso contenuta risulta, infatti, applicabile, negli Stati membri vincolati, anche a situazioni connesse con uno o più Stati terzi, incluse le situazioni che, in ragione di detta connessione, siano ricondotte dai pertinenti criteri di collegamento sotto la legge di uno Stato terzo: ivi compresa quella degli Stati membri esclusi dal proprio ambito di applicazione. Le norme di diritto internazionale privato uniformi sono così affrancate da qualsiasi condizione di reciprocità: a prescindere dalle caratteristiche di ordine personale e territoriale della situazione da regolare, esse si applicano purché siano soddisfatte le condizioni di applicabilità *ratione materiae* e *ratione temporis* prescritte dallo strumento. Il carattere *erga omnes* del regolamento vale, naturalmente, per le sole norme di conflitto in esso contenute e non anche per le disposizioni dettate in materia di efficacia delle decisioni e degli atti pubblici stranieri dallo stesso strumento, con l'effetto che, rispetto a decisioni o atti pubblici provenienti da Stati terzi, dovranno applicarsi le norme nazionali interne¹⁹. Questa considerazione non vale, invece, per le norme sulla competenza giurisdizionale, le quali, nell'ambito del regolamento (UE) n. 650/2012, non sono subordinate alla sussistenza di una condizione di applicabilità *ratione personae*, come nel sistema del regolamento (CE) n. 44/2001 o del regolamento (CE) n. 2201/2003, né è previsto nel regolamento un espresso richiamo a regole nazionali di giurisdizione (cd. competenze residue). Al contrario, l'insieme delle norme sulla competenza giurisdizionale del regolamento (UE) n. 650/2012 è concepito come un sistema completo di titoli di giurisdizione, che sostituisce integralmente le norme interne degli Stati membri. Ne consegue che, in mancanza della designazione di un giudice internazionalmente competente sulla base del regolamento rispetto ad una determinata controversia, nessun giudice di uno Stato membro potrà conoscerla. Le nuove norme uniformi, pertanto, non mirano soltanto a ripartire, nella materia successoria, la *potestas judicandi* tra le autorità degli Stati membri, ma anche a individuarne la sussistenza nei rapporti tra i giudici di Stati membri e i giudici di Stati terzi.

5. Questo scritto si limita ad esplorare le novità relative alla delimitazione della competenza giurisdizionale rispetto alle successioni transfrontaliere. La portata delle nuove norme muterà in modo significativo lo scenario giuridico di riferimento degli ordinamenti degli Stati membri sia per la natura dei titoli di giurisdizioni uniformi selezionati, sia per la generosità con cui talune disposizioni uniformi delimitano l'ampiezza della competenza giurisdizionale delle autorità giurisdizionali degli Stati membri, sia, infine, per le esigenze di coordinamento tra le diverse autorità nazionali competenti, rispetto a controversie successorie di natura contenziosa e/o stragiudiziale.

II. La nozione di «organo giurisdizionale» rilevante ai fini del regolamento (UE) n. 650/2012

6. La nuova disciplina europea sulla competenza giurisdizionale in materia successoria solleva una prima questione di carattere generale, relativa alla delimitazione dell'ambito di applicazione «soggettivo» delle nuove norme uniformi. Si tratta cioè di chiarire a quali autorità esse siano effettivamente indirizzate. Nell'ambito della materia successoria una tale questione riveste una particolare importanza almeno per due ordini di ragioni: la prima è che solitamente le controversie di natura successoria vengono definite a livello stragiudiziale e che solo talora esse richiedono l'intervento di un'autorità giurisdizionale in senso stretto; la seconda è che molte legislazioni nazionali europee in tema di successioni

entretenant non seulement des liens avec les Etats membres mais aussi avec les Etats tiers. Si une application extensive du texte doit prévaloir selon nous, c'est avant tout pour des considerations pratiques. Il est en effet bien difficile de dire à partir de quand une succession cesse d'être transfrontière pour devenir internationale». Come vedremo, del resto, talune norme regolamentari sulla competenza giurisdizionale (art. 10 e 11) mirano a disciplinare situazioni successorie coinvolgenti, in modo più o meno intenso, anche Stati terzi.

¹⁸ Cfr. art. 20 del regolamento.

¹⁹ Il riconoscimento o l'esecuzione delle decisioni straniere rese da giudici di Stati terzi nella materia successoria sarà quindi disciplinato dalle norme interne dei singoli Stati membri (in Italia, ad esempio, dagli articoli 64 ss. della legge di diritto internazionale privato n. 218/1995), occupandosi il regolamento (UE) n. 650/2012 esclusivamente dell'efficacia di decisioni e atti pubblici resi da autorità di Stati membri. Parimenti, le disposizioni del regolamento sulla competenza giurisdizionale non possono evidentemente che riguardare le autorità degli Stati membri.

(*lex hereditatis*) devolvono il compimento di formalità e, più in generale, dei necessari adempimenti successori ad autorità di natura non giurisdizionale, quali i notai o i soggetti incaricati della tenuta di pubblici registri. È, per esempio, la *lex successionis* a stabilire se una certa opzione sulla successione (accettazione di eredità, rinuncia ecc.) debba essere effettuata davanti ad una certa autorità e, in particolare, a quale. La competenza dei notai è poi disciplinata da ciascun Stato membro in modo autonomo e di regola, salvo contestazioni, il notaio non è vincolato in questa materia che dalle regole sulla competenza territoriale dello Stato cui appartiene. Questo insieme di considerazioni genera, dunque, alcune perplessità sulla portata delle norme in questione.

7. Può porsi pertanto il problema di capire se le regole armonizzate sulla competenza giurisdizionale possano applicarsi anche ad autorità non giurisdizionali, suscettibili di intervenire in materia successoria sulla base delle norme materiali applicabili degli Stati membri e se occorra prevedere che certe formalità possano essere effettuate dinanzi alle autorità di uno Stato membro diverso da quello designato dalle norme uniformi²⁰.

Sul punto, nel corso dei lavori preparatori del regolamento, erano state formulate soluzioni divergenti. Talora si era sostenuto che le regole sulla competenza uniformi prescritte per le autorità giurisdizionali non potessero essere trasposte *sic et simpliciter* alle autorità di natura non giurisdizionale²¹. Tal'altra, invece, si era espressa l'esigenza di accogliere una nozione più ampia di "organo giurisdizionale"²².

Sotto questo profilo, la proposta di regolamento della Commissione europea non era apparsa sufficientemente chiara, poiché essa si limitava a stabilire che le norme sulla competenza da essa previste si applicassero a tutti gli organi giurisdizionali degli Stati membri «e, solo in quanto necessario, anche alle autorità non giudiziarie»²³, formula quest'ultima che generava incertezza su quali autorità non giurisdizionali potessero essere effettivamente interessate dal regolamento. L'inciso «solo in quanto necessario» sembrava, infatti, restringere l'ampiezza della nozione di organo giurisdizionale, in apparente contrasto con quanto precisato dal considerando n. 11 della stessa proposta secondo il quale «onde tenere conto delle diverse modalità di disciplinare la successione negli Stati membri, il presente regolamento dovrà definire la competenza degli organi giurisdizionali *lato sensu*, compresa la competenza delle autorità non giudiziarie che esercitino la funzione giurisdizionale, in particolare per delega»²⁴.

Il regolamento (UE) n. 650/2012 ha optato in favore di una nozione ampia di «organo giurisdizionale» con l'intento di estendere la portata delle norme uniformi agli organi giurisdizionali *lato*

²⁰ Cfr. questioni 22 e 23 del Libro verde della Commissione.

²¹ V. le risposte formulate sul punto dal GEDIP al libro verde del 2005 (*Réponse du Groupe européen de droit international privé au livre vert de la Commission européenne sur les successions et testaments*) reperibile al seguente indirizzo: <http://www.gedip-egpil.eu/documents/gedip-documents-15rlv.html>.

²² Così si è espresso il gruppo di studiosi del *Max Planck Institut* di Amburgo nel commentario alla proposta di regolamento del 2009 («Comments on the European Commission's Proposal», cit., pp. 34-36). Essi, in particolare, avevano suggerito di enunciare la seguente nozione di organo giurisdizionale: «The provisions of this Chapter shall apply to all courts in the Member States but shall apply to non-judicial authorities and notaries public only where their involvement is required with respect to rulings in matters of succession» (article 3). Anche il Consiglio del notariato italiano aveva risposto positivamente al quesito formulato dal questionario del Libro verde sul punto: v. CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO - COMMISSIONE AFFARI EUROPEI E INTERNAZIONALI, «Reponses au questionnaire en matière de successions et testaments. Livre Vert de la Commission Européenne (COM (2005) 65 final du 1 er mars 2005) avec un avant-projet de règlement communautaire concernant les conflits de lois et de jurisdictions, et l'institution du certificate successoral européen», Milano, 2005, p. 44. L'Avan-progetto di regolamento comunitario che era stato redatto dal Gruppo di lavoro *ad hoc* nominato dal Consiglio nazionale del notariato nel 2005 («Reponses au questionnaire», cit., p. 69 ss) proponeva, infatti, la seguente nozione di «jurisdiction» (art. 2): «toute autorité judiciaire ou toute autre autorité publique ou tout déléguétaire desdites autorités, notamment les notaires, des Etats membres compétentes dans les matières relevant du champ d'application du présent règlement». Esso stabiliva, altresì, al suo articolo 7, par. 1, la competenza delle autorità dello Stato membro di situazione di un bene: «Lorsque la loi de l'Etat member de situation d'un bien exige l'intervention de ses jurisdictions pour prendre des mesures concernant l'administration ou la transmission de ce bien, les jurisdictions de l'Etat member sur le territoire duquel est situé le bien son seules compétentes pour prendre lesdites mesures».

²³ Cfr. art. 3 della proposta di regolamento.

²⁴ Secondo il *Max Planck Institut* (commentario, cit., p. 35) tale inciso andava letto in combinazione con gli articoli 8 (sulla competenza in materia di accettazione dell'eredità o di rinuncia all'eredità) e 9 (sulla competenza degli organi giurisdizionali del luogo in cui è situato il bene) della proposta di regolamento «and should clarify that where, according to the applicable law, the involvement of a non-judicial authority is required, it should not lack competence».

sensu intesi, ivi comprese le autorità di natura non giudiziaria che esercitino la funzione giurisdizionale in situazioni successorie, in particolare per delega. L'art. 3, par. 2, del regolamento stabilisce così che il termine «organo giurisdizionale» indica «qualsiasi autorità giudiziaria e tutte le altre autorità e i professionisti legali competenti in materia di successioni che esercitano funzioni giudiziarie o agiscono su delega di un'autorità giudiziaria o sotto il controllo di un'autorità giudiziaria, purché tali altre autorità e professionisti legali offrano garanzie circa l'imparzialità e il diritto di audizione delle parti e purché le decisioni che prendono ai sensi della legge dello Stato membro in cui operano: a) possano formare oggetto di ricorso o riesame davanti a un'autorità giudiziaria; e b) abbiano forza ed effetto equivalenti a quelli di una decisione dell'autorità giudiziaria nella stessa materia»²⁵.

In verità, la definizione accolta dal regolamento appare non solo ampia ma anche complessa. Essa non si limita, infatti, ad enunciare il criterio discrezionale dell'esercizio della funzione giurisdizionale, ma contempla anche due ulteriori ipotesi nelle quali non sia direttamente ravvisabile un tale elemento, ossia che sull'attività espletata dall'autorità non giurisdizionale sia assicurato un «controllo da parte del giudice» o che essa sia il frutto di una «delega di poteri» da parte dell'autorità giudiziaria. Alla nozione di «organo giurisdizionale» occorre, pertanto, attribuire un significato esteso, che comprenda non solo gli organi giurisdizionali veri e propri che esercitino funzioni giudiziarie, ma anche i notai o gli uffici del registro di alcuni Stati membri che, in talune successioni, siano chiamati a svolgere funzioni giudiziarie, nonché i notai e i professionisti giuridici che, in alcuni Stati membri, esercitino funzioni giudiziarie in una data successione per delega di un organo giurisdizionale²⁶. In altre parole, quale che sia la natura dell'autorità coinvolta nella definizione di una questione successoria di carattere internazionale, l'applicazione o meno delle norme sulla competenza del regolamento dipende, in ultima analisi, dall'attività concretamente esercitata o comunque dalla subordinazione della singola autorità alle statuzioni di un'autorità giurisdizionale in senso stretto. In linea di principio, il termine «organo giurisdizionale» non dovrebbe, quindi, interessare le autorità non giudiziarie degli Stati membri abilitate dalla legge nazionale a trattare questioni di successione, come i notai della maggior parte degli Stati membri, qualora, come spesso accade, essi non esercitino funzioni giudiziarie. Ciò è confermato, del resto, dal preambolo dello stesso regolamento, ove viene specificato che i notai, quando esercitano funzioni giudiziarie, sono vincolati dalle norme di competenza e le decisioni da essi rese dovrebbero circolare conformemente alle disposizioni del regolamento (UE) n. 650/2012 relative al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni. Al contrario, qualora i notai non esercitino funzioni giudiziarie, essi non sono vincolati dalle norme di competenza uniformi e gli atti pubblici da essi rilasciati dovrebbero poter circolare conformemente alle disposizioni regolamentari relative agli atti pubblici²⁷, cioè in base agli artt. 59 ss. del regolamento (UE) n. 650/2012, se formati dopo il 17 agosto 2015²⁸.

L'ampiezza della nozione di organo giurisdizionale è tuttavia ridimensionata dai due ulteriori requisiti enunciati dallo stesso art. 3, par. 2: ossia il rispetto del principio del contraddittorio e la possibilità che la decisione resa dall'autorità non giurisdizionale possa essere sottoposta ad un controllo successivo da parte del giudice e abbia la stessa forza e la stessa efficacia di un'analogia decisione resa da un giudice nazionale. L'osservanza di tali condizioni restringe quindi notevolmente il novero dei soggetti non giurisdizionali ascrivibili al rango di «organo giurisdizionale» ai sensi del regolamento e rimette ogni concreta (e, talora, non facile) determinazione alle diverse legislazioni nazionali. In verità, anche alla luce dell'elevato numero di controversie successorie definite in via stragiudiziale sulla base delle normative materiali degli Stati membri, è verosimile che le norme uniformi sulla competenza giurisdizionale non vengano spesso in rilievo e che le situazioni transfrontaliere siano, per lo più, risolte attraverso l'applicazione delle norme di conflitto dettate dagli articoli 21 ss. del regolamento.

8. L'importanza della questione sull'esatta individuazione dell'organo giurisdizionale può essere apprezzata anche sotto un diverso profilo: la sua soluzione, infatti, incide sulla determinazione della

²⁵ Il regolamento dispone altresì che gli Stati membri debbano provvedere a notificare alla Commissione europea, conformemente all'art. 79 dello stesso, l'elenco delle autorità e dei professionisti richiamati dall'art. 3.

²⁶ Cfr. considerando n. 20 del regolamento.

²⁷ Cfr. considerando n. 22 del regolamento.

²⁸ Rispetto agli atti pubblici formati prima di tale data dovranno applicarsi le norme comuni dei singoli Stati membri.

competenza dell'autorità nazionale abilitata a rilasciare il certificato successorio europeo. L'art. 64 del regolamento stabilisce, in via generale, che esso è rilasciato «nello Stato membro i cui organi giurisdizionali sono competenti a norma dell'articolo 4, dell'articolo 7, dell'articolo 10 o dell'articolo 11 del regolamento», ossia dalle autorità del luogo di ultima residenza abituale del defunto, dal giudice dello Stato membro della legge scelta dal *de cuius* (ossia dello Stato membro di cittadinanza), dall'organo «sussidiario» dello Stato membro in cui si trovano alcuni beni ereditari o, infine, da quello designato dal *forum necessitatis*. La determinazione dell'autorità competente al rilascio del certificato segue, pertanto, le sorti della competenza a definire il merito della controversia successoria internazionale e presuppone, in ultima analisi, la nozione di «organo giurisdizionale» a cui le norme sulla competenza giurisdizionale sopra richiamate sono indirizzate. Il legislatore europeo, tuttavia, è andato oltre e ha ampliato il novero dei soggetti abilitati al rilascio del certificato. Per evitare inconvenienti o complicazioni legate al tenore delle diverse normative nazionali, l'art. 64 del regolamento precisa, infatti, che l'autorità di rilascio del certificato può essere sia un organo giurisdizionale quale definito dall'articolo 3, par. 2, sia «un'altra autorità che, in forza del diritto nazionale applicabile, è competente in materia successoria»²⁹, prospettando così l'ipotesi in cui l'autorità competente per il rilascio del certificato sia un notaio che non eserciti alcuna attività giurisdizionale né svolga il proprio operato su delega o sotto il controllo di un'autorità giurisdizionale in senso stretto, come richiesto, invece, dalla nozione di «organo giurisdizionale» definita dall'art. 3, par. 2, del regolamento.

9. In linea con la generosità della nozione di organo giurisdizionale, il regolamento (UE) n. 650/2012 ha ammesso inoltre la possibilità che certe formalità successorie possano essere effettuate dinanzi alle autorità di uno Stato membro diverso da quello designato dalle norme di competenza uniformi. Venendo, infatti, incontro alle esigenze degli eredi e dei legatari residenti in uno Stato membro diverso da quello degli organi giurisdizionali competenti in ordine alla successione che siano chiamati a rendere dichiarazioni di accettazione dell'eredità (o di rinuncia alla stessa), di un legato o di una quota di legittima oppure una dichiarazione diretta a limitare la responsabilità della persona interessata in relazione ai debiti ereditari, l'art. 13 del regolamento autorizza tali soggetti a rendere le suddette dichiarazioni sia dinanzi all'organo giurisdizionale competente a decidere sulla successione ai sensi del regolamento sia dinanzi agli organi giurisdizionali dello Stato membro di loro residenza abituale qualora, in base alla legge di tale Stato membro, dette dichiarazioni possano essere rese ad un organo giurisdizionale. In tali ipotesi, dovrebbero essere allora le stesse persone che scelgono di avvalersi della possibilità di rendere dichiarazioni di tal genere nello Stato membro di residenza abituale ad informare l'organo giurisdizionale o l'autorità che si occupa o si occuperà della successione dell'esistenza di tali dichiarazioni entro i termini stabiliti dalla *lex successionis*³⁰.

III. I nuovi titoli di giurisdizione uniformi

10. La nuova disciplina europea della competenza giurisdizionale sulle successioni *mortis causa* segue uno schema piuttosto articolato: essa si fonda su un titolo di giurisdizione generale (art. 4), costituito dall'ultima residenza abituale del defunto (in uno Stato membro dell'Unione), nonché su alcune disposizioni derogatorie. Queste ultime rompono l'unità della disciplina della competenza giurisdizionale del regolamento e risultano fondate sulla maggiore idoneità di una diversa autorità giurisdizionale a de-

²⁹ Il considerando n. 70 del regolamento chiarisce l'interpretazione di tale disposizione affermando: «Il certificato dovrebbe essere rilasciato nello Stato membro i cui organi giurisdizionali sono competenti ai sensi del presente regolamento. Dovrebbe spettare a ciascuno Stato membro determinare nella rispettiva legislazione interna quali autorità debbano essere competenti a rilasciare il certificato, che si tratti degli organi giurisdizionali definiti ai fini del presente regolamento oppure di altre autorità competenti in materia di successioni, ad esempio i notai. Dovrebbe altresì spettare a ciascuno Stato membro determinare nella rispettiva legislazione interna se l'autorità di rilascio possa coinvolgere altri organi competenti nel processo di rilascio, ad esempio organi competenti a ricevere un atto notorio sostitutivo del giuramento. Gli Stati membri dovrebbero fornire alla Commissione le informazioni pertinenti relative alle rispettive autorità di rilascio affinché tali informazioni siano rese disponibili al pubblico».

³⁰ Cfr. considerando n. 32 del regolamento.

cidere la controversia (art. 6), sulla volontà delle parti interessate (art. 5), nonché, infine, sulla mancanza del presupposto applicativo del titolo di giurisdizione generale, allorché cioè, al momento della morte, il *de cuius* risieda abitualmente in uno Stato terzo (foro di sussidiarietà, art. 10) o non vi sia nessun giudice competente a statuire sulla questione successoria in base alle medesime norme regolamentari (cd. *forum necessitatis*, art. 11).

11. Un tale esito non era stato in verità preconizzato dai lavori preparatori iniziali del regolamento, ove si era discusso sull'opportunità di predisporre un unico foro generale competente per la materia successoria, idoneo a prevenire il *forum shopping* e la moltiplicazione dei fori competenti, e di mantenere, eventualmente, fori esclusivi legati alla localizzazione dei beni immobili facenti parte dell'asse ereditario³¹.

La soluzione finale del regolamento è andata oltre i progetti iniziali, dando vita ad un sistema «ibrido» e complesso, ove l'astratta centralità predicata dell'ultima residenza abituale del defunto risulta, in concreto, variamente ridimensionata.

L'esigenza, invece, di valorizzare la localizzazione dei beni immobili ereditari è stata ridotta all'ipotesi in cui la decisione adottata dal giudice designato in forza del titolo generale rischi di non essere riconosciuta o eseguita nello Stato di situazione del bene immobile, qualora quest'ultimo sia allocato in uno Stato terzo: laddove cioè l'ultima residenza abituale del *de cuius* risulti in uno Stato membro ma alcuni dei beni ereditari siano situati in uno Stato terzo, ai sensi dell'art. 12 del regolamento, l'organo giurisdizionale adito può, su richiesta di una delle parti, astenersi dal decidere su uno o più di tali beni qualora si possa supporre che la sua decisione sui beni in questione non sarà riconosciuta né, se del caso, dichiarata esecutiva in tale Stato terzo. Ragioni di opportunità giuridica ispirano evidentemente questa disposizione ma una tale soluzione è apprezzabile anche perché il mantenimento di un foro fondato genericamente sul *locus rei sitae* avrebbe comportato una proliferazione di fori competenti nei casi di successioni complesse, ove i beni immobili siano situati in più Stati (membri e non) e, dunque, una frammentazione della fattispecie contraria all'obiettivo di semplificazione della disciplina giurisdizionale e, in generale, al principio dell'unità della successione accolto dal regolamento.

Fuori dall'ipotesi dell'art. 12 la situazione di un bene ereditario, nel quadro delle norme regolamentari sulla competenza giurisdizionale, viene in rilievo non come titolo autonomo di giurisdizione ma, più semplicemente, come indizio dell'esistenza di un collegamento sufficientemente rilevante o, comunque, apprezzabile (insieme ad altri fattori di specie) con un certo Stato membro; collegamento quest'ultimo che risulta utile a radicare la *potestas judicandi* nei giudici di tale Stato, per effetto del trasferimento della competenza giurisdizionale prescritta dall'art. 6, lett. a) o del foro sussidiario dell'art. 10.

12. Nell'impianto definitivo del regolamento è scomparsa anche la previsione contenuta nell'art. 9 della proposta di regolamento, in relazione alla competenza esclusiva degli organi giurisdizionali del luogo in cui è situato il bene per l'adozione di misure di diritto sostanziale relative alla sua trasmissione, iscrizione o trascrizione nei pubblici registri immobiliari³². L'esclusività di tale foro comportava, infatti, il diniego di riconoscimento delle decisioni rese all'estero, ivi compreso nello Stato di ultimo domicilio del defunto, nella misura in cui esse riguardavano l'immobile situato nello Stato richiesto.

13. Un'ulteriore deroga all'identificazione unitaria del giudice competente si manifesta, infine, nel fatto che i fori esorbitanti possono adottare misure provvisorie o cautelari previste dalla legge di tale Stato membro anche quando, in forza del regolamento, la competenza a conoscere del merito sia riconosciuta agli organi giurisdizionali di un altro Stato membro (art. 19). A questo riguardo, pare ragionevole ritenerе che l'esercizio della competenza attribuita dal diritto interno ai giudici di un dato Stato membro sia da intendersi come rimedio eccezionale e sia, in particolare, subordinata all'esistenza di «un effettivo

³¹ V. il quesito n. 14 del Libro verde.

³² Art. 9 della proposta di regolamento: «Ove la legge dello Stato membro luogo di situazione del bene preveda l'intervento dei suoi organi giurisdizionali per adottare misure di diritto sostanziale relative alla trasmissione di quel bene, alla sua iscrizione o trascrizione nei pubblici registri immobiliari, sono competenti ad adottare tali misure gli organi giurisdizionali di quello Stato membro».

nesso di collegamento fra l'oggetto del provvedimento richiesto e la competenza territoriale dello Stato contraente del giudice adito»³³; nesso quest'ultimo che dovrebbe sussistere, in particolare, con lo Stato in cui sono situati i beni che formano oggetto della misura³⁴.

1. Il titolo generale dell'ultima residenza abituale del *de cuius*: questioni interpretative

14. Ai sensi dell'art. 4 del regolamento il titolo generale di giurisdizione in materia successoria coincide con l'ultima residenza abituale del defunto in uno Stato membro dell'Unione europea. Secondo il principio di unità della successione accolto dal regolamento, i giudici di tale Stato sono competenti a statuire sull'intera successione senza che vengano in rilievo, a tale riguardo, la natura e la localizzazione dei singoli beni ereditari.

La residenza abituale del *de cuius* svolge un ruolo fondamentale nella struttura del regolamento (UE) n. 650/2012, dal momento che esso rappresenta, a un tempo, il criterio principale sia per l'individuazione della legge applicabile (art. 21, par. 1)³⁵ sia per la determinazione del giudice competente (art. 4), ciò che favorisce, in generale, la coincidenza tra *forum* e *jus* e, quindi, l'unità della disciplina delle successioni transfrontaliere sul piano della competenza giurisdizionale e della legge applicabile, eliminando il rischio del *forum shopping*.

La valorizzazione del criterio della residenza abituale riflette i suggerimenti proposti fin dal 1993 dal Gruppo europeo di diritto internazionale privato (GEDIP) in materia successoria³⁶, nonché le soluzioni delle convenzioni internazionali elaborate in seno alla Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato³⁷. Tale scelta si pone, del resto, in linea con i più recenti strumenti di diritto internazionale privato europeo, a partire, in particolare, dal regolamento (CE) n. 2201/2003 sulla competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e responsabilità parentale³⁸.

Senza dubbio la residenza abituale presenta alcuni vantaggi³⁹. Diversamente dalla cittadinanza, che esprime un collegamento diretto con la sovranità degli Stati, essa costituisce un criterio di prossimità che coincide tendenzialmente con il centro degli interessi del defunto e spesso con il luogo di situazione della maggior parte dei suoi beni. Tale criterio tiene inoltre conto della crescente mobilità dei cittadini europei e favorisce l'integrazione nello Stato membro di riferimento, evitando le discriminazioni nei confronti di coloro che vi risiedono senza averne la cittadinanza⁴⁰.

³³ Corte di giustizia, 17 novembre 1998, *Van Uden*, causa C-391/95, *Raccolta*, 1988, p. I-7091, par. 40.

³⁴ Corte di giustizia, 21 maggio 1980, *Denilauler*, causa 125/79, *Raccolta*, 1980, p. 1553.

³⁵ Art. 21 del regolamento: «1. Salvo quanto diversamente previsto dal presente regolamento, la legge applicabile all'intera successione è quella dello Stati in cui il defunto aveva la propria residenza abituale al momento della morte. 2. Se, in via eccezionale, dal complesso delle circostanze del caso concreto risulta chiaramente che, al momento della morte, il defunto aveva collegamenti manifestamente più stretti con uno Stato diverso da quello la cui legge *sarebbe* applicabile ai sensi del paragrafo 1, la legge applicabile alla successione è la legge di tale altro Stato».

³⁶ Cfr. art. 5, par. 1, del progetto di convenzione GEDIP del 1993, secondo il quale: «Sont compétents pour statuer en matière successorale les tribunaux ou autorités de l'État contractant sur le territoire duquel le défunt avait sa résidence habituelle au moment du décès». Anche l'*Étude de droit comparé* elaborato dal *Deutsches Notarinstitut* nel 2004 condivideva l'idea del GEDIP sul titolo generale di giurisdizione fondato sull'ultima residenza abituale del defunto (pp. 44-46).

³⁷ V., ad esempio, l'art. 3 della Convenzione dell'Aja del 1º agosto 1989 sulla legge applicabile alle successioni *mortis causa*, nonché l'art. 1, lett. d) della Convenzione dell'Aja del 5 ottobre 1961 sul conflitto di leggi relativo alla forma delle disposizioni testamentarie e l'art. 2 della Convenzione dell'Aja del 2 ottobre 1973 sull'amministrazione internazionale dei beni ereditari.

³⁸ Cfr. per la competenza giurisdizionale, si vedano gli articoli 3 e 8 del regolamento (CE) n. 2201/2003, nonché l'art. 3 del regolamento (CE) n. 4/2009; per la legge applicabile, invece, si vedano, gli articoli 4 ss. del regolamento (CE) n. 864/2007 sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali (cd. «Roma II»), gli articoli 4 ss. del regolamento (CE) n. 593/2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (cd. «Roma I»), nonché gli articoli 5 e 8 del regolamento (UE) n. 1259/2010 sulla legge applicabile alla separazione personale e al divorzio.

³⁹ Per una disamina più approfondita dei vantaggi e degli inconvenienti del criterio della residenza abituale si veda: A BONOMI, «Successions internationales», cit., pp. 180-185.

⁴⁰ V. P. KINDLER, «From Nationality to Habitual Residence: Some Brief Remarks on the Future Regulation on International Successions and Wills», in K. BOELE-WOELKI, T. EINHORN, D. GIRSBERGER E S. SYMEONIDES (a cura di), *Convergences and Divergences in Private International Law*, cit., p. 251 ss.

15. Tale titolo genera anche alcuni inconvenienti in ragione della sua connaturata flessibilità. La sua natura intrinsecamente fattuale, infatti, determina un contenuto vago e variabile, rimesso, di volta in volta, al prudente apprezzamento dell'autorità giurisdizionale adita. Com'è noto, infatti, nell'ambito degli strumenti di diritto internazionale privato europei, la nozione di residenza abituale non costituisce una circostanza tecnico-formale ma una situazione di natura fattuale. Essa si fonda su un legame effettivo (*genuine link*) tra l'individuo e lo Stato e si sostanzia nel luogo ove la persona ha inteso fissare «con voluto carattere di stabilità, il centro permanente o abituale dei propri interessi, fermo restando che ... occorre tener conto di tutti gli elementi di fatto che contribuiscono alla sua costituzione»⁴¹. Un tale luogo è suscettibile, pertanto, di mutare facilmente e velocemente nel tempo e di dare luogo ad incertezze applicative⁴²: la sua determinazione, infatti, richiede di valutare molteplici elementi di fatto, i quali, a loro volta, possono variare, da situazione a situazione, a seconda anche dell'età e delle condizioni personali della persona deceduta. Del resto, la sua indeterminatezza dipende anche dalla circostanza che il regolamento, come gli altri strumenti uniformi di diritto internazionale privato dell'Unione, non contiene una definizione autonoma del concetto di «residenza abituale».

Tuttavia, due considerando del preambolo del regolamento indicano alcuni fattori che possono venire in rilievo nella determinazione del criterio⁴³. In particolare, il considerando 23 precisa che l'autorità che si occupa della successione dovrebbe procedere ad «una valutazione globale delle circostanze della vita del defunto negli anni precedenti la morte e al momento della morte, che tenga conto di tutti gli elementi fattuali pertinenti, in particolare la durata e la regolarità del soggiorno del defunto nello Stato interessato nonché le condizioni e le ragioni dello stesso», ossia, in particolare le condizioni professionali, economiche o personali della presenza del *de cuius* in un certo Stato e il centro degli interessi della sua vita familiare e sociale. La residenza abituale così determinata dovrebbe, quindi, rivelare un collegamento stretto e stabile con lo Stato interessato tenendo conto degli obiettivi specifici del regolamento. Invero, in alcune situazioni successorie può risultare complesso determinare la residenza abituale del defunto: è ciò che può accadere, per esempio, allorquando, per motivi professionali o economici, il defunto si sia trasferito all'estero per lavoro, anche per un lungo periodo, ma abbia mantenuto un forte legame con lo Stato di origine oppure quando il defunto abbia trascorso tutta la sua vita in un certo Stato, di regola quello di cittadinanza, e poi, in età avanzata, si sia trasferito altrove, per motivi di riposo, svago o salute. In un caso del genere si potrebbe ritenere che il *de cuius*, alla luce delle circostanze della fattispecie, abbia mantenuto la propria residenza abituale nello Stato di origine ove è situato il centro degli interessi della sua famiglia e della sua vita sociale e che essa non sia mutata malgrado le successive scelte di vita del defunto. Altri casi complessi possono, inoltre, presentarsi qualora il defunto abbia vissuto alternativamente in più Stati o si sia trasferito da uno Stato all'altro senza essersi stabilito in modo permanente in alcuno di essi. Se il *de cuius* era cittadino di uno di tali Stati o vi possedeva i suoi beni principali, la sua cittadinanza o il luogo in cui sono situati tali beni potrebbero costituire elementi decisivi per la valutazione generale di tutte le circostanze fattuali⁴⁴. Non a caso, in relazione a ipotesi

⁴¹ V. la relazione Borrás, punto 32, illustrativa della Convenzione adottata dal Consiglio dell'Unione il 28 maggio 1998 e relativa alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di potestà dei genitori sui figli di entrambi i coniugi, mai entrata in vigore e sostituita dal regolamento (CE) n. 1347/2000. La relazione è pubblicata, unitamente alla Convenzione, G.U.C.E. 16 luglio 1998 C-221, p. 1 ss. In senso analogo, in relazione ad altre norme di diritto comunitario, si veda anche la sentenza della Corte di giustizia del 15 settembre 1994, causa C-452/93, *Pedro Magdalena Fernandez, Raccolta*, 1994, p. I-4295 ss., ove la residenza abituale viene definita come «il luogo in cui l'interessato ha fissato, con voluto carattere di stabilità, il centro permanente o abituale dei propri interessi».

⁴² Sull'interpretazione della nozione di «residenza abituale» nel regolamento (CE) n. 2201/2003, in relazione alla responsabilità parentale, cfr. Corte di giustizia, sent. 2 aprile 2009, causa C-523/07, A, *Raccolta*, 2009, p. I-2805 ss.; 22 dicembre 2010, causa C-497/10 PPU, *Mercredi c. Chaffe, Raccolta*, 2010, p. I-14309 ss. Si vedano sul tema: R. LAMONT, «Habitual Residence and Brussels II-bis: Developing Concepts for European Private International Law», in *JPIL*, 2007, p. 261 ss.; C. RICCI, «Habitual Residence as a Ground of Jurisdiction in Matrimonial Disputes: From Brussels II-bis to Rome III», in S. BARIATTI, A. MALATESTA, F. POCAR (a cura di), *The External Dimension of EC Private International Law in Family and Succession Matters*, Cedam, Padova, 2008, p. 207 ss.; M. MELLONE, «La nozione di residenza abituale e la sua interpretazione nelle norme di conflitto comunitarie», in *Riv.dir.int.priv.proc.*, 2010, p. 685 ss.; P. KINDLER, «From Nationality to Habitual Residence: Some Brief Remarks on the Future Regulation on International Successions and Wills», cit., 2010, p. 251 ss.

⁴³ Cfr. considerando n. 23 e n. 24 del regolamento.

⁴⁴ Cfr. considerando n. 24 del regolamento.

di tal genere, in materia di legge applicabile, il regolamento (UE) n. 650/2012 ha previsto una clausola di eccezione per escludere l'applicazione della legge di ultima residenza abituale nei casi (sia pure eccezionali) in cui la fattispecie presenti collegamenti manifestamente più stretti con uno Stato diverso (art. 21, par. 2), ciò che potrebbe verificarsi, ad esempio, qualora il defunto si sia trasferito nello Stato di residenza abituale in un momento relativamente prossimo alla sua morte e tutte le circostanze del caso indichino che egli aveva mantenuto collegamenti manifestamente più stretti con uno Stato diverso.

Nelle situazioni ereditarie più complesse la ricerca degli elementi richiesti dalla nozione di residenza abituale potrebbe, quindi, minare la certezza del diritto perseguita dal regolamento sul piano della competenza giurisdizionale, attraverso la previsione del titolo generale dell'ultima residenza abituale del defunto, stimolando il ricorso a fori ulteriori, quale soprattutto, per ragioni di prossimità, quello fondato sul trasferimento della competenza.

2. Il trasferimento della competenza all'organo giurisdizionale più adatto

16. Una prima deroga alla competenza generale del giudice dello Stato membro di ultima residenza abituale del defunto di cui all'art. 4 consiste nella possibilità di trasferire la competenza presso autorità giudiziarie diverse da quelle definite dalle norme generali del regolamento. L'art. 6 del regolamento contempla, in particolare, due diverse ipotesi.

La prima collega la determinazione della competenza giurisdizionale alla scelta della legge applicabile alla successione operata in conformità all'art. 22 del regolamento⁴⁵: laddove, infatti, il *de cuius* abbia optato in favore della legge di cittadinanza, il giudice dell'ultima residenza abituale del defunto, adito a norma dell'art. 4 del regolamento, *su richiesta di una delle parti* della controversia, può dichiarare la propria competenza qualora ritenga che gli organi giurisdizionali dello Stato della cittadinanza siano *più adatti* a decidere sulla successione «tenuto conto delle circostanze pratiche di quest'ultima, quali la residenza abituale delle parti e il luogo in cui sono situati i beni» (art. 6, lett. *a*).

La stessa conclusione può avversi, in una seconda ipotesi, laddove i giudici siano stati aditi conformemente al criterio di competenza sussidiario dell'art. 10 del regolamento e il *de cuius* abbia scelto la legge di cittadinanza ai sensi dell'art. 22. Anche in questa evenienza i giudici aditi, possono, su richiesta di una delle parti della causa, dichiararsi incompetenti a favore dei giudici dello Stato di cittadinanza laddove ritengano quest'ultimi più adatti a conoscere della causa.

Il trasferimento della competenza giurisdizionale può pertanto avere luogo solo in una delle due ipotesi sopra descritte, essendo preclusa l'eventualità che il collegamento idoneo a giustificare il trasferimento sia rinvenibile in aspetti ulteriori della fattispecie⁴⁶.

Tali ipotesi richiedono l'osservanza di alcuni requisiti.

In primo luogo, la disposizione impone l'avvenuta scelta della legge nazionale ai sensi dell'art. 22, ciò che impedisce, pertanto, ai giudici della residenza abituale del *de cuius* o ai giudici stabiliti dal foro sussidiario dell'art. 10 di effettuare una libera valutazione sull'idoneità a giudicare la controversia dei giudici di cittadinanza del defunto, a prescindere dalla scelta di legge del testatore, nonché sulla maggiore competenza di giudici diversi da quelli dello Stato della legge scelta a conoscere del caso di specie. In casi quindi ove il defunto non abbia scelto la propria legge di cittadinanza ma tutte le persone interessate alla successione siano domiciliate nello Stato membro di cittadinanza, ad esempio, perché, poco prima della morte, il *de cuius* si era trasferito in un diverso Stato membro dove era scomparso qualche tempo dopo il suo arrivo, le parti interessate sono costrette ad avviare la causa dinanzi al giudice del luogo di ultima residenza abituale del defunto, dove questi si era trasferito, sebbene tutti gli altri collega-

⁴⁵ L'art. 22 del regolamento consente ad una persona di scegliere come legge regolatrice della sua (intera) successione la legge dello Stato in cui essa ha la cittadinanza al momento della scelta o al momento della morte. In mancanza di una tale scelta, la legge applicabile alla successione sarà quella dell'ultima residenza abituale del *de cuius*, in conformità alla norma di conflitto generale dell'art. 21.

⁴⁶ Il *Max Planck Institut* di Amburgo, invece, aveva proposto di inserire due ulteriori ipotesi per il trasferimento della competenza giurisdizionale: una in favore dei giudici dello Stato membro in cui tutte le parti del procedimento sono abitualmente residenti (art. 5, par. 2, lett. *b*) e l'altra in favore dei giudici dello Stato membro in cui i beni immobili di proprietà del defunto si trovano laddove la controversia riguardi la proprietà su tali beni (art. 5, par. 2, lett. *c*): così «Comments on the European Commission's Proposal», cit., p. 39 ss.

menti della fattispecie siano ancora collegati con lo Stato di cittadinanza. Una tale soluzione risulterebbe inappropriata rispetto alla situazione di specie ma inevitabile ai sensi dell'art. 6, lett. *a*) del regolamento.

In secondo luogo, il trasferimento opera solo su istanza di parte, non potendo i giudici del foro generale o del foro sussidiario rilevare d'ufficio la loro incompetenza. In ogni caso, anche in presenza di una domanda di parte, l'autorità adita conserva il potere discrezionale di decidere diversamente e, quindi, di giudicarsi più competente a decidere sulla controversia rispetto ai giudici dello Stato della legge scelta, in ragione delle diverse circostanze del caso di specie. Non vi è quindi un obbligo per i giudici aditi di dichiarare la propria incompetenza in casi di questo genere.

Tale trasferimento non dovrebbe ritenersi automatico, in presenza delle condizioni richieste, ma piuttosto un'eccezione alla regola generale dell'ultima residenza abituale del defunto. L'art. 6, lett. *a*) del regolamento, non precisa, tuttavia, espressamente il carattere eccezionale del criterio. Tale aporia potrebbe favorire un uso ampio e distorto della norma, minando così la certezza del diritto ricercata dal regolamento sul piano della competenza giurisdizionale. L'art. 6, invece, dovrebbe permettere all'organo giurisdizionale competente, a titolo eccezionale e a determinate condizioni, di rinviare la causa all'organo giurisdizionale dello Stato di cui il defunto aveva la cittadinanza, se più adatto a conoscere della causa, ciò che dovrebbe avvenire tenendo conto degli interessi del defunto (ivi comprese la durata dell'ultima residenza abituale e la precedente residenza abituale dello stesso), degli eredi, dei legatari e dei creditori parti del procedimento (in particolare, del loro interesse a litigare «in casa» e ad ottenere una decisione con tempi e costi ragionevoli), nonché dell'interesse alla buona amministrazione della giustizia (in ragione della prossimità di acquisizione delle prove rilevanti, della corretta applicazione della legge applicabile alla successione e dell'efficace esecuzione della decisione finale) e dovrebbe, in ultima analisi, coincidere con il centro di gravità della successione.

Il trasferimento della competenza in favore degli organi giurisdizionali della legge nazionale scelta può avvenire in qualsiasi momento, contrariamente a quanto stabilito, in proposito, dalla proposta di regolamento del 2009, che prescriveva l'obbligo per l'organo giurisdizionale competente di fissare un termine entro il quale dovevano essere aditi gli organi giurisdizionali dello Stato membro della legge scelta. Decoro quest'ultimo inutilmente, la competenza continuava ad essere esercitata dall'organo giurisdizionale adito. La proposta prevedeva altresì un termine di otto settimane per i giudici dello Stato membro della legge scelta ai fini dell'accettazione della competenza per effetto del trasferimento. Solo a seguito della tempestiva accettazione dei giudici nazionali del *de cuius*, l'organo giurisdizionale preveniente poteva declinare la propria competenza. In caso contrario, la competenza continuava ad essere esercitata dall'organo giurisdizionale precedentemente adito. Una tale limitazione temporale non è stata però confermata dal testo finale del regolamento: l'art. 6 prescrive, invece, che, a seguito della prognosi sulla maggiore idoneità a giudicare delle autorità dello Stato membro della legge scelta dal defunto, la declaratoria di incompetenza sia immediata.

La possibilità di trasferire la competenza giurisdizionale in favore del giudice dello Stato di cittadinanza del *de cuius*, se più adatto a conoscere la fattispecie, costituisce una trasposizione nel campo delle successioni *mortis causa* del foro previsto dall'art. 15 del regolamento (CE) n. 2201/2003 in materia di responsabilità parentale, il quale, sul modello dell'art. 8 della Convenzione dell'Aja del 19 ottobre 1996 concernente la competenza, la legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di potestà genitoriale e di misure di protezione dei minori, prevede che, in via eccezionale, le autorità competenti in virtù di una delle norme del regolamento (CE) n. 2201/2003 possano rinunciare ad esercitare tale competenza, trasferendola all'autorità straniera che, a loro giudizio, sia più adatta a trattare il caso o una sua parte specifica. Tale possibilità è familiare alla tradizione giuridica di *common law* e, in particolare, alla dottrina del *forum non conveniens*⁴⁷. Nonostante le affinità funzionali, molte sono, tuttavia, le diffe-

⁴⁷ In base a tale dottrina, i giudici possono rifiutarsi di decidere un caso loro sottoposto quando, a loro avviso, il giudice di un altro Stato sia più adeguato a pronunciarsi al riguardo, in ragione degli interessi di tutte le parti e ai fini della giustizia. Tale istituto è ignoto ai diritti continentali di *civil law* e non trova spazio neppure nel sistema del regolamento (CE) n. 44/2001, come ha affermato la Corte di giustizia nella sentenza 1º marzo 2005, causa C- 281/02, *Owusu c. Jackson, Raccolta*, 2005, p. I-1393 ss. Sul tema v. l'imponente lavoro di A. NYUTS, «L'exception de *forum non conveniens*», Bruylant, Bruxelles-Parigi, 2003, nonché nel contesto dello spazio giurisdizionale europeo, C. M. MARIOTTINI, «The Proposed Recast of the Brussels I Regulation and Forum Non Conveniens in the European Union Judicial Area», in F. POCAR, I. VIARENGO, F. C. VILLATA (a cura di), *Recasting Brussels I*, Cedam, Padova, 2012, p. 285 ss.

renze tra le due disposizioni: l'operatività dell'art. 15 del regolamento (CE) n. 2201/2003 è subordinata, infatti, a condizioni che non trovano riscontro nell'art. 6 del regolamento (UE) n. 650/2012⁴⁸. Del resto, se il trasferimento di una causa da un giudice di uno Stato membro ad un altro è comprensibile nella materia della protezione dei minori, perché l'unico interesse da prendere in considerazione è quello del figlio, in materia successoria, invece, ciò può suscitare perplessità poiché in tali situazioni si tratta di comporre interessi diversi, spesso tra loro confliggenti, quali quelli degli eredi, dei legatari e dei creditori del defunto. Per tali ragioni, talune risposte al questionario del Libro verde del 2005 si erano opposte alla possibilità di trasferire la competenza in favore di un giudice diverso da quello dell'ultima residenza abituale del defunto⁴⁹. Si può altresì dubitare, in generale, dell'opportunità di introdurre un tale titolo di giurisdizione nell'impianto generale del regolamento (UE) n. 650/2012, il quale dovrebbe essere ispirato alla ricerca della prevedibilità delle soluzioni: un meccanismo giurisdizionale di tal genere, infatti, risulta fortemente condizionato dalla valutazione discrezionale del giudice adito.

3. La scelta del foro, ossia la ricerca della coincidenza tra *forum e jus*

17. Una seconda deroga al foro generale dell'ultima residenza abituale del *de cuius* è contenuta all'art. 5 del regolamento. Come nel caso del trasferimento della giurisdizione all'organo giurisdizionale più adatto, tale eventualità è collegata all'esercizio dell'autonomia privata sul piano del conflitto di leggi: essa, tuttavia, non investe, direttamente, la questione della determinazione della legge applicabile. In questa seconda ipotesi, infatti, la valorizzazione della volontà si riflette sulla possibilità di concludere un accordo di scelta del foro competente, attraverso il quale le «parti interessate» di una controversia successoria, attuale o potenziale, possono decidere di attribuire competenza giurisdizionale esclusiva al giudice dello Stato di cittadinanza del *de cuius*, laddove quest'ultimo abbia optato per la legge di tale Stato ai sensi dell'art. 22. Questa eventualità, che non figurava nella proposta della Commissione, si collega invero ad una più generale preoccupazione del regolamento, le cui norme sono state concegnate in modo tale che il giudice adito applichi alla successione, per lo più, la propria legge (coincidenza tra *forum e jus*), nello sforzo di favorire la semplificazione delle procedure e la riduzione dei costi processuali⁵⁰. La combinazione delle due forme di volontà (sul piano della legge applicabile e della competenza giurisdizionale) consente, così, un'effettiva localizzazione degli elementi che collegano il singolo allo Stato membro di cittadinanza.

Laddove le parti della controversia successoria abbiano operato una tale scelta, ai sensi dell'art. 6, lett. b), i giudici eventualmente aditi sulla base del titolo di giurisdizione generale dell'art. 4 o del foro sussidiario dell'art. 10, dovranno dichiarare immediatamente la loro incompetenza in favore delle autorità dello Stato selezionato dalle parti ai sensi dell'art. 5 del regolamento. In tale ipotesi, la dichiarazione d'incompetenza deve avvenire d'ufficio senza che i giudici aditi possano disporre di alcuna discrezionalità al riguardo, nemmeno sulla maggiore idoneità degli stessi a giudicare sulla controversia.

In ordine alle modalità formali richieste per l'accordo di scelta del foro, l'art. 5 si limita a stabilire che esso debba essere concluso per iscritto ed essere datato e firmato dalle parti interessate. A tal fine è considerata equivalente alla forma scritta qualsiasi comunicazione elettronica che consenta una

⁴⁸ Essa può avvenire, in primo luogo, soltanto se corrisponde all'interesse superiore del minore e in favore dell'autorità di uno Stato con cui il minore abbia «un legame particolare»: tale legame si presume esistere con lo Stato in cui il minore ha trasferito la propria residenza dopo l'instaurazione del procedimento, con quello in cui aveva la propria precedente residenza abituale, con quello di cui è cittadino o in cui è situata la residenza abituale di uno dei titolari della responsabilità genitoriale o, se l'intervento protettivo riguardi i beni del minore, con lo Stato in cui tali beni sono situati (art. 15, par. 3). In secondo luogo, il trasferimento può aver luogo su richiesta di una parte o su iniziativa delle autorità giurisdizionali degli Stati interessati, in quest'ultimo caso è subordinato, tuttavia, all'accettazione di almeno una delle parti (art. 15, par. 2). Inoltre, occorre che le autorità dello stato cui la competenza è stata trasferita siano adite entro un termine fissato dal giudice al momento del trasferimento e che accettino a loro volta tale competenza, previa una nuova ed autonoma valutazione dell'interesse superiore del minore entro il termine di sei settimane dal momento in cui sono state adite (art. 15, parr. 4 e 5).

⁴⁹ V. risposta del GEDIP al Libro verde, reperibile al seguente indirizzo: <http://www.gedip-egpil.eu/documents/gedip-documents-15rlv.html>.

⁵⁰ Sull'autonomia privata nel campo della legge applicabile alle successioni mi permetto di rinviare al mio scritto, «L'autonomia della volontà nel diritto internazionale privato dell'Unione europea», in *Riv.dir.int.*, 2012, p. 424 ss., soprattutto p. 456 ss., nonché a E. VASSILAKAKIS, «La professio juris dans les successions internationales», in *Le droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, Paris, 2005, p. 805 ss.

registrazione durevole dell'accordo. Non è, invece, precisato il termine entro il quale debba essere compiuta la scelta: nel silenzio della disposizione pare ragionevole ritenere che essa possa essere effettuata dopo l'apertura della successione anche in pendenza di un giudizio avviato presso i giudici stabiliti dalla norma di competenza generale, stante la possibilità del trasferimento della competenza ai sensi dell'art. 6, lett. b). Ovviamente tale facoltà sarà in ogni caso vincolata dalle prescrizioni delle norme processuali nazionali di volta in volta rilevanti e potrà incontrare difficoltà rispetto a casi in cui queste ultime non prescrivano alcunché al riguardo. Più complessa e discutibile sarebbe invece la possibilità di concludere un accordo sul foro prima dell'insorgere della controversia e prima addirittura dell'apertura della successione: ammettere una tale facoltà, in certi Stati, rischierebbe, infatti, di essere qualificata come patto successorio, come tale proibito o sottoposto a regole stringenti in materia di forma.

Un problema ulteriore potrebbe, tuttavia, porsi rispetto all'ammissibilità e agli effetti di un accordo di scelta del foro che non sia concluso da tutte le parti della controversia successoria.

La formulazione letterale dell'art. 5 sembra ammettere, invero, sia pure indirettamente, una tale eventualità, dal momento che essa si limita a precisare che «le parti interessate» e non *tutte* le parti interessate possono prorogare la giurisdizione in favore dei giudici dello Stato membro della legge scelta. Parimenti, l'art. 7, lett. b) del regolamento dispone che gli organi giurisdizionali dello Stato membro della legge scelta sono competenti a decidere sulla successione se «le parti del procedimento» hanno convenuto in tal senso in conformità all'art. 5 del regolamento.

Ovviamente l'ammissibilità di una scelta del foro limitata tra alcune parti della controversia successoria è rimessa, in generale, all'idoneità dell'accordo di proroga di incidere esclusivamente sulle posizioni delle parti che vi partecipano: occorre cioè che si tratti di un'ipotesi di scelta «parziale» del foro sul piano oggettivo, relativa cioè ad una specifica questione successoria, che coinvolga soltanto alcune parti della controversia⁵¹.

Ben diversa, invece, sarebbe l'eventualità in cui l'accordo sulla scelta del foro intervenga tra alcune soltanto delle parti ma investa, nel merito, l'intera vicenda successoria. In una tale evenienza gli effetti dell'accordo di scelta potrebbero prodursi comunque in caso di accettazione tacita della giurisdizione delle parti rimaste escluse dall'accordo, ossia laddove quest'ultime compaiono in giudizio e si limitino a difendersi nel merito, senza eccepire il difetto di giurisdizione⁵². Al contrario, laddove le parti escluse dall'accordo contestino espressamente la competenza, l'organo giurisdizionale scelto dalle altre parti dovrà dichiararsi incompetente, declinando la giurisdizione in favore del giudice designato o dal titolo generale di giurisdizione (art. 4) o dal foro sussidiario (art. 10)⁵³.

Certamente, in talune situazioni potrebbe risultare difficile se non impossibile raggiungere un accordo tra tutte le parti interessate, qualora, ad esempio, si tratti di controversie particolarmente complesse, o, più semplicemente, perché tali soggetti spesso non sono sempre noti o non sono facilmente individuabili all'inizio del procedimento successorio. Tali considerazioni limitano, quindi, di fatto la rilevanza pratica della proroga della giurisdizione, così come elaborata dal regolamento, e ciò amplifica la dissonanza con la disciplina della legge applicabile.

18. È curioso che il regolamento (UE) n. 650/2012, nel valorizzare l'autonomia privata ai fini della determinazione della competenza giurisdizionale in materia successoria, non abbia introdotto la possibilità di una scelta unilaterale del foro in favore del defunto, da effettuarsi attraverso disposizione testamentaria espressa⁵⁴. Una tale eventualità era stata in effetti proposta dagli studiosi del *Max Planck*

⁵¹ Cfr., in proposito, anche il considerando 28 del regolamento.

⁵² V. art. 9, par. 1, del regolamento.

⁵³ V. art. 9, par. 2, del regolamento.

⁵⁴ Una tale possibilità è riconosciuta, sia pure in modo parziale, dall'art. 87, par. 2, della legge federale svizzera di diritto internazionale privato del 18 dicembre 1987 secondo cui: «I tribunali o le autorità svizzeri del luogo di origine sono sempre competenti se un cittadino svizzero con ultimo domicilio all'estero ha, per testamento o contratto successorio, sottoposto alla competenza o al diritto svizzero i suoi beni situati in Svizzera o l'intera successione». L'art. 50, lett. d) della legge 218/1995 di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato ammette, invece, la possibilità di una proroga tacita della giurisdizione, laddove il convenuto abbia accettato la giurisdizione italiana, per non aver sollevato il difetto di giurisdizione al momento della comparizione in giudizio, salvo che la domanda sia relativa a beni immobili situati all'estero. Non è riconosciuto, invece, al testatore il potere di scegliere il giudice competente con disposizione testamentaria espressa, nonostante l'art. 46, 2°

Institut di Amburgo nel commentario alla proposta di regolamento del 2009. Questi ultimi, infatti, nel criticare l'aporia della proposta sulla proroga di giurisdizione, avevano suggerito di introdurre due forme espresse di scelta del foro⁵⁵, quella del testatore e quella delle parti del procedimento contenzioso, nonché una forma tacita di scelta del foro⁵⁶, legata alla comparizione in giudizio del convenuto.

Del resto, la possibilità di una scelta unilaterale espressa del foro è contemplata anche dal regolamento (CE) n. 44/2001 rispetto ai *trusts inter vivos*: secondo l'art. 23, par. 4, dello stesso, infatti, il *settlor* può designare il giudice competente per le controversie legate al *trust* nello strumento costitutivo dello stesso⁵⁷. La stessa facoltà è ammessa anche dall'art. 25, par. 3, del regolamento (UE) n. 1215/2012 (cd. «Bruxelles I-bis»), che sostituirà il regolamento (CE) n. 44/2001 a partire dal 10 gennaio 2015⁵⁸. Più in generale, il riconoscimento di una tale possibilità avrebbe realizzato, anche sul piano della competenza giurisdizionale, la libertà testamentaria, completando così la libertà di scelta della legge applicabile prevista dal regolamento in favore del testatore all'art. 22. In effetti, quando quest'ultimo sceglie la legge di uno Stato membro diverso da quello di residenza abituale può essere interessato anche al fatto che i giudici di tale Stato siano dotati di giurisdizione sul merito: questi ultimi, infatti, avendo familiarità con il contenuto della legge applicabile scelta, sono di solito più adatti a conoscere della controversia.

Una tale lacuna, del resto, non può essere giustificata dalla possibilità di trasferire la competenza dinanzi ai giudici dello Stato membro della legge scelta (nazionale): un tale foro, infatti, non consente di dare pieno effetto alla scelta di legge del testatore, sia perché il trasferimento è subordinato alla discrezionalità del giudice adito, nonché alla richiesta delle parti, sia perché esso è circoscritto esclusivamente alla questione successoria pendente dinanzi a tale giudice. L'eventualità che il trasferimento possa essere di volta in volta negato o concesso non risponde, pertanto, agli interessi del testatore. Al contrario, la possibilità per il testatore di scegliere esso stesso il giudice competente, sia pur limitata al solo giudice dello Stato membro di nazionalità, avrebbe consentito alla disciplina regolamentare di guadagnare in prevedibilità e coerenza.

4. La «competenza sussidiaria» per le ipotesi di ultima residenza abituale del defunto in uno Stato terzo

19. Un secondo gruppo di norme derogatorie rispetto alla regola dell'ultima residenza abituale del defunto concerne le ipotesi in cui la fattispecie presenti un collegamento con uno Stato terzo.

Laddove il *de cuius*, al momento della morte, non risiedeva abitualmente in uno Stato membro dell'Unione, viene meno il collegamento necessario per attribuire la competenza ad un giudice di uno Stato membro ai sensi della regola generale dell'art. 4. In una tale eventualità il regolamento ha predisposto una norma sussidiaria che consente di radicare comunque la giurisdizione dinanzi ai giudici di uno Stato membro in forza di certi collegamenti della fattispecie con tale Stato. In tali casi possono cioè dichiararsi competenti a statuire sull'*intera* successione i giudici dello Stato membro in cui si trovano

comma, della legge 218/1995 riconosca una *optio legis* in favore dello stesso ai fini della determinazione della legge applicabile alla successione.

⁵⁵ V. art. 6a - «Choice of court»: «1. A person may by way of a testamentary disposition provide that a court or the courts of a Member State whose law they may choose to govern the succession pursuant to Articles 17, 18 (3) or 18a(3) shall have jurisdiction to rule on their succession as a whole or in part. The jurisdiction thus conferred shall be exclusive. 2. The parties to a dispute may agree that a court or the courts of a Member State shall have jurisdiction to settle any contentious litigation proceedings which have arisen or which may arise among them in connection with the succession. The jurisdiction conferred by the agreement shall be exclusive unless the parties have agreed otherwise. The agreement shall be in writing or evidenced in writing. Any communication by electronic means which provides a durable record of the agreement shall be equivalent to a "writing" ».

⁵⁶ V. art. 6b – «Jurisdiction based on the appearance of the defendant»: «Apart from jurisdiction derived from other provisions of this Regulation, a court of a Member State before which a defendant to contentious litigation proceedings enters an appearance shall have jurisdiction. This rule shall not apply where the appearance was entered to contest jurisdiction».

⁵⁷ Ai sensi dell'art. 23, par. 4, del regolamento 44/2001: «Il giudice o i giudici di uno Stato membro ai quali l'atto costitutivo di un *trust* ha attribuito competenza a giudicare, hanno competenza esclusiva per le azioni contro un fondatore, un *trustee* o un beneficiario di un *trust*, ove si tratti di relazioni tra tali persone o di loro diritti od obblighi nell'ambito del *trust*».

⁵⁸ Regolamento (UE) n. 1215/2012 sulla competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni straniere in materia civile e commerciale (cd. «Bruxelles I-bis»), G.U.U.E. L 351/1 del 20 dicembre 2012, p. 1 ss.

alcuni (sic!) beni ereditari, purché il defunto fosse cittadino di quello Stato al momento della morte. In mancanza di un tale requisito, gli stessi giudici possono comunque ritenersi competenti qualora il *de cuius* abbia risieduto abitualmente in tale Stato prima di trasferirsi in uno Stato terzo, purché nel momento in cui l'organo giurisdizionale è stato adito non sia trascorso un periodo superiore a cinque anni dal cambiamento della residenza abituale.

Anche laddove l'ultima residenza abituale del defunto sia collocata fuori dal territorio europeo, l'art. 10 mira, quindi, a preservare la competenza giurisdizionale all'interno dell'Unione nella misura in cui la fattispecie presenti un collegamento significativo con un certo Stato membro (e tale collegamento sia rappresentato dalla presenza in tale territorio di certi beni ereditari unitamente ad ulteriori collegamenti di natura personale, ossia la cittadinanza o, in alternativa, la residenza abituale del *de cuius* in tale Stato).

I criteri della nazionalità e della residenza abituale sono posti tra loro in concorso successivo e precludono la possibilità di un libero apprezzamento discrezionale da parte del giudice sulla base di collegamenti (soggettivi o oggettivi) diversi da quelli indicati espressamente dalla norma⁵⁹. Tale foro garantisce così agli eredi e ai creditori del *de cuius* l'accesso alla giustizia in situazioni nelle quali la situazione successoria presenti stretti legami con uno Stato membro a causa della presenza in tale luogo di alcuni beni ereditari.

Potrebbe però darsi il caso in cui il defunto abbia posseduto la cittadinanza di due o più Stati membri e che, al momento della morte, abbia lasciato beni in ciascuno di essi. Sulla base di quanto prescritto dall'art. 10, par. 1, del regolamento, la competenza sussidiaria apparrebbe potenzialmente ai giudici di ciascuno Stato membro di nazionalità, ma essa, in concreto, potrebbe essere esercitata soltanto da uno solo di essi dal momento che la norma prescrive la competenza del giudice per la successione nel suo complesso. Evidentemente, in una tale ipotesi la soluzione non potrà che essere rinvenuta nelle norme sulla litispendenza internazionale dettate dal regolamento (art. 17 e art. 18). Resta, invece, aperta nel sistema regolamentare la questione del coordinamento tra la competenza giurisdizionale del giudice di uno Stato membro stabilita dall'art. 10 del regolamento e quella del giudice di uno Stato terzo, di residenza abituale del defunto, stabilita in base alle proprie norme sulla competenza applicabili al caso di specie⁶⁰.

L'esigenza di elaborare un foro sussidiario è stata avvertita anche al di fuori della materia successoria, nell'ambito del processo di revisione del regolamento (CE) n. 44/2001⁶¹ allorché si era prospettata l'eventualità, poi esclusa dal regolamento (UE) n. 1215/2012, di estendere certe norme sulla competenza giurisdizionale del regolamento ai convenuti non domiciliati in uno Stato membro, superando così le competenze nazionali residue⁶².

Questo foro suscita tuttavia perplessità nel sistema uniforme del regolamento (UE) n. 650/2012 poiché rischia di tradursi in un foro esorbitante e discriminatorio per gli Stati terzi. Esso, del resto, comporta alcuni inevitabili inconvenienti a livello pratico⁶³: innanzitutto, il foro sussidiario moltiplica le ipotesi di dissociazione tra competenza e legge applicabile, a danno dell'intento generale del regolamento di sincronizzare il più possibile legge applicabile e foro competente. Tale titolo, in secondo luogo, favorisce l'insorgenza di conflitti positivi di competenza tra gli Stati membri, nonché tra questi e gli Stati terzi, atteso che la condizione da esso contemplata può essere realizzata allo stesso tempo in più luoghi, ad esempio, qualora il *de cuius* possegga più cittadinanze, ipotesi quest'ultima nella quale la coesistenza

⁵⁹ Il considerando n. 30 del regolamento precisa le ragioni di una tale scelta legislativa, affermando che: «per far sì che gli organi giurisdizionali di tutti gli Stati membri possano, in base agli stessi motivi, esercitare la competenza in ordine alla successione di persone non abitualmente residenti in uno Stato membro al momento della morte, il presente regolamento dovrebbe elencare tassativamente, in ordine gerarchico, i motivi in base ai quali è possibile esercitare la competenza sussidiaria».

⁶⁰ Cfr. P. LAGARDE, «Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions», in *Rev. crit. dr. int. privé*, 2012, p. 691 ss., spec. p. 702.

⁶¹ V. sul punto L. GILLIES, «Creation of subsidiary jurisdiction rules in the recast of Brussels I: back to the drawing board?», in *JPL*, 2012, p. 489 ss.

⁶² V. B. HESS, «The Proposed Recast of the Brussels I Regulation: Rules on Jurisdiction», in F. POCAR, I. VIARENGO, F. C. VILLATA (a cura di), *Recasting Brussels I*, cit., p. 92 ss.; R. LUZZATTO, «On the Proposed Application of Jurisdictional Criteria of Brussels I Regulation to Non-Domiciled Defendants», *ibidem*, p. 111 ss.; A. R. MARKUS, «Harmonisation of the EU Rules of Jurisdiction regarding Defendants outside the EU: what about the Lugano Countries?», *ibidem*, p. 123 ss.

⁶³ Cfr. A. BONOMI, «Successions internationales», cit., pp. 388-390.

dei due giudizi paralleli dovrà essere risolta sulla base delle norme sulla litispendenza (art. 17 del regolamento). In terzo luogo, vi è il rischio che il foro sussidiario dia luogo a decisioni inconciliabili e al fenomeno del *forum shopping* nelle relazioni con gli Stati terzi, dove il defunto risiedeva abitualmente o si trovano beni ereditari. In tali casi, peraltro, a differenza di quanto previsto dal nuovo regolamento (UE) n. 1215/2012⁶⁴, non potranno applicarsi le norme sulla litispendenza dettate dal regolamento, essendo quest'ultime indirizzate alle relazioni tra le autorità dei soli Stati membri. Il foro sussidiario non esclude, infine, il rischio di un conflitto negativo di giurisdizioni, qualora, ad esempio, nessun bene ereditario sia situato nel territorio degli Stati membri.

20. Un'ulteriore caso di frammentazione della competenza giurisdizionale è contemplato, infine, all'art. 10, par. 2., del regolamento, il quale offre una soluzione alla situazione in cui nessun giudice di uno Stato membro risulti competente in forza dei criteri enunciati dal paragrafo 1 della disposizione. Tale disposizione riconosce, infatti, una competenza «limitata» in favore delle autorità degli Stati membri ove si trovano beni ereditari: in tali ipotesi, infatti, i giudici di quello Stato saranno competenti a decidere non sull'intera successione, come prescritto dal par. 1, ma esclusivamente sui beni situati nel proprio Stato di appartenenza.

5. La competenza eccezionale del *forum necessitatis*

21. Il legislatore europeo ha disciplinato altresì l'eventualità in cui nessun giudice di uno Stato membro sia competente in forza delle disposizioni del regolamento a giudicare su di una successione di carattere internazionale, la quale presenti uno stretto collegamento con uno Stato terzo, nonché un collegamento sufficiente con uno Stato membro.

A questo proposito, l'art. 11 del regolamento dispone, in via eccezionale, che gli organi giurisdizionali di uno Stato membro possono decidere sulla successione «*se un procedimento non possa ragionevolmente essere intentato o svolto o si rivela impossibile*» nello Stato terzo con il quale la causa presenta uno stretto collegamento e la fattispecie presenti un collegamento *sufficiente* con lo Stato membro dell'organo giurisdizionale adito. Tale foro, noto come *forum necessitatis*, si pone come norma di chiusura del sistema giurisdizionale, per sua natura completo, del regolamento e mira a compensare la soppressione delle competenze nazionali residue. Esso risponde, in generale, ad un problema pratico, rappresentato dal sorgere di conflitti negativi di giurisdizione ed evita (o rimedia a) possibili situazioni di diniego di giustizia⁶⁵.

Un tale articolo, che non figurava nella proposta della Commissione del 2009, corrisponde perfettamente all'art. 7 del regolamento (CE) n. 4/2009 in materia di obbligazioni alimentari e si discosta invece, in parte, dalla formulazione dell'art. 26 della proposta di regolamento della Commissione europea sulla revisione del regolamento «Bruxelles I»⁶⁶.

Tale criterio ha un carattere eccezionale e consente di attrarre nell'ambito di competenza dei giudici di uno Stato membro dell'Unione una fattispecie che sarebbe altrimenti riconducibile alla giurisdizione di giudici di Stati terzi sulla base degli ordinari titoli di giurisdizione.

⁶⁴ V. art. 33 del regolamento (UE) n. 1215/2012.

⁶⁵ Per una valutazione critica del *forum necessitatis* in chiave sistematica v. G. BIAGIONI, «Alcuni caratteri generali del *forum necessitatis* nello spazio giudiziario europeo», in questa *Rivista*, 2012, vol. 4, n. 1, p. 20 ss.; nonché, più in generale: G. ROSSOLILLO, «*Forum necessitatis* e flessibilità dei criteri di giurisdizione nel diritto internazionale privato nazionale e dell'Unione europea», in questa *Rivista*, 2010, vol. 2, n. 1, p. 403 ss. e P. FRANZINA, «Sul *forum necessitatis* nello spazio giudiziario europeo», in *Riv.dir.int.*, 2009, p. 1121 ss.

⁶⁶ V. art. 26 della proposta di regolamento adottata dalla Commissione il 14 dicembre 2010 (COM(2010) 748 definitivo): «Qualora nessun giudice degli Stati membri sia competente ai sensi del presente regolamento, i giudici di uno Stato membro possono, in via eccezionale, conoscere della controversia se lo impongono il diritto a un giudice imparziale o il diritto di accesso alla giustizia, in particolare: a) se il procedimento non può essere ragionevolmente intentato o svolto o si rivela impossibile in uno Stato terzo con il quale la controversia ha uno stretto collegamento, o b) se la decisione nel merito emessa in uno Stato terzo non può essere riconosciuta ed eseguita nello Stato membro del giudice adito ai sensi della legge di quello Stato, e il riconoscimento e l'esecuzione sono necessari per garantire il rispetto dei diritti del convenuto, e la controversia ha un collegamento sufficiente con lo Stato membro del giudice adito». Si veda in proposito: R. CAFARI PANICO, «*Forum necessitatis*: Judicial Discretion in the Exercise of Jurisdiction», in F. POCAR, I. VIARENGO, F. C. VILLATA (a cura di), *Recasting Brussels I*, cit., p. 127 ss.

L'art. 11 non chiarisce, tuttavia, quali autorità europee possano essere adite, limitandosi a richiedere «un collegamento sufficiente» con lo Stato membro dell'organo giurisdizionale adito. Tale elemento ha un contenuto vago ed implica una valutazione discrezionale che può rendere fortemente flessibile l'applicazione della norma. In assenza di precisazioni ulteriori, potrebbero venire in rilievo a questo proposito sia la localizzazione dei beni ereditari, sia caratteristiche personali dei soggetti coinvolti nella vicenda successoria.

L'inciso secondo cui tale competenza debba imporsi «in casi eccezionali» dovrà quindi essere preso in attenta considerazione. Resta però complesso stabilire quando possa dirsi sussistere, con certezza, un caso di tal genere. La norma richiama, in verità, tre ipotesi distinte: ossia quando «un procedimento non possa ragionevolmente essere intentato o essere svolto o risulti impossibile». A titolo esemplificativo, il considerando n. 31 del regolamento si limita a prospettare l'ipotesi di una guerra civile o il caso in cui non ci si possa ragionevolmente aspettare che il beneficiario intenti o prosegua un procedimento in tale Stato o perché le circostanze lo impediscono o per i caratteri del sistema giurisdizionale al quale il giudice in questione appartiene (quali il costo eccessivo del procedimento, la lunghezza dello stesso e, in generale, il mancato rispetto, nello Stato in questione, delle garanzie dell'equo processo)⁶⁷.

IV. L'accertamento della giurisdizione e la tutela del convenuto

22. Nel nuovo sistema regolamentare la verifica della competenza riguarda tutte le autorità investite del potere di *ius dicere* in forza dei diversi fori regolamentari. L'articolo 15 del regolamento dispone, infatti, in via generale, che l'organo giurisdizionale di uno Stato membro adito in materia di successione per una causa per la quale non è competente in base al regolamento deve dichiarare d'ufficio la propria incompetenza.

Vi sono, tuttavia, casi in cui il giudice designato da una norma sulla competenza del regolamento può dichiararsi incompetente, ma solo su richiesta di una delle parti del procedimento: è ciò che avviene in base all'art. 6, lett. *a*) del regolamento in relazione al trasferimento della competenza in favore dei giudici più adatti a conoscere il caso.

Il giudice è tenuto invece a dichiarare la propria incompetenza (ai sensi dell'art. 6, lett. *b*)) qualora le parti del procedimento abbiano convenuto, ai sensi dell'articolo 5, di conferire la competenza a un organo giurisdizionale o agli organi giurisdizionali dello Stato membro della legge scelta (proroga della giurisdizione). Lo stesso esito può avversi nell'ipotesi in cui le parti del procedimento abbiano concordato di regolare la successione amichevolmente in sede stragiudiziale nello Stato membro la cui legge sia stata scelta dal defunto conformemente all'art. 22⁶⁸ o, invece, davanti a un notaio, in uno Stato membro di loro scelta, ove ciò sia ammesso dalla legge di tale Stato membro; ciò dovrebbe valere anche qualora la legge applicabile alla successione non sia la legge di tale Stato membro⁶⁹.

In relazione ai casi di scelta di legge, l'art. 7 del regolamento stabilisce che gli organi giurisdizionali dello Stato membro la cui legge sia stata scelta dal defunto conformemente all'articolo 22 sono competenti a decidere sulla successione in alcune ipotesi: ossia, qualora un organo giurisdizionale preventivamente adito abbia dichiarato la propria incompetenza nella stessa causa ai sensi dell'articolo 6; qualora le parti del procedimento abbiano convenuto, ai sensi dell'articolo 5, di conferire la competenza a un organo giurisdizionale o agli organi giurisdizionali di tale Stato membro; oppure, infine, se le parti del procedimento hanno espressamente accettato la competenza dell'organo giurisdizionale adito.

23. Oltre alla verifica della propria competenza l'organo giurisdizionale adito in forza delle norme del regolamento è tenuto ad effettuare un ulteriore controllo circa la ricevibilità della domanda con riguardo al rispetto dei diritti di difesa del convenuto. Ai sensi dell'art. 16, par. 1, del regolamen-

⁶⁷ L'esigenza di assicurare la corretta amministrazione della giustizia giustifica, peraltro, anche l'apertura delle norme sulla litispendenza del regolamento (UE) n. 1215/2012 verso i procedimenti pendenti dinanzi a giudici di Stati terzi: v. i considerando nn. 23 e 24 del regolamento «Bruxelles I-bis».

⁶⁸ V. art. 8 del regolamento, rubricato «Chiusura del procedimento aperto d'ufficio in caso di scelta di legge».

⁶⁹ V. considerando n. 29 del regolamento.

to, infatti, qualora il convenuto, residente abitualmente nel territorio di uno Stato diverso dallo Stato membro in cui l'azione è stata proposta, non compaia, l'organo giurisdizionale competente sospende il procedimento fino a quando sia accertato che il convenuto sia stato messo nelle condizioni di ricevere la domanda giudiziale o un atto equivalente in tempo utile a consentirgli di presentare le proprie difese o che siano stati effettuati tutti gli adempimenti necessari in tal senso. In luogo di tale disposizione, nei rapporti tra Stati membri, qualora sia stato indispensabile trasmettere da uno Stato membro a un altro la domanda giudiziale o un atto equivalente a norma del regolamento (CE) n. 1393/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 novembre 2007, relativo alla notificazione e alla comunicazione negli Stati membri degli atti giudiziari ed extragiudiziari in materia civile o commerciale, un tale controllo dovrà essere effettuato in base all'art. 19 di tale regolamento⁷⁰. Laddove, invece, non possa applicarsi il regolamento (CE) n. 1393/2007 e la notificazione della domanda giudiziale sia stata effettuata secondo le norme della Convenzione dell'Aja del 15 novembre 1965 relativa alla notificazione e alla comunicazione all'estero degli atti giudiziari ed extragiudiziari in materia civile o commerciale, si applicherà l'art. 15 della Convenzione⁷¹.

V. Il coordinamento tra le autorità competenti (giurisdizionali e non) degli Stati membri nella materia successoria

24. Malgrado la centralità del criterio dell'ultima residenza abituale del defunto nel quadro delle norme sulla competenza giurisdizionale e le regole, appena viste, in tema di verifica della competenza, la previsione nel regolamento di una molteplicità di fori derogatori può favorire l'insorgenza di giudizi paralleli in ambito europeo e, dunque, l'esigenza di apprestare un effettivo coordinamento tra le diverse autorità nazionali coinvolte, al fine di evitare il contrasto tra decisioni e lo spreco di risorse processuali.

A tale riguardo, il regolamento (UE) n. 650/2012 consacra alla litispendenza due disposizioni (rispettivamente, l'articolo 17, sulla litispendenza, e l'articolo 18, sulla connessione), le quali sono applicabili nelle relazioni tra gli Stati membri vincolati dal regolamento, ad eccezione, quindi, di Danimarca, Regno Unito e Irlanda. Tali norme corrispondono perfettamente al regime della litispendenza del regolamento (CE) n. 44/2001: l'art. 17, infatti, prevede che il giudice successivamente adito deve sospendere d'ufficio il procedimento fino all'accertamento della competenza del giudice preventivamente adito e solo successivamente deve dichiarare la propria incompetenza. Come l'art. 30 del regolamento (CE) n. 44/2001, tali norme contengono, inoltre, una definizione autonoma del momento di adizione dell'autorità giudiziaria (da ancorare alla data del deposito della domanda oppure, se l'atto deve essere notificato prima di essere depositato, alla data in cui l'atto viene ricevuto dall'autorità competente per la notifica). Parimenti, ove più cause risultino tra loro connesse, ossia abbiano «un collegamento così stretto da rendere opportune una trattazione e una decisione uniche per evitare decisioni tra loro incompatibili ove le cause fossero trattate separatamente» ed esse siano pendenti davanti agli organi

⁷⁰ Secondo l'articolo 19 del regolamento 1393/2007: «Quando un atto di citazione o un atto equivalente sia stato trasmesso ad un altro Stato membro per la notificazione o la comunicazione, secondo le disposizioni del presente regolamento, ed il convenuto non compaia, il giudice non decide fintantoché non si abbia la prova: a) che l'atto è stato notificato o comunicato, secondo le forme prescritte dalla legge dello Stato membro richiesto per la notificazione o la comunicazione degli atti nell'ambito di procedimenti nazionali, a persone che si trovano sul suo territorio; oppure b) che l'atto è stato effettivamente consegnato al convenuto o nella sua residenza abituale secondo un'altra procedura prevista dal presente regolamento, e che, in ciascuna di tali eventualità, sia la notificazione o comunicazione sia la consegna hanno avuto luogo in tempo utile affinché il convenuto abbia avuto la possibilità di difendersi. (*omissis*)».

⁷¹ Secondo l'art. 15 della Convenzione dell'Aja del 1965: «Quando un atto introduttivo o un atto equivalente sia stato trasmesso all'estero per la notifica o la comunicazione, secondo le disposizioni della presente convenzione e il convenuto non compare, il giudice è tenuto a soprassedere alla decisione fintanto che non si abbia la prova: o che l'atto è stato notificato o comunicato secondo le forme prescritte dalla legislazione dello stato richiesto per la notificazione o la comunicazione degli atti redatti in tale paese e destinati alle persone che si trovano sul suo territorio, o che l'atto è stato effettivamente consegnato al convenuto o nella sua dimora secondo un'altra procedura prevista dalla presente convenzione, e che, in ciascuna di tali eventualità, sia la notificazione o la comunicazione sia la consegna ha avuto luogo in tempo utile perché il convenuto abbia avuto la possibilità di difendersi. (*omissis*)».

giurisdizionali di Stati membri diversi, l'organo giurisdizionale successivamente adito può sospendere il procedimento⁷², ai sensi dell'art. 18 del regolamento.

Come il regolamento (CE) n. 44/2001, l'art. 17 del regolamento (UE) n. 650/2012 richiede, ai fini della litispendenza, l'identità soggettiva e oggettiva delle cause pendenti, ossia che esse siano state proposte «tra le stesse parti» e le domande abbiano «il medesimo oggetto e il medesimo titolo». Non è chiaro, tuttavia, se nella materia successoria possano essere trasposte le interpretazioni formulate in proposito dalla Corte di giustizia nella materia civile e commerciale⁷³, e se, quindi, possano ritenersi in litispendenza due procedimenti avviati dinanzi ad organi giurisdizionali diversi che vertano sulla medesima controversia successoria ma rispetto a profili ereditari distinti o, ancora, due cause nelle quali la medesima pretesa successoria sia stata azionata davanti a due autorità da parte di attori diversi che vantino la medesima qualifica di erede, legatario o creditore del *de cuius*. In attesa dei futuri chiarimenti della Corte di giustizia, in sede di rinvio pregiudiziale *ex art. 267 TFUE*, sembra, tuttavia, ragionevole ammettere un'interpretazione estensiva dei due criteri, a motivo della complessità delle questioni successive e dell'esigenza di mantenere la coerenza nella disciplina della fattispecie.

25. In materia successoria l'esigenza di un coordinamento processuale può porsi naturalmente rispetto a giudizi pendenti dinanzi ad autorità giurisdizionali (in senso stretto) degli Stati membri, ma anche rispetto a procedimenti pendenti dinanzi alle autorità di Stati membri che non abbiano un carattere giurisdizionale. In entrambe le ipotesi potranno applicarsi gli articoli 17 ss. del regolamento, nella misura in cui, naturalmente, le autorità coinvolte nei due giudizi paralleli rientrino nella nozione di organo giurisdizionale rilevante ai fini del regolamento (UE) n. 650/2012.

Diversa è, invece, l'ipotesi in cui la litispendenza sorga tra un giudizio contenzioso e un procedimento di natura stragiudiziale rispetto alla medesima fattispecie successoria. Poiché in alcuni Stati membri le questioni ereditarie possono essere esaminate da autorità non giurisdizionali, quali i notai, che non sono soggetti come tali alle norme di competenza del regolamento, potrebbe accadere che una transazione giudiziale amichevole e un procedimento giudiziario relativi alla stessa successione o due transazioni stragiudiziali amichevoli relative alla stessa successione siano avviati parallelamente in Stati membri diversi. In una tale evenienza non potrebbero venire in rilievo le norme sulla litispendenza del regolamento, le quali possono intervenire soltanto qualora per la stessa causa successoria siano aditi organi giurisdizionali diversi di Stati membri, nell'accezione definita dall'art. 3, par. 2, del regolamento stesso. Una tale evenienza potrebbe essere risolta allora attraverso il raggiungimento di un accordo tra le parti interessate, una volta che queste siano venute a conoscenza dei procedimenti paralleli. Laddove però il tasso di litigiosità tra le parti sia particolarmente elevato, non pare esservi altra via che affidare la competenza a conoscere di quella controversia all'organo giurisdizionale dello Stato membro competente, stabilito sulla base di uno dei titoli di giurisdizione uniformi.

Nel regolamento (UE) n. 650/2012 manca altresì una disciplina dei rapporti tra le autorità nazionali di Stati membri e le autorità nazionali di Stati terzi (nonché della Danimarca, del Regno Unito e dell'Irlanda). In questa materia il rischio dell'instaurazione di giudizi paralleli fuori dal territorio dell'Unione è elevato soprattutto rispetto alle situazioni aventi un collegamento con Stati terzi che risultino rilevanti ai fini del foro sussidiario o del foro di necessità del regolamento, specialmente laddove

⁷² Se tali cause sono pendenti in primo grado, l'organo giurisdizionale successivamente adito può parimenti dichiarare la propria incompetenza su richiesta di una delle parti a condizione che l'organo giurisdizionale preventivamente adito sia competente a conoscere delle domande proposte e la sua legge consenta la riunione dei procedimenti (art. 18, par. 2).

⁷³ Rispetto al requisito dell'identità oggettiva tra le due cause prescritto dall'art. 27 del regolamento 44/2001, la Corte di giustizia ha accolto una nozione «sostanziale» e non «formale»: v. sentenza 8 dicembre 1987, causa C-144/86, *Gubish, Raccolta*, p. 4861 ss., parr. 17 e 19. Parimenti, la Corte ha enunciato un'interpretazione flessibile anche rispetto al requisito dell'identità soggettiva nella sentenza 6 dicembre 1994, causa C-406/92, *Tatry, Raccolta*, p. I-5439, parr. 31 ss., ove essa ha precisato che l'identità delle parti deve essere intesa indipendentemente dalla posizione processuale assunta dall'una e dall'altra nei due procedimenti, in quanto l'attore nel primo procedimento può essere il convenuto nel secondo. Essa ha altresì stabilito che, qualora le parti del secondo procedimento coincidano solo parzialmente con le parti del procedimento avviato in precedenza in un altro Stato membro, l'identità soggettiva richiesta dall'art. 27 del regolamento 44/2001 impone al giudice successivamente adito di dichiarare la propria incompetenza solo qualora le parti nella causa dinanzi ad esso pendente siano altresì parti del procedimento avviato in precedenza; ciò che non osta alla prosecuzione del procedimento fra le altre parti.

negli Stati terzi siano situati beni del defunto. Una tale lacuna corrisponde al tenore dell'art. 27 del regolamento 44/2001 che si limita a disciplinare il coordinamento tra le autorità giurisdizionali degli Stati membri e non tiene conto delle proposte di modifica suggerite nel corso del processo di revisione del regolamento «Bruxelles I». Il nuovo art. 33 del regolamento (UE) n. 1215/2012, che sostituirà il regolamento 44/2001 a partire dal 10 gennaio 2015, consente, invece, all'autorità giurisdizionale dello Stato membro di sospendere, su istanza di parte o d'ufficio, se previsto dalla legge nazionale processuale, il procedimento qualora si preveda che l'autorità giurisdizionale dello Stato terzo emetta una decisione che può essere riconosciuta e, se del caso, eseguita nello Stato membro e l'autorità giurisdizionale dello Stato membro sia convinta che la sospensione sia necessaria per la corretta amministrazione della giustizia⁷⁴. La sopraggiunta modifica nel testo costituente il modello di riferimento per la disciplina della litispendenza in ambito successorio potrebbe forse comportare un adeguamento in futuro dell'art. 17 del regolamento (UE) n. 650/2012, che sarà tanto più necessario man mano che, a partire dal 17 agosto 2015, riceveranno applicazione le norme regolamentari.

VI. Considerazioni conclusive

26. L'armonizzazione delle norme sulla competenza giurisdizionale nella materia successoria operata dal regolamento (UE) n. 650/2012 consente di superare gli inconvenienti generati dalla combinazione delle normative nazionali competenti degli Stati membri e razionalizza le modalità di delimitazione della competenza giurisdizionale delle successioni internazionali in ambito europeo. Tale sviluppo si combina con la parallela unificazione delle norme volte all'individuazione della *lex successionis*.

Il nuovo quadro normativo uniforme non sembra, tuttavia, in grado di raggiungere pienamente l'obiettivo della certezza del diritto e della semplificazione. Ciò deriva sia dal fatto che non tutti gli Stati membri risultano vincolati dal regolamento, essendo rimasti esclusi dal campo di applicazione dello stesso Danimarca, Regno Unito e Irlanda, sia dalla complessità del tessuto giuridico proposto, ove accanto al foro generale dell'ultima residenza abituale del defunto, figurano diversi fori derogatori. La flessibilità di contenuto della residenza abituale del defunto può contribuire inoltre, in certi casi, all'erosione della prevedibilità delle soluzioni. La logica della prossimità insita nel meccanismo del trasferimento della competenza giurisdizionale agli organi dello Stato membro della legge scelta e la valorizzazione della volontà privata sul piano della competenza giurisdizionale rompono poi l'unità della disciplina della giurisdizione internazionale fondata sul titolo generale dell'art. 4. La scelta del foro competente risulta, inoltre, asimmetrica con riguardo alle norme regolamentari sulla legge applicabile, atteso che la proroga della giurisdizione, prevista per le parti interessate dal giudizio successorio, non contempla la possibilità di una scelta del foro unilaterale in favore del testatore, creando così un'ingiustificata discriminazione tra la scelta di legge offerta dall'art. 22 del regolamento e la determinazione del giudice competente.

La presenza di fori operanti in relazione a fattispecie connesse in certo modo con Stati terzi (foro sussidiario e foro di necessità) apre, infine, ad un'applicazione extraterritoriale del regolamento con contestuale compressione dello spazio di operatività delle norme comuni nazionali. Proprio su tali fori si addensano le perplessità maggiori, rispetto alle quali potranno soltanto auspicarsi la prudenza e la correttezza applicativa degli operatori giuridici.

La potenziale insorgenza di giudizi paralleli tra autorità giurisdizionali diverse richiederà inoltre l'applicazione di norme in grado di favorire il coordinamento processuale. Nella materia successoria una

⁷⁴ L'autorità giurisdizionale dello Stato membro può proseguire il procedimento in qualunque momento in certe ipotesi, ossia se il procedimento davanti all'autorità giurisdizionale dello Stato terzo è sospeso o interrotto; l'autorità giurisdizionale dello Stato membro ritiene improbabile che il procedimento davanti all'autorità giurisdizionale dello Stato terzo si concluda entro un termine ragionevole; è necessario proseguire il procedimento per la corretta amministrazione della giustizia. (art. 33, par. 2). L'autorità giurisdizionale dello Stato membro dichiara l'estinzione del processo se il procedimento davanti all'autorità giurisdizionale dello Stato terzo si è concluso con una decisione che può essere riconosciuta e, se del caso, eseguita in tale Stato membro (art. 33, par. 3). Il nuovo regolamento «Bruxelles I-bis» ha introdotto una nuova disciplina in materia di connessione e rapporti con Stati terzi nel suo art. 34. Sul punto si veda F. MARONGIU BONAIUTI, «La disciplina della litispendenza nei rapporti tra giudici di paesi membri e giudici di paesi terzi nella proposta di revisione del regolamento n. 44/2001», in *Riv.dir.int.*, 2011, p. 496 ss.

tale evenienza è complicata dalla possibilità che organi nazionali di natura non giurisdizionale intervengano per la definizione della fattispecie successoria e dalla possibile instaurazione di giudizi paralleli dinanzi ad autorità giurisdizionali di Stati terzi. In ogni caso, soltanto la concreta applicazione delle disposizioni regolamentari, a partire dal prossimo 17 agosto 2015, potrà fornire indicazioni certe sull'efficienza delle nuove norme uniformi, evidenziando eventuali aporie e criticità della disciplina europea.

EL COMERCIO PARALELO DE MEDICAMENTOS*

ÁNGEL GARCÍA VIDAL

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

Recibido: 11.07.2013 / Aceptado: 15.07.2013

Resumen: El presente trabajo analiza la problemática generada por el comercio paralelo de medicamentos. Tras exponer el concepto y los intereses encontrados en torno a esta práctica comercial, se examinan las implicaciones jurídicas de algunas de las actuaciones tendentes a minimizar el comercio paralelo de fármacos: en especial, las restricciones de suministro, los supply quota systems, los sistemas de doble precio y la invocación de excepciones al agotamiento de los derechos de exclusiva sobre los medicamentos.

Palabras clave: comercio paralelo, medicamentos, restricciones de suministro, sistemas de doble precio, agotamiento.

Abstract: This paper focuses on the study of the problems caused by parallel trade of medicines. The essay starts with the exposition of the concept and the different interests around this commercial practice. Then, the legal implications of some of the actions to minimize the parallel trade of drugs are studied: in particular, supply constraints, supply quota systems, dual pricing systems and the exceptions to the exhaustion of the exclusive rights on medicines.

Key words: parallel trade, medicines, supply constraints, dual pricing systems, exhaustion.

Sumario: I. Preliminar. II. El comercio paralelo de medicamentos. III. El problema del desabastecimiento y las restricciones de suministro. 1. El comercio paralelo y el riesgo de desabastecimiento. 2. Las restricciones a la distribución: Los Supply Quota Systems. A) Las restricciones y las prácticas colusorias. B) Restricciones de suministro y abuso de posición dominante. IV. Los acuerdos entre fabricante y distribuidor: el sistema del doble precio. 1. Las prácticas colusorias. 2. El sistema de doble precio. A) Sistema de doble precio, ventajas para los consumidores y estructura de mercado. B) Los sistemas de doble precio y la exención del fomento del progreso técnico. V. Comercio paralelo y agotamiento de los derechos de exclusiva. 1. El agotamiento de los derechos de propiedad industrial. 2. El reenvasado o reetiquetado de los medicamentos objeto de comercio paralelo. 3. El tránsito de medicamentos objeto de comercio paralelo por uno de los Estados en los que no opera el agotamiento.

I. Preliminar

1. La importancia económica del sector farmacéutico está fuera de toda duda, como también lo está la relevancia del comercio internacional de los medicamentos. No en vano, se ha afirmado –con razón–, que la noción de especialidad farmacéutica está inseparablemente unida a la de comercio¹. Y como la industria farmacéutica opera en un mercado de ámbito global, en un contexto de economía

* El presente trabajo se enmarca en el Proyecto de investigación “Competencia y publicidad en el sector químico-farmacéutico” (DER 2011-23036), financiado por el Gobierno de España [Ministerio de Ciencia y Tecnología, hoy Ministerio de Economía y Competitividad], del cual es investigador principal el autor.

¹ D. DELCOURT, *Recherches sur l'évolution du droit international des brevets de médicaments. Vers l'insertion du «modèle européen» de droit pharmaceutique dans le système commercial multilatéral*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2010, p. 27.

planetaria², la vinculación de los medicamentos con el comercio es, en realidad, una vinculación con el comercio internacional.

2. En este ámbito internacional del comercio de medicamentos son múltiples los problemas jurídicos que se suscitan, muchos de los cuales están relacionados con el denominado comercio paralelo. De hecho, se ha afirmado que el comercio paralelo es «one of the most iridescent and enigmatic phenomena of international trade»³. Pues bien, en este trabajo se afrontan los principales problemas que genera el comercio paralelo de medicamentos. Para ello, tras una breve exposición sobre el significado y el alcance de esta realidad comercial, se pasa revista a las principales estrategias seguidas por las compañías farmacéuticas para minimizar el impacto del comercio paralelo y se examinan las dificultades jurídicas que pueden conllevar.

II. El comercio paralelo de medicamentos

3. El fenómeno del comercio paralelo de medicamentos surge cuando el productor de medicamentos los comercializa en un Estado, de forma que tras esa introducción de una determinada partida de medicamentos en el mercado, un sujeto diferente, y al margen del fabricante, los exporta a otro Estado en que también está autorizada la comercialización el fármaco. Se habla, por tanto, de exportación (desde el Estado donde se ha producido la primera comercialización) e importación (a otro Estado distinto), paralelas, porque no son realizadas por el fabricante del medicamento.

4. El interés por realizar esta comercialización paralela obedece al hecho de que normalmente un mismo medicamento tiene precios diferentes en los distintos Estados o mercados en los que se comercializa. Baste como muestra recordar los datos de un estudio sobre los precios de un antibiótico (la amoxicilina) en distintos Estados: 8 dólares en Paquistán, 9 en India, 40 en Australia, 24 en Sri Lanka o 37 en Francia⁴.

5. Con todo, el fenómeno del comercio paralelo de medicamentos no es una realidad exclusiva del tráfico global, pues también opera en el ámbito de la Unión Europea. La razón es la misma: también en el seno de la UE se aprecian diferencias de precio de un mismo medicamento en distintos Estados miembros. Téngase en cuenta a este respecto que, como ha recordado el Tribunal de Justicia de la UE, «en la mayoría de los Estados miembros, los medicamentos, especialmente los sujetos a prescripción médica, son objeto de una normativa destinada a determinar, a petición de los productores interesados y a partir de la información proporcionada por éstos, los precios de venta de esos medicamentos y/o los baremos de la asunción, por parte de los sistemas del seguro de enfermedad correspondientes, de un medicamento sujeto a prescripción médica»⁵. En consecuencia, las diferencias de precio que existen respecto de determinados medicamentos entre Estados miembros, además de a factores coyunturales como la inflación y las fluctuaciones monetarias⁶, derivan de los diferentes niveles en los que en cada uno de ellos se fijan los precios o los baremos que deben aplicarse a dichos medicamentos.

6. Un buen ejemplo de esta realidad nos lo ofrece el supuesto de hecho que está en la base de la sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de enero de 2004⁷. Este caso versaba sobre una gama de medi-

² D. DELCOURT, *Recherches sur l'evolution du droit international des brevets de médicaments*, cit., p. 27.

³ C. HEATH, «Parallel imports and international trade», *International Review of Industrial Property and Copyright Law* 1997, pp. 623 y ss (623), http://www.wipo.int/edocs/mdocs/sme/en/atrip_gva_99/atrip_gva_99_6.pdf.

⁴ Estudio de K. BALASUBRAMANIAM's para la ONG *Health Action International*, con datos de 1995. Más información en la web <http://www.cptech.org/dprice/amoxicillin.html> (última visita el 6.7.2013).

⁵ STJUE 16 septiembre 2008, *Sot. Lélos kai Sia EE (Syfai II)*, C-468/06 a C-478/06, Rec. 2008 I-07139.

⁶ Comunicación de la Comisión relativa al mercado único de los productos farmacéuticos, COM (1998) 588 final, p. 6

⁷ STJUE 6 enero 2004, *Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV y Comisión de las Comunidades Europeas contra Bayer AG*, C-2/01 P y C-3/01 P, Rec. 2004, p. I-23.

camentos cuyo principio activo es la nifedipina, destinados al tratamiento de las enfermedades cardiovasculares, producidos y comercializados por Bayer AG con marca «Adalat» o «Adelate». Dado que entre 1989 y 1993, los precios fijados por los servicios de salud españoles y franceses eran, por término medio, inferiores en un 40 % a los aplicados en el Reino Unido, una serie de mayoristas establecidos en España y en Francia comenzaron a exportar Adalat al Reino Unido, dando como consecuencia que las ventas de Adalat efectuadas por Bayer UK, se redujeron casi a la mitad como consecuencia de las importaciones paralelas.

7. Con todo, en el ámbito de la Unión Europea aunque tradicionalmente se sigue haciendo referencia a los conceptos de comercio paralelo, en sus modalidades de importación o exportación paralela, en rigor –y dada la realidad del mercado único– no es correcto referirse a importación o exportación. Esto explica que se utilice la expresión «circulación intracomunitaria de medicamentos». Así lo hace, por ejemplo, el Real Decreto 1785/2000, de 27 de octubre, dedicado, precisamente, a regular «la circulación intracomunitaria de medicamentos de uso humano»⁸, y en el que se define la actividad de «comercialización paralela» como «la circulación intracomunitaria en lo relativo a la comercialización y distribución en España de especialidades farmacéuticas autorizadas e inscritas en el Registro de Especialidades Farmacéuticas de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, procedente de otro u otros Estados miembros de la Unión Europea».

8. Por lo demás, y al margen de la cuestión terminológica, es importante tener en cuenta que la actividad de comercio paralelo de medicamentos está sujeta a control administrativo⁹. Así, en España, el citado Real Decreto 1785/2000 establece la necesidad de realizar una evaluación previa a la autorización de la comercialización paralela para comprobar que el solicitante cuenta con los medios personales y materiales adecuados para garantizar la calidad farmacéutica, en relación con las fases de acondicionamiento, envasado y reetiquetado, y la correcta conservación y distribución de los medicamentos, así como el cumplimiento de los requisitos objetivos relativos a la especialidad farmacéutica¹⁰. E iguales controles administrativos se establecen a escala europea en el caso de comercio paralelo que afecte a medicamentos autorizados mediante el procedimiento centralizado¹¹, regulado en el Reglamento (CE) n.º 726/2004 del Parlamento europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004, por el que se establecen procedimientos comunitarios para la autorización y el control de los medicamentos de uso humano y veterinario, y por el que se crea la Agencia europea de medicamentos¹². Aunque en estos casos el Regla-

⁸ BOE de 28 de octubre 2000.

⁹ Como recuerda la Comunicación de la Comisión de 30 de diciembre de 2003 relativa a las importaciones paralelas de especialidades farmacéuticas cuya comercialización ya ha sido autorizada [COM (2003) 839 final] la autorización de distribución se obtiene tras un procedimiento más sencillo que el de su primera autorización de comercialización «por el hecho de que el producto ya ha sido objeto de una autorización de comercialización basada en datos técnicos completos» (La Comunicación, no publicada en el Diario Oficial, puede verse en la dirección <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2003:0839:FIN:ES:PDF>, última visita 6.7.2013)

¹⁰ Como destaca la Comunicación de la Comisión Europea de 30 de diciembre de 2003 [COM (2003) 839 final], cuando existe una autorización de comercialización para una especialidad farmacéutica en el Estado miembro de destino, las autoridades sanitarias de dicho Estado miembro deben permitir –mediante un procedimiento simplificado– la importación paralela de especialidades farmacéuticas procedentes de otros Estados miembros, siempre que disponga de una autorización de comercialización en el Estado de origen, y sea suficientemente similar a la especialidad autorizada en el Estado miembro de destino.

¹¹ Estos medicamentos quedan excluidos del ámbito de aplicación del Real Decreto 1785/2000 (art. 1.2)

¹² DOUE de 30 abril 2004. En la actualidad existen distintos tipos de procedimiento de autorización de medicamentos: el procedimiento de autorización centralizado, el procedimiento descentralizado, el de reconocimiento mutuo y el procedimiento exclusivamente nacional. El procedimiento descentralizado, y el de reconocimiento mutuo están regulados en la Directiva 2001/83/CE (modificada por la Directiva 2004/27/CE) y en España por el Real Decreto 1345/2007 de 11 de octubre, por el que se regula el procedimiento de autorización, registro y condiciones de dispensación de los medicamentos de uso humano fabricados industrialmente. El procedimiento descentralizado de emisión de la autorización transcurre en paralelo ante las autoridades nacionales de varios Estados de la Unión Europea. Se trata de un procedimiento administrativo simultáneo, con el mismo objeto en cada uno de los países implicados, y al que se puede acudir cuando el medicamento no disponga de una autorización en ningún Estado miembro de la Unión Europea en el momento de la solicitud. También el procedimiento de reconocimiento mutuo pretende la obtención de la autorización en varios Estados de la Unión Europea. Pero en este caso se parte de una autorización ya concedida en un Estado, y se pretende su «extensión» a uno o más Estados miembros designados por el solicitante. Por su

mento (CE) n.º 726/2004 utiliza la expresión «distribución paralela» para referirse a la distribución de un medicamento autorizado por medio del procedimiento centralizado, desde un Estado miembro a otro, con independencia del titular de la autorización de comercialización¹³.

9. La realidad del comercio paralelo de medicamentos es objeto de valoraciones encontradas. Por un lado, los defensores a ultranza de las ventajas de tal práctica, invocan las ventajas competitivas que conlleva, la reducción de precios que genera y, en definitiva, los beneficios para los pacientes¹⁴.

10. Frente a estas tesis se alza la de quienes consideran que el comercio paralelo, es una práctica propia de operadores económicos que actúan de manera oportunista, y que genera desabastecimiento del mercado de exportación¹⁵. Por estas razones la industria ha pretendido impedir las importaciones paralelas de muy distintos modos a los que nos referiremos en los apartados siguientes: limitando el suministro a los mayoristas, estableciendo sistemas de doble precio, invocando los derechos de propiedad industrial, etc. Y a esta visión negativa del comercio paralelo obedece la denominación de este tipo de prácticas como «mercado, comercialización o ventas grises», acercándolas así a las «negras» (o piratas).

11. Identificado el conflicto, y antes de analizar en detalles sus implicaciones, debe destacarse, como premisa general, y en el ámbito europeo, que las instituciones de la UE deben buscar un cierto equilibrio, porque si bien es cierto que el principio de la libre circulación de mercancías es un elemento basilar de la Unión, no es menos cierto que debe atenderse también a otros intereses, como el adecuado abastecimiento de todos los pacientes, la posibilidad de los Estados de fijar el precio de los medicamentos y también el deseo de las industria farmacéutica de obtener un adecuado beneficio de su actividad.

III. El problema del desabastecimiento y las restricciones de suministro

1. El comercio paralelo y el riesgo de desabastecimiento

12. El comercio paralelo de medicamentos puede suscitar problemas desde la perspectiva del desabastecimiento de un determinado mercado nacional, en concreto, del mercado en el que el fármaco es más barato. Porque, en efecto, puede suceder que los distribuidores de un determinado medicamento, a la vista de que en un país es más barato que en otro, decidan comercializar la mayor cantidad del producto en el Estado en que el precio es más elevado, generando problemas de abastecimiento en el primer Estado¹⁶.

parte, el procedimiento nacional de autorización se limita a la obtención de una autorización de comercialización en un solo Estado de la UE. La regulación de estos procedimientos nacionales de autorización se encuentra armonizada comunitariamente (a partir de la Directiva 65/65/CEE y sus sucesivas reformas), y en España se regula en la Ley 29/2006, de garantías y uso racional de los medicamentos, y en el citado Real Decreto 1345/2007. A su vez, el procedimiento de autorización centralizado se regula en el citado Reglamento (CE) n.º 726/2004. Este procedimiento se sigue ante la Agencia Europea de Medicamentos, y es obligatorio para los medicamentos indicados en el Anexo al Reglamento. En todo caso, cuando la AEM concede una autorización de comercialización al amparo del Reglamento (CE) n.º 726/2004, dicha autorización será válida en todos los países de la Unión Europea. Por ello, la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios (AEMPS) procederá de oficio a incorporar al Registro de medicamentos las autorizaciones otorgadas por la Comisión Europea, tal como dispone el artículo 9.4 de la Ley 29/2006, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios.

¹³ *Vid. artículo 57.1 letra o) del Reglamento (CE) n.º 726/2004.* A este respecto, para la contraposición entre importaciones y distribuciones paralelas, resulta fundamental T-J. JOCHHEIM, *Der Parallelvertrieb von Arzneimitteln. Synonym oder echter Unterschied zum Parallelimport?*, Techtum Verlag, Marburg, 2012.

¹⁴ Una muestra de estas posiciones favorables al comercio paralelo de medicamentos son diversas contribuciones publicadas en el documento «30 Years of parallel trade in pharmaceuticals. Analysis – Facts – Background, German Association of Pharmaceutical Parallel Distributors» (VAD), VAD e.v., Merzig 2009, http://vad-news.de/downloads/443/vad_broschueren_30jahre_en (última visita 6.7.2013).

¹⁵ ESTEVE SALA, E., «Desabastecimiento de medicamentos y comercio paralelo», *Cuadernos de derecho farmacéutico* núm. 18, 2006, pp. 11 y ss (11).

¹⁶ *Vid. a este respecto O. MORGAN, «Parallel trade in drugs puts EU patients at risk», The Observer, Sunday 29 June 2008, <http://www.guardian.co.uk/business/2008/jun/29/pharmaceuticals> (visitado por última vez el 6.7.2013).*

13. En nuestro caso, las autoridades sanitarias tratan de evitar la salida de España de medicamentos cuya falta de disponibilidad pueda causar un problema a los pacientes. En este sentido, la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios¹⁷ dedica su título V (artículos 72 y 73), a las garantías del comercio exterior de los medicamentos. Así, el artículo 72.6 de dicha Ley dispone que «el titular de un medicamento en España no podrá impedir su importación y comercialización por terceros siempre que lo introduzcan en el mercado español con las garantías establecidas por esta Ley con las adaptaciones que reglamentariamente se determinen». Y según el artículo 73.2, «la exportación de medicamentos autorizados e inscritos se notificará por el exportador a la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios en los casos y términos que reglamentariamente se determinen». Además, el artículo 101.2 c) de la Ley 29/2006 sanciona la distribución fuera del territorio nacional medicamentos para los que existan problemas de desabastecimiento con repercusión asistencial¹⁸.

14. Estas previsiones legales han sido desarrolladas por los artículos 52 a 56 del Real Decreto 824/2010, de 25 de junio, por el que se regulan los laboratorios farmacéuticos, los fabricantes de principios activos de uso farmacéutico y el comercio exterior de medicamentos y medicamentos en investigación¹⁹. Y es también relevante el Real Decreto 1785/2000, de 27 de octubre, sobre la circulación intracomunitaria de medicamentos de uso humano²⁰, la Circular de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios (AEMPS) 1/2008 de Comercio exterior de medicamentos²¹ (modificada por la Circular 4/2011, en relación con las exportaciones al Principado de Andorra de medicamentos de uso humano registrados en España²²)²³ y la Circular 2/2012, sobre notificación previa de envíos de medicamentos a otros Estados miembros²⁴.

15. Esta última Circular de la AEMPS, la núm. 2/2012, es especialmente relevante porque detalla el sistema de notificación para los envíos a otros Estados miembros de determinados medicamentos de uso humano registrados en España que puedan causar un problema asistencial y se encuentren incluidos en el listado publicado a tal efecto en la página web de la AEMPS, y cuya falta puede ocasionar un problema asistencial, al no quedar cubiertas las necesidades de los pacientes españoles²⁵.

2. Las restricciones a la distribución: los *supply quota systems*

16. La actuación de los distribuidores exportando medicamentos a otros países donde el precio es más elevado, no sólo ha generado las referidas cautelas por parte de las autoridades sanitarias. Tam-

¹⁷ BOE de 27 julio 2006.

¹⁸ Apartado 22 de la letra c) del número 2 del artículo 101 introducido por el número diez del artículo 1 del Real Decreto Ley 9/2011, de 19 de agosto, de medidas para la mejora de la calidad y cohesión del sistema nacional de salud, de contribución a la consolidación fiscal, y de elevación del importe máximo de los avales del Estado para 2011.

¹⁹ BOE de 8 julio 2010.

²⁰ BOE de 28 octubre 2000.

²¹ Puede verse en la dirección de Internet: http://www.aemps.gob.es/informa/circulares/medicamentosUsoHumano/2008/docs/circular_01-2008_comercio-exterior-medicamentos.pdf (visitado por última vez el 6.7.2013).

²² Vid. http://www.aemps.gob.es/informa/circulares/medicamentosUsoHumano/2011/docs/circular_04-2011_modifiCircular_01-2008.pdf (visitado por última vez el 6.7.2013).

²³ Sobre estas Circulares B. DÍAZ DE ESCAURIAZA, «Comercio paralelo. Situación actual», *Cuadernos de derecho farmacéutico* n.º 40, 2012, pp. 48 y ss (51 ss).

²⁴ Disponible en http://www.aemps.gob.es/informa/circulares/industria/2012/docs/circular_2-2012.pdf (visitado por última vez el 6.7.2013).

²⁵ Esta notificación se deberá realizar por cada envío que se pretenda realizar. En la notificación podrán incluirse los diferentes medicamentos que tengan un mismo país de destino y deberá realizarse, al menos, 3 días hábiles antes de que se efectúe el envío. Las notificaciones se realizarán mediante el procedimiento telemático disponible a tal efecto en la página web de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios. En aquellos casos en que la AEMPS comunique al notificador la necesidad de no proceder al envío, la AEMPS informará, de manera inmediata, a la autoridad sanitaria de la comunidad autónoma donde esté ubicado el notificador, para su conocimiento y a efectos de que ésta lleve a cabo las actuaciones de control que corresponda.

bien ha provocado que los fabricantes de medicamentos se nieguen a suministrar medicamentos a las distribuidoras que llevan a cabo este tipo de actuaciones, o establezcan unas cuotas muy reducidas. Y como medida de reacción, los distribuidores alegan que tal proceder supone una violación del Derecho de defensa de la competencia, existiendo ya a este respecto algunos pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en los que se analiza la legalidad de estas restricciones de suministro desde el punto de vista del Derecho *antitrust*²⁶.

A) Las restricciones y las prácticas colusorias

17. En primer lugar, el Tribunal de Luxemburgo ha examinado si este proceder de las compañías farmacéuticas puede suponer una práctica colusoria de las prohibidas actualmente por el art. 101 del TFUE (antiguo art. 81 TCE). Así, en su sentencia de 6 de enero de 2004²⁷, el Tribunal de Justicia entiende que el mero hecho de que una medida adoptada por un productor, que tiene por objeto o por efecto restringir la competencia, se encuadre en las relaciones comerciales continuas entre éste y sus mayoristas no basta para declarar la existencia de un acuerdo colusorio²⁸.

18. Según el Tribunal de Justicia, el mero hecho de que la política unilateral de fijación de cuotas de suministro seguida por una compañía farmacéutica, combinada con las exigencias nacionales de surtidos completos que incumbe a los mayoristas, produzca el mismo efecto que una prohibición de exportación no significa que el fabricante haya impuesto tal prohibición ni que exista un acuerdo prohibido por el Derecho comunitario de la competencia²⁹. Para que un acuerdo «pueda estimarse celebrado mediante una aceptación tácita, es necesario que la manifestación de voluntad de una de las partes contratantes con un objetivo contrario a la competencia constituya una invitación a la otra parte, ya sea expresa o implícita, para realizar en común dicho objetivo; con más razón aun cuando ese acuerdo no beneficia a primera vista (...) a la otra parte, a saber, los mayoristas»³⁰.

B) Restricciones de suministro y abuso de posición dominante

19. Excluida por tanto en la mayoría de las ocasiones la aplicación del art. 101 TFUE, la respuesta por parte de las compañías distribuidoras ha sido la de argumentar que la negativa o las restric-

²⁶ La necesidad de atender al principio de libre competencia, incluso en los casos en que se adopten medidas para garantizar el abastecimiento de medicamentos, es destacada expresamente por el artículo 81 *in fine* de la Directiva 2001/83/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de noviembre de 2001, por la que se establece un código comunitario sobre medicamentos para uso humano (*DOUE L* 311 de 28 noviembre 2001, p. 67), en su versión modificada por la Directiva 2004/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004 (*DOUE L* 136, de 30 abril 2004). En efecto, el referido artículo establece la obligación de no discriminación entre los distribuidores de distintos Estados miembros («Con relación al suministro de medicamentos a farmacéuticos y personas autorizadas o facultadas para dispensar medicamentos al público, los Estados miembros no impondrán al titular de una autorización de distribución expedida por otro Estado miembro ninguna obligación, en particular de servicio público, más estricta que las obligaciones impuestas a las personas a quienes ellos mismos hayan autorizado a ejercer actividades similares»). Acto seguido, el artículo 81 de la Directiva 2001/83/CE sienta la obligación de abastecimiento, al disponer que el titular de una autorización de comercialización de un medicamento y los distribuidores de dicho medicamento realmente comercializado en un Estado miembro garantizarán, dentro de los límites de sus responsabilidades respectivas, un abastecimiento adecuado y continuado de ese medicamento a farmacias y a personas autorizadas para la distribución de medicamentos, de modo que estén cubiertas las necesidades de los pacientes de dicho Estado miembro. Y, finalmente, el artículo 81 de la citada Directiva establece la necesidad de respetar la libre competencia: «Por otra parte, las medidas que se adopten para poner en práctica este artículo deberían estar justificadas por razones de protección de la salud pública y ajustarse al objetivo de dicha protección, en cumplimiento de las normas del Tratado, y en particular las relativas a la libre circulación de mercancías y a la competencia».

²⁷ STJUE 6 enero 2004, *Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV y Comisión de las Comunidades Europeas contra Bayer AG*, C-2/01 P y C-3/01 P, Rec. 2004, p. I- 23.

²⁸ Como sostiene con acierto T. MÜNNICH (*Supply Quota Systems im Arzneimittelsektor und Europäisches Kartellrecht*, Hamburg, Verlag Dr. Kovac, 2012, p. 118) los medidas unilaterales no pueden constituir acuerdos. Y en este caso estaríamos ante una medida unilateral.

²⁹ Apartado 88.

³⁰ Apartado 102.

ciones de suministro constituyen un acto de abuso de la posición dominante. No en vano, el artículo 102 TFUE configura expresamente como un acto contrario al Derecho de defensa de la competencia, la limitación de la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores³¹.

20. La cuestión ha sido objeto de análisis por el Tribunal de Justicia en su importante sentencia de 16 de septiembre de 2008, *Sot. Lélos kai Sia y otros (Syfait II)*³². En este pronunciamiento, el Tribunal parte de su jurisprudencia sobre la negativa a atender pedidos por parte de una empresa cliente, como un acto abusivo, recordando que la negativa por parte de una empresa que ocupa una posición dominante en el mercado de un producto determinado a atender los pedidos realizados por un cliente anterior constituye una explotación abusiva de dicha posición dominante «cuando, sin ninguna justificación objetiva, esa conducta pueda dar lugar a la eliminación de la competencia de una empresa con la que se mantienen relaciones comerciales»³³. Además, también recuerda el Tribunal de Justicia³⁴ que las importaciones paralelas gozan de una determinada protección en Derecho comunitario en la medida en que favorecen el desarrollo de los intercambios y el refuerzo de la competencia³⁵, de modo que una práctica mediante la cual una empresa que ocupa una posición dominante trata de limitar el comercio paralelo de los productos que comercializa constituye una explotación abusiva de esa posición dominante, especialmente cuando dicha práctica frena las importaciones paralelas, neutralizando el nivel eventualmente más favorable de los precios practicados en otras zonas de venta en la Unión³⁶, o cuando está destinada a obstaculizar las reimportaciones que vienen a competir con la red de distribución de esa empresa³⁷.

21. Por todo ello, en su jurisprudencia anterior –establecida con carácter general y no limitada al caso del comercio paralelo de medicamentos–, el Tribunal de Justicia entendió que una empresa que se encuentra en una posición dominante –y que se beneficia del prestigio de una marca conocida y apreciada por los consumidores– no puede dejar de abastecer a un cliente antiguo y que respeta los usos del comercio, cuando los pedidos de dicho cliente no tienen carácter anormal. En tal caso, una negativa de venta limitaría los mercados en perjuicio de los consumidores y constituiría una discriminación que podría dar lugar a la eliminación del mercado de referencia de una empresa con la que se mantienen relaciones comerciales.

22. Sobre la base de esta doctrina, el Tribunal de Justicia pasa a analizar si el hecho de que una empresa farmacéutica se niegue a suministrar los pedidos de los mayoristas para evitar las exportaciones paralelas a los mercados de otros Estados miembros en los que el precio es más elevado, constituye o no una explotación abusiva de la posición dominante. Y para ello la clave pasa por examinar si dicha negativa está o no justificada.

23. Los argumentos encontrados son de muy diverso tipo. Así, a favor de la consideración de que existe un acto de abuso juega el hecho de que el comercio paralelo de medicamentos ofrece ventajas reales a los pacientes y permite ahorrar a los regímenes nacionales de seguridad social. En cambio, entre los elementos justificadores de la negativa a suministrar medicamentos a mayoristas se encuentra la circunstancia de que el comercio paralelo puede afectar negativamente a la planificación de la fabricación y distribución de medicamentos, puede retraeer actividades de investigación y de desarrollo de nuevos fármacos (en la medida en que los mayoristas se beneficiarían sin aportar nada, y podría hacer que la industria innovadora retrasara el lanzamiento de productos en los Estados con menor precio) o el hecho que el comercio paralelo más que a los consumidores finales beneficia a los intermediarios.

³¹ T. MÜNNICH, *Supply Quota Systems im Arzneimittelsektor und Europäisches Kartellrecht*, cit., pp. 155 ss.

³² C-468/06 a C-478/06, *Rec.* 2006, p. I-7139.

³³ Apartado 34. Véanse, en este sentido, las sentencias 6 marzo 1974, *Istituto Chemioterapico Italiano y Commercial Solvents/Comisión*, 6/73 y 7/73, *Rec.* 1974. p. 223, apartado 25, y 14 febrero 1978, *United Brands y United Brands Continental/Comisión*, 27/76, *Rec.* 1976, p. 207, apartado 183.

³⁴ Apartado 36.

³⁵ En este sentido, ya, la STJUE 16 enero 1992, X, C-373/90, *Rec.* 1992, p. I-131, apartado 12.

³⁶ Así, la STJUE 13 noviembre 1975, *General Motors Continental/Comisión*, 26/75, *Rec.* 1975, p. 1367, apartado 12.

³⁷ STJUE 11 noviembre 1986, *British Leyland/Comisión*, 226/84, *Rec.* 1984, p. 3263, apartado 24

24. Pues bien, ante esta divergencia de interpretaciones, el Tribunal de Justicia considera que el comercio paralelo tiene indudables ventajas para consumidores y para el sistema de competencia. Según el Tribunal, las exportaciones paralelas de medicamentos de un Estado miembro donde los precios de éstos son bajos a otros Estados miembros en los que los precios son más elevados permiten a los compradores de los mencionados medicamentos en esos Estados disponer de una fuente de suministro alternativa, lo que genera necesariamente algunas ventajas para el consumidor final de esos medicamentos³⁸. Además, según el Tribunal de Justicia, las exportaciones paralelas son una forma de garantizar la competencia, porque las importaciones paralelas facilitan la introducción de una cierta competencia en el caso de medicamentos patentados³⁹. Por lo tanto, y como principio general, las prácticas de una empresa con posición dominante tendentes a evitar toda exportación paralela de un Estado miembro a otros Estados miembros no pueden quedar exentas de las prohibiciones del derecho antitrust; prácticas que, al compartimentar los mercados nacionales, neutralizan las ventajas de una competencia eficaz que esas exportaciones ofrecen a los consumidores finales en esos otros Estados en términos de abastecimiento y de precios⁴⁰.

25. Ahora bien, el Tribunal de Justicia es consciente de que una prohibición tajante de las medidas de restricción de suministro de medicamentos, con vistas a evitar el comercio paralelo, puede afectar a los intereses de la industria, generándose el riesgo de que deje de comercializar un determinado medicamento en los países en que el precio es más reducido.

26. Esto lleva al Tribunal de Justicia a adoptar una solución que, con razón, se ha calificado como salomónica⁴¹ (pero que en realidad deja abiertos muchos interrogantes), admitiendo la licitud de las restricciones de suministro siempre que sean razonables y proporcionadas⁴². Y esto aboca al Tribunal a la necesidad de determinar los parámetros que se pueden emplear para determinar la razonabilidad de dichas medidas.

27. Pues bien, entiende el Tribunal de Justicia que para ello habrá que analizar si los pedidos de los mayoristas que realizan exportaciones paralelas tienen o no un carácter anormal. Esta valoración –que co-

³⁸ Apartado 53.

³⁹ En palabras del TJUE (Apartado 64): «Recuérdese, por otra parte, que, cuando un medicamento está protegido por una patente que confiere a su titular un monopolio transitorio, la única forma de competencia concebible hasta que expire dicha patente es la competencia sobre el precio que puede existir entre un productor y sus distribuidores, o entre comerciantes paralelos y distribuidores nacionales». No obstante, la doctrina se ha mostrado muy crítica con esta afirmación, porque supone desconocer que la patente no comporta la eliminación de la competencia, sino que permite e incentiva la competencia con productos sustitutos. *Vid* al respecto J. DREXL, «Healing with bananas – How should community competition law deal with restraints on parallel trade in pharmaceuticals?», *Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law Research Paper* No 11-13, p. 11, o T. T. NGUYEN, TIMO MINSEN, X. GROUSSOT, «The Rule of Reason under Article 82 EC after Sot Lelos Kai Sia» (July 7, 2009), pp. 16 ss. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1431010> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1431010>, visitado por última vez el 9.7.2013. De hecho, una de las razones por las que la mera titularidad de un derecho de propiedad industrial, y en particular, de una patente, no da lugar, sin más, a una posición dominante en el mercado es, precisamente, esa. Porque aunque el titular de la patente tiene la exclusiva sobre un determinado producto (en nuestro caso un medicamento) puede haber otro tipo de medicamentos no patentados que sean competidores. E incluso puede haber competencia por medio de otros productos que también están protegidos por derechos de propiedad industrial, como destaca A. HEIMLER, «Competition Law Enforcement and Intellectual Property Rights» (March 4, 2008), p. 2. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1105326> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1105326> (visitado por última vez el 9.7.2013).

⁴⁰ Apartado 66.

⁴¹ B. CONDE GALLEGOS, «La política de competencia en el sector farmacéutico: nuevos desafíos para la relación entre los derechos de propiedad industrial y el Derecho de competencia», *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor* 31 (2010-2011), pp. 55 ss (62).

⁴² En palabras del Tribunal (apartado 71): «si bien no puede admitirse que una empresa farmacéutica que ocupa una posición dominante deje de atender los pedidos normales de un cliente anterior en un Estado miembro donde los precios son relativamente bajos, alegando únicamente que ese cliente, a la vez que abastece el mercado de dicho Estado miembro, exporta una parte de las cantidades encargadas a otros Estados miembros donde los precios son superiores, la mencionada empresa está no obstante autorizada a oponerse, en una medida razonable y proporcionada, a la amenaza que puede constituir para sus propios intereses comerciales la actividad de una empresa que desea recibir en ese primer Estado miembro elevadas cantidades de productos destinados esencialmente a las exportaciones paralelas».

rresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales– deberá realizarse teniendo en cuenta «las relaciones comerciales mantenidas anteriormente entre la empresa farmacéutica que ocupa una posición dominante y los mayoristas afectados, así como el volumen de los pedidos respecto de las necesidades del mercado del Estado miembro de que se trate»⁴³. En este sentido, puede ser orientativo el hecho de que en el caso Bayer/Adalat, se consideró justificado que un mayorista incrementase un 10% su demanda del año anterior⁴⁴.

28. Aunque el Tribunal de Justicia sostiene la necesidad de estar al caso concreto, deja de un lado las cuestiones de eficiencia (y no exige una comparación de beneficios e inconvenientes)⁴⁵, con lo que se aparta de las tesis defendidas por el Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer, que defendió la aplicación de la *rule of reasons*⁴⁶.

29. A propósito del análisis de la posición del TJ en relación con las conclusiones del AG debe tenerse presente que el caso *Syfait* presenta la peculiaridad de que llegó en dos ocasiones distintas al Tribunal de Justicia, y aunque éste sólo entró en el fondo del asunto en una de ellas, sí se emitieron Conclusiones por parte de dos Abogados Generales distintos. En efecto, ante la circunstancia de que la compañía GlaxoSmithKline plc, reparte en Grecia las mercancías con las marcas Imigran, para la jaqueca, Lamictal, para la epilepsia, y Serevent, para el asma, todas de obligada prescripción facultativa y de cuyas patentes es titular GSK, y ante la realización de exportaciones paralelas a Alemania y al reino Unido por parte de los mayoristas intermediarios, GSK dejó de atender los pedidos de dichos mayoristas, restableciendo posteriormente el suministro, en cantidades limitadas. Esto provocó la reacción de los mayoristas ante las autoridades helenas de defensa de la competencia, y el ente regulador de la libre concurrencia en el mercado griego suspendió los procedimientos y sometió al Tribunal de Justicia unas cuestiones prejudiciales sobre la interpretación del artículo 82 TCE (hoy artículo 102 TFUE).

30. En las Conclusiones de 28 de octubre de 2004 del Abogado General Jacobs se rechaza que en el caso concreto exista un abuso de posición dominante, argumentándose que la fijación de cuotas de suministro de medicamentos no resulta, necesariamente y en todo caso, abusiva. Según sus conclusiones: «una restricción de suministro por una empresa farmacéutica dominante con el fin de restringir el comercio paralelo puede ser objeto de justificación como medida razonable y proporcionada en defensa de los intereses comerciales de dicha empresa. Dicha restricción no protege las disparidades de precios que la propia empresa ha establecido, ni impide directamente el comercio, que está bloqueado más bien por las obligaciones de servicio público impuestas por los Estados miembros. Exigir a la empresa el suministro de todos los pedidos de importación que se le hayan efectuado impondría, en muchos casos, una carga desproporcionada, dadas las obligaciones jurídicas y morales que pesan sobre ella en el

⁴³ Apartado 73

⁴⁴ Sentencia TPI (hoy TG) de 26 octubre 2000, *Bayer*, T-41/96, Rec. 2000, p. II-3383, confirmada por STJUE 6 enero 2004, *BAY y Comisión /Bayer*, C-2/01, Rec. 2004, p. I-23.

⁴⁵ H. ULRICH, «European Competition Law, Community-wide Exhaustion and Compulsory Licenses- Disintegrating the Internal Market in the Public Interest», en C. GODT (Ed), *Differential Pricing of Pharmaceuticals inside Europe. Exploring Compulsory Licenses and Exhaustion for Access to Patented Essential Medicines*, Baden-Baden, Nomos, 2010, pp. 89 ss (101). La defensa de una aproximación basada en los efectos, antes que formal, se defiende, por ejemplo, en J. GUAL, M. HELIWIG A. PERROT, M. POLO, P. REY, K. SCHMIDT, R. STENBACKA, *An economic approach to article 82, Report by the economic advisory group on competition policy*, 2 (2005) http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/eagecp_july_21_05.pdf (última visita el 6.7.2013), donde se afirma que «An economics-based approach will naturally lend itself to a «rule of reason» approach to competition policy, since careful consideration of the specifics of each case is needed, and this is likely to be especially difficult under «per se» rules» (p.3).

⁴⁶ Así lo destaca también C. DESOGUS, «Antitrust issues in the European pharmaceutical market: an economic analysis of recent cases on parallel trade», p. 8, en http://www.upf.edu/cres/_pdf/wp60_desogus.pdf (última visita el 6.7.2013), quien afirma que la tesis del Tribunal de Justicia es un posición más ortodoxa. Esta misma autora, en otro trabajo [C. DESOGUS, «Il 346]], considera adecuado apartarse de la rule of reason: «L'incertezza legata alla rule of reason invitabilmente fa lievitare a dismisura i costi amministrativi della gestione, gettando ombre sulle possibilità applicativa della stessa ...»

Sobre la *rule of reason* en el Derecho norteamericano y su extrapolación al Derecho europeo de la competencia, *vid.* A. L. CALVO CARAVACA-J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Mercado único y libre competencia en la Unión Europea*, Colex, Madrid, 2003, pp. 903 ss. En relación con las consideraciones de eficiencia al aplicar el art. 102 TFUE es interesante la obra P. AKMAN, *The concept of abuse in EU Competition Law*, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2012.

sentido de mantener suministros en todos los Estados miembros. Habida cuenta de las características económicas específicas de la industria farmacéutica, la obligación de suministro no promovería necesariamente la libre circulación ni la libre competencia, y podría desincentivar la innovación por parte de las empresas farmacéuticas. Además, no cabe suponer que el comercio paralelo beneficie, de hecho, a los consumidores finales de productos farmacéuticos o a los Estados miembros, como principales compradores de dichos productos»⁴⁷. Sin embargo, la sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 31 de mayo de 2005⁴⁸ no entró en el fondo de la disputa, al declararse incompetente para responder a un órgano que carecía de carácter jurisdiccional.

31. No obstante, y dado que los mayoristas también acudieron a la vía jurisdiccional civil, la cuestión llegó de nuevo al Tribunal de Justicia, dando lugar a las Conclusiones del Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer, que se aparta de las Conclusiones de Jacobs, al entender que en el caso concreto no existían elementos que justificasen la restricción de suministro. Se explica así que se haya afirmado que los Abogados Generales, en sus conclusiones mantienen «posturas abiertamente contradictorias»⁴⁹.

32. No obstante, en el fondo las conclusiones no difieren tanto⁵⁰, porque en un plano teórico también Ruiz-Jarabo admite que, aunque la reducción por una empresa en posición dominante de los pedidos de los mayoristas a las cantidades que cubran las demandas de un mercado nacional, con la intención de terminar con las importaciones paralelas de esos mayoristas hacia otros Estados miembros, constituye, en principio, un abuso de posición dominante, la empresa sospechosa puede aportar los materiales oportunos para justificar objetivamente su actitud⁵¹.

33. Admitida la posibilidad de justificar las restricciones al suministro, el Tribunal de Justicia, a diferencia de lo que hace Ruiz-Jarabo Colomer, no da ninguna pauta sobre lo que es un pedido normal o anormal de medicamentos por parte de los mayoristas. Además, a la hora de valorar el carácter justificado o no de las medidas de restricción de suministro, la sentencia del Tribunal de Justicia no analiza en qué medida pueden justificarse las restricciones al suministro sobre la base de las eventuales consecuencias negativas de las importaciones paralelas en las inversiones en I+D por parte de las compañías farmacéuticas innovadoras.

34. La cuestión es, ciertamente, controvertida y hubiera sido deseable que el Tribunal afrontase la cuestión. Así el Abogado General Ruiz Jarabo Colomer sostuvo que «el argumento del desincentivo que provoca la pérdida de ingresos por la importación paralela de los medicamentos patentados me parece falaz, pues sólo intenta seducir a la opinión pública, sensibilizada con la vital importancia del binomio I+D para la competitividad, desplazando el escenario de la rivalidad empresarial al estrado de la política de fomento de la investigación»⁵², y aunque «se pudiera justificar el comportamiento, habría que declararlo desproporcionado, ya que elimina la competencia en la distribución dentro de Europa, asfixiando las importaciones

⁴⁷ Apartado 100. Para una crítica de las Conclusiones del Abogado General Jacobs C. KOENIG/C. ENGELMANN, «Parallel trade restrictions in the pharmaceuticals sector on the test stand of art. 82 EC. Commentary on the opinion on Advocate General Jacobs in the case Syfait/GlaxoSmithKline», *European Competition Law Review*, 2005, pp. 338 ss

⁴⁸ C-53/03, *Syfait I*, Rec. 2005, p. I-4609.

⁴⁹ B. CONDE GALLEGOS, «La política de competencia en el sector farmacéutico: nuevos desafíos para la relación entre los derechos de propiedad industrial y el Derecho de competencia», cit., p. 60. G. COLANGELO, «Rifiuto di fornitura ed esportazione parallela», *Il diritto industriale* n. 6/2008, pp. 549 ss (557) se refiere a «posizioni diametralmente opposte».

⁵⁰ H. GODDAR, «Price Differentiation and the Conundrum of Exhasution Principles», en C. GODT (Ed), *Differential Pricing of Pharmaceuticals inside Europe. Exploring Compulsory Licenses and Exhaustion for Access to Patented Essential Medicines*, cit., pp. 125 ss (128).

⁵¹ Ruiz-Jarabo Colomer se refiere, en particular, a «los datos de regulación del mercado que, por quedar fuera de su alcance cualquier modificación, la constriñan a comportarse de esa guisa, descartándose, en el litigio de autos, la fijación de precios de medicamentos y la obligación de mantener existencias para surtir a los pacientes; las pruebas de que únicamente la movía la defensa de sus intereses comerciales legítimos, entre los que no figura, en el presente asunto, el impacto sobre los incentivos para innovar; y los beneficios económicos de la conducta imputada». (Apartado 121 de las Conclusiones).

⁵² Apartado 113 de las Conclusiones.

paralelas procedentes de Grecia»⁵³. En cambio, la Comisión Europea en su Comunicación COM (1998) 588 final, reconoce que un precio reducido de medicamentos provocaría una disminución constante de la contribución europea a la inversión mundial en I+D en el sector farmacéutico⁵⁴. Y el Tribunal de Primera Instancia (hoy Tribunal General) en su sentencia de 27 de septiembre de 2006 (*GlaxoSmithKline Services Unlimited contra Comisión de las Comunidades Europeas*)⁵⁵ reconoció que las alegaciones y pruebas presentadas por la compañía farmacéutica para justificar que las importaciones paralelas afectaban a su capacidad inversora en I+D eran «pertinentes, fiables y verosímiles»⁵⁶.

IV. Los acuerdos entre fabricante y distribuidor: el sistema del doble precio

1. Las prácticas colusorias

35. Otra forma de evitar el comercio paralelo de medicamentos es la de los acuerdos entre fabricantes y distribuidores, de modo que éstos asuman el compromiso de no llevar a cabo esa práctica comercial. No obstante, este tipo de acuerdos serán, en la mayoría de las ocasiones, acuerdos que impliquen una restricción de la competencia, quedando por tanto prohibidos por el Derecho de defensa de la competencia (artículo 101 TFUE o disposiciones nacionales equivalentes).

36. Entre las modalidades de acuerdos prohibidos no sólo se engloban los contratos en los que claramente se estipule la referida obligación del distribuidor de no comercializar paralelamente el medicamento. También encajan en la prohibición otro tipo de acuerdos. Así, por ejemplo, en la sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de enero de 1990, *Sandoz prodotti farmaceutici Spa contra Comisión de las Comunidades Europeas*⁵⁷, el Tribunal admitió la existencia de una acuerdo anticompetitivo al incluir la empresa farmacéutica en las facturas que enviaba a los clientes (mayoristas, farmacias y hospitales) la mención expresa «exportación prohibida», porque el envío de las facturas con esta mención no constituía un comportamiento unilateral, sino que, por el contrario, se incluía en el marco general de las relaciones comerciales que la empresa mantenía con sus clientes. Según el Tribunal, «los pedidos repetidos de productos y los pagos sucesivos sin que el cliente protestara los precios indicados en las facturas, que incluían la mención ‘exportación prohibida’, constituyan por su parte una aquiescencia tácita a las cláusulas estipuladas en la factura»⁵⁸.

2. El sistema de doble precio

37. En relación con los acuerdos entre fabricantes y distribuidores se presenta el sistema del «doble precio», por medio de la cual una empresa farmacéutica establece para sus distribuidores una política de precios diferentes según los mayoristas vayan a distribuir el medicamento en el país o vayan a proceder a exportarlos, aplicándose en este último caso unos precios más elevados.

A) Sistema de doble precio, ventajas para los consumidores y estructura de mercado

38. El sistema del doble precio presenta importantes implicaciones desde el punto de vista del Derecho de defensa de la competencia. En primer lugar, es preciso determinar si esta conducta encaja o

⁵³ Apartado 115. En la doctrina, JUNOD, «An End to Parallel Imports of Medicines? Comments on the Judgment of the Court of First Instance in Glaxo Wellcome» *World Competition*, 2007, p. 296) considera que aunque es cierto que los consumidores se benefician por el hecho de que haya nuevos productos innovadores en el mercado, eso nunca puede ser una justificación de conductas anticompetitivas, porque de lo contrario se podrían justificar, por ejemplo, los cárteles, argumentando que conducen a mayores beneficios a los participantes, que después usarán en la innovación.

⁵⁴ P. 14.

⁵⁵ T-168/01, *Rec.* 2006, p. 2969.

⁵⁶ Apartado 263 de la Sentencia.

⁵⁷ C-277/87, *Rec.* 1990, p. I-45.

⁵⁸ Apartado 161.

no en la prohibición de prácticas colusorias por tratarse de acuerdos entre productores y distribuidores celebrados para restablecer las divisiones nacionales en el comercio entre los Estados miembros.

39. En efecto, el Tribunal de Justicia ha declarado que un acuerdo entre productor y distribuidor celebrado para restablecer las divisiones nacionales en el comercio entre Estados miembros puede ser contrario al objetivo de realización de la integración de los mercados nacionales mediante el establecimiento de un mercado único. Y en este sentido, el Tribunal de Justicia ha calificado en numerosas ocasiones como colusorias -y por tanto prohibidos- los acuerdos cuyo objetivo es la compartimentación de los mercados nacionales con arreglo a las fronteras nacionales o que dificultan la interpenetración de los mercados nacionales, concretamente los que tratan de prohibir o limitar las exportaciones paralelas⁵⁹.

40. Sobre esa base, la Comisión Europea ha considerado que los acuerdos de doble precio son prácticas colusorias. Así lo ha hecho en su Decisión 2001/791/CE de 8 de mayo de 2001⁶⁰, a propósito de unas condiciones de venta aplicadas a las especialidades farmacéuticas suministradas a los mayoristas españoles en las que se efectúa una distinción entre los precios aplicados a los mayoristas que revenden sus productos a farmacias u hospitales españoles para su uso final (reembolsable) en España y los precios facturados a los mayoristas que exportan sus productos.

41. Presentado recurso ante el Tribunal de Primera Instancia (hoy Tribunal General), la sentencia de 27 de septiembre de 2006 (*GlaxoSmithKline Services Unlimited contra Comisión de las Comunidades Europeas*)⁶¹ declaró que el acuerdo pretendía instaurar un sistema de precios diferenciados para limitar el comercio paralelo y que debía considerarse, en principio, que tenía por objeto restringir la competencia⁶². No obstante, el Tribunal de Primera Instancia también declaró⁶³ que el objetivo de limitar el comercio paralelo no bastaba, por sí sólo, para presumir que el acuerdo tenía por objeto restringir la competencia. Por el contrario, sólo será efectivamente así si puede presumirse que priva a los consumidores finales de las ventajas del comercio paralelo. Porque según el Tribunal, aunque el comercio paralelo goza de una cierta protección, esa protección no se le dispensa en cuanto tal, sino en la medida en que favorece el desarrollo de los intercambios y el refuerzo de la competencia, es decir, en lo que atañe a este segundo aspecto, en la medida en que procura a los consumidores finales las ventajas de una competencia eficaz en términos de abastecimiento o de precios.

42. Pues bien, según la Sentencia del TPI (hoy TG)⁶⁴ la Comisión no afrontó la cuestión adecuadamente y no tuvo en cuenta la que considera la característica específica y esencial del sector; a saber: que los precios permanecen en buena medida ajenos al libre juego de la oferta y de la demanda. Por ello, entiende el Tribunal que el análisis del acuerdo, efectuado en este contexto, no permite presumir que la estipulación del sistema de doble precio, que pretende limitar el comercio paralelo, incida desfavorablemente en el bienestar de los consumidores finales. Por el contrario, deben considerarse necesariamente sus efectos, aun cuando sólo sea para confirmar lo que de dicha lectura haya podido inferir la autoridad reguladora.

43. No obstante, el Tribunal de Justicia ha considerado errónea esta interpretación, por no encajar en el tenor de la norma comunitaria, ni en su jurisprudencia. Así lo ha hecho en su sentencia de 6

⁵⁹ Así, las sentencias de 8 noviembre 1983, *IAZ International y otros/Comisión*, 96/82 a 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 y 110/82, *Rec.* 1983, p. 3369, apartados 23 a 27; de 28 abril 1998, *Javico*, C-306/96, *Rec.* 1998, p. I-1983, apartados 13 y 14, y de 6 abril 2006, *General Motors/Comisión*, C-551/03 P, *Rec.* 2006, p. I-3173, apartados 67 a 69, de 16 septiembre 2008, *Sot. Lélos kai Sia y otros (Syfait II)*, C-468/06 a C-478/06, *Rec.* 2008, p. I-7139, apartado 65.

⁶⁰ Decisión relativa a un procedimiento con arreglo al artículo 81 del Tratado CE, asuntos IV/36.957/F3 Glaxo Wellcome (notificación), IV/36.997/F3 Aseprofar y Fedifar (denuncia), IV/37.121/F3 Spain Pharma (denuncia), IV/37.138/F3 BAI (denuncia) y IV/37.380/F3 EAEPC (denuncia). DOUE L 302, de 17 noviembre 2001, p. 1.

⁶¹ T-168/01, *Rec.* 2006, p. 2969.

⁶² Apartados 114 a 116.

⁶³ Apartado 133.

⁶⁴ C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P y C-519/06 P, *Rec.* 2009, p. I-09291.

de octubre de 2009, *Glaxo Wellcome*⁶⁵. En esta sentencia, que resuelve el recurso de casación contra la mencionada sentencia del TPI, el Tribunal de Justicia reitera⁶⁶ su jurisprudencia según la cual, en principio, los acuerdos con los que se pretende prohibir o limitar dicho comercio, son anticompetitivos por su objeto, y no por sus efectos⁶⁷.

44. Ahora bien, el Tribunal de Justicia destaca que del artículo 81 CE (hoy art 101 TFUE) no se desprende en modo alguno «que únicamente puedan tener un objeto contrario a la competencia los acuerdos que priven a los consumidores de determinadas ventajas»⁶⁸. Por el contrario, el artículo que prohíbe las prácticas colusorias «al igual que las demás normas de competencia del Tratado, está dirigido a proteger no sólo los intereses directos de los competidores o consumidores, sino la estructura del mercado y, de este modo, la competencia en cuanto tal. Por lo tanto, la comprobación de que un acuerdo tiene un objeto contrario a la competencia no puede estar supeditada a que los consumidores finales se vean privados de las ventajas de una competencia efectiva en términos de abastecimiento o de precios»⁶⁹.

B) Los sistemas de doble precio y la exención del fomento del progreso técnico

45. Sin embargo, la cuestión más relevante que suscita el sistema de doble precio es la de determinar si la prohibición de este tipo de acuerdos puede ser objeto de una exención, por entenderse que se trata de restricciones a la competencia que contribuyen efectivamente a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico (art. 101.3 TFUE, antiguo art. 81.3 TCE).

46. La cuestión también ha sido objeto de análisis por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, tanto por el TPI (hoy TG), como por el TJ, a raíz de la ya citada Decisión 2001/791/CE de 8 de mayo, en la que se entendió que no procedía la aplicación de la exención. Recurrida la Decisión, el TPI, en su sentencia de 27 de septiembre de 2006⁷⁰ anuló en parte la Decisión por considerar que la Comisión no había analizado correctamente si procedía la aplicación de la exención, y aceptó que las alegaciones y pruebas presentadas para justificar las restricciones de las importaciones paralelas (en las que destacaba la afirmación de que fomentan la I+D), eran «pertinentes, fiables y verosímiles»⁷¹, llegando a afirmar que el comercio paralelo «no supone un valor añadido significativo para el consumidor final»⁷².

47. A su vez, el Tribunal de Justicia confirma este planteamiento, rechazando el recurso de la Comisión Europea, y declara que «para que un acuerdo pueda quedar exento (...) es necesario que contribuya a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico. Esta contribución no puede identificarse con todas las ventajas que las empresas que participan en dicho acuerdo obtienen del acuerdo en relación con su actividad, sino con ventajas objetivas apreciables que puedan compensar los inconvenientes que el acuerdo genera en el ámbito de la competencia»⁷³. Además, «una exención que se concede para un determinado período puede implicar un análisis prospectivo

⁶⁵ Apartado 59.

⁶⁶ En este sentido, las sentencias de 1 febrero 1978, *Miller/Comisión*, 19/77, *Rec.* 1978, p. 131, apartados 7 y 18, de 12 de julio de 1979, *BMW Belgium y otros/Comisión*, 32/78, 36/78 a 82/78, *Rec.* 1979, p. 2435, apartados 20 a 28 y 31.

⁶⁷ Apartado 63.

⁶⁸ Apartado 63.

⁶⁹ *GlaxoSmithKline Services Unlimited contra Comisión de las Comunidades Europeas* (GlaxoWellcome)T-168/01, *Rec.* 2006, p. 2969. Sobre esta sentencia: M. BOLOQUI BASTARDÉS, «Comentario a la sentencia del Tribunal de Primera Instancia Glaxo Wellcome de 27 de septiembre de 2006», *Cuadernos de Derecho Farmacéutico* n.º 19, 2006, pp. 6 ss

⁷⁰ Apartado 263 de la Sentencia.

⁷¹ Apartado 273.

⁷² Apartado 92.

⁷³ Apartados 102 y ss. Con todo, y como ya se ha analizado, en su sentencia posterior de 16 de septiembre de 2008, *Sot. Lélos kai Sia y otros (Syfait II)*, el Tribunal no analiza en qué medida pueden justificarse las restricciones al suministro sobre la base de las eventuales consecuencias negativas de las importaciones paralelas en las inversiones en I+D por parte de las compañías farmacéuticas innovadoras.

de las ventajas vinculadas al acuerdo y para afirmar la existencia de una ventaja objetiva apreciable basta con que la Comisión, sobre la base de los elementos de que dispone, llegue a la conclusión de que es suficientemente probable que se produzca la ventaja objetiva apreciable». En definitiva, el Tribunal de Luxemburgo entiende que a efectos de valorar la eventual aplicación de la exención al sistema de doble precio deben tenerse en cuenta las características y eventuales particularidades del sector al que se aplica el acuerdo, en nuestro caso las particularidades estructurales del sector farmacéutico⁷⁴.

V. Comercio paralelo y agotamiento de los derechos de exclusiva

1. El agotamiento de los derechos de propiedad industrial

48. Aunque no es imprescindible que así sea, en la práctica el comercio paralelo descansa en gran medida en productos protegidos por derechos de propiedad industrial o intelectual. De hecho, la definición de comercio paralelo se suele vincular con la existencia de este tipo de derechos.

49. Así las cosas, una de las posibles formas de impedir el comercio paralelo de medicamentos sería invocar los diferentes derechos nacionales o regionales de propiedad industrial que protegen a los fármacos (patentes, certificados complementarios de protección, marcas), tratando de impedir la entrada en un determinado Estado de productos que, aun siendo originales –en el sentido de que han sido puestos en circulación por el titular de los derechos, o con su consentimiento–, lo han sido en terceros Estados.

50. Sin embargo, esta pretensión encuentra el obstáculo de la figura del agotamiento de los derechos de propiedad industrial, agotamiento que implica que, una vez que una determinada mercancía que incorpora un derecho de propiedad industrial, es introducida en el mercado por parte de su titular o por un tercero que cuenta con su consentimiento, el derecho de exclusiva no puede ser invocado para impedir las comercializaciones ulteriores de la mercancía.

51. El agotamiento puede ser nacional, regional o internacional, según se produzca con la primera comercialización en un determinado Estado, región, o en cualquier lugar del mundo, y es una cuestión muy debatida cuál es el alcance geográfico que deba dársele⁷⁵. Esa es la razón por la que el Acuerdo ADPIC no establece la obligación de prever el agotamiento, y mucho menos de hacerlo con un determinado alcance (nacional, regional o internacional). Por el contrario, el Acuerdo ADPIC se limita a establecer –en su artículo 6– que si un Miembro de la Organización Mundial del Comercio impone el agotamiento internacional en su legislación nacional o regional, deberá hacerlo con carácter general y sin ningún tipo de discriminación en relación con el lugar de procedencia de las importaciones paralelas. Esto es, deberá hacerlo otorgando a los nacionales de las otras Partes Contratantes el trato nacional y el de nación más favorecida⁷⁶.

⁷⁴ Apartados 102 y ss. Con todo, y como ya se ha analizado, en su sentencia posterior de 16 de septiembre de 2008, *Sot. Lélos kai Sia y otros (Syfait II)*, el Tribunal no analiza en qué medida pueden justificarse las restricciones al suministro sobre la base de las eventuales consecuencias negativas de las importaciones paralelas en las inversiones en I+D por parte de las compañías farmacéuticas innovadoras.

⁷⁵ Como destaca D. DE BEER (*Brevet, santé publique et accès aux médicaments essentiels. Une fin du droit?*, Bruylants, Bruxelles, 2011, p. 316) las controversias sobre las ventajas e inconvenientes del agotamiento internacional son intensas, pero en el caso del agotamiento del derecho de exclusiva de las patentes sobre medicamentos, son feroces. En todo caso, a favor del agotamiento nacional se ha argumentado que el principio del agotamiento nacional o regional permite a las empresas establecer precios más reducidos en los países en vías de desarrollo por lo que «as far as circumstances outside the EU are concerned, if the patent system with national exhaustion had not been invented, one should create it in order to achieve price differentiation» (H GODDAR, «Price Differentiation and the Conundrum of Exhaustion Principles», cit., p. 129).

⁷⁶ *Vid.*, por todos, J. A. GÓMEZ SEGADE, «El Acuerdo ADPIC como nuevo marco para la protección de la propiedad industrial e intelectual», *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor* 16 (1994-95), pp. 33 y ss (56-57). El Prof. GÓMEZ SEGADE no comparte la opinión de T. DE LAS HERAS (*El agotamiento del derecho de marca*, Montecorvo, Madrid, 1994, pp. 415 y ss), para quien el agotamiento internacional se deriva implícitamente del art. III del GATT de 1947, precepto recogido por el GATT 1994. Según GÓMEZ SEGADE, aunque el ADPIC y el GATT 1994 son parte integrante del Acuerdo OMC, ambos son distintos.

52. En todo caso, en el ámbito de la Unión Europea se ha acogido el principio del agotamiento y se le ha dado un alcance europeo, no internacional. Así se hace, por ejemplo, en 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 marcas⁷⁷ (artículo 7), o en el ámbito de la patentes, en la Directiva 98/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de julio de 1998 relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas (artículo 10)⁷⁸ o –más recientemente– en el Reglamento (UE) n.º 1257/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de diciembre de 2012 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la creación de una protección unitaria mediante patente (art. 6)⁷⁹.

53. En consecuencia, al tener el agotamiento un alcance europeo, el titular del derecho puede impedir la importación a la Unión Europea o al Espacio Económico Europeo de productos comercializados inicialmente fuera de ese ámbito. De este modo, la normativa de la UE recoge la jurisprudencia sentada por el Tribunal de Justicia que ya desde los años setenta del siglo XX⁸⁰ ha venido sosteniendo que la libre circulación de mercancías implica que el productor o comerciante titular de un derecho de propiedad industrial, que haya puesto sus productos en circulación en uno de los Estados miembros (incluso en uno donde el bien inmaterial –patente, marca,...– no esté protegido con un derecho de propiedad industrial), pierde el derecho a controlar sus sucesivos movimientos. En otras palabras, no podrá intervenir en la elección de los territorios en los que se van a vender, ni de los sujetos a los que se van a trasmisitir.

54. Ahora bien, pese a que el agotamiento de los derechos de exclusiva impide a su titular invocarlos para impedir las importaciones paralelas, lo cierto es que abundan los litigios en este campo, pues aunque los principios del agotamiento están claros, en el caso concreto pueden existir divergencias sobre la efectiva concurrencia de los requisitos que determinan dicho agotamiento⁸¹.

55. Así, por ejemplo, se ha discutido sobre el concepto de primera comercialización, teniendo ocasión el Tribunal de Justicia de aclarar que el agotamiento sólo afecta a los concretos productos que se hayan comercializado por el titular del derecho, o con su consentimiento⁸², y que los productos no pue-

⁷⁷ DOUE L 299, de 8 noviembre 2008, p. 25. En virtud del artículo 7.1: «El derecho conferido por la marca no permitirá a su titular prohibir el uso de la misma para productos comercializados en la Comunidad con dicha marca por el titular o con su consentimiento». Y antes la Directiva 89/104/CEE del Consejo de 21 de diciembre de 1988 relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas (DOCE L 40, de 11 febrero 1989, p. 1. Vid también el artículo 13.2 del Reglamento (CE) n.º 207/2009, del Consejo de 26 de febrero sobre la marca comunitaria (DOUE L 78, de 24 marzo 2009, p. 1), y antes el Reglamento (CE) n.º 40/94 del Consejo de 20 de diciembre de 1993 sobre la marca comunitaria (DO L 11 de 14 enero 1994) (también art. 13.1).

⁷⁸ DOCE L 213, de 30 julio 1998, p. 13. Según el artículo 10: «La protección a que se refieren los artículos 8 y 9 no se extenderá a la materia biológica obtenida por reproducción o multiplicación de una materia biológica puesta en el mercado en el territorio de un Estado miembro por el titular de la patente o con el consentimiento de éste, cuando la reproducción o multiplicación sea el resultado necesario de la utilización para la que haya sido puesta en el mercado dicha materia biológica, a condición de que la materia obtenida no se utilice posteriormente para nuevas reproducciones o multiplicaciones».

⁷⁹ DOUE L 361, de 21 diciembre 2012, p. 1. Según el referido artículo 6: «Agotamiento de los derechos conferidos por una patente europea con efecto unitario. Los derechos conferidos por una patente europea con efecto unitario no se extenderán a los actos relativos al producto amparado por esta patente realizados en los Estados miembros participantes en los que la patente tenga efecto unitario, después de que este producto haya sido comercializado en la Unión por el titular de la patente o con su consentimiento, a menos que existan motivos legítimos que justifiquen que el titular de la patente se oponga a la comercialización ulterior del producto».

⁸⁰ STJUE 8 junio 1971, *Deutsche Grammophon*, Rec. 1971, pp. 487 y ss; STJUE 31 octubre 1974, *Centrafarm c. Sterling Drug*, Rec 1974, pp. 1147 y ss; STJUE 14 julio 1981, *Merck c Stephar*, Rec. 1981, pp. 2063 y ss; STJUE 9 julio 1985, *Pharmón c. Hoechst*, Rec. 1985, pp. 999 y ss; STJUE 22 junio 1976, *Terrapin/Terranova*, Rec. 1976, pp 1039 y ss; STJUE 17 octubre 1990, *Hag II*, Rec. 1990, pp. I-3711 y ss.

⁸¹ Tal como destaca, con acierto, M. K. KYLE, «Parallel Trade in Pharmaceuticals: Firm Responses and Competition Policy», en B. HAWK (Ed.), *International Antitrust Law & Policy: Fordham Competition Law 2009*, New York, Juris Publishing, 2009, p. 341.

⁸² STJUE 1 julio 1999, *Sebago*, C- 173/98, Rec. 1999 I-4103: «para que haya consentimiento, en el sentido del apartado 1 del artículo 7 de dicha Directiva, éste debe referirse a cada ejemplar del producto respecto del cual se invoca el agotamiento». Vid. Á. GARCÍA VIDAL, «El alcance territorial del agotamiento del derecho de marca en la reciente jurisprudencia del TJCE»

den considerarse comercializados en el Espacio Económico Europeo cuando el titular del derecho los ha importado al Espacio Económico Europeo con la intención de venderlos en él o cuando los ha ofrecido a los consumidores en el Espacio Económico Europeo, en sus propios establecimientos o en los de una sociedad del mismo grupo, pero sin llegar a venderlos. Porque como ha declarado el TJUE, con ocasión del agotamiento del derecho de marca, estos actos no permiten al titular del derecho hacer efectivo el valor económico del derecho, pues no transmiten al tercero el derecho a disponer de los productos⁸³.

56. Asimismo, también ha declarado el Tribunal de Justicia que el titular de una patente puede impedir la importación paralela de medicamentos fabricados y comercializados en otro Estado como consecuencia de una licencia obligatoria de una patente en el Estado de exportación, de la cual es titular el mismo sujeto que en el Estado de importación, por entender que en tal caso no ha habido consentimiento⁸⁴. Y también ha aclarado el Tribunal de Justicia que la inclusión de una prohibición de reventa en el EEE en un contrato de compraventa celebrado entre el titular del derecho y un operador establecido en dicho EEE no excluye que exista comercialización en el EEE y no impide, por tanto, el agotamiento del derecho exclusivo del titular en caso de reventa en el EEE en contra de la prohibición⁸⁵.

57. Además, el consentimiento del titular del derecho puede ser tácito, cuando resulte de elementos o de circunstancias anteriores, concomitantes o posteriores a la comercialización fuera del Espacio Económico Europeo que, apreciados por el Juez nacional, revelen con certeza la renuncia del titular a su derecho de oponerse a la comercialización en el Espacio Económico Europeo. No obstante, el consentimiento tácito no puede resultar de que el titular del derecho no haya comunicado a todos los compradores sucesivos de productos comercializados fuera del Espacio Económico Europeo su oposición a la comercialización en el Espacio Económico Europeo; ni de que los productos no lleven indicaciones de la prohibición de comercialización en el Espacio Económico Europeo; ni de que el titular haya transmitido la propiedad de los productos sin imponer reservas contractuales aunque según la ley aplicable al contrato, el derecho de propiedad transmitido comprenda, a falta de tales reservas, el derecho de reventa ilimitado o, cuando menos, el derecho a comercializar posteriormente los productos en el Espacio Económico Europeo⁸⁶.

58. De igual modo, también ha establecido el Tribunal de Justicia que es irrelevante que el operador que importa los productos no tenga conocimiento de la oposición del titular del derecho a su comercialización en el Espacio Económico Europeo o a su comercialización en este mercado por operadores que no sean distribuidores autorizados. Y también es indiferente que los distribuidores y los mayoristas autorizados no hayan impuesto a sus propios compradores reservas contractuales que reiteren la oposición, aunque hayan sido informados de ella por el titular del derecho⁸⁷.

2. El reenvasado o reetiquetado de los medicamentos objeto de comercio paralelo

59. Una cuestión de extraordinaria importancia en relación con el comercio paralelo de medicamentos y el agotamiento de los derechos de marca es la que tiene que ver con el problema del reenvasado o reetiquetado de los fármacos. Esto es así porque en el Derecho europeo de marcas (Directiva y Reglamento de marcas) se prevé la existencia de excepciones al agotamiento, de modo que, producidas

(Comentario a las sentencias de 16 de julio de 1998 «Silhouette», y de 1 de julio de 1999, «Sebago»), *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor* 20 (1999), pp. 567 y ss.

⁸³ STJUE 30 noviembre 2004, C-16/03, *Peak Holding AB y Axolin-Elinor AB*, Rec. 2004 pp. I-11313 y ss apartados 40 a 43.

⁸⁴ STJUE 9 julio 1985, *Pharmon c. Hoechst*, Rec. 1985, pp. 999 y ss.

⁸⁵ STJUE 30 noviembre 2004, C-16/03, *Peak Holding AB y Axolin-Elinor AB*, Rec. 2004 pp. I-11313 y ss apartados 40 a 43, apartados 50 a 56.

⁸⁶ STJUE 20 noviembre 2001, *Zino Davidoff*, C-414/99 a C-416/99, Rec. 2001 I-08691, apartados 35 y siguientes. *Vid.* Sobre esta sentencia: J. FRAMIÑÁN SANTAS, «El concepto de consentimiento para la comercialización de productos con marca (Comentario a la Sentencia del TJCE de 20 de noviembre de 2001, casos «Zino Davidoff, S.A.» y «Levi's»), *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor* 22 (2001), pp. 599 y ss.

⁸⁷ STJUE 20 noviembre 2001, *Zino Davidoff*, C-414/99 a C-416/99, Rec. 2001 I-08691, apartados 48 y siguientes.

las mismas, el derecho de exclusiva «revive». Y, en consecuencia, su titular podrá invocarlo con éxito contra los importadores paralelos⁸⁸.

60. La aplicación de este precepto al reenvasado de medicamentos ha dado lugar a un amplio corpus jurisprudencial del Tribunal de Justicia, hasta el punto de que al estudiar el comercio paralelo se ha hablado, no sin razón, de la «never-ending saga on repackaging and use of trade marks»⁸⁹.

61. De acuerdo con esta jurisprudencia, el titular de la marca puede oponerse legítimamente a la comercialización ulterior de un producto farmacéutico cuando el importador paralelo ha realizado un nuevo embalaje del producto incluyendo de nuevo la marca o cuando ha adherido una etiqueta sobre el embalaje que contiene el producto, a menos que se cumplan cinco requisitos: 1) la utilización del derecho de marca contribuya a compartimentar artificialmente los mercados entre los Estados miembros⁹⁰; 2) se demuestre que el reenvasado no afecta a la condición original del producto; 3) el titular de la marca sea avisado previamente de la puesta a la venta del producto reenvasado, 4) se indique sobre el nuevo embalaje que el producto ha sido reenvasado, y 5) la presentación del producto reenvasado sea tal que no pueda perjudicar la reputación de la marca y la de su titular⁹¹.

62. Con relación a la compartimentación artificial de los mercados entre los Estados miembros, el TJUE ha declarado que la oposición del titular de la marca a la comercialización de los productos reenvasados o reetiquetados contribuiría a compartimentar artificialmente los mercados entre Estados miembros, cuando el reenvasado o reetiquetado sea impuesto por la normativa del Estado de importación. Por eso, según el Tribunal de Justicia, «para apreciar si el titular de una marca puede oponerse, en virtud del Derecho nacional, a que un importador paralelo de medicamentos sustituya la marca utilizada en el Estado miembro de exportación por la utilizada por el titular en el Estado miembro de importación, hay que tener en cuenta las circunstancias imperantes en el momento de la comercialización en el Estado miembro de importación que hacen objetivamente necesario sustituir la marca original por la utilizada

⁸⁸ Antes de la aprobación de la Primera Directiva de Marcas de 1989, la STJUE 23 mayo 1978, *Hoffman-La Roche contra Centrafarm*, 102/77, *Rec.* 1978, pp. I-1139 y ss y la STJUE 3 diciembre 1981, *Pfizer Inc contra Eurim-Pharm GmbH*, 1/81, *Rec.* 1981, pp. I-2913 y ss, ya destacaron que el titular de la marca podrá oponerse legítimamente a la comercialización ulterior de sus productos cuando éstos han sido reenvasados por un tercero que ha puesto de nuevo la marca. Es decir, el supuesto se configura como una excepción al agotamiento del derecho de marca.

⁸⁹ Vid. K. HARRIS, «Parallel imports: the never-ending saga on repackaging and use of trade marks may finally be ending... and not before time», *Journal of Intellectual Property Law & Practice* 2006, Vol. 1, Nº 9, pp. 564 ss.

⁹⁰ El requisito de compartimentación artificial de los mercados entre Estados miembros, «implica que, para apreciar si el titular de una marca puede oponerse, en virtud del Derecho nacional, a que un importador paralelo de medicamentos sustituya la marca utilizada en el Estado miembro de exportación por la utilizada por el titular en el Estado miembro de importación, hay que tener en cuenta las circunstancias imperantes en el momento de la comercialización en el Estado miembro de importación que hacen objetivamente necesario sustituir la marca original por la utilizada en el Estado miembro de importación para que el correspondiente producto pueda ser comercializado en este Estado por el importador paralelo». STJUE 12 octubre 1999, *Pharmacia & Upjohn SA, anteriormente Upjohn SA, y Paranova A/S*, C-379/97, *Rec.* 1999, pp. I-6927 ss.

⁹¹ Los cuatro primeros requisitos ya se establecen en la STJUE 23 mayo 1978, *Hoffman-La Roche contra Centrafarm*, 102/77, *Rec.* 1978, pp. I-1139 y ss y en la STJUE 3 diciembre 1981, *Pfizer Inc contra Eurim-Pharm GmbH*, 1/81, *Rec.* 1981, pp. I-2913 y ss. La quinta condición se fija en STJUE 11 julio 1996, *Bristol-Myers Squibb y otras contra Paranova A/S*, C-427/93, C-429/93 y C-436/93, *Rec.* 1996, pp. I-3514 y en STJUE 11 julio 1996, *Eurim-Pharm Arzneimittel GmbH contra Beiersdorf AG y otras*, C-71/94, C-72/94 y C-73/94, *Rec.* 1996, pp. I-3607 y ss. En el mismo sentido se expresa la STJUE 4 noviembre 1997, *Parfums Christian Dior SA y Parfums Christian Dior BV contra Evora BV*, C-337/95, *Rec.* 1997, pp. I-6034 y ss y la STJUE 11 noviembre 1997, *Frits Loendersloot contra George Ballantine & Son Ltd y otras*, C-349/95, *Rec.* 1997, pp. I-6244 y ss.

En relación con el requisito de que la presentación del medicamento reenvasado sea tal que no pueda perjudicar la reputación de la marca o la de su titular, el Tribunal de Justicia ha aclarado que dicho perjuicio no se limita a los supuestos en los que el nuevo embalaje es defectuoso, de mala calidad o descuidado. (STJUE 26 abril 2007, *Boehringer*, C-348/04, *Rec.* 2007, p. I-3391, apartados 40 a 44). Y también establece el Tribunal de Justicia en la citada Sentencia *Boehringer* que corresponde al juez nacional apreciar si puede perjudicar la reputación de la marca el hecho de que el importador paralelo no incluya la marca en el nuevo embalaje exterior («de-branding»), o aplique en el nuevo embalaje exterior su propio logotipo o su propio estilo o presentación o una presentación que utiliza para varios productos diferentes («co-branding»), o adhiera una etiqueta externa adicional de modo que oculte total o parcialmente una de las marcas del titular, o no señale en la etiqueta adicional que la marca de que se trata pertenece a su titular, o incluso imprima su nombre en letras mayúsculas (Apartados 45 a 47 de la Sentencia).

en el Estado miembro de importación para que el correspondiente producto pueda ser comercializado en este Estado por el importador paralelo» (STJUE 12 octubre 1999, *Pharmacia & Upjohn SA, anteriormente Upjohn SA, y Paranova A/S*)⁹². Además, la condición de necesidad sólo se refiere al hecho de proceder al reenvasado del producto –y a la elección entre un nuevo embalaje y un nuevo etiquetado– a fin de permitir la comercialización de dicho producto en el mercado del Estado de importación, y no a la forma y al estilo concreto de dicho reenvasado⁹³. En este sentido, en la sentencia del TJUE de 22 de diciembre de 2008, *The Wellcome Foundation Ltd y Paranova Pharmazeutika Handels GmbH*⁹⁴, se ha aclarado que «cuando se demuestra que el reenvasado del producto farmacéutico, mediante un nuevo envase de éste, es necesario para su posterior comercialización en el Estado miembro de importación, la forma de presentación de dicho envase sólo debe apreciarse en relación con el requisito de que no debe causar un perjuicio a la reputación de la marca ni a la de su titular»⁹⁵.

63. Por lo que respecta a la prueba de los requisitos que se deben cumplir para que pueda realizarse la importación paralela de los medicamentos reenvasados o reetiquetados, el Tribunal de Justicia ha declarado que la carga de la prueba le corresponde al importador paralelo⁹⁶. Ahora bien, la prueba de algunos de las condiciones necesarias para la licitud de la importación paralela puede resultar complicada⁹⁷. Así sucede con el requisito de que el reenvasado no afecte al estado original del producto contenido en el embalaje, o con la condición de que no se afecte la reputación de la marca o de su titular. Por ello, en tales casos, el Tribunal de Justicia admite como suficiente que el importador paralelo proporcione elementos de prueba que permitan presumir razonablemente que se cumple este requisito, siendo entonces el titular de la marca el que deberá probar lo contrario.

3. El tránsito de medicamentos objeto de comercio paralelo por uno de los estados en los que no opera el agotamiento

64. Como se ha destacado, el comercio paralelo de medicamentos puede tener lugar en un ámbito de la UE o en un ámbito global. En este último caso la comercialización de una partida de medicamentos fuera del Espacio económico europeo no determina el agotamiento de los derechos de propiedad industrial en la Unión Europea, pero sí implicará el agotamiento en todos los demás Estados en cuya legislación se establezca el principio del agotamiento internacional. Y esto permitirá la realización de exportaciones paralelas a esos Estados.

65. Esto hace que en ocasiones los productos exportados desde Estados en los que los ha comercializado el titular de los derechos (directa o indirectamente), con destino a países donde opera el agotamiento internacional, transitén por Estados donde no se ha producido el agotamiento de los derechos de propiedad industrial, haciendo que sus titulares los invoquen para intentar la intervención en frontera de dichas mercancías. La cuestión entraña con el problema de la coordinación entre los derechos de propiedad industrial y el acceso a los medicamentos. De hecho, se ha destacado que la aplicación de medidas de control fronterizo a medicamentos en tránsito que no violan derechos de patente ni en el país de origen ni en el país de destino, puede ir en contra de la Declaración de Doha de 14 de noviembre de 2001, sobre el Acuerdo ADPIC y la salud pública, y según la cual la interpretación y la ejecución del ADPIC debe ser efectuada de una manera adecuada para la protección de la salud pública y el acceso a los medicamentos, en especial en situaciones de emergencia nacional o de extrema urgencia⁹⁸.

⁹² C-379/97, Rec. 1999, pp. I-6927 ss.

⁹³ STJUE 26 abril 2007, *Boehringer*, C-348/04, Rec 2007, p. I-3391, apartados 33 y siguientes.

⁹⁴ C-276/05, Rec. 2008, p. I-10479.

⁹⁵ Apartado 30 de la sentencia de 22 de diciembre de 2008.

⁹⁶ STJUE 26 abril 2007, *Boehringer*, C-348/04, Rec 2007, p. I-3391, apartados 48 y siguientes.

⁹⁷ Vid apartados 48 a 54 de la Sentencia.

⁹⁸ Vid. J. P. F. REMÉDIO, «A violação dos direitos de propriedade intelectual respeitantes a mercadorias em trânsito-Referência ao trânsito de medicamentos destinados a países com graves problemas de saúde pública», *Actas de derecho industrial y derecho de autor* 30 (2009-2010), pp. 375 ss (400 ss).

66. La posibilidad de que un Estado introduzca medidas de control aduanero de las mercancías que transitan por su territorio, a efectos de luchar contra los productos que violan derechos de propiedad industrial o intelectual, se reconoce en el Acuerdo ADPIC. En efecto, la nota al pie número 13 del ADPIC aclara que no hay obligación alguna de que los Miembros de la OMC apliquen los procedimientos de control aduanero a las mercancías en tránsito⁹⁹, lo que significa, *sensu contrario*, reconocer la posibilidad de hacerlo¹⁰⁰. Y de hecho en varios acuerdos TRIP-Plus así se ha previsto expresamente¹⁰¹.

67. En este punto, en relación con el Derecho de la Unión Europea debe tenerse muy presente la jurisprudencia del TJUE sobre el tránsito de mercancías y la infracción de marcas, jurisprudencia que parte de la doctrina europea considera aplicable a otros derechos de propiedad industrial como las patentes¹⁰², y según la cual el mero tránsito por el territorio de un Estado de mercancías que incorporan un bien inmaterial protegido por un derecho de propiedad industrial, no determina, sin más, la infracción de los derechos nacionales que protegen dicho bien.

68. En un primer grupo de sentencias [sentencias de 6 de abril de 2000¹⁰³; de 23 de octubre de 2003¹⁰⁴; y de 7 de enero de 2004¹⁰⁵] el Tribunal de Justicia entendió que el tránsito de mercancías por el territorio de un Estado miembro constituía un uso en el tráfico económico de ese Estado de la marca que figuraba sobre dichas mercancías, únicamente cuando dichas mercancías no habían sido objeto de comercialización en la Comunidad, y por lo tanto, carecían del estatuto aduanero de mercancías comunitarias. En esos casos, la inclusión de dichas mercancías en el régimen aduanero de tránsito externo

⁹⁹ Según la referida nota al pie: «Queda entendido que no habrá obligación de aplicar estos procedimientos a las importaciones de mercancías puestas en el mercado en otro país por el titular del derecho o con su consentimiento, ni a las mercancías en tránsito».

¹⁰⁰ En relación con esta cuestión y con el comercio internacional de medicamentos son muy relevantes las peticiones de consultas con la Unión Europea y con Holanda, presentadas por Brasil e India, en el marco del mecanismo de solución de disputas de la OMC. DISPUTE SETTLEMENT: DISPUTE DS408 European Union and a Member State — Seizure of Generic Drugs in Transit, http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds408_e.htm, consultado por última vez el 9.7.2013); y DISPUTE SETTLEMENT: DISPUTE DS409. European Union and a Member State — Seizure of Generic Drugs in Transit, http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds409_e.htm, visitado por última vez el 9.7.2013). El conflicto surgió porque en Europa, destacadamente en Holanda, se retuvieron en frontera en el año 2008 varios cargamentos de medicamentos, fabricados en India, con destino a Brasil y a otros países de Latinoamérica y África, por entender que violaban patentes protegidas en el país de tránsito. Y ello pese a que eran medicamentos que no violaban patentes ni en el país de origen ni en el país de destino. Para una exposición detenida de los hechos se reenvía a S.P.KUMAR, «Border Enforcement of Intellectual Property Rights against In-Transit Generic Pharmaceuticals: An analysis of Character and Consistency», *European Intellectual Property Review* 2010, pp. 506 ss. No obstante, las medidas fueron justificadas con base en el Reglamento (CE) núm. 1383/2003, del Consejo, de 22 de julio, relativo a la intervención de las autoridades aduaneras en los casos de mercancías sospechosas de vulnerar determinados derechos de propiedad intelectual y a las medidas que deben tomarse respecto de las mercancías que vulneran esos derechos, que establece una regulación más rigurosa que la establecida en el ADPIC.

¹⁰¹ Tal es el caso, por ejemplo, del Acuerdo de libre comercio entre Chile y los EE.UU., en vigor desde 2004. El artículo 17.11.20 de este Acuerdo dispone lo siguiente: «Each Party shall provide that the competent authorities are permitted to initiate border measures *ex officio*, without the need for a formal complaint from a person or right holder. Such measures shall be used when there is reason to believe or suspect that goods being imported, destined for export, or moving in transit are counterfeit or pirated. In case of goods in transit, each Party, in conformity with other international agreements subscribed to by it, may provide that *ex officio* authority shall be exercised prior to sealing the container, or other means of conveyance, with the customs seal, as applicable». Sobre los Acuerdos ADPIC Plus y su utilización como medio para limitar las flexibilidades establecidas en la Declaración de Doha sobre el Acuerdo ADPIC y la salud pública, véase P. ZAPATERO MIGUEL, «Drugs in a brave new world of TRIPS + schemes: The case for legal ceilings on extra patent protection», *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2013), Vol. 5, N° 1, pp. 229 ss.

¹⁰² GROBÉ RUSE-KHAN/JAEGER, «Policing Patents Worldwide? EC Border Measures Against Transiting Generic Drugs Under EC and WTO Intellectual Property Regimes», *International Review of Industrial Property and Copyright Law*, 2009. pp. 502 ss (519).

¹⁰³ *The Polo/Lauren Company LP y PT. Dwidua Langgeng Pratama Internacional Freight Forwarders*, C-383/98, Rec. 2000 p. I-2519.

¹⁰⁴ *Administration des douanes et droits indirects y Rioglass, S.A., Transremar, S.L.*, C-115/02, Rec. 2003 p. I-12705.

¹⁰⁵ Montres Rolex SA y otros, C-60/02, Rec. 2004 p. I-651. Para una exposición detenida de esta jurisprudencia remito a Á. GARCÍA VIDAL, «El uso de la marca en el tráfico económico y los regímenes aduaneros de tránsito externo y de depósito», en FERNÁNDEZ-NÓVOA/GARCÍA VIDAL/FRAMÍÑAN SANTAS, *Jurisprudencia comunitaria sobre marcas. Comentarios, recopilación y extractos sistematizados*, 2005, Comares, Granada, 2006, pp. 139 ss (141 ss).

no era impedimento para que el titular de una marca ejercitase las correspondientes acciones contra el propietario de las mercancías en tránsito. En cambio, el tránsito intracomunitario de mercancías no representaría un uso en el tráfico económico de las marcas que figuran sobre dichos productos.

69. Sin embargo, esta tesis –que establecía diferencias según se tratase o no de mercancías comunitarias– se vio alterada por la sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de octubre de 2005, *Class Internacional BV y Colgate-Palmolive Company, Unilever NV, Smithkline Beecham plc, Beecham Group plc*¹⁰⁶, en la que el Tribunal de Justicia concluye que la mera entrada material de mercancías no constituye un uso en el tráfico económico de la marca que consta sobre las mismas, de forma que la inclusión de productos originales de una marca en régimen aduanero de tránsito externo o de depósito aduanero no representa, en sí mismo, una violación del derecho del titular de dicha marca a controlar la primera comercialización en la Unión Europea. Por el contrario, el Tribunal hace depender la posibilidad de ejercitar el derecho de exclusiva de la circunstancia de que exista un ofrecimiento de las mercancías en tránsito o depositadas en aduana que implique una comercialización en la Unión.

70. Posteriormente, la sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de noviembre de 2006 *Montex Holdings Ltd y Diesel Spa*¹⁰⁷ ratifica esta jurisprudencia, sosteniendo que es indiferente que las mercancías que transitan por el Estado sean o no originales, esto es, que el titular de la marca no podrá ejercitar sus derechos de exclusiva aunque las mercancías que transitan sean ilícitamente marcadas con el signo distintivo, y que es irrelevante cuál sea el Estado de origen y de destino de las mercancías, así como el riesgo de que las mercancías en tránsito entren ilícitamente en el tráfico económico del Estado de paso¹⁰⁸.

71. Finalmente, la sentencia del TJUE de 1 de diciembre de 2011, *Philips*¹⁰⁹, el Tribunal establece que la intención de comercializar las mercancías en la Unión Europea queda acreditada, no sólo cuando resulta que las citadas mercancías han sido objeto de una venta a un cliente en la Unión o de una oferta de venta o de una publicidad dirigida a consumidores en la Unión, sino también cuando resulta de documentos o de correspondencia relativa a dichas mercancías que se prevé una desviación de éstas a los consumidores en la Unión¹¹⁰.

¹⁰⁶ Rec 2005, pp. I-8735 y ss.

¹⁰⁷ C-281/05, Rec. 2006 p. I-10881.

¹⁰⁸ Á. GARCÍA VIDAL, «El derecho de marca frente a las mercancías en tránsito: nuevos desarrollos en la jurisprudencia del TJCE», en FERNÁNDEZ-NÓVOA/GARCÍA VIDAL/FRAMIÑÁN SANTAS, *Jurisprudencia comunitaria sobre marcas* (2006). Comentarios, recopilación y extractos sistematizados, Comares, Granada, 2007, pp. 119 ss.

¹⁰⁹ *Koninklijke Philips Electronics NV contra Lucheng Meijing Industrial Company Ltd, Far East Sourcing Ltd, Röhlíg Hong Kong Ltd, Röhlíg Belgium NV*, C-446/09, y *Nokia Corporation contra Her Majesty's Commissioners of Revenue and Customs*, C-495/09, aún no publicada en la Recopilación. Se maneja la versión electrónica y de acceso gratuito de www.curia.eu.

¹¹⁰ A estos efectos, también establece la citada sentencia *Philips* que «para que la autoridad competente para resolver sobre el fondo pueda examinar adecuadamente la existencia de tal prueba y de otros elementos constitutivos de una vulneración del derecho de propiedad intelectual invocado, la autoridad aduanera ante la que se presenta una solicitud de intervención debe, en cuanto disponga de indicios que permitan sospechar la existencia de la citada vulneración, suspender el levante o proceder a la retención de las citadas mercancías». Y «entre estos indicios pueden figurar, en particular, el hecho de que el destino de las mercancías no se haya declarado pese a que el régimen suspensivo solicitado exige tal declaración, la inexistencia de información precisa o fiable sobre la identidad o la dirección del fabricante o del expedidor de las mercancías, la falta de cooperación con las autoridades aduaneras o también el descubrimiento de documentos o de correspondencia relativa a las mercancías en cuestión que haga suponer que puede producirse una desviación de éstas a los consumidores en la Unión Europea».

LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ÁRBITRO: CUESTIONES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO*

MIGUEL GÓMEZ JENE

*Profesor titular de Derecho Internacional Privado
UNED*

Recibido: 05.09.2013 / Aceptado: 12.09.2013

Resumen: La responsabilidad civil del árbitro es siempre una responsabilidad contractual, pues deriva de un contrato: el contrato arbitral. Esta responsabilidad se manifiesta en dos ámbitos, dos planos, dos dimensiones: el plano de la actuación quasi-jurisdiccional y el plano de la actuación no jurisdiccional. A cada uno de estos ámbitos le corresponde un régimen distinto de responsabilidad: el régimen limitado previsto en el artículo 21 LA para la actuación quasi-jurisdiccional y el régimen general de responsabilidad previsto en el Código civil para la actuación no jurisdiccional. Si bien esta distinción es necesaria para la delimitación de la responsabilidad, en perspectiva de Derecho internacional privado no afecta ni a la aplicación de las normas de competencia judicial internacional (Reglamento Bruselas I o artículo 22 LOPJ), ni a la aplicación de las normas de ley aplicable (Reglamento Roma I).

Palabras clave: contrato arbitral, responsabilidad contractual, actuación quasi-jurisdiccional, actuación no jurisdiccional, Reglamento Bruselas I, Reglamento Roma I.

Abstract: Arbitrators' liability is always a contractual liability; it is hence derived from a contract: the arbitrators' contract. The arbitrator's liability is embodied in two scopes, levels or dimensions: the quasi-jurisdictional scope and the no-jurisdictional scope. Each of these areas has a different liability regime: while the limited regime, stipulated by article 21 of the Arbitration Act, refers to the quasi-jurisdictional scope, the general regime: while the limited regimen, stipulated by article 21 of the Arbitration Act, refers to the quasi-jurisdictional scope, the general regimen laid down in the Civil Code applies to the no-jurisdictional scope. Although the distinction is necessary to delineate the corresponding liability, from a conflict of law viewpoint it does not affect the applicability of the international jurisdiction rules (Brussels I Regulation or article 22 LOPJ) or the relevant applicable law rules (Rome I Regulation).

Key words: arbitrator contract, contractual liability, quasi-jurisdictional performance, no-jurisdictional performance, Brussels I Regulation, Rome I Regulation.

Sumario: I. Introducción y planteamiento del problema. II. El contrato arbitral. III. La responsabilidad civil del árbitro: una responsabilidad contractual. 1. La actuación quasi-jurisdiccional. 2. La actuación no jurisdiccional. 3. La actuación quasi-jurisdiccional v. la actuación no jurisdiccional: una distinción necesaria para la delimitación de la responsabilidad. IV. Competencia judicial internacional. V. Ley aplicable. VI. Conclusiones.

I. Introducción y planteamiento del problema

1. Es un lugar común entre los prácticos del arbitraje considerar que la responsabilidad del árbitro en el arbitraje internacional se rige por la ley del lugar donde se celebra (o ha celebrado) el arbitraje; es decir, considerar que la responsabilidad *civil* del árbitro se rige por la *lex loci arbitrii*.

*Este trabajo se ha realizado en el marco de una estancia de investigación en el Instituto de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Heidelberg (Alemania) patrocinada por la Fundación Alexander von Humboldt.

Agradezco al letrado Ángel Tejada Caller las sutiles observaciones hechas a este trabajo.

La afirmación así hecha debe ser matizada, pues, desde un punto de vista estrictamente técnico, no es del todo cierta. Y es que, si bien puede afirmarse que en una mayoría de supuestos será efectivamente la *lex loci arbitrii* la ley aplicable a la responsabilidad del árbitro, no lo es menos que también son concebibles supuestos en los que la ley aplicable será –o podrá ser– otra (por ejemplo, la ley de la residencia habitual del mismo). Como posteriormente se verá, determinadas circunstancias fácticas –como el lugar de residencia habitual del árbitro– juegan un papel determinante en este contexto.

2. Para saber qué ley es la efectivamente aplicable a los supuestos de responsabilidad del árbitro en los arbitrajes internacionales debe determinarse, con carácter previo, qué tribunales son los competentes para conocer de tal acción. O dicho de otro modo, debe determinarse de entre todos los tribunales *prima facie* competentes (*ad. ex.* los tribunales del lugar del arbitraje; los tribunales de la residencia habitual del árbitro; los tribunales del lugar donde deba ejecutarse el laudo...) cuál de ellos es finalmente el competente. Sólo una vez concretado el tribunal que conocerá de tal acción (lo cual, si la norma de competencia lo permite, dependerá de la voluntad del actor) podrá determinarse la ley aplicable a la responsabilidad civil del árbitro. Así es, por lo menos, desde la perspectiva española, pues en la medida en que el sistema de normas de conflicto del foro (entendiendo por foro el Estado cuyos tribunales conocen de la acción) es de aplicación imperativa¹, los tribunales españoles deberán aplicar de oficio la norma de conflicto del foro específica para este tipo de supuestos.

Ocurre, sin embargo, que ni la concreción de la norma de competencia judicial internacional, ni la concreción de la norma de conflicto aplicable resulta tarea sencilla.

3. En efecto, el primer problema que un supuesto de responsabilidad de este tipo plantea, se concreta en la determinación de la norma de competencia judicial internacional aplicable. Repárese en que el sistema de normas de competencia judicial internacional del ordenamiento jurídico español está compuesto –por lo que ahora importa– por normas de *fuente interna* (también llamadas normas *autónomas*) y normas de fuente *europea*. Tales normas son, en concreto, el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) y el Reglamento europeo comúnmente conocido como Reglamento Bruselas I². La cuestión radica, como posteriormente veremos, en determinar cuál de entre estas dos normas es la finalmente aplicable al supuesto de responsabilidad.

El mismo dilema –y este sería el segundo problema– se plantea en el ámbito de la ley aplicable, pues también en este ámbito conviven en el ordenamiento jurídico español normas de fuente *interna* y normas de fuente *europea*. En efecto, en este ámbito podría ser de aplicación o bien el artículo 10.5 del Código civil o bien la disposición pertinente del comúnmente conocido como Reglamento Roma I³. Y también en este ámbito la cuestión está en determinar cuál de entre estas dos normas es la finalmente aplicable al supuesto de responsabilidad.

4. Con todo, el punto de partida para encontrar una solución a los interrogantes expuestos pasa por calificar la responsabilidad del árbitro: ¿es la responsabilidad del árbitro una responsabilidad *contractual* o, por el contrario, se trata de una responsabilidad *extracontractual*? La respuesta a la cuestión así planteada es, desde la perspectiva de nuestro trabajo, crucial. Y es que, según esta responsabilidad se califique de un modo u otro, se aplicará una u otra norma de competencia judicial internacional y una u otra norma de conflicto (*infra* 13).

¹ El artículo 12.6 del Código civil español establece: *Los Tribunales y autoridades aplicarán de oficio las normas de conflicto del derecho español*.

² Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Repárese, desde este momento, que este Reglamento ha sido derogado por el Reglamento (CE) núm. 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DOUE L 351 de 20.12.2012) [en adelante, Reglamento Bruselas I refundido]. La futura entrada en vigor de este último texto, prevista para el 10 de enero de 2015 (*ex art. 81*) no modifica el concreto marco legal objeto de estudio en este trabajo. En consecuencia, las conclusiones aquí alcanzadas serán válidas aun tras la entrada en vigor del Reglamento Bruselas I refundido.

³ Reglamento (CE) núm. 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales.

A estos efectos, debe avanzarse, ya desde este momento, que la responsabilidad *civil* del árbitro debe calificarse siempre como responsabilidad contractual en tanto que responsabilidad que surge de un contrato: el contrato arbitral.

5. El contrato arbitral es un contrato, en cuya virtud, las partes acuerdan con el árbitro que este último juzgue y resuelva las disputas que han planteado. La particularidad de este contrato, en tanto que de él dimanan dos funciones –juzgar, a la vez que prestar un servicio a las partes– requiere particular atención. A desarrollar esta cuestión dedicaré el siguiente epígrafe.

6. Examinadas las particularidades del contrato arbitral, dedicaré sendos epígrafes a las cuestiones clásicas del Derecho internacional privado: la competencia judicial internacional en materia de responsabilidad civil del árbitro, por un lado; y la ley aplicable a la misma, por otro.

II. El contrato arbitral

7. Podría definirse el contrato arbitral (*Schiedsrichtervertrag*) como aquel contrato, en cuya virtud, una parte (las partes en el arbitraje) pacta con otra parte (el árbitro) la prestación de un servicio consistente en resolver una disputa legal a cambio de un precio cierto⁴.

8. El contrato arbitral es un contrato deficientemente regulado, tanto a nivel interno como a nivel comparado. En efecto, en la medida en que la Ley Modelo de UNCITRAL no recoge disposición alguna al respecto, y en la medida también en que esta Ley ha sido ampliamente adoptada (en más de veinte países), resulta extraño encontrar una legislación arbitral que regule expresamente esta figura.

Lo anterior es especialmente lamentable si convenimos que el contrato arbitral es un contrato de calificación compleja. Ello es así porque la función del árbitro se despliega en dos ámbitos, en dos planos, en dos constelaciones distintas. De tal modo que mediante el contrato arbitral, el árbitro acepta y asume dos funciones: por un lado, su función de juzgador (el arbitraje como equivalente jurisdiccional); y, por otro lado, de forma paralela y compatible con su función de juzgar, asume también la función propia de quien, por medio de contrato, se erige en prestador de servicios. Desde esta perspectiva, podría afirmarse que el contrato arbitral es un contrato *sui generis* –de naturaleza híbrida– cuya eficacia se despliega, como mínimo, en dos ámbitos distintos pero estrechamente vinculados (juzgador y prestador de servicios)⁵. Esta realidad es de capital trascendencia a la hora de determinar la responsabilidad del árbitro, pues como ha sido advertido: «a efectos de incumplimiento y responsabilidad del árbitro, no hay uno y otra sólo cuando éste último no emite su laudo (resultado y prestación principal típica), sino cuando en el desarrollo de su actuación contractual no adecua su actividad a los deberes contractuales y legales que le vienen señalados y le son exigibles –más allá del simple ‘laudar’–»⁶.

9. A partir de lo anteriormente dicho, podrá entenderse que la *calificación jurídica* del contrato arbitral no es cosa sencilla. Más bien al contrario. Y es que, la doble función que, en virtud de este

⁴ Son muchos los estudios doctrinales dedicados al contrato arbitral. Particularmente interesantes son los estudios elaborados por la doctrina suiza y alemana. A título de ejemplo pueden verse: W. J. HABSCHEID, «Grundsätzliches zur Dogmatik des Schiedsrichtervertrages im schweizerischen Recht», en *Festschrift für Hans W. Fasching*, Manz Verlag, Viena, 1988, pp. 195-211; S. A. VOGT, *Der Schiedsrichtervertrag nach schweizerischem und internationalem Recht*, Schaker Verlag, Aachen, 1996; J. GAL, *Die Haftung des Schiedsrichters in der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit*, Mohr Siebeck, Tubingia, 2009. Para una crítica a la calificación de este contrato como tal, *vid.* E. BUCHER, «Was macht den Schiedsrichter? Abschied vom ‘Schiedsrichtervertrag’ und Weiteres zu Prozessverträgen», *Grenzüberschreitungen. Festschrift für Peter Schlosser zum 70. Geburstag*, Mohr Siebeck, Tubingia, 2005, pp. 97-118.

⁵ El origen de esta calificación del contrato arbitral como contrato *sui generis* está en una sentencia del Tribunal Supremo alemán (BGH) de 1953. A partir de ahí, la doctrina alemana ha acogido mayoritariamente esa calificación. Todas las referencias pueden verse en J. GAL, J., *Die Haftung..., cit.*, pp. 57-60. En la doctrina española, se hace eco de esta distinción, L. DIEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, *El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*, Bosch, Barcelona, 1957, p. 259.

⁶ F. RIVERO HERNÁNDEZ, «Incumplimiento y responsabilidad de los árbitros», *Libro Homenaje al profesor Manuel Albadejo García*, Universidad de Murcia, 2004, p. 4221.

contrato, asume el árbitro frente a las partes (como ya adelantáramos, juez y prestador de servicios) impide que pueda clasificarse de forma automática en algunas de las categorías legalmente reconocidas. Tampoco ayuda en este contexto el hecho de que, en la mayoría de los supuestos, el contrato arbitral se perfecciona implícitamente; esto es, sin la firma expresa de un documento escrito redactado al efecto.

La doctrina alemana ha estudiado detenidamente esta cuestión. Así, tras un exhaustivo estudio de los orígenes del contrato arbitral (*'Qui arbitrium pecunia compromissa reciperit, eum sentenciam dicere cogam'*) y un exhaustivo estudio también de las distintas teorías que subyacen a este contrato (*Amsttheorie, Prozessrechtliche Theorie y Prozessualen-materiellrechtlichen Theorie*), coincide en señalar mayoritariamente que el contrato arbitral es un contrato *sui generis*⁷; *un contrato, en definitiva, que si bien guarda cierta relación con los contratos de prestación de servicios no puede englobarse dentro de esta categoría (por más que cierto sector doctrinal incluso estime que éste queda incluido en el ámbito de aplicación de la Directiva de servicios [Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12.12.2006 relativa a los servicios en el mercado interior])*⁸. *El modo de llevarse a cabo la rescisión del contrato o el modo en que el árbitro ejerce su poder o facultad de dirección (Weisungsrecht)*, impiden una calificación del contrato arbitral como contrato de prestación de servicios en sentido estricto.

10. Pero no sólo la calificación del contrato arbitral es cuestión compleja. También lo es la cuestión relativa a su *perfección* (formación). El punto de partida en este punto podría plantearse así: en la medida en que, de ordinario, cada parte nombra un árbitro y éstos nombran al árbitro presidente, ¿cómo se establece la relación jurídica entre las partes y los árbitros que no ha nombrado esa parte?

A este respecto, la construcción doctrinal –a mi juicio– más interesante pasa por interpretar que esa forma de designar los árbitros (cada parte nombra uno y los designados nombran al árbitro presidente⁹) supone, lleva implícita, la concesión entre ambas partes de un poder de representación, de una autorización, de una atribución de competencia para que cada una de ellas actúe en nombre de la otra en el nombramiento del árbitro correspondiente. O dicho de otro modo, las partes asumen que cada una de ellas actúa en representación de la otra parte cuando nombra a un árbitro. A partir de esta interpretación debe entenderse, además, que la voluntad de las partes pasa por vincularse contractualmente con todo el colegio arbitral¹⁰.

11. Como consecuencia de lo hasta aquí dicho, puede concluirse que la obligación que asume el árbitro mediante este contrato *sui generis* es una obligación tanto de medios –entre otras, preservar los derechos de defensa de las partes– como de resultado –el árbitro debe dictar un laudo ejecutable–. Su incumplimiento deriva en responsabilidad; pero –como se verá (*infra* 16 ss)– en un régimen de responsabilidad distinto dependiendo del ámbito de actuación del árbitro (actividad quasi-jurisdiccional¹¹ y actividad no jurisdiccional).

III. La responsabilidad civil del árbitro: una responsabilidad contractual¹²

12. Desde un punto de vista estrictamente teórico, la distinción entre la responsabilidad contractual y extracontractual es relativamente sencilla. La primera deriva de un incumplimiento imputable al deudor en virtud de un título; la segunda deriva de la causación de un daño sin que medie relación contractual alguna. Como es sabido, la primera se rige en el Derecho español por los artículos 1101 ss. Cc y la segunda por los artículos 1902 ss., también Cc.

⁷ Con más referencias, J. GAL, *Die Haftung..., cit.*, pp. 5-60.

⁸ Así, A. J. VAN DEN BERG, «Statut et protección des arbitres», *ASA Bulletin*, 1993, pp. 86-88.

⁹ Como así lo establece, por ejemplo, el artículo 15 LA.

¹⁰ Lo cual está en línea con la obligación de las partes por hacer todo lo posible para la efectiva resolución de la controversia mediante arbitraje.

¹¹ En terminología del TC: Auto TC 259/1993 de 20 de julio.

¹² Contractual en tanto que afecta a las partes en el arbitraje. No obstante, también es concebible un régimen de responsabilidad extracontractual del árbitro: en concreto, cuando sus decisiones afecten a un tercero. Este concreto supuesto no será objeto de estudio en este trabajo.

Pese a esta distinción entre las normas del Cc aplicables, es común en la doctrina señalar que, a efectos meramente «prácticos», la consecuencia más relevante de esta calificación radica, sobre todo, en el régimen legal de la prescripción (muy distinto según la responsabilidad controvertida se califique como contractual o como extracontractual). Bien mirado, sin embargo, las consecuencias que de tal calificación se derivan son muchas: entre otras, el grado de culpa exigible; la legitimación para reclamar indemnización; el alcance de los daños indemnizables; o, las causas de extinción de la obligación¹³.

En nuestro concreto contexto –contexto de Derecho internacional privado–, la calificación de la responsabilidad como contractual o extracontractual se erige en una cuestión clave. Y se erige en una cuestión clave porque –como ya adelantáramos– dependiendo de la calificación que se otorgue a esa responsabilidad será de aplicación una u otra norma de competencia judicial internacional y una u otra norma de conflicto. Normas de competencia judicial y ley aplicable que, obviamente, prevén puntos de conexión muy distintos según se trate de una responsabilidad contractual o extracontractual. Así, por ejemplo, si la responsabilidad en cuestión se califica como responsabilidad *contractual*, los tribunales españoles podrán declararse competentes cuando el contrato arbitral haya nacido o deba cumplirse en España (con más detenimiento, *infra* 25 ss); si, por el contrario, se califica como responsabilidad *extracontractual*, los tribunales españoles serán competentes, en principio, cuando el hecho del que derive la responsabilidad demandada haya ocurrido en territorio español o el autor del daño y la víctima tengan su residencia habitual común en España (art. 22.3 LOPJ)¹⁴.

13. Pues bien, el hecho de que la función del árbitro se equipare a la función del juez (en palabras del Tribunal Constitucional, el arbitraje como *equivalente jurisdiccional*¹⁵) ha supuesto que tanto en la doctrina como en la jurisprudencia exista cierta tendencia a equiparar la responsabilidad del árbitro con la responsabilidad del juez¹⁶. Desde esta perspectiva –se afirma– «la responsabilidad del árbitro... debe correr en paralelo a la responsabilidad exigida a jueces y magistrados»¹⁷. De tal modo que la responsabilidad del árbitro se consideraría una responsabilidad extracontractual.

14. Esa responsabilidad *extracontractual*, sin embargo, no es tal, pues en tanto que responsabilidad que emana del contrato arbitral, es una responsabilidad contractual¹⁸. Así lo ha declarado el TS español: «La jurisdicción arbitral se basa en un contrato de derecho privado, y va dirigida a la liquidación de una relación jurídica controvertida, de modo que la voluntad de las partes... es la única causa originadora del arbitraje;... concertado el contrato... y aceptado por los árbitros el encargo que se les hace, aquellos pueden imponer su parecer a las partes y el laudo es obligatorio para ellas porque quisieron previamente que les obligara»¹⁹. En idéntico sentido se ha pronunciado la jurisprudencia alemana²⁰. De

¹³ Sobre esta cuestión, con todo detenimiento, L. F. REGLERO CAMPOS, «Conceptos generales y elementos de delimitación», en: L. F. REGLERO CAMPOS (Coor.), *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo I, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 136-144.

¹⁴ Ello siempre y cuando no fuera de aplicación el Reglamento 44/2001 al supuesto. Sobre los criterios de aplicación del Reglamento, *vid. infra* 26 ss.

¹⁵ Entre otras, STC 43/1988; 15/1989; 62/1991; 164/1995. La jurisprudencia está disponible en la página web del TC: www.tribunalconstitucional.es

¹⁶ J. F. MERINO MERCÍAN, *Estatuto y Responsabilidad del Árbitro*, Aranzadi, Cizur Menor, 2004, pp. 155-219. En la jurisprudencia española, como último referente, véase la Sentencia de la Audiencia Provincial (AP) de Sevilla, 30.4.2010, JUR 2010\231706, *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, 2011 (1), pp. 262-265.

¹⁷ J. F. MERINO MERCÍAN, «Responsabilidad por error arbitral. Presupuestos procesales para su ejercicio», *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, 2011 (1), Madrid, p. 227.

¹⁸ También en este sentido, J. GONZÁLEZ SORIA, «Artículo 21», en: J. GONZÁLEZ SORIA, (Coor.), *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje*, 2ª edición, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 281-282; F. MANTILLA SERRANO, *Ley de Arbitraje. Una perspectiva internacional*, Iustel, Madrid, 2005, pp. 132-133. En cualquier caso, debe destacarse que la cuestión en torno a la calificación de la responsabilidad del árbitro como contractual o extracontractual no es en absoluto pacífica en la doctrina española. Una minuciosa enumeración de las distintas posturas al respecto puede verse en: J. OLAVARRÍA IGLESIAS, «Artículo 21», en: S. BARONA VILAR (Coor.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, 2ª edición, Civitas, Madrid, 2011, pp. 932-933.

¹⁹ STS, 3.3.1989; RJ 1989\9882.

²⁰ Paradigmática, la sentencia del BGH en un supuesto relativo a la responsabilidad del árbitro: *BGH*, 5.5.1986, *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (BGHZ)*, 1987, 98, pp. 32-40.

hecho, el mismo TS alemán ha venido negando, desde hace tiempo ya, la aplicación analógica de las disposiciones relativas a la responsabilidad de los jueces a supuestos relativos a la responsabilidad de los árbitros. Y la ha venido negando, precisamente, por entender que la responsabilidad de éstos últimos dimana del contrato arbitral²¹.

Ocurre, sin embargo, que esta responsabilidad contractual se manifiesta en dos ámbitos, en dos planos, en dos dimensiones: el plano de la actuación quasi-jurisdiccional y el plano de la actuación *no jurisdiccional*. Y ocurre también que a cada uno de estos ámbitos, planos o dimensiones le corresponde un régimen distinto de responsabilidad. Así, si nos referimos a su ámbito de actuación quasi-jurisdiccional (el árbitro en tanto que juez), nos referimos a la muy limitada responsabilidad prevista en el artículo 21.1 de la Ley de Arbitraje (LA)²²; responsabilidad que, en cualquier caso, dimana del contrato arbitral. Si, del mismo modo, nos referimos a la responsabilidad que el árbitro asume respecto de las *partes*; es decir, si nos referimos a ese ámbito de actuación en el que el árbitro no juzga, no «dice el derecho», no asume una función jurisdiccional, nos referimos también a una responsabilidad que dimana del mismo contrato arbitral.

15. La anterior distinción supone, por tanto, reconocer dos regímenes distintos de responsabilidad del árbitro y, en consecuencia, negar la aplicación automática del artículo 21 LA –régimen especial de responsabilidad– a todos y cada uno de los supuestos de responsabilidad que puedan suscitarse (*infra* 20 ss). El particular régimen de responsabilidad previsto en el artículo 21 LA queda –debería quedar– reservado a los supuestos de responsabilidad que dimanan de una actuación quasi-jurisdiccional del árbitro–. A continuación desarrollo esta idea con mayor detenimiento.

1. La actuación quasi-jurisdiccional

16. Al ámbito de actuación quasi-jurisdiccional (o de equivalente jurisdiccional) del árbitro corresponde toda y cualquier actividad que pertenece a su actividad quasi-jurisdiccional; es decir, a su actividad de *iurisdictio*, de «imperium» para administrar la justicia: es el ámbito de las decisiones, de los juicios del árbitro sobre los derechos tanto materiales como procesales de las partes. Es el ámbito, en definitiva, de los ejercicios intelectuales de opinión del árbitro.

A este ámbito de actuación quasi-jurisdiccional del árbitro pertenece el juicio que, en definitiva, constituye el laudo. Pero también pertenece a este ámbito de actuación otro tipo de decisiones del árbitro sobre los derechos procesales o materiales de las partes, como, por ejemplo, el juicio del árbitro sobre la validez del convenio arbitral (*ex art. 9 LA*); el juicio del árbitro sobre la propia competencia (*ex art. 22 LA*); el juicio del árbitro sobre la arbitrabilidad de la materia (*ex art. 2 LA*); el juicio del árbitro sobre la internacionalidad del arbitraje (*ex art. 3 LA*); el juicio del árbitro sobre la admisión de pruebas (*ex art. 25 LA*); el juicio del árbitro sobre la adopción de medidas cautelares (*ex art. 23 LA*); el juicio del árbitro sobre la ley o normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia (*ex art. 34*); y, el juicio del árbitro de aclaración o complemento del laudo (*ex art. 39 LA*).

En ese ámbito de enjuiciamiento de decisión, de actuación quasi-jurisdiccional, la responsabilidad del árbitro es una responsabilidad limitada por la ley –en España, por la Ley de Arbitraje– al dolo, mala fe y temeridad (*ex art. 21 LA*). De tal modo que, en sus juicios, el árbitro no es responsable, salvo que en su actuación intervenga con dolo, mala fe o temeridad²³. En ese ámbito de responsabilidad, el alcance de la misma es la establecida para el dolo en el segundo párrafo del artículo 1107 del Código civil:

²¹ BGH, 6.10.1954, *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (BGHZ)*, 1955, 15, pp. 13-17.

²² Este artículo dispone: *La aceptación obliga a los árbitros y, en su caso, a la institución arbitral, a cumplir fielmente el encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por mala fe, temeridad o dolo...*

²³ También escapa al objeto de este estudio profundizar en el alcance de estos tres términos. Baste ahora con recordar que la *temeridad* –término frecuentemente invocado por las partes– engloba la llamada «ignorancia inexcusable» –mejor, negligencia inexcusable–: «esto es, aquellos supuestos extremos como la contradicción del laudo arbitral con una norma imperativa, la aplicación de normas expresamente derogadas, la infracción palmaria del principio de igualdad de trato, de audiencia o contradicción en el procedimiento arbitral, etc.» (J. OLAVARRÍA IGLESIAS, «Artículo 21», *cit.*, p. 940).

«En caso de dolo responderá el deudor de todos los [daños y perjuicios] que conocidamente deriven de la falta de cumplimiento de la obligación»²⁴.

17. Sin ánimo de profundizar en la *ratio* de este precepto (artículo 21 LA), baste ahora con señalar que tanto la jurisprudencia menor como la doctrina suelen apoyarse en la desafortunada sentencia del TS de 26.4.1999²⁵ para determinar su alcance. Esta sentencia interpreta el artículo 16 LA de 1988 (equivalente al artículo 21 LA hoy en vigor) y, en su virtud, la «antijuridicidad dañina intencional» se erige en un «*requisito indispensable que exige la moderna doctrina basada en la tesis germánica de la ‘Widerrecht lichen’* [sic], para que pueda surgir una responsabilidad por culpa e imputable a los tantas veces mencionados árbitros». Pues bien, resulta que la *tesis germánica de la ‘Widerrecht lichen’* no tiene el contenido de intención dañina que el TS español le otorga. Y no la tiene porque la expresión como tal no existe. Existe el adjetivo *widerrechtlich* (plural, *widerrechtlichen*) cuya traducción al español es, sencillamente, la de «contrario a derecho» o «ilegal». Una expresión ‘neutra’ de la que difícilmente puede extraerse la tesis sobre la que el TS sustenta su fallo.

2. La actuación *no jurisdiccional*

18. Al margen de su actuación quasi-jurisdiccional, es claro que con la firma del contrato arbitral (recordemos, un contrato *sui generis*, denominado en la doctrina alemana como *Schiedsrichtervertrag –supra 7 ss–*) el árbitro asume otro tipo de obligaciones; un tipo de obligaciones que no consisten en juzgar sobre los derechos de las partes, pero que también le son exigibles; un tipo de obligaciones, en fin, que debe cumplir porque también se ha comprometido a ellas con las partes. Este tipo de obligaciones son de naturaleza distinta (insisto en este dato: son de naturaleza distinta) a la naturaleza de la actuación jurisdiccional.

Obligaciones dentro de su actuación *no jurisdiccional* son, por ejemplo, la obligación del árbitro de poner de manifiesto a las partes las circunstancias que puedan poner en duda su imparcialidad e independencia (*ex art. 17.2 LA*); la obligación del árbitro de mantenerse independiente e imparcial (*ex art. 17.1 LA*); la obligación de nombrar al tercer árbitro (*ex art. 15 b/ LA*); la obligación del árbitro de renunciar a su cargo si fuere recusado y existiere causa de ello o la otra parte aceptare la recusación (*ex art. 18.2 LA*); la obligación de concurrir con los otros árbitros a las deliberaciones del tribunal y votar (*ex art. 35 LA*); la obligación de dictar el laudo en plazo (*ex art. 37 LA*); y otras.

19. Como podrá observarse, las obligaciones citadas no forman parte de la actividad quasi-jurisdiccional del árbitro. Y precisamente por ello, en el ámbito de actuación anteriormente citado (actuación *no jurisdiccional*) el árbitro es responsable con las partes en los términos previstos en el régimen general de la responsabilidad (en España, los arts. 1091 y 1101 Código civil²⁶). Es decir, en el ámbito de la actividad *no jurisdiccional*, el árbitro está sujeto al régimen de la responsabilidad contractual ordinaria. Un régimen de responsabilidad más amplio –menos limitado, menos restrictivo– que el previsto en el artículo 21 LA.

3. La actuación quasi-jurisdiccional v. la actuación *no jurisdiccional*: una distinción necesaria para la delimitación de la responsabilidad

21. Este doble régimen de responsabilidad arbitral está ampliamente reconocido –aunque no estrictamente delimitado– tanto en la jurisprudencia como en la doctrina²⁷ y es consecuencia –como se ha recalcado ya– de la particular naturaleza del contrato arbitral.

²⁴ Como es bien sabido, la temeridad –culpa lata, imprudencia extrema, negligencia inexcusable– no requiere, a diferencia del dolo, intención de perjudicar. Ocurre, no obstante, que la gravedad de la culpa en el ámbito de la temeridad se considera de tal importancia que sus consecuencias jurídicas se equiparan a las del dolo: *culpa lata dolo equiparatur*.

²⁵ STS, 26.4.1999; RJ 2000/4178. Siguiendo esta jurisprudencia, SAP de Vizcaya de 6.3.2002 (Sección 5^a), JUR 2002/219970.

²⁶ A cuyo tenor: *Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquélla*.

²⁷ En la doctrina española, muy ilustrativo, D. ARIAS LOZANO, «Artículo 21», en: D. ARIAS LOZANO, (Coor.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003*, Aranzadi, Cizur Menor, 2005, p. 227. *Vid.* También, L. MUÑOZ SABATÉ, «Artículo 21», en: A. DE MAR-

22. En efecto, aunque de forma muy embrionaria, la distinción propuesta está presente en la jurisprudencia española. Así, la sentencia de la AP de Barcelona de 15.12.1995 ya estableció: «*Pese a que la citada Ley de Arbitraje no contenía una norma expresa definitoria del régimen de responsabilidad civil exigible a los árbitros... ha venido admitiéndose desde una perspectiva contractualista de la institución derivada del antiguo contrato de ‘dación y recepción del arbitraje’ que los árbitros responden a tenor de los dispuesto en los artículos 1091 y 1101»*²⁸.

Más interesante aún a los efectos de este trabajo es la posterior sentencia de la misma AP de Barcelona, de fecha de 25.4.2003²⁹, en cuya virtud: «*el artículo 25 de la precedente Ley de Arbitraje fue norma decisiva para que la doctrina subsumiera el encargo arbitral en el contenido propio del contrato de mandato, naturaleza que trasladaba la responsabilidad del árbitro al esquema propio de la nacida del contrato (arts. 1089, 1091, 1101 Cc)*». Y continúa: «*La perfecta equiparación, no obstante, ha sido objeto de matizaciones determinadas por la especial naturaleza del encargo arbitral, que atribuye facultades no ya de gestión sino decisorias de una controversia que afecta a los intereses de los mandantes, y que obligan al árbitro a situarse en un plano superior que desvirtúa la mera actuación en defensa del interés domínus (propia del mandato) para emitir un juicio que vinculará a las partes, en posición neutral, independiente e imparcial, previa calificación de hechos, actos y conductas, con absoluta independencia de instrucciones o indicaciones del conferente del encargo*». «*En todo caso, el acomodo de la función arbitral en el molde propio del mandato pasará por admitir en el ámbito típico de gestión como es la decisoria, con desvinculación del interés económico o jurídico, perceptible o expresado... Aceptada esta pluralidad o diversidad objetiva sin desvirtuar el esquema causal típico del mandato, será apreciable, según los casos, en función de la naturaleza del encargo, la analogía con otras figuras contractuales o, incluso, con funciones propias de instituciones estatales, que actúan dotadas de imperium o de potestad coercitiva*».

Paradigmáticas en el mismo sentido son también las sentencias de la AP de León de 15.11.2002³⁰ y de la AP de Madrid de 11.6.2002³¹. En virtud de la primera sentencia citada, se condena al árbitro a pagar una indemnización a una de las partes por haber dictado el laudo fuera del plazo establecido. Es decir, la Audiencia no condena al árbitro en el marco de su actuación de juzgar (ámbito quasi-jurisdiccional), sino en el ámbito de su actuación *no* jurisdiccional; esto es, en el ámbito de sus obligaciones respecto de las partes: si se comprometió con las partes a dictar el laudo en un plazo determinado, así debió hacerlo. Y al no cumplir con tal compromiso, puede declararse, a la luz de las circunstancias, responsable. El mismo planteamiento se constata en la segunda sentencia. En este caso, la Audiencia de Madrid afirma que «*si el árbitro no resuelve todas las cuestiones litigiosas que le fueron sometidas, se puede exigir responsabilidad al mismo*». De nuevo, el tribunal aprecia una posible responsabilidad del árbitro en el marco de su actuación *no* jurisdiccional, pues no resolvió mediante laudo lo comprometido con las partes.

23. La doctrina, por su parte, admite en abstracto un régimen de responsabilidad más allá del previsto para la actuación quasi-jurisdiccional, si bien no ha planteado una distinción teórica como la que aquí se propone. En efecto, tanto la doctrina española como la doctrina comparada³² admite una

TÍN MUÑOZ / S. HIERRO ANIBARRO (Coors.), *Comentario a la Ley de Arbitraje*, Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 373. En la doctrina comparada, véase: *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1999, p. 619; T. CLAY, *L'arbitre*, Dalloz, París, 2000, p. 704; J. LEW / L. MISTELLIS / S. KRÖLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, The Hague, 2003, pp. 294-296; J. F. POUDRET / S. BESSON, *Comparative Law of International Arbitration*, 2ª edición, Sweet & Maxwell, Londres, 2007, pp. 375-376. En la jurisprudencia comparada, véase, *Cour de cassation*, 6.12.2005, *Revue de l'arbitrage*, 2006, pp. 126-138 (con nota de C. JARROSON); *Finnish Supreme Court*, 31.1.2005, en: G. MÖLLER, «The Finnish Supreme Court and the Liability of Arbitrators», *Journal of International Arbitration*, 2006, Vol. 23, pp. 95-99.

²⁸ Tomo la referencia de esta sentencia de: J. OLAVARRÍA IGLESIAS, «Artículo 21», *cit.*, p. 937 y J. GONZÁLEZ SORIA, «Artículo 21», *cit.*, p. 283.

²⁹ SAP de Barcelona de 25.4.2003 (Sección 15ª), JUR 2004/14239.

³⁰ SAP de León de 15.11.2002 (Sección 3ª; rec. 268/2002), *La Ley* 190990/2002.

³¹ SAP de Madrid de 11.6.2002 (Sección 21ª; rec. 1369/1998), *La Ley* 110234/2002.

³² En la doctrina comparada, muy ilustrativo y amparado en la jurisprudencia austriaca, H. KREJCI, «*Zur Schiedsrichterhaftung*», *ÖJZ*, [2007] 03, pp. 87-98. En la doctrina alemana, por todos, J. GAL, *Die Haftung...*, *cit.*, pp. 121-351. En la doctrina española, *vid.* F. RIVERO HERNÁNDEZ, «*Incumplimiento...*», *cit.*, p. 4221; D. ARIAS LOZANO, «Artículo 21», *cit.*, pp. 227-228; J. OLAVARRÍA IGLESIAS, «Artículo 21», *cit.*, p. 940.

compatibilidad entre un régimen prácticamente inmune de responsabilidad (como corresponde al ámbito cuasi-jurisprudencial) y un régimen de responsabilidad del árbitro en tanto que prestador de servicios –un régimen, este último, también limitado³³–. Incluso la doctrina norteamericana, tradicionalmente a favor de un amplio régimen de inmunidad en el ámbito de la responsabilidad del árbitro (habida cuenta, sobre todo, de las particularidades del ordenamiento norteamericano en materia de responsabilidad), plantea ahora una revisión de tal modelo, abogando por una diferenciación entre aquellos supuestos en los que la inmunidad absoluta debe mantenerse y aquellos otros en los que cierto grado de responsabilidad es exigible³⁴. O dicho de otro modo: sin llegar a plantear una distinción teórica en virtud de la cual delimitar el régimen de responsabilidad aplicable, la doctrina acepta un régimen de responsabilidad compatible con el privilegio de responsabilidad que concede la función cuasi-jurisdiccional del árbitro.

Para cierto sector doctrinal, ese doble régimen tendría cabida en el ámbito de aplicación material del artículo 21 LA³⁵. Mucho más interesante –y más acertada– resulta, por el contrario, aquella propuesta doctrinal en cuya virtud se acepta –en determinados supuestos– la aplicación del régimen común de responsabilidad del Cc en el ámbito de la responsabilidad civil del árbitro³⁶. A mi juicio, este régimen de responsabilidad del Cc sería aplicable en el ámbito de la actuación *no jurisdiccional* del árbitro.

24. Por fin, es menester recordar que tras la reciente reforma de la Ley de Arbitraje española³⁷, el doble régimen de responsabilidad que venimos proponiendo está implícitamente reconocido en la nueva redacción dada al artículo 37.2 *in fine* LA³⁸.

25. Como consecuencia de lo hasta aquí dicho puede afirmarse, por tanto, que para declarar la responsabilidad del árbitro no es necesario, como establece el TS en su sentencia de 22.6.2009, delimitar una serie de criterios generales cuyo cumplimiento genera responsabilidad (criterios generales que se establecen tomando como coordenadas puntos de vista tanto *positivos* como *negativos*³⁹). *Antes bien, para determinar la responsabilidad del árbitro es necesario encuadrar el supuesto de responsabilidad controvertido en uno de los dos ámbitos de actuación del mismo: el ámbito cuasi-jurisdiccional y el ámbito no jurisdiccional.* Una vez delimitado el supuesto controvertido en alguno de estos dos ámbitos, podrá

³³ Tan limitado que, en principio, exigiría la previa anulación del laudo.

³⁴ En este sentido, A. T. GUZMAN, «Arbitrator Liability: Reconciling Arbitration and Mandatory Rules», *Berkeley Law*, January 2000, pp. 1279-1334; S. D. FRANCK, «The Liability of International Arbitrators: a Comparative Analysis and Proposal for Qualified Immunity», *N. Y. L. Sch. J. Int'L & Comp. L.*, Vol. 20, 2000, pp. 1-59; M. RASMUSSEN, «Overextending Immunity: Arbitral Institutional Liability in the United States, England and France», *Fordham International Law Journal*, Vol. 26, Issue 6, 2002, pp. 1824-1875; M. A. WESTON, «Reexamining Arbitral Immunity in an Age of Mandatory and Professional Arbitration», *Minnesota Law Review*, Vol. 88, 2004, pp. 449-517; P. B. RUTLEDGE, «Toward a Contractual Approach to Arbitral Immunity», *Georgia law*, 2004, http://digitalcommons.law.uga.edu/fac_artchop/518, pp. 151-214; *Idem*, «Market Solutions to Market Problems: Re-Examining Arbitral Immunity as a Solution to Unfairness in Securities Arbitration», *Pace Law Review*, 113 (2005), pp. 113-132.

³⁵ Por ejemplo, J. OLAVARRÍA IGLESIAS, «Artículo 21», *cit.*, pp. 936-938.

³⁶ En este sentido, por todos, D. ARIAS LOZANO, «Artículo 21», *cit.*, p. 227: «Pero aún cabría incluso ir más allá. Si bien se mira, el precepto en cuestión establece cuándo los árbitros son responsables (en supuestos de mala fe, temeridad o dolo), pero no cuándo no lo son (culpa). Es decir, cabe sostener que el precepto no establece explícitamente una exención de responsabilidad por culpa de los árbitros, y que no sería aceptable una interpretación sensu contrario del precepto (como sería la de postularse que como los árbitros sí responden por mala fe, temeridad o dolo, hay que entender que no responden por culpa). Y no sería aceptable porque supondría predicar una interpretación extensiva de una exoneración de responsabilidad. Y la consecuencia ante tal silencio no sería otra que la necesidad de postular la aplicabilidad de los regímenes generales de responsabilidad por culpa, sea ésta contractual (1101 CC) y extracontractual (1902 CC). No en vano tales regímenes operan con carácter general, y en buena ley, sólo admiten exclusiones o limitaciones explícitas».

³⁷ 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 (BOE núm. 121, 21.5.2011).

³⁸ A cuyo tenor: «Salvo acuerdo en contrario de las partes, la expiración del plazo sin que se haya dictado laudo definitivo no afectará a la eficacia del convenio arbitral ni a la validez del laudo dictado, sin perjuicio de la responsabilidad en que hayan podido incurrir los árbitros».

³⁹ STS (Civil) de 22.6.2009; *La Ley 184094/2009*. Los criterios establecidos en esta sentencia para determinar cuándo existe responsabilidad del árbitro deben reinterpretarse a la luz del texto reformado de la LA (*vid. nota a pie núm. 37*). Así, tal y como puede deducirse del actual tenor del artículo 37.2 LA, ya no es necesario que el laudo haya sido anulado para que pueda apreciarse responsabilidad en determinados supuestos; por ejemplo, cuando el laudo haya sido dictado fuera de plazo.

determinarse el régimen de responsabilidad aplicable: *ordinario* para los supuestos encuadrables en el ámbito no jurisdiccional (regulado en el Cc), y *especial* para los supuestos encuadrables en el ámbito cuasi-jurisdiccional (regulado en el art. 21 LA). Si se acepta esta distinción –en línea con lo pretendido por el legislador tras la reforma de la LA–, habrá que convenir también que no siempre será necesario agotar las vías de impugnación del laudo para poder apreciar la responsabilidad del árbitro. Y es que, tras la entrada en vigor de la citada reforma de la LA, un laudo dictado fuera de plazo puede dar lugar a la responsabilidad del árbitro sin que, por ello, el laudo sea anulable (*ex art. 37 LA*). Si, por el contrario, la responsabilidad que se demanda tiene su origen en una infracción procesal –básicamente, principios de igualdad, audiencia y contradicción–, la jurisprudencia del TS arriba citada en cuya virtud se exige la nulidad del laudo para apreciar responsabilidad, sigue vigente.

IV. Competencia judicial internacional

26. Visto entonces el doble régimen de responsabilidad (cuasi-jurisdiccional y no jurisdiccional) que asume el árbitro con la firma del contrato arbitral; y visto también que ese doble régimen de responsabilidad es, en cualquier caso, un régimen de responsabilidad *contractual*, cabe preguntarse ahora por el régimen legal de la competencia judicial internacional. Es decir, cabe preguntarse ahora por el alcance y contenido de las normas que regulan la posible competencia de los tribunales de un Estado determinado para conocer de esta responsabilidad.

A partir de lo hasta aquí dicho, puede afirmarse que el punto de partida en este contexto –contexto de competencia judicial internacional– es el siguiente: sea cual sea el régimen de responsabilidad que se demande al árbitro –responsabilidad en el ámbito de su actividad cuasi-jurisdiccional o responsabilidad en el ámbito de su actividad no jurisdiccional– las normas de competencia judicial internacional aplicables serán, en tanto que ambos ámbitos de actuación son de origen contractual, las mismas, a saber: las normas de competencia judicial internacional aplicables con carácter general a todos los supuestos o, alternativamente, las normas de competencia judicial internacional aplicables en materia de contratos.

27. Pues bien, en la medida en que –como se verá– la cuestión relativa a la competencia judicial internacional está armonizada en el Derecho procesal civil europeo por el Reglamento Bruselas I (*supra* 1), puede adelantarse ya que las soluciones que aquí se expongan serán válidas para todos los Estados de la Unión Europea (UE). O dicho de otro modo, plantee donde se plantee en la UE una acción de este tipo, la norma que designa la competencia de los tribunales competentes es la misma para todos los Estados miembros. Esa norma (el Reglamento Bruselas I) determinará, además, los tribunales del Estado miembro que finalmente serán competentes para conocer de esta cuestión.

No obstante lo anterior, para aplicar el Reglamento Bruselas I debe comprobarse que el supuesto controvertido reúne dos condiciones. La primera condición es que la materia –responsabilidad civil del árbitro– esté incluida en el ámbito de aplicación material del Reglamento (*ex art. 1*). La segunda es que el supuesto en cuestión reúna el requisito de aplicación personal que el mismo Reglamento –*ex art. 2*– exige, a saber: que el demandado esté domiciliado en la Unión Europea. Se trata, en definitiva, de verificar que el supuesto controvertido cumple cumulativamente con dos requisitos de aplicación necesarios –material y personal– para que el mismo Reglamento pueda ser aplicado.

28. Respecto del requisito de aplicación *material* debe señalarse lo siguiente. Una primera lectura del artículo 1 del Reglamento Bruselas I⁴⁰, podría llevar a la errónea conclusión de que la responsabilidad del árbitro, en tanto que materia íntimamente vinculada al arbitraje, queda excluida del mismo. En efecto,

⁴⁰ A cuyo tenor: 1. *El presente Reglamento se aplicará en materia civil y mercantil con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional. No incluirá, en particular, las materias fiscal, aduanera y administrativa.* 2. *Se excluirá del ámbito de aplicación del presente Reglamento: a) el estado y la capacidad de las personas físicas, los regímenes matrimoniales, los testamentos y las sucesiones; b) la quiebra, los convenios entre quebrado y acreedores y demás procedimientos análogos; c) la seguridad social; d) el arbitraje.* El Reglamento Bruselas I refundido (*vid. supra nota 2*) mantiene la exclusión del arbitraje del ámbito de aplicación material del mismo.

en la medida en que el arbitraje, como tal, es una materia expresamente excluida del ámbito de aplicación material del Reglamento, podría interpretarse –o mejor, podría quererse interpretar– que todo aquello que de un modo u otro queda vinculado al mismo queda excluido del ámbito de aplicación del Reglamento.

La cuestión así planteada no es baladí, pues debe advertirse que en Europa existe una fuerte –e interesada– corriente doctrinal que aboga por mantener el arbitraje fuera de cualquier regulación comunitaria. Se trata, de este modo, de preservar la autonomía regulatoria de cada Estado en una materia que, lejos de lo que pudiera parecer, se caracteriza por mantener –a nivel comparado– importantes divergencias tanto teóricas (doctrinales) como prácticas (jurisprudenciales)⁴¹.

29. Sin ánimo de terciar ahora en ese debate –inclusión *versus* exclusión del arbitraje del ámbito de aplicación material del Reglamento Bruselas I⁴²–, puede afirmarse con rotundidad que la responsabilidad civil del árbitro es una materia que, en cualquier caso, está incluida en el ámbito de aplicación material del Reglamento. Ello es así porque: (i) la responsabilidad contractual está incluida en el ámbito de aplicación del Reglamento (*ex art. 5*); y, (ii) porque la sentencia del TJUE en el asunto *Van Uden*⁴³ estableció con meridiana nitidez respecto de la relación arbitraje y Reglamento Bruselas I que, en la medida en que el objeto de la controversia «no se refiera al arbitraje como materia, sino a la salvaguarda de derechos de naturaleza muy variada... la inclusión del supuesto en el ámbito de aplicación del Convenio [hoy Reglamento Bruselas I] viene determinada no por su propia naturaleza, sino por la naturaleza de los derechos cuya salvaguarda garantizan». O dicho de otro modo, en la medida en que la relación contractual entre árbitro y parte es una relación contractual con independencia de que se geste en el contexto arbitral, su inclusión en el ámbito de aplicación del Reglamento es incontestable.

30. Respecto del requisito de aplicación *personal* –domicilio del demandado en la UE–, debe destacarse lo siguiente. La falta de residencia habitual del demandado (en nuestro supuesto, el árbitro)

⁴¹ Un ejemplo de esto último puede encontrarse en la sentencia *Dallah, Supreme Court*, [2009] EWCA Civ 755. Sobre esta sentencia *vid.* G. CUNIBERTI, «Quelle coordination entre systèmes juridiques adoptant des représentations différentes de l'arbitrage International?», *Les Cahiers de l'Arbitrage / The Paris Journal of International Arbitration*, 2010-1; pp. 159-171; J. GRIERSON / M. TAOK, «Dallah: Conflicting Judgements from the U. K. Supreme Court and the Paris Cour d'Appel», *Journal of International Arbitration*, 2011, pp. 407-422.

Dallah, una empresa constructora saudí firmó un Acuerdo con un Trust -creado por el Gobierno de Pakistán- para construir un complejo hotelero en La Meca. El Trust en cuestión dejó de existir como entidad legal en diciembre de 1996, como consecuencia, según el Gobierno de Pakistán, de un incumplimiento de ciertas obligaciones que *Dallah* debía de haber realizado en determinado plazo. Disconforme con la decisión, *Dallah* inició un arbitraje CCI con sede en París. El primer problema que habida cuenta de las circunstancias descritas se planteó ante el colegio arbitral, giraba alrededor de la eficacia del convenio, pues el Trust que lo suscribió no existía como tal en el momento del inicio del arbitraje. En definitiva, el colegio tuvo que resolver con carácter previo sobre una cuestión relativa a la extensión de los efectos del convenio arbitral. Pues bien, tanto para el colegio arbitral como para la *Cour d'appel*, la extensión de los efectos del convenio a las partes *no* firmantes del mismo (en el caso, el Gobierno de Pakistán) debía estudiarse a la luz de «*those transnational general principles and usages reflecting the fundamental requirements of justicie trade and the concept of good faith in business*» (derecho francés). En aplicación de estos principios, ambos llegaron a la conclusión de que el convenio arbitral era válido. Planteado el exequátor del laudo interlocutorio en el Reino Unido, se llegó a una conclusión distinta; es decir, los jueces británicos estimaron que el convenio arbitral no era válido. Lo cual resultó particularmente llamativo, habida cuenta de que, por mor del artículo V del Convenio de Nueva York de 1958 (CNY), los jueces británicos aplicaron el mismo Derecho francés para determinar la validez del convenio arbitral; es decir, también aplicaron «esos principios generales transnacionales basados en la justicia y buena fe».

⁴² B. HESS, «Improving the Interfaces Between Arbitration and European Procedural Law – The Heidelberg Report and the EU Commission's Green Paper on the Reform of the Regulation Brussels I», *Les Cahiers de l'Arbitrage*, 2010, 1, pp. 17-30; M. GÓMEZ JENE, «Propuestas de inclusión del arbitraje en el Reglamento 44/2001», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2010, Vol. 2, Nº. 1, pp. 339-358; <http://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT>; M. ILMER, «Brussels I and Arbitration Revisited – The European Commission's Proposal COM (2010) 748 final», *RabelsZ*, 2011, pp. 645-670; *Id.*, «Der Kommissionsvorschlag zur Reform der schnittstelle der EuGVO mit der Schiedsgerichtsbarkeit», *SchiedsVZ*, 2011, pp. 248-257; L. G. RADICATI DI BROZOLO, «Arbitration and the Draft Revisited Brussels I Regulation: seeds of home Country Control and of Harmonization», *Journal of Private International Law*, 2011, pp. 423-460; B. HESS, «Die Reform der Verordnung Brüssel I und die Schiedsgerichtsbarkeit», *Grenzen überwinden – Prinzipien bewahren. Festschrift für Bernd von Hoffmann*, Giesecking Verlag, Bielefeld, 2011, pp. 648-655.

⁴³ Sentencia del TJUE, de 17.11.1998, asunto C-391/95. Sobre esta sentencia, *vid.* GASCÓN INCHAUSTI / M. GÓMEZ JENE, «Arbitraje, medidas cautelares y Convenio de Bruselas (A propósito de la Sentencia del TJCE de 17 de noviembre de 1998 en el asunto *Van Uden c. Deco Line*)», *Tribunales de Justicia*, 1999, 4, pp. 303-318.

en un país miembro de la UE impide que el Reglamento Bruselas I sea aplicable; es decir, en principio, si el árbitro cuya responsabilidad pretende demandarse no reside en la UE –por ejemplo, por tratarse de un árbitro latinoamericano con residencia en un país de América Latina–, los foros de competencia que prevé el Reglamento no son de aplicación al supuesto. Ello, no obstante, no quiere decir que un árbitro sin residencia habitual en la UE no pueda ser demandado en Europa por responsabilidad. Lo que ocurre es que ese árbitro sólo podrá ser demandado conforme a los foros de competencia judicial internacional previstos en el ordenamiento autónomo de cada Estado (*infra* 33).

Esta circunstancia –la no aplicación de los foros de competencia del Reglamento por no tener el demandado residencia habitual en la UE–, no supone ninguna ventaja para el árbitro cuya responsabilidad se demanda. Antes al contrario, supone un riesgo procesal adicional, en tanto que al no aplicarse el Reglamento Bruselas I, nada impedirá que ese mismo árbitro pueda ser demandado simultáneamente en dos Estados miembros de la UE. En efecto, el Reglamento Bruselas I «protege» al demandado de cualquier supuesto de litispendencia internacional (regula esta cuestión expresamente). Por el contrario, el ordenamiento jurídico español no regula tal cuestión, por lo que, en principio, nada obsta para que un tribunal español se declare competente para conocer de la responsabilidad de un árbitro sin perjuicio de que otro tribunal de un Estado miembro de la UE ya lo esté haciendo o previsiblemente vaya a hacerlo.

31. El marco legal anteriormente descrito no variará sustancialmente tras la entrada en vigor (prevista para enero del 2015) del nuevo Reglamento Bruselas I *refundido*⁴⁴. *Y es que, si bien el criterio del domicilio del demandado como criterio de aplicación personal del futuro Reglamento no será exigible a todos los supuestos (en concreto, el requisito en cuestión se exceptúa en los litigios relativos a contratos de consumo y en los litigios relativos a los contratos individuales de trabajo), en el supuesto que ahora estudiamos, sí debe darse para que sus normas de competencia judicial sean de aplicación.*

32. En consecuencia, si el árbitro tuviese su residencia habitual en la UE (con independencia absoluta de la nacionalidad que ostente), serían competentes para conocer de este tipo de supuestos, o bien los tribunales del lugar de la residencia habitual del árbitro (*ex art. 2*), o bien los tribunales del lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirviere de base a la demanda (*ex art. 5.1*). Cuando dicha obligación constituya una prestación de servicios (frente a una compraventa de mercaderías), se considerará que el lugar que en el que debiere ser cumplida la obligación será aquel en el que, según el contrato, hubieren sido o debieran ser prestados los servicios.

Desde la perspectiva de nuestro supuesto –responsabilidad del árbitro–, puede entenderse que el lugar en el que hubieren sido o debieran ser prestados los servicios es el lugar donde se hubiere celebrado o debiere celebrarse el arbitraje. Es decir, en virtud del artículo 5.1 del Reglamento Bruselas I, los tribunales del lugar del arbitraje serían, en principio, los tribunales competentes para conocer de un supuesto de responsabilidad del árbitro. No obstante lo anterior, el TJUE ha indicado que el lugar en cuestión debe determinarse conforme «a la ley por la que se rige la obligación controvertida según las normas de conflicto del órgano jurisdiccional que conoce del litigio»⁴⁵ (*infra* 33 ss).

33. Por fin, en caso de que no fuera de aplicación el Reglamento Bruselas I para determinar la competencia judicial internacional de los tribunales de un Estado miembro en supuestos de responsabilidad del árbitro (porque el árbitro no tuviera su residencia habitual en Europa), la competencia judicial internacional de los tribunales españoles se determinará conforme a lo dispuesto en el artículo 22 LOPJ. En aplicación de este precepto, los tribunales españoles son competentes en esta materia cuando la obligación contractual –en nuestro caso, el contrato arbitral– haya nacido o deba cumplirse en España⁴⁶. La citada norma contempla, por tanto, dos criterios que, alternativamente, deben cumplirse en España: lugar de celebración y/o lugar de cumplimiento.

⁴⁴ *Vid. supra* nota a pie núm. 2.

⁴⁵ Sentencia del TJUE, de 28.9.1999, asunto C-440/97.

⁴⁶ En concreto, el art. 22.3 LOPJ estable: «en materia de obligaciones contractuales, cuando éstas hayan nacido o deban cumplirse en España».

Tales criterios de competencia no son, con todo, de aplicación sencilla. De hecho, su aplicación práctica ha planteado y plantea serias dudas hermenéuticas. Así, por ejemplo, la concreción del lugar de celebración del contrato no resulta fácil de determinar cuando el contrato se ha celebrado entre ausentes (art. 1.262 Cc)⁴⁷. Y no lo es porque, pese a que el artículo 22 LOPJ constituye un precepto de fuente interna, su interpretación debe hacerse –por coherencia– a la luz de la jurisprudencia del TJUE en interpretación del artículo 5.1 del Reglamento Bruselas I. O dicho de otro modo, aunque no sea de aplicación el Reglamento Bruselas I para determinar la competencia judicial internacional de los tribunales españoles en materia de responsabilidad del árbitro, los criterios hermenéuticos desarrollados por el TJUE en este ámbito deben ser tenidos en consideración.

5. Ley aplicable

34. Supuesta la competencia judicial internacional de los tribunales españoles –o de algún otro tribunal de un Estado miembro de la UE– en base a los foros de competencia judicial descritos (Reglamento Bruselas I o art. 22 LOPJ), queda todavía por determinar la ley aplicable a la responsabilidad del árbitro.

35. En este contexto, tal y como adelantáramos anteriormente (*supra* 1), también se plantea –aunque en menor medida– la cuestión relativa a la concreción de la norma aplicable. Y es que, también en este ámbito conviven en el ordenamiento jurídico español normas de fuente *interna* y normas de fuente *comunitaria europea*: en concreto, el artículo 10.5 del Código civil y el Reglamento Roma I⁴⁸. La primera cuestión radica, por tanto, en determinar cuál de estas dos normas es la aplicable al supuesto de responsabilidad.

La interrogante así planteada no debe suscitar, en principio, mayores dificultades. En efecto, lejos de las dudas que en su momento planteó la exclusión del arbitraje del ámbito de aplicación material del Reglamento Bruselas I, en el ámbito de aplicación material del Reglamento Roma I, la cuestión no puede plantear duda alguna. El tenor del artículo 1 de este Reglamento es claro en cuanto que –únicamente– excluye de su ámbito de aplicación material algo muy concreto: «los convenios de arbitraje»⁴⁹. Tan precisa delimitación –frente a la muy genérica que utiliza el Reglamento Bruselas I («arbitraje»)– permite sostener sin mayor duda que el contrato arbitral (*Schiedsrichtervertrag*), en tanto que obligación contractual en materia civil y mercantil, está incluido en el ámbito de aplicación material del Reglamento Roma I⁵⁰. En consecuencia, son las normas de conflicto de este Reglamento las que determinan la ley aplicable a un contrato arbitral⁵¹.

36. Siendo esto así, procede estudiar entonces qué normas, de entre las previstas en el Reglamento Roma I, pueden ser de aplicación a nuestro supuesto.

Pues bien, en virtud de este Reglamento, la relación contractual del árbitro con las partes se rige, en primer lugar, por la ley que ambas hayan elegido (*ex art. 3*). Será esa ley, por tanto, la que determine la posible responsabilidad del mismo.

⁴⁷ Escapa al objeto de este trabajo profundizar sobre este punto. No obstante, puede encontrarse un riguroso análisis en: M. VIRGÓS SORIANO / F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación Internacional*, 2ª edición, Thomson Civitas, Madrid, 2007, pp. 158-159.

⁴⁸ *Vid. supra* nota a pie núm. 3.

⁴⁹ El artículo 1 del Reglamento Roma I establece: *1. El presente Reglamento se aplicará a las obligaciones contractuales en materia civil y mercantil en las situaciones que impliquen un conflicto de leyes. No se aplicará, en particular, a las materias fiscales, aduaneras y administrativas. 2. Se excluirán del ámbito de aplicación del presente Reglamento: ... e) los convenios de arbitraje y de elección del tribunal competente.*

⁵⁰ Ya en este sentido, B. VON HOFFMANN, «Der internationale Schiedsrichtervertrag –eine kollisionsrechtliche Skizze», en: A. PLANTEY, *Festschrift für Ottoarndt Glossner zum 70. Geburstag*, Recht und Wirtschaft, Heidelberg, 1994, pp. 143-153. Sobre la relación arbitraje- Reglamento Roma I *vid.*, por todos, P. MANKOWSKI, «Rom I-VO und Schiedsverfahren», *RIW*, 2011, pp. 30-44. Para un breve estudio doctrinal sobre esta cuestión, antes de la entrada en vigor del Convenio de Roma de 1980, *vid.*, W. MÜLLER- FREIENFELS, «Der Schiedsrichtervertrag in kollisionsrechtlicher Beziehung», en: *Liber Amicorum Ernst J. Cohn. Festschrift für Ernst J. Cohn zum 70. Geburstag*, Verlag Recht und Wirtschaft, Heidelberg, 1975, pp. 147162; C. LIEBSCHER, «Schiedsrichtervertrag und anwendbares Recht», *Betriebs- Berater*, 55. Jg., *Beilage* 11, 23.9.1999, pp. 2-4.

⁵¹ El Reglamento es de aplicación en todos los Estados miembros de la UE (excepto Dinamarca) y tiene carácter universal o *erga omnes* (art. 2): la ley designada por sus normas de conflicto se aplica aunque no sea la de un Estado miembro.

La ley en cuestión no tiene por qué estar vinculada con el supuesto de hecho, no tiene por qué regir todo los aspectos del contrato y no tiene por qué ser la misma a lo largo de la relación contractual (*ex art. 3*). En efecto, nada impide que un árbitro con nacionalidad y residencia habitual en Perú pacte la aplicación del Derecho francés al contrato arbitral, aun cuando el arbitraje del que traiga causa ese contrato no tenga relación alguna con este país. Del mismo modo, nada impide que las partes pacten un régimen de responsabilidad *ad hoc*; esto es, un régimen de responsabilidad regido por una ley distinta de aquella que rige otros aspectos del contrato. Y nada impide tampoco que, en cualquier momento de la relación contractual, las partes acuerden el sometimiento del contrato a una ley distinta de la inicialmente prevista.

37. En el supuesto –probable– de que el contrato arbitral no contenga cláusula expresa de ley aplicable; esto es, en el supuesto de que las partes no hayan hecho uso de esa facultad que les confiere el Reglamento Roma I, el juez que conozca del asunto deberá determinar cuál, de entre las posibles leyes aplicables, debe regir el contrato arbitral. Para este cometido, el Reglamento Roma I –de aplicación imperativa⁵²– establece un punto de conexión específico, en cuya virtud: «el contrato de prestación de servicios se regirá por la ley del país donde el prestador de servicios tenga su residencia habitual» (art. 4.1 b/).

En consecuencia: supuesta la competencia judicial internacional de los tribunales de un Estado miembro de la UE para conocer de un supuesto de responsabilidad del árbitro, la ley aplicable para determinar tanto la existencia como el alcance de esa responsabilidad será, en defecto de elección expresa de las partes, la ley de la residencia habitual del árbitro (en tanto que prestador del servicio). Lo anterior será así excepto que del conjunto de circunstancias del supuesto se desprenda «que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país» (art. 4.3).

38. Por fin, debe señalarse que la ley finalmente aplicable al contrato arbitral –bien sea la elegida por las partes, bien sea la de la residencia habitual del árbitro– goza de un ámbito de aplicación muy amplio. Así, la ley en cuestión regirá: la interpretación del contrato, el cumplimiento de las obligaciones que genere; las consecuencias de un incumplimiento total o parcial de esas obligaciones (incluida la evaluación del daño); los diversos modos de extinción de las obligaciones; y, las consecuencias de la nulidad del contrato (art. 12).

VI. Conclusiones

39. De lo hasta aquí dicho pueden extractarse varias conclusiones. En concreto:

I. La responsabilidad del árbitro es una responsabilidad que debe calificarse como responsabilidad contractual. Ello es así en tanto en cuanto deriva de un contrato: el contrato arbitral. Lo anterior no obsta para que también pueda darse una responsabilidad del árbitro extracontractual: por ejemplo, cuando su laudo afecte indebidamente a terceros no vinculados al arbitraje.

II. La responsabilidad es contractual con independencia del ámbito de actuación del árbitro. En efecto, tanto en el ámbito de su actividad quasi-jurisdiccional, como en el ámbito de su actividad *no jurisdiccional*, el árbitro puede ser responsable. Ocurre, sin embargo, que la responsabilidad en el ámbito de su actividad quasi-jurisdiccional está especialmente restringida (art. 21 LA), mientras que, en el ámbito de su actividad *no jurisdiccional*, el régimen de responsabilidad es el régimen ordinario (1091 y 1101 Cc).

III. En materia de competencia judicial internacional, la responsabilidad del árbitro está regulada en dos normas: en el Reglamento Bruselas I, por un lado; y en el artículo 22 LOPJ, por otro. Si se da el requisito de aplicación personal (domicilio del demando en la UE), el Reglamento será de aplicación. Si,

⁵² *Vid. supra* nota a pie núm. 1.

por el contrario, el demandado (el árbitro) no tiene su residencia habitual en la UE, se aplicará el artículo 22 LOPJ para determinar la competencia de los tribunales españoles.

IV. Para determinar la ley aplicable a la responsabilidad del árbitro, habrá de estarse, en todo caso, a lo previsto en las normas de conflicto del Reglamento Roma I. En su virtud, las partes podrán elegir libremente la ley aplicable al convenio arbitral. En defecto de acuerdo al respecto, la ley aplicable al mismo será la ley de la residencia habitual del árbitro.

HACIA UN SISTEMA UNITARIO EUROPEO EN MATERIA DE LEY APLICABLE A LAS SUCESIONES INTERNACIONALES

RAÚL LAFUENTE SÁNCHEZ

*Profesor Titular acreditado de Derecho Internacional Privado
Universidad de Alicante
Abogado*

Recibido: 28.05.2013 / Aceptado: 13.06.2013

Resumen: Una de las consecuencias de la creciente movilidad de los ciudadanos en la Unión Europea es el aumento exponencial de sucesiones que presentan una dimensión internacional. La sucesión de estos nacionales de la Unión se plantea cuanto menos compleja, debido a la disparidad legislativa existente en materia de sucesiones y la inseguridad jurídica que provoca la multiplicidad de regímenes jurídicos en el ámbito del Derecho internacional privado de sucesiones en la Unión Europea.

El nuevo Reglamento de sucesiones permitirá disponer de un sistema uniforme para determinar la competencia judicial, la ley aplicable y el reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia sucesoria en el ámbito de la Unión Europea.

El objeto de este trabajo es reflexionar sobre las consecuencias de la aplicación del sistema unitario que plantea el Reglamento en materia de sucesiones internacionales y, en particular, en relación a la ley aplicable, su incidencia en la figura del reenvío, las ventajas e inconvenientes que aporta y sus consecuencias en los sistemas nacionales de Derecho internacional privado de los Estados miembros.

Palabras clave: Derecho internacional privado, sucesión internacional, Reglamento de sucesiones en la Unión Europea, norma de conflicto, ley aplicable, residencia habitual, nacionalidad, reenvío.

Abstract: One of the consequences of the increasing mobility of citizens within the European Union is the exponential increase of international successions. The succession of these EU citizens appears complex because of the disparity of the existing legislation concerning successions and the legal uncertainty caused by the multiplicity of legal regimes in the field of Private international law on succession in the European Union Member States.

The adoption of the new Regulation on successions in the European Union provides a uniform system for determining the jurisdiction, the applicable law and the recognition and enforcement of judgments in matters of succession at the European Union level.

The purpose of this paper is to analyze the consequences of the application of the unitary system proposed in the Regulation for international successions, especially in relation to the applicable law, their impact in the institution of *renvoi*, their advantages and disadvantages and their consequences on the national systems of Private international law of the EU Member States.

Key words: Private International Law, international succession, Regulation on successions in the European Union, conflict of law rule, applicable law, habitual residence, nationality, *renvoi*.

Sumario: I. Introducción. II. El Reglamento sobre sucesiones en la Unión Europea. 1. Antecedentes. 2. Objetivos. 3. Ámbito de aplicación. III. La consagración del sistema unitario en Europa. 1. Sistema unitario de sucesiones versus sistema escisiónista en la Unión Europea. 2. Puntos de conexión y principio de proximidad. A) Planteamiento. B) La residencia habitual como punto de conexión subsidiario. C) Autonomía de la voluntad del causante: la *professio iuris*; D) El principio de mayor proximidad con la sucesión; E) Excepciones a la regla general. a) La aplicación de la *lex rei sitae* o la matización del principio de unidad. b) Los pactos sucesorios o la posibilidad de que una pluralidad de leyes incidan sobre una misma sucesión. IV. Incidencia del sistema unitario de sucesiones en la figura del reenvío. 1. Tratamiento del reenvío en el reglamento. 2. Efectos del reenvío. 3. Límites a la aplicación del reenvío. A) El respeto al principio de unidad. B) Exclusión del reenvío por elección de la ley aplicable a la sucesión. C) Exclusión del reenvío cuando remita a la ley de un estado incompatible con el orden público del foro. V. Conclusiones: ventajas e inconvenientes del sistema unitario adoptado en el Reglamento.

I. Introducción

1. Los Derechos de libre circulación y residencia de los ciudadanos de la Unión¹ y la puesta en marcha del espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en la Unión Europea han propiciado un alto grado de movilidad en el espacio sin fronteras formado por el territorio de los 27 Estados miembros. Esta movilidad ha generado que numerosos ciudadanos de la Unión residan y posean propiedades inmobiliarias fuera de sus países de origen, siendo el nuestro buen ejemplo de ello².

Una de las consecuencias de este movimiento de ciudadanos es el aumento exponencial de sucesiones que presentan una dimensión internacional³. La resolución de estas sucesiones es problemática debido a la disparidad de las normas, tanto de conflicto de leyes cuanto de Derecho material, existentes en los distintos Estados miembros con los que se encuentran vinculados ya sea por su nacionalidad, por el lugar de su última residencia habitual, por el emplazamiento de sus bienes inmuebles, o por el lugar de residencia de sus herederos entre otras posibles conexiones. La multiplicidad de foros de competencia judicial internacional y la dificultad de reconocer y ejecutar las decisiones judiciales contribuye, en fin, a crear un panorama complejo, confuso y, en definitiva, perjudicial para la consecución del mercado interior.

II. El Reglamento sobre sucesiones en la Unión Europea

1. Antecedentes

2. El denominado Plan de acción del Consejo y de la Comisión, de 3 de diciembre de 1998, sobre la mejor manera de aplicar las disposiciones del Tratado de Amsterdam relativas a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia, establecía entre sus objetivos prioritarios la cooperación judicial en materia civil, adoptando para ello normas que faciliten la solución de problemas derivados de la coexistencia de diferentes leyes y jurisdicciones en materia de sucesiones⁴.

¹ *Vid.*, artículos 21, 45 y 49 y siguientes del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante TFUE) en su versión consolidada, en <http://eur-lex.europa.eu/es/treaties/index.htm#founding>.

² De acuerdo con los datos del INE en abril de 2013 el número de ciudadanos de la Unión Europea residentes en España ascendía a 2,4 millones. De ellos, los rumanos, los británicos, los italiano y los alemanes constituyen las colonias más numerosas de ciudadanos de la Unión en España. *Vid.*, <http://www.ine.es/prensa/np776.pdf>.

³ Según la Comisión Europea se estima que alrededor del 10% de las sucesiones que se producen cada año en el territorio de la Unión Europea presentan una dimensión internacional. *Vid.*, *Document de travail des Services de la Commission accompagnant la proposition de Règlement du Parlement Européen et du Conseil 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*. Doc. SEC (2009) 411 final, de 14 de octubre, p. 4.

⁴ *Vid.*, la Comunicación de la Comisión «Hacia un espacio de libertad, seguridad y justicia», COM (1998) 459 final, en http://europa.eu/legislation_summaries/other/l33080_es.htm

Posteriormente, el *Libro Verde sobre sucesiones y testamentos*, publicado por la Comisión en el año 2005⁵, respondía a una de las prioridades recogidas en el mandato del Programa de La Haya adoptado por el Consejo Europeo el 4 y 5 de noviembre de 2004⁶ con el fin de reforzar el espacio de libertad, seguridad y justicia. Fruto de este documento es el Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y los actos auténticos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo⁷ que, por su contenido, reviste una importancia capital a la hora de regular las llamadas sucesiones internacionales.

3. De una parte, el Reglamento pergeña un instrumento que, tras el fracaso de la puesta en funcionamiento del Convenio de La Haya de 1989 sobre la ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte⁸, permite disponer de un sistema uniforme para determinar, además de la ley aplicable, la competencia judicial y el reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia sucesoria en el ámbito de la Unión Europea. De otra, y dado que las sucesiones se encuentran excluidas de las normas de Derecho internacional privado adoptadas hasta ahora en el ámbito de la Unión Europea⁹, el nuevo Reglamento resulta de gran trascendencia por cuanto en él se incluyen las tres ramas que tradicionalmente han sido objeto de estudio por el Derecho internacional privado.

4. En fin, la disparidad legislativa existente en materia de sucesiones y la inseguridad jurídica que provoca la multiplicidad de regímenes jurídicos que coexisten en el ámbito del Derecho internacional privado de sucesiones en la Unión Europea, así como la necesidad de encontrar normas comunes aplicables a las sucesiones internacionales que no varíen de un país a otro, es el caldo de cultivo en el que se ha gestado el Reglamento.

2. Objetivos

5. Tal y como señala la Comisión en su documento de trabajo, el objetivo del Reglamento es contribuir tanto a la creación de un verdadero espacio europeo de justicia civil en el ámbito de las sucesiones¹⁰ cuanto a la supresión de los obstáculos a la libre circulación de personas que plantea la aplicación de las diferentes legislaciones que regulan las sucesiones internacionales en la Unión Europea.

Entre otros aspectos, el Reglamento regula los conflictos de leyes en materia de sucesiones internacionales pues en el momento actual, y en ausencia de una norma comunitaria, los ordenamientos jurídicos nacionales vienen aplicando sus normas autónomas de Derecho internacional privado para

⁵ Doc. COM (2005) 65 final, de 1 de marzo.

⁶ *Vid.*, la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo - 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. Doc. COM (2005) 184 final, de 10 de mayo.

⁷ Reglamento 650/2012, de 4 de julio de 2012 (DOUE L 201, de 27.07.2012) (en adelante, el Reglamento sobre sucesiones).

⁸ Convenio de 1 de agosto de 1989 sobre la Ley Aplicable a las Sucesiones por causa de muerte. *Vid.*, http://www.hcch.net/index_es.php?act=conventions.statusprint&cid=62. En el momento actual únicamente dos Estados de la Unión Europea han ratificado el mencionado Convenio, a saber, Luxemburgo y Países Bajos.

⁹ Así, el artículo 1.2 a) del Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, 22 de diciembre del 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DO L 12, de 16.01.2001) (en adelante, Reglamento Bruselas I) excluye esta materia de su ámbito de aplicación. También el Reglamento (CE) Nº 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003 (DO L 1338, de 23.12.2003), 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, en su artículo 1.3 f) excluye su aplicación a las sucesiones. Finalmente, en materia de ley aplicable, tanto el Reglamento (CE) Nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (en adelante Reglamento Roma I) (DO L 177, de 4.07.2008), en su artículo 1.2 c), cuanto el Reglamento (CE) Nº 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (en adelante, Reglamento Roma II) (DO L 199, de 31.07.2007), en su artículo 1.2 b), excluyen su aplicación a las obligaciones contractuales y extracontractuales derivadas de testamentos y sucesiones.

¹⁰ *Vid.*, Document de travail des Services de la Commission accompagnant la proposition de Reglement ... ; doc. cit., Doc. SEC (2009) 411 final, de 14 de octubre, p. 5.

determinar la ley que regula las sucesiones de carácter internacional. Empero, no se trata de uniformizar el derecho sucesorio material ya que su base jurídica no otorga competencias para regular esta materia¹¹. De esta forma, el derecho material de los Estados miembros será el que rija las cuestiones relativas a la condición, los derechos y las obligaciones de los herederos del causante.

En mi opinión, este instrumento legislativo está llamado a desempeñar un papel determinante en el ámbito de las sucesiones internacionales en tanto en cuanto consiga poner fin a la disparidad legislativa existente en materia de normas de conflicto y a la inseguridad jurídica que ello provoca.

3. Ámbito de aplicación

6. Por lo que se refiere al ámbito territorial, el Reglamento se aplica únicamente a las sucesiones que tengan carácter internacional en todo el territorio de la Unión Europea, si bien tres países –Gran Bretaña, Irlanda y Dinamarca– quedan fuera de su ámbito de aplicación en virtud de los Protocolos nº 21 y 22 del TFUE, que les permite mantenerse al margen de los actos normativos que se adopten en el seno de la Unión Europea en esta materia¹².

Por consiguiente, el Reglamento afecta a todo tipo de sucesiones por causa de muerte de carácter internacional que tengan lugar en el territorio de la Unión Europea y será de aplicación con independencia de la nacionalidad del causante, sea o no ciudadano de la Unión.

7. En relación a su ámbito material, el Reglamento excluye una serie de materias relacionadas con el derecho administrativo, el estado civil y materias conexas, los planes de pensiones e instituciones análogas, los derechos reales, el derecho de sociedades y el *trust*¹³.

8. Finalmente, conviene destacar su carácter universal, de tal forma que la *lex sucesionis* designada será de aplicación aún cuando ésta no sea la ley de un Estado miembro¹⁴. Esto significa que será aplicable la ley de un tercer Estado cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- a) que el causante tenga su residencia habitual en el momento de su fallecimiento en un Estado no miembro, o
- b) que el causante tenga su residencia habitual en el territorio de la Unión Europea pero, en virtud de la *professio iuris*, haya designado como aplicable a su sucesión la ley de un Estado no miembro del que es nacional, siempre y cuando la elección de esta ley cumpla con los requisitos que impone el Reglamento¹⁵ y que en ningún caso pueda quedar excluida su aplicación por motivos de orden público¹⁶.

¹¹ Artículos 67 y 81 del TFUE. *Vid.*, A. BORRÁS RODRIGUEZ, «Le droit international privé communautaire: réalités, problèmes et perspectives d'avenir», *Recueil des Cours*, vol. 317, 2005, p. 450.

¹² Hay que recordar que desde el Tratado de Ámsterdam (1999) estos tres países ostentan una posición especial, mantenida en el Tratado de Lisboa, en virtud de la cual tienen derecho a entrar (*opt-in*) o a mantenerse al margen de los actos normativos adoptados por la Unión Europea en esta materia. *Vid.*, el Protocolo nº 21 sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda respecto del espacio de libertad, seguridad y justicia y el Protocolo nº 22 sobre la posición de Dinamarca en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:115:0001:01:ES:HTML>

¹³ El artículo 1.2 del Reglamento sobre sucesiones dispone que quedarán excluidos del ámbito de aplicación del presente Reglamento el estado civil de las personas físicas y las relaciones familiares; la capacidad jurídica de las personas físicas; las cuestiones relativas a la desaparición, la ausencia o la presunción de muerte de las personas físicas; las cuestiones relativas a los régimen económicos matrimoniales; las obligaciones de alimentos distintas de las que tengan su causa en la muerte; la validez formal de las disposiciones *mortis causa* hechas oralmente; los bienes, derechos y acciones creados o transmitidos por título distinto de la sucesión; las cuestiones que se rijan por la normativa aplicable a las sociedades, asociaciones y otras personas jurídicas; la disolución, extinción y fusión de sociedades, asociaciones y otras personas jurídicas; la creación, administración y disolución de *trusts*; la naturaleza de los derechos reales, y cualquier inscripción de derechos sobre bienes muebles o inmuebles en un registro.

¹⁴ *Ibidem*, artículo 20.

¹⁵ *Ibidem*, artículo 22, que establece la forma para designar la ley aplicable.

¹⁶ *Ibidem*, artículo 35, que dispone que podrá excluirse la aplicación de la ley de cualquier Estado designada por el Reglamento si fuese manifestamente incompatible con el orden público del Estado miembro del foro. De manera similar a lo dispuesto en el artículo 21 del Reglamento Roma I; y en el artículo 27 del Reglamento Roma II, así como en el artículo 12.3 del CC.

III. La consagración del sistema unitario en Europa

1. Sistema unitario de sucesiones *versus* sistema escisionista en la Unión Europea

9. En el fondo de esta norma subyace una de las cuestiones más polémicas que pueden plantearse en el ámbito de las sucesiones internacionales: la confrontación entre los llamados sistemas unitario y territorial o escisionista¹⁷. Sin lugar a dudas, en la elección de uno u otro sistema por parte de los Estados intervienen criterios políticos y técnicos en función de las ventajas e inconvenientes que cada uno de estos sistemas presenta¹⁸.

10. De acuerdo con el primero toda la sucesión se somete a una única ley determinada a partir de alguna circunstancia personal del causante, ya sea su domicilio, su residencia habitual, o su nacionalidad¹⁹. Se evita, así, el fraccionamiento de la sucesión y la posibilidad de que existan sentencias contradictorias emanadas de órganos jurisdiccionales de diferentes Estados sobre una misma sucesión internacional. Esta solución es la que adopta nuestro sistema de Derecho internacional privado en el artículo 9.8 del Código Civil²⁰.

Por otra parte, el sistema territorial o escisionista²¹ permite la regulación de la sucesión por una pluralidad de leyes dependiendo de la naturaleza de los bienes –muebles o inmuebles– y del lugar donde se encuentren. Obviamente, estas leyes se determinarán en función del lugar de situación de los bienes (*lex rei sitae*)²².

11. Pues bien, el objetivo básico del nuevo instrumento es superar esta dualidad con el fin de alcanzar una regulación armónica. Para ello acoge el sistema unitario²³ -inspirándose claramente en el Convenio de La Haya sobre la Ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte²⁴-, apuesta por la universalidad y la unidad de la sucesión con el objetivo de asegurar la previsibilidad y la seguridad jurídica²⁵, y garantiza que la ley aplicable regirá la totalidad de la sucesión, con independencia del lugar de localización de los bienes, desde el momento inicial -causas, momento y lugar de apertura de la sucesión- hasta su finalización -la partición de la herencia²⁶.

¹⁷ Vid., A. DAVI, «Riflessioni sul futuro diritto internazionale privato europeo delle successioni», *Rivista di Diritto Internazionale*, 2/2005, p. 301.

¹⁸ Vid., A. BONOMI, *Successions Internationales: Conflits de lois et de jurisdictions*, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, Vol. 350, 2011, en http://www.nijhoffonline.nl/search_results?query=bonomi, p. 135.

¹⁹ Además de España, entre los países que acogen el sistema unitario se encuentran: Alemania, Austria, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Finlandia, Grecia, Hungría, Italia, Holanda, Polonia, Portugal, República Checa, Suecia y Croacia; *Vid.*, <http://www.successions-europe.eu/es/>

²⁰ El artículo 9.8 del CC dispone: «La sucesión por causa de muerte se regirá por la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país dónde se encuentren ...»

²¹ Sistema seguido por las legislaciones de los siguientes países: Bélgica, Bulgaria, Chipre, Francia, Irlanda, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Reino Unido y Rumanía; *Vid.*, <http://www.successions-europe.eu/es/>

²² Vid., por todos, A. BONOMI, *Successions Internationales* ..., op. cit., pp. 99 y ss.; y E. CASTELLANOS RUIZ, *Unidad vs. pluralidad legal de la sucesión internacional*; Comares, Granada, 2001, pp. 44-54.

²³ Vid., el artículo 21 del Reglamento sobre sucesiones que establece: «Salvo disposición contraria del presente Reglamento, la ley aplicable a la totalidad de la sucesión ...». El artículo 23.1 reafirma esta concepción unitaria al señalar: «La ley determinada en virtud de los artículos 21 ó 22 regirá la totalidad de la sucesión».

²⁴ El tenor literal del artículo 7 del Convenio de La Haya sobre la Ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte, *doc. cit.*, es el siguiente: «Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 6, la ley aplicable en virtud del artículo 3 y del apartado 1 del artículo 5 regirá la totalidad de la sucesión, con independencia del lugar donde se encuentren los bienes». *Vid.*, http://www.hcch.net/index_es.php?act=conventions.text&cid=62.

²⁵ Tal y como dispone el Reglamento sobre sucesiones en sus Considerandos 37 y 48. *Vid.*, S. MARINO, «La proposta di regolamento sulla cooperazione giudiziaria in materia di successioni», *Rivista di Diritto internazionale*, N° 2, 2010, pp. 467-468.

²⁶ Vid., el artículo 23 del Reglamento sobre sucesiones. Un análisis sobre el ámbito de aplicación de la *lex sucesiones* a las diferentes fases y aspectos de la sucesión puede consultarse en P. BLANCO-MORALES LIMONES, «Consideraciones sobre el ámbito de la ley aplicable a las sucesiones en la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y los actos auténticos en materia de sucesiones y a

Además, teniendo en cuenta que la libre circulación de personas en la Unión Europea favorece la movilidad de los ciudadanos entre Estados miembros y la adquisición de bienes inmuebles en otros Estados diferentes al de su nacionalidad, con la adopción de este sistema se pretende evitar el fraccionamiento de la sucesión y la existencia de soluciones discordantes que puede plantear la aplicación de diferentes leyes nacionales divergentes entre sí a una misma sucesión, por ejemplo, que cada ley determine como herederos a diferentes personas o la distinta calificación de un mismo bien como mueble o inmueble, dependiendo de la ley aplicable²⁷.

12. Igualmente, con este sistema se favorece la aproximación o coincidencia entre *forum-ius* al establecer una uniformidad de criterio para determinar ambas, pues el Reglamento atribuye la competencia general a los tribunales del Estado miembro en el que el causante tuviese su residencia habitual en el momento del fallecimiento²⁸. Con ello, se fomenta una solución más rápida y eficaz de los conflictos que se planteen en materia de sucesiones internacionales y se excluye la necesidad de recurrir a la cláusula de orden público²⁹.

13. No obstante, esta situación que puede considerarse aceptable en el ámbito de la Unión Europea no prevé los posibles problemas que puede plantear el reconocimiento de una resolución judicial -basada en una *lex successionis* que regule la totalidad de la sucesión- en un tercer Estado o en un Estado miembro donde no se aplique el Reglamento (Reino Unido, Irlanda o Dinamarca), en el que se encuentren localizados una parte o todos los bienes inmuebles del causante, porque en estos países la sucesión de estos bienes está sujeta a la *lex rei sitae*³⁰. En estos casos podría suceder que esa resolución judicial no fuese reconocida en otro Estado.

2. Puntos de conexión y principio de proximidad

A) Planteamiento

14. Por lo general, en los países que siguen el llamado sistema unitario las normas de conflicto no designan siempre el mismo punto de conexión sino que optan ya sea por la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, ya por la ley de su última residencia habitual³¹.

El Reglamento, por su parte, diseña un sistema mixto y establece como regla general que la sucesión se regirá por la ley del Estado en el que el causante tuviese su residencia habitual en el momento

la creación de un certificado sucesorio europeo», en *Nuevas fronteras del derecho de la Unión Europea*, C. ESPULGUES MOTA, G. PALAO MORENO, M. A. PENADÉS FONS (Coords.), *Tirant lo Blanch*, 2012, pp. 422-429.

²⁷ *Vid.*, C. AZCÁRRAGA MONZONÍS, *Sucesiones internacionales. Determinación de la norma aplicable*, *Tirant lo Blanch*, Valencia, 2008, pp. 363-364; I. HEREDIA CERVANTES, «Lex successionis y Lex rei sitae en el Reglamento de sucesiones», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, Tomo XI, 2011, p. 423; R. S. PAZ LAMELA, «Nuevas perspectivas en la armonización jurídica comunitaria: El libro verde de la Comisión sobre sucesiones y testamentos», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, N° 13, 2009, pp. 1066-1067.

²⁸ *Vid.*, el Considerando nº 27 y los artículos 4 y 12 del Reglamento sobre sucesiones.

²⁹ *Vid.*, la Nota del Directorate General for Internal Policies «Regulation (CE) nº 650/2012 of July 2012 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession», en <http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201212/20121220ATT58404/20121220ATT58404EN.pdf>, pp. 7 y 14.

³⁰ *Vid.*, J. M. FONTANELLES MORELL, «El nuevo Reglamento europeo en materia de sucesiones», *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. LXV, nº 1, 2013, p. 288.

³¹ Además de España, entre los países que designan como punto de conexión la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento se encuentran: Alemania, Austria, Eslovaquia, Eslovenia, Grecia, Hungría, Italia, Polonia, Portugal, República Checa, Suecia y Croacia; Otros, como Dinamarca, Estonia y Holanda designan como punto de conexión la residencia o el último domicilio del causante; y Finlandia tiene un sistema mixto en el que coexisten los dos puntos de conexión; *Vid.*, <http://www.successions-europe.eu/es/>

del fallecimiento³² salvo que éste –a través de la *professio iuris*– hubiese elegido su ley nacional como ley aplicable a la sucesión³³.

15. Estos dos criterios utilizados como puntos de conexión plantean aspectos positivos que han de ser tomados en consideración, así, mientras la nacionalidad favorece la previsibilidad de la ley que va a regir la sucesión y garantiza el vínculo con los lazos culturales de origen del testador –aún cuando no siempre será así, pensemos, por un momento, en la nacionalidad adquirida por el testador poco antes de su fallecimiento–, el criterio de la residencia habitual, que es un punto de conexión más flexible pero también más inestable que la nacionalidad si consideramos que resulta más sencillo cambiar de residencia habitual que de nacionalidad, asegura un mayor grado de integración de los residentes en sus países de destino-acogida y garantiza la ausencia de discriminación a los causantes que residan en un Estado del que no son nacionales en el momento de su fallecimiento³⁴.

16. Contrariamente a lo que podría pensarse estos puntos de conexión –la residencia habitual y la nacionalidad del causante– no son antagónicos y su coexistencia no supone la quiebra del principio de unidad en la sucesión, pues aún cuando el testador pueda elegir dentro de unos límites la ley designada regirá la totalidad de la sucesión sin tener que afrontar la aplicación de distintas leyes en virtud de la aplicación de diferentes puntos de conexión, como la nacionalidad del causante para los bienes muebles y el lugar de situación para los bienes inmuebles.

B) La residencia habitual como punto de conexión subsidiario

17. La elección de la residencia habitual como factor de conexión para regir la sucesión se justifica porque habitualmente el lugar de residencia de una persona coincide con aquél en el que tiene su «centro de vida» y es donde, por lo general, se localizan sus principales intereses personales y patrimoniales³⁵. También la creciente movilidad de los ciudadanos y la necesidad de garantizar un nexo real entre la sucesión y la ley aplicable a la misma ha influido a la hora de designar la residencia habitual del causante como nexo de conexión³⁶.

18. Esta regla general prevista en el Reglamento choca con la que establece el artículo 9.8 del Código Civil que prevé como único punto de conexión la nacionalidad del causante en el momento del

³² El criterio de la residencia habitual acogido en el artículo 21 del Reglamento sobre sucesiones está en consonancia con el del «domicilio» que establece como norma general de competencia el Reglamento Bruselas I en su artículo 2.1 cuando dispone: «*Salvo lo dispuesto en el presente Reglamento, las personas domiciliadas en un Estado miembro estarán sometidas, sea cual fuere su nacionalidad, a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado*»; y el del domicilio o residencia habitual al que se refiere en sus artículos 5.2, 13.3 y 17.3; así como en otros instrumentos legislativos de Derecho internacional privado adoptados en el seno de la Unión Europea. *Vid.*, en este sentido, los artículos 3.1 a), 8.1, 9, 10 y 12.3 del Reglamento 2201/2003 en materia matrimonial y de responsabilidad parental; los artículos 4.1 a) b) d) e) f); 5.1; 5.2; 6.1; 7.2 y 11, párrafos 2, 3 y 4 del Reglamento Roma I; y los artículos 4.2; 5.1 a); 10.2; 11.2 y 12.2 b) del Reglamento Roma II.

³³ *Vid.*, el artículo 22 del Reglamento sobre sucesiones.

³⁴ *Vid.*, entre otros, C. AZCÁRRAGA MONZONÍS, «International Successions in Spain: The impact of a new EU Regulation», *Spanish Yearbook of International Law*, Nº 15, 2009, p. 49; I. A. CALVO VIDAL, «El Derecho de sucesiones en la Unión Europea. Ley aplicable y carácter universal de la nueva normativa en materia de sucesiones», *Noticias de la Unión Europea*, Nº 328, Mayo 2012, p. 101; A. DAVÌ, «Riflessioni sul futuro diritto internazionale privato ...», *loc. cit.*, p. 313; P. KINDLER, «La legge regolatrice delle successioni nella proposta di Regolamento dell'Unione Europea: Qualche riflessione in tema di carattere universale, rinvio e *professio iuris*», *Rivista di Diritto Internazionale*, Vol. XCIV, 2011, p. 426; y A. WYSOCKA, «La cláusula de orden público en el Reglamento de la EU sobre sucesiones», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, Tomo XI, 2011, p. 927. *Cfr.* A. BONOMI, *Successions Internationales* ..., *op. cit.*, pp. 190-191, quien considera criticable este argumento por entender que el criterio de la nacionalidad del causante no constituye un obstáculo para la integración de una persona en otro Estado ni tampoco una limitación de la libre circulación de personas en la Unión Europea.

³⁵ *Vid.*, A. BONOMI, *Successions Internationales* ..., *op. cit.*, pp. 180 ; y G. A. L. DROZ, «*La codification du droit international privé des successions. Perspectives nouvelles* »; *Travaux du Comité français de droit international privé*, 1966-1969, pp. 323 y ss.

³⁶ *Vid.*, el Considerando 23 del Reglamento sobre sucesiones. En la doctrina, *Vid.*, P. KINDLER, «La legge regolatrice delle successioni ...», *loc. cit.*, p. 425.

fallecimiento, por lo que quedará desplazada con la entrada en vigor del Reglamento pues este contiene normas de conflicto de naturaleza universal que sustituirán a las normas estatales que actualmente regulan las sucesiones internacionales³⁷.

19. Ahora bien, el causante y, por ende, su sucesión no siempre presentará los vínculos más estrechos con el país donde tiene su residencia habitual en el momento del fallecimiento ya que la libre circulación de ciudadanos en la Unión Europea permite a los nacionales de un Estado miembro desplazarse y residir en otro Estado –diferente al de su nacionalidad– sin que por ello pierdan la vinculación con este último donde, en muchas ocasiones, residen sus familiares y se localizan, si no todos, parte de sus bienes muebles e inmuebles. Pensemos en aquellos ciudadanos de la Unión Europea que tras haber dejado de trabajar en su país de origen deciden trasladarse a otro Estado de la Unión Europea por circunstancias diversas –por ejemplo, buscando un clima más benigno– y establecer allí su residencia habitual o, en muchas ocasiones, una residencia temporal que compartirán durante unos meses al año con la residencia de su país de origen. En estos casos ¿se puede considerar que el causante mantiene vínculos más estrechos con el país de su nueva residencia temporal o, por el contrario, cabe mantener que sigue manteniendo los vínculos más estrechos con su Estado de origen del que es nacional?. Evidentemente la respuesta no es sencilla.

Por todo ello, si bien es cierto que en la mayoría de las ocasiones la residencia habitual del causante en el momento de su fallecimiento coincidirá con el centro efectivo donde venía desarrollando su vida familiar ello no significa que no puedan existir, tanto en el ámbito personal cuanto en el patrimonial, conexiones o vinculaciones más estrechas con otros países, en cuyo caso habrá que concluir que la ley de estos últimos se encontrará en mejor disposición para aplicar esta regla³⁸.

20. No obstante, a pesar de las ventajas que aporta este criterio como punto de conexión para determinar la ley aplicable a la sucesión también plantea un inconveniente que no siempre tendrá fácil solución: la identificación de la residencia habitual del causante. El Reglamento guarda silencio sobre este particular³⁹ y no define qué ha de entenderse por residencia habitual ni establece períodos mínimos de permanencia en un lugar, tal y como dispone el Convenio de La Haya sobre la Ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte⁴⁰. Tampoco señala otras reglas o pautas que coadyuven a determinar la residencia habitual del causante en un determinado Estado, como pueden ser la regularidad de su presencia durante los años que precedan a su fallecimiento; el ejercicio de una actividad profesional o económica; o la localización de sus activos patrimoniales.

21. De este modo, frente a la certeza que caracteriza la determinación de la nacionalidad del causante, considero que la identificación de la «residencia habitual del causante en el momento de su fallecimiento» puede resultar compleja y plantear algunos problemas. Especialmente, en aquellos supuestos cada vez más frecuentes en los que el causante hubiese trasladado su domicilio a otro país por motivos laborales pero hubiese seguido manteniendo una vinculación estrecha con su país de origen –al que se desplaza con asiduidad y en el que sigue manteniendo su casa, su familia y su vida social, a fin

³⁷ En la doctrina española, el punto de conexión de la nacionalidad previsto en nuestro CC ya había sido objeto de críticas por considerar difícil su aplicación en determinadas circunstancias (casos de doble nacionalidad o apatridia) y por entender que, en ocasiones, la vinculación del causante con el Estado de su nacionalidad puede ser escasa debido a la movilidad de las personas. *Vid.*, por todos, M. ÁLVAREZ TORNÉ, *La autoridad competente en materia de sucesiones internacionales. El nuevo Reglamento de la UE*; Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 96-97; C. AZCÁRRAGA MONZÓNIS, *Sucesiones internacionales ...*, *op. cit.*, pp. 125 y ss.; y E. CASTELLANOS RUIZ, *Unidad vs. pluralidad legal de la sucesión ...*; *op. cit.*, p. 73.

³⁸ *Vid.*, A. DAVI, «Riflessioni sul futuro diritto internazionale privato ...», *loc. cit.*, p. 317.

³⁹ *Vid.*, el artículo 3 del Reglamento sobre sucesiones donde no se incluye entre las definiciones el concepto de «residencia habitual».

⁴⁰ El artículo 3.2 del Convenio de La Haya sobre la Ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte, *doc. cit.*, dispone que para que sea de aplicación la ley del Estado en el que el difunto tenga su residencia habitual en el momento de su fallecimiento –siempre que no sea nacional de dicho Estado– será preciso que hubiese residido en dicho Estado durante un periodo no inferior a cinco años. En la doctrina, algunos autores consideran que la solución que aporta el Reglamento es más operativa que la prevista en el Convenio de La Haya. *Vid.*, por todos, J. M. FONTANELLAS MORELL, «El nuevo Reglamento europeo ...», *loc. cit.*, p. 288.

de cuentas su centro de intereses–; o cuando su actividad profesional le hubiese llevado a viajar o residir en diferentes estados aunque sin vocación de permanencia en ninguno de ellos en particular pero fuese nacional y sus bienes radicasen en uno de ellos⁴¹; o cuando el causante hubiese fallecido al poco tiempo de trasladar su residencia habitual a otro Estado, teniendo en cuenta que el resto de su vida lo había desarrollado en el Estado en el que mantenía su residencia anterior. En todos estos supuestos puede resultar especialmente compleja –por las circunstancias que concurren– la determinación de la última residencia habitual al objeto de designar la ley aplicable a la sucesión.

22. Por otra parte, tampoco existe una noción uniforme de residencia habitual en derecho comparado debido a que las definiciones nacionales difieren unas de otras. Por este motivo, y contrariamente a lo que sucede en otros instrumentos de Derecho internacional privado que para determinar si una parte está domiciliada en un Estado miembro remiten a la ley interna del estado del foro⁴², el concepto «residencia habitual» ha de interpretarse de forma autónoma y uniforme conforme a la jurisprudencia del TJUE, es decir, como el lugar en el que el interesado ha fijado el centro permanente o habitual de sus intereses con carácter estable, para lo cual habrá que tomar en consideración todos los elementos constitutivos que concurren en cada *cas d'espèce*⁴³.

De esta manera, cuando se plantee alguna duda respecto a la interpretación de este concepto habrá que acudir a la doctrina del TJUE y analizar el cumplimiento de los requisitos que permitan afirmar la «residencia habitual» del causante en un determinado país. Si a pesar del cumplimiento de tales condiciones se cuestionase la residencia habitual del causante en un determinado Estado, corresponderá la carga de la prueba a la parte que pretenda discutir y objetar la misma por no cumplir los requisitos antes mencionados⁴⁴. En definitiva, la autoridad que sustancie la sucesión ha de proceder a una evaluación general de las circunstancias de la vida del causante con el fin de concluir cual era su última residencia habitual en el momento del fallecimiento⁴⁵.

23. Por todo lo cual resulta evidente que el cambio de residencia habitual puede condicionar la ley aplicable a la sucesión y, en consecuencia, los derechos de los herederos, por lo que habrá que contemplar la posibilidad de que el causante pudiese mantener su residencia habitual o cambiar la misma de forma intencionada con la finalidad de utilizar este punto de conexión en fraude de ley y eludir la aplicación de una norma imperativa de un determinado Estado, o beneficiarse de la aplicación de reglas más beneficiosas en materia de sucesiones, por ejemplo, en materia fiscal⁴⁶. En estos casos, el tribunal del foro tendrá que aplicar los mecanismos de que disponga para luchar contra el fraude de ley que pueda tener como resultado la elusión de una determinada ley⁴⁷.

⁴¹ Vid., el Considerando 24 del Reglamento sobre sucesiones.

⁴² Vid., el artículo 59 del Reglamento Bruselas I.

⁴³ Vid. la Sentencia del TJCE, de 15 de septiembre de 1994, *Magdalena Fernández/Comisión*, C-452/93 P, Rec. 1994, p. I-4295, apartado 22. En el mismo sentido, el TJUE ha señalado que para concluir si una persona habita en un determinado Estado miembro «... se ha de efectuar una apreciación global de varios de los elementos objetivos que caracterizan la situación de esa persona, entre los que figuran, en particular, la duración, la naturaleza y las condiciones de permanencia de la persona (...) así como los lazos familiares y económicos que mantenga esa persona con el Estado miembro ...» Vid. la Sentencia del TJCE, de 17 de julio de 2008, *Kozlowski*, C-66/08, Rec. 2008, p. I-6041, apartado 48. Igualmente, resulta ilustrativa la Sentencia del TJCE, de 2 de abril de 2009, A, C-523/07, Rec. 2009, p. I-2805, donde definió el concepto de «residencia habitual» en relación al artículo 8, apartado 1, del Reglamento 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.

⁴⁴ Vid., J. BASEDOW; A. DUTTA, (Coord.) *Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matter of succession and the creation of a European Certificate of Succession*. Max Planck Institute for comparative and International Private Law; publicado en *RabelsZ*, 2010, núm. 74, p. 70.

⁴⁵ Vid., el Considerando nº 23 del Reglamento sobre sucesiones.

⁴⁶ Vid., A. BONOMI, *Successions Internationales ...*, op. cit., pp. 182-183 ; Cfr. S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, «Las legítimas en el Reglamento sobre sucesiones y testamentos», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, Tomo XI, 2011, pp. 378-379, quien considera que el hecho de que la residencia habitual constituya un punto de conexión más flexible que la nacionalidad ello no significa que sea una oferta al particular para trasladar su residencia habitual en busca de un régimen sucesorio más favorable.

⁴⁷ Vid., el Considerando nº 26 del Reglamento sobre sucesiones.

Para concluir que existe intención de fraude por parte del causante será preciso que la alteración de la residencia habitual como punto de conexión implique la aplicación de normas limitativas de la voluntad del testador⁴⁸ y, en estos casos, el Estado miembro del *foro* podría excluir la aplicación de la ley del Estado de la última residencia habitual del causante por motivos de orden público.

24. Finalmente, cuando la determinación de la residencia habitual del causante se plantee en Estados con sistemas plurilegislativos como el nuestro habrá que tomar en consideración los conflictos interregionales derivados de la existencia de diversos ordenamientos civiles forales o autonómicos a la hora de determinar la ley del Estado en el que el causante tuviese su residencia habitual en el momento de su fallecimiento⁴⁹. Esto significa que cada zona con derecho foral propio será considerada como un Estado y, en estos casos, la aplicación del criterio de residencia habitual acogido por el Reglamento podría plantear algún problema al no coincidir este concepto con el de vecindad civil⁵⁰. Para evitar estos conflictos el texto dispone que las normas internas sobre conflicto de leyes de cada Estado determinarán la unidad territorial cuyas normas han de regular la sucesión⁵¹. Esto significa que la residencia habitual habrá de identificarse de conformidad con estas normas que regulen la sucesión.

Cuando los conflictos de leyes se planteen exclusivamente entre las distintas unidades territoriales que comprenda un Estado, dicho Estado no estará obligado a aplicar el Reglamento⁵². Esto significa que los conflictos puramente internos quedan excluidos de la competencia del Reglamento y habrán de resolverse conforme a las normas autónomas de cada Estado, en nuestro caso conforme al artículo 16 del Código Civil⁵³. Si bien cuando este precepto remite a la aplicación de las Normas de Derecho internacional privado del Capítulo IV siempre queda la duda de saber a qué normas se refiere, si a los artículos de su Título Preliminar o a los instrumentos de la Unión Europea que desplacen a los anteriores⁵⁴. En mi opinión, las normas de la Unión Europea que desplacen a las normas autónomas serán de aplicación en estos supuestos.

C) Autonomía de la voluntad del causante: la *professio iuris*

25. Aún cuando una buena parte de las legislaciones de los Estados miembros de la Unión Europea, entre ellas la española, no permiten al futuro *de cuius* elegir la ley por la que se regirá su sucesión, el Reglamento prevé el principio de la *professio iuris* admitiendo que el causante pueda elegir, dentro de unos límites, la ley aplicable a su sucesión, en concreto, «*la ley del Estado cuya nacionalidad posea en el momento de realizar la elección o en el momento del fallecimiento*»⁵⁵. Este último supuesto está pensando en aquellos casos en los que el causante opta por una nacionalidad diferente a la que tiene en el momento efectuar la elección porque está tramitando o tiene expectativas de adquirir una nueva nacionalidad que, en condiciones normales, será la que posea en el momento futuro de su fallecimiento.

⁴⁸ *Vid.*, I. A. CALVO VIDAL, «El Derecho de sucesiones en la Unión Europea ...», *loc .cit.*, p. 102.

⁴⁹ Recordemos, en este sentido, que la Constitución española, en el artículo 149.1.8º, otorga competencia civil en materia de sucesiones a diversas regiones españolas: Aragón, Cataluña, Galicia, Islas Baleares, Navarra y País Vasco.

⁵⁰ *Vid.*, J. BOLÁS ALFONSO, «Las sucesiones mortis causa transfronterizas en la Unión Europea», *Escrivura pública*, N° 63, 2010, pp. 38-39. Un estudio sobre las relaciones entre la coexistencia del denominado Derecho común, basado en la nacionalidad, y el Derecho foral, basado en la vecindad civil, puede consultarse en M. E. ZABALO ESCUDERO, «La remisión a sistemas plurilegislativos en materia sucesoria. Perspectiva europea, *Perspectivas del Derecho sucesorio en Europa*», Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 137-156.

⁵¹ El artículo 36 del Reglamento sobre sucesiones dispone: «*En el caso de que la ley designada por el presente Reglamento fuera la de un Estado que comprenda varias unidades territoriales con sus propias normas jurídicas en materia de sucesiones, las normas internas sobre conflicto de leyes de dicho Estado determinarán la unidad territorial correspondiente cuyas normas jurídicas regularán la sucesión*». La misma solución que contempla el artículo 12.5 del CC.

⁵² *Vid.*, el artículo 38 del Reglamento sobre sucesiones.

⁵³ El artículo 16 del CC dispone: «*Los conflictos de leyes que puedan surgir por la coexistencia de distintas legislaciones civiles en el territorio nacional se resolverán según las normas contenidas en el capítulo IV con las siguientes particularidades: 1.º Será ley personal la determinada por la vecindad civil. 2.º No será aplicable lo dispuesto en los apartados 1, 2 y 3 del artículo 12 sobre calificación, remisión y orden público*».

⁵⁴ *Vid.*, M. E. ZABALO ESCUDERO, «El sistema español de Derecho interregional», en A. FONT I SEGURA (ed.) *L'aplicació del Dret civil català en el marc plurilegislatiu espanyol i europeu*, Barcelona, Atelier, 2012, p. 29.

⁵⁵ *Vid.*, el artículo 22.1 del Reglamento sobre sucesiones.

26. De este modo, el nuevo instrumento de la Unión Europea es consecuente con el principio de autonomía de la voluntad que ya inspira muchos otros institutos en el sistema de Derecho internacional privado⁵⁶ y favorece la libre elección de la ley aplicable por las ventajas que esta solución presenta. Así, la *professio iuris* aporta seguridad jurídica, previsibilidad y estabilidad respecto a la ley sucesoria teniendo en cuenta que el cambio de nacionalidad resulta más complejo que el cambio de residencia habitual. Además, por lo general la determinación de la nacionalidad de una persona resultará más fácil que su residencia habitual. Esto no significa que la ley elegida por el testador sea más favorable que la de su residencia habitual que operaría en defecto de elección⁵⁷.

27. Ahora bien, puede afirmarse que la autonomía conflictual se encuentra muy limitada⁵⁸ si la comparamos con otras normas como el Convenio de La Haya sobre la Ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte que permite al causante elegir entre la ley del Estado del que sea nacional o la ley del Estado en el que tenga su residencia habitual⁵⁹.

Esta limitación respecto a la elección de ley aplicable a la sucesión trata de evitar que el causante pueda designar otra ley con menor vinculación con la intención de frustrar las legítimas expectativas de sus herederos⁶⁰, al tiempo que permite al testador que haya ejercitado la libre circulación de personas y se encuentre domiciliado en otro Estado miembro de la Unión Europea mantener los vínculos con el Estado del que es nacional a través de la elección de esa ley para que rija su sucesión. En resumen, que la ley designada mantenga una vinculación suficiente con la sucesión y no responda al simple capricho del mismo o a su voluntad de utilizar ese punto de conexión en fraude de ley. No se trata, por tanto de un derecho absoluto sino sujeto a limitaciones que se traduce en una «autonomía de la voluntad controlada»⁶¹.

Por otra parte, un sector doctrinal considera que la regulación de los intereses patrimoniales que intervienen en la sucesión se encuentran sujetos a la libertad del testador pero, al mismo tiempo, sometidos a disposiciones imperativas, lo que justificaría la limitación de la autonomía de la voluntad del causante que impone el Reglamento si la comparamos con la libertad de elección de ley que existe en materia contractual⁶².

28. Por lo que se refiere a la forma de la *professio iuris*, el Reglamento exige que la elección de la ley aplicable a la sucesión se haga expresamente en una declaración en forma de una disposición *mortis causa*, es decir, un testamento o un pacto sucesorio, o que resulte implícita de los términos de una disposición de ese tipo. De esta forma, cuando el causante se haya referido en su testamento –expresamente o implícitamente– a la ley del Estado de su nacionalidad habrá que considerar que ha elegido esta ley como aplicable a su sucesión⁶³. Este sería el supuesto de un nacional español que hubiese designado en su testamento la legítima de sus herederos forzosos. Claramente, estaría eligiendo como norma sucesoria el Código Civil.

⁵⁶ Vid., al respecto, el artículo 3 del Reglamento Roma I; y el artículo 14 del Reglamento Roma II.

⁵⁷ Vid., S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, «Las legítimas en el Reglamento ...», *loc. cit.*, p. 382.

⁵⁸ Vid., J. BASEDOW., A. DUTTA, (Coord.) *Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation ...*, *doc. cit.* pp. 67-69; A. DAVÌ, «L'autonomie de la volonté en droit international privé des successions dans la perspective d'une future réglementation européenne», *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, nº 2-2004, pp. 474-498 ; I. OBERGFELL, «La libre elección de la ley aplicable en el Derecho internacional privado de sucesiones : una perspectiva desde Alemania», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, Tomo XI, 2011, p. 409.

⁵⁹ Vid., el artículo 5.1 del Convenio de La Haya sobre la Ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte, *doc. cit.*

⁶⁰ Vid., el Considerando nº 38 del Reglamento sobre sucesiones.

⁶¹ Vid., I. A. CALVO VIDAL, «El Derecho de sucesiones en la Unión Europea ...», *loc. cit.*, p. 99; y R. S. PAZ LAMELA, «Nuevas perspectivas en la armonización jurídica comunitaria ...», *loc. cit.*, p. 1067.

⁶² Vid., por todos, A. BONOMI, *Successions Internationales ...*, *op. cit.*, pp. 216-217; A. DAVÌ, «L'autonomie de la Volonté ...», *loc. cit.*, pp. 477 y ss. ; y A. E. VON OVERBECK, «La *professio juris* comme moyen de rapprocher les principes du domicile et de la nationalité en droit international privé, en *Liber Amicorum Baron Louis Fredericq*, vol. II, Gent, 1966, pp. 1099 y ss.

⁶³ Vid., el artículo 22.2. y el Considerando nº 39 del Reglamento sobre sucesiones. Un estudio en Derecho comparado sobre la forma expresa o tácita que puede adoptar la declaración de voluntad del causante puede consultarse en J. M. FONTANELLAS MORELL, «La forma de la designación de ley en la Propuesta de Reglamento europeo en materia de sucesiones», *Revista Española de derecho Internacional*, Vol. LXIII, Nº 2, Julio-Diciembre, 2011, pp. 126-136. Respecto a la *professio iuris* tácita, Vid., A. BONOMI, *Successions Internationales ...*, *op. cit.*, pp. 244-246.

En relación a los pactos sucesorios no hay que olvidar que su admisibilidad y aceptación varían de un Estado a otro e incluso dentro de estos cuando se trata de Estados con sistemas plurilegislativos. En nuestro Derecho la sucesión se defiere por testamento y, a falta de este, por disposición de la ley⁶⁴ y no se admiten los pactos sucesorios por lo que el Reglamento resulta más restrictivo si consideramos que la *professio iuris* solamente podrá llevarse a cabo en la forma testamentaria⁶⁵. Empero, sí que serán válidos los pactos sucesorios realizados al amparo de alguno de los derechos forales que coexisten en nuestro ordenamiento jurídico y que permiten los mismos, por lo que cualquier persona que tenga vecindad foral cuya norma lo permita podrá otorgar un pacto sucesorio designando en él la ley aplicable a su sucesión.

29. La *professio iuris* podrá ser modificada o revocada en cualquier momento por el testador eligiendo una nueva ley aplicable a su sucesión, ya sea porque ha adquirido una nueva nacionalidad o, simplemente, porque desea renunciar a la ley designada en su día en favor de la aplicación de la norma general –ley de la última residencia habitual en el momento de su fallecimiento–. Esta modificación o revocación habrá de cumplir los requisitos formales exigidos por la ley elegida en su momento⁶⁶.

30. En los supuestos de nacionalidades múltiples o doble nacionalidad del causante la elección de ley podrá recaer sobre cualesquiera de ellas, en cuyo caso será preciso determinar la nacionalidad en cuestión con carácter preliminar con arreglo a la ley nacional del causante⁶⁷.

Precisamente, el hecho de que una persona en la que concurren dos nacionalidades haya designado como ley aplicable a su sucesión la de su nacionalidad en el momento del fallecimiento podría plantear alguna duda al respecto. En mi opinión, en estos casos será aplicable la ley de la nacionalidad que el causante estuviese ejerciendo en el momento de su fallecimiento, es decir, la ley a la que estuviese sometido que podrá coincidir o no con la del Estado en el que tenga su domicilio o residencia habitual.

31. Por otra parte, cuando se produzca un cambio de nacionalidad porque el causante adquiera una nueva seguirá operando la designación efectuada con anterioridad salvo que de forma expresa vuelva a designar la ley de su nueva nacionalidad para que rija la totalidad de su sucesión. Se resuelve así la cuestión del *conflicto móvil* que tiene lugar cuando se produce un cambio en la circunstancia empleada por la norma de conflicto como punto de conexión, por ejemplo, el cambio de nacionalidad del causante, que implicaría que su nacionalidad en el momento de su fallecimiento no coincidiese con la que tenía en el momento de realizar la elección⁶⁸.

32. Consecuentemente, la *professio iuris* viene delimitada por tres aspectos esenciales: a) que se refiera a la ley de la nacionalidad del causante en el momento de realizar la elección o en el momento de su fallecimiento; b) que la ley elegida rija la totalidad de la sucesión; y c) que esta elección se lleve a cabo de forma solemne –en una disposición mortis causa, ya sea expresamente o que resulte de manera implícita de los términos de esta disposición–⁶⁹.

33. Señalar finalmente que, en circunstancias excepcionales, los tribunales que sustancien sucesiones en los Estados miembros podrán excluir o descartar la aplicación de determinadas disposiciones de una ley extranjera designada por el causante –ya sea la ley de otro Estado miembro o la de un tercer Estado– por motivos de orden público⁷⁰.

Si bien la inaplicación de la ley de un tercer Estado por ser incompatible con el orden público del foro puede resultar relativamente frecuente, debido a las diferencias existentes entre los distintos

⁶⁴ *Vid.*, el artículo 658 del CC y, respecto a las diversas modalidades de testamento, los artículos 676 y ss. del CC.

⁶⁵ *Ibidem*, artículo 1.271.

⁶⁶ *Vid.*, el artículo 22.4 y el Considerando nº 40 del Reglamento sobre sucesiones.

⁶⁷ *Ibidem*, artículo 22.1, párrafo segundo, y Considerando 41.

⁶⁸ *Vid.*, A. BONOMI, *Successions Internationales ...*, *op. cit.*, p. 212. Nuestro CC resuelve la cuestión del conflicto móvil en su artículo 9.8.

⁶⁹ *Vid.*, el Considerando nº 39 y el Artículo 22 del Reglamento sobre sucesiones.

⁷⁰ *Ibidem*, artículo 35 y Considerando nº 58.

sistemas jurídicos, en el ámbito de la Unión Europea resultará más difícil justificar la inaplicación de la ley de un Estado miembro por la armonización de los ordenamientos jurídicos que forman parte del espacio de Justicia, Libertad y Seguridad. En estos casos, sí que podría plantearse la aplicación del orden público cuando la ley designada pudiese vulnerar los derechos hereditarios que la ley del foro atribuye a los herederos forzosos a través de la legítima que, como es bien sabido, varía dependiendo de la ley aplicable incluso en el ámbito de los países que forman parte de la Unión Europea⁷¹.

En cualquier caso, el Reglamento no resuelve la laguna que puede plantearse en estos supuestos al no determinar la norma aplicable en sustitución de la descartada. En este sentido, conviene señalar que, tal y como ha tenido ocasión de declarar el TJUE, como consecuencia del principio de previsibilidad y uniformidad de la ley aplicable la cláusula de orden público habrá de ser aplicada en casos excepcionales⁷².

D) El principio de mayor proximidad con la sucesión

34. Sin lugar a dudas, el Reglamento considera que tanto la ley del país de la residencia habitual del causante cuanto la de su nacionalidad poseen una vinculación estrecha con la sucesión y con la defensa de los intereses que de ella se derivan –seguridad jurídica y protección de los herederos– y por ello favorece estos puntos de conexión por ser los más adecuados para determinar la ley aplicable frente a otros que pueden presentar menor vinculación con la sucesión, como pudiera ser la ley aplicable al régimen matrimonial del causante.

Este principio de mayor proximidad que se atribuye tanto a la residencia habitual del causante en el momento de su fallecimiento cuanto a su nacionalidad concuerda con el criterio seguido por el Convenio de La Haya sobre la ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte, si bien el Convenio deja abierta la posibilidad de que el difunto tuviese vínculos más estrechos con otro Estado con independencia de cual fuese su residencia habitual o su nacionalidad⁷³, en cuyo caso debería primar la ley del Estado con el que mantenga estos vínculos.

35. Pues bien, siguiendo esta regla el último texto de la Propuesta de Reglamento discutido en el seno del Consejo incorporó como cláusula de escape el principio de los «vínculos manifiestamente más estrechos» para determinar la ley aplicable a la sucesión y así se ha mantenido en la versión final del Reglamento, de tal forma que si en el momento del fallecimiento el causante mantuviese un vínculo manifiestamente más estrecho con un Estado distinto del Estado cuya ley fuese aplicable, por ser la del lugar en el que tiene su residencia habitual o la elegida a través de la *professio iuris*, la ley aplicable a la sucesión será la de ese otro Estado con el que mantiene los vínculos más estrechos⁷⁴.

Aunque podría pensarse que esta disposición introduce un elemento de impredecibilidad frente a la nacionalidad y la residencia habitual como puntos de conexión que facilitan la previsibilidad de la ley aplicable a la sucesión, esta cláusula de escape está pensada para favorecer la mejor elección de la ley aplicable a la sucesión⁷⁵.

E) Excepciones a la regla general

a) La aplicación de la *lex rei sitae* o la matización del principio de unidad

36. Aún cuando el criterio general adoptado por el Reglamento responde a un concepto unitario de la sucesión no se puede soslayar que el mismo admite, bajo determinadas circunstancias, su mati-

⁷¹ Vid., S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, «Las legítimas en el Reglamento ...», *loc. cit.*, pp. 385-388.

⁷² Vid., la Nota del Directorate General for Internal Policies «Regulation (CE) nº 650/2012 ...», *doc. cit.*, p. 18.

⁷³ Vid., el artículo 3.3 del Convenio de La Haya sobre la Ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte, *doc. cit.*, que dispone: «En los demás casos, la sucesión se regirá por la ley del Estado del que el difunto fuera nacional en el momento de su fallecimiento, salvo si en ese momento el difunto tuviera vínculos más estrechos con otro Estado, en cuyo caso se aplicará la ley de este último».

⁷⁴ Vid., el artículo 21.2 del Reglamento sobre sucesiones.

⁷⁵ Vid., la Nota del Directorate General for Internal Policies «Regulation (CE) nº 650/2012 ...», *doc. cit.*, pp. 4 y 7.

zación, por ejemplo, cuando sea aplicable la ley del Estado miembro en el que se localicen los bienes inmuebles del causante (*lex rei sitae*)⁷⁶. De este modo, el principio de unidad se puede ver alterado o graduado en aquellos supuestos en los que, en virtud de la existencia de regímenes sucesorios especiales, resulte de aplicación la *lex rei sitae* a determinados inmuebles, empresas y otras categorías especiales de bienes cuando, de conformidad con la mencionada ley, fuese de aplicación ese régimen sucesorio particular con independencia de la ley que rige la sucesión⁷⁷.

Para que sean de aplicación estas disposiciones especiales será necesario que la ley del Estado donde se encuentren situados los mencionados bienes inmuebles imponga restricciones a la sucesión de los mismos por razones de índole económica, familiar o social y que la aplicación a la sucesión de estas disposiciones especiales se efectúe «... *en la medida en que, en virtud de la ley de dicho Estado, esas disposiciones sean aplicables con independencia de la ley aplicable a la sucesión*».

Esto significa que la *lex sucesionis* seguirá rigiendo la sucesión pero que determinados aspectos de la misma relativos a bienes inmuebles podrán quedar sujetos a otra ley diferente –*lex rei sitae*– en virtud de la existencia de un régimen sucesorio particular.

b) Los pactos sucesorios o la posibilidad de que una pluralidad de leyes incidan sobre una misma sucesión

37. Del mismo modo, el principio de unidad de la sucesión y la aplicación de una única ley a la misma podría verse alterado a través de la ley aplicable a los pactos sucesorios. Considerando que el Reglamento dispone que un pacto sucesorio relativo a la sucesión de una sola persona se regirá «... *por la ley que, en virtud del presente Reglamento, fuese aplicable a su sucesión si aquella hubiera fallecido en la fecha de conclusión del pacto*»⁷⁸, es decir, la de su residencia habitual o la de su nacionalidad en el momento de su otorgamiento ¿cabe la posibilidad de que el pacto sucesorio se rija por la ley de la residencia habitual del causante en el momento de la conclusión del pacto y que la ley aplicable a su sucesión sea una distinta, por ejemplo, la de su nacionalidad –designada a través de la *professio iuris*– o, si no ejercitó la *professio iuris*, la de su última residencia habitual que podría no coincidir con la que tenía en la fecha de conclusión del pacto?

En principio, el propio Reglamento limita la elección de la ley aplicable a los pactos sucesorios a la ley que habría podido elegir el causante de acuerdo con la regla general prevista en el Reglamento, a saber, la ley de su nacionalidad en el momento de realizar la elección o en el momento de su fallecimiento⁷⁹. Por todo ello, hay que responder negativamente a la cuestión planteada ya que cuando el causante haya elegido como ley aplicable a su sucesión a través de un pacto sucesorio la ley de su nacionalidad –en el momento de realizar la elección o en el momento del fallecimiento– será ésta la que rija la totalidad de la sucesión y, en su defecto, la ley de su última residencia habitual.

38. En cualquier caso, la aplicación de la ley que rija el pacto sucesorio «... *no debe menoscabar los derechos de ninguna persona que, en virtud de la ley aplicable a la sucesión, tenga derecho a la legítima o a cualquier otro derecho del que no puede verse privada por la persona de cuya herencia se trate*».⁸⁰ Esta disposición sigue el mismo criterio que nuestro Código Civil cuando

⁷⁶ El artículo 30 del Reglamento sobre sucesiones establece: «*Cuando la ley del Estado donde se encuentren situados determinados bienes inmuebles, empresas u otras categorías especiales de bienes contenga disposiciones especiales que, por razones de índole económica, familiar o social, afecten o impongan restricciones a la sucesión de dichos bienes, se aplicarán a la sucesión tales disposiciones especiales en la medida en que, en virtud del Derecho de dicho Estado, sean aplicables con independencia de la ley que rija la sucesión*».

⁷⁷ En opinión de algunos autores, esta disposición debe ser admisible únicamente en el ámbito de las leyes de policía y su tratamiento debería estar más en consonancia con la solución que aporta el Reglamento 539/2008 en su artículo 9. *Vid.*, por todos, P. BLANCO-MORALES LIMONES, –El ámbito de la ley aplicable incluida la administración de la sucesión–, pp. 10-11, en <http://www.successions-europe.eu/event-downloads/Blanco-Morales-ES.pdf>.

⁷⁸ *Vid.*, el artículo 25.1 del Reglamento sobre sucesiones.

⁷⁹ *Ibidem*, artículo 25.4.

⁸⁰ *Ibidem*, en su Considerando nº 50.

dispone: «... Sin embargo, las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la ley nacional del testador o del disponente en el momento de su otorgamiento conservarán su validez aunque sea otra la ley que rija la sucesión, si bien las legítimas se ajustarán, en su caso, a esta última»⁸¹.

IV. Incidencia del sistema unitario de sucesiones en la figura del reenvío

1. Tratamiento del reenvío en el Reglamento

39. La figura del reenvío ha tenido desde siempre un papel protagonista en los diferentes sistemas de Derecho internacional privado en materia de sucesiones. Tiene como finalidad resolver los problemas derivados de los *conflictos negativos de leyes* que implican la ausencia de aplicación de leyes internas a una sucesión internacional cuando las normas de conflicto de los ordenamientos jurídicos implicados determinen que no son de aplicación tales normas internas. De esta manera, el reenvío surge cuando, en presencia de una situación privada internacional, la norma de conflicto de Derecho internacional privado del país de origen del Tribunal que conoce del asunto envía la solución de la cuestión sucesoria internacional a un Derecho extranjero y la norma de conflicto de éste remite (reenvía) la regulación de la sucesión al Derecho de otro país que puede ser el del Tribunal que conoce del asunto –reenvío de primer grado o de retorno– o el de un tercer país –reenvío de segundo grado–⁸².

40. En la Propuesta inicial del Reglamento el reenvío quedaba prácticamente abolido al igual que sucede en los Reglamentos Roma I, Roma II y en el Reglamento 1259/2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial⁸³, eliminando así los problemas que generalmente plantea esta figura en materia de sucesiones, a saber, la ruptura de la unidad de la sucesión que preconiza el sistema unitario adoptado por el Reglamento⁸⁴. La Propuesta señalaba que la ley designada como aplicable sería la ley material –normas jurídicas vigentes– del Estado designado por el Reglamento con exclusión de las normas de Derecho internacional privado⁸⁵.

⁸¹ *Vid.*, el artículo 9.8 del CC.

⁸² La bibliografía consagrada al estudio del reenvío es muy amplia. *Vid.*, por todos, A. BORRÁS RODRIGUEZ, «Art. 12.2 Cc», Co. Cc Ministerio de Justicia, 1991, pp. 140-142; A. L. CALVO CARAVACA Y J CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Sucesión internacional y reenvío», Estudios de Deusto: Revista de la Universidad de Deusto, Vol. 55, nº 2, 2007, pp. 59-121; E. CASTELLANOS RUIZ, «Reenvío, unidad de la sucesión y armonía internacional de soluciones en el derecho sucesorio antes y después de la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 2002», en *El derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, (Coord.) ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA Y ESPERANZA CASTELLANOS RUIZ, Colex, Madrid, 2004, pp. 239-270; A. DAVÌ, *Le renvoi en droit international privé contemporain*, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, Vol. 352, 2012, en http://nijhoffonline.nl/book?id=er352_er352_009-521; J. L. IRIARTE ÁNGEL, «Doble reenvío y unidad de tratamiento de las sucesiones», RGD, 1989, nº 537, pp. 3561-3580; ID. «Reenvío y sucesiones en la práctica española», Revista Moldoveneasca de Drept Internacional Si Relatii Internationale, 2008, pp. 37-49; A. MARÍN LÓPEZ, «El reenvío en el Derecho español», REDI 1956, vol. IX pp. 677-687; ID. «Las cuestiones generales de Derecho internacional privado en las recientes codificaciones europeas: el reenvío», Actualidad Civil nº 47, Diciembre 1995, pp. 941-957; A. PÉREZ VOITURIEZ, «El reenvío en el Derecho internacional privado español: una interpretación actualizada», Revista Jurídica del Notariado, nº 13, enero-marzo, 1995, pp. 257-337; S. SÁNCHEZ LORENZO, «Reenvío», *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, Cívitas, 1995, t. IV, pp. 6545-5646; J. A. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, «El reenvío ante el Tribunal Supremo: historia y reapertura de la vieja polémica en el Derecho internacional privado español», Actualidad Civil; nº 4, 1999, pp. 1261-1295; M. VIRGÓS SORIANO, «Derecho de sucesiones y reenvío: la respuesta del sistema español», Anales de la Academia Matritense del Notariado, nº 42, 2004, pp. 204 y ss.

⁸³ *Vid.* los artículos 20 del Reglamento Roma I; 24 del Reglamento Roma II y 11 del Reglamento 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 L 343, de 29.12.2010).

⁸⁴ *Vid.*, A. BONOMI, *Successions Internationales ...*, op. cit., pp. 142 y 145, quien atribuye a esta razón la redacción del texto inicial de la Propuesta de Reglamento presentada por la Comisión.

⁸⁵ *Vid.*, el artículo 26 de la Propuesta inicial de Reglamento. Doc. COM (2009) 154 final, de 14 de octubre.

41. Sin embargo, en el último texto aprobado por el Parlamento Europeo⁸⁶, y siguiendo las sugerencias de diversos autores⁸⁷, esta figura sufrió una modificación sustancial que finalmente ha sido mantenida en el Reglamento. De hecho se admite el reenvío llevado a cabo por la norma de conflicto extranjera tanto a la ley de un Estado miembro –reenvío de primer grado o reenvío de retorno– cuanto a la ley de un tercer Estado –reenvío de segundo grado⁸⁸. Resulta pues muy interesante comprobar cómo los vientos pueden cambiar de rumbo con tanta facilidad en el último tramo del *iter legislativo* en una materia tan relevante como el reenvío.

42. Respecto a la función del reenvío hay que recordar que no se trata de un mero expediente técnico sino de un instrumento cuya misión es coadyuvar en la búsqueda de la legislación que ha de regular una determinada situación privada internacional. En este sentido, el artículo 34 del Reglamento contiene una norma de aplicación o funcionamiento que ha de operar como un instrumento accesorio, como una norma auxiliar de la norma de conflicto –específica y concreta– que regula la sucesión.

Ahora bien, en algunas ocasiones el reenvío, lejos de cumplir con esta misión, puede complicar la tarea de los jueces porque admitiendo el reenvío la ley aplicable a una sucesión internacional ya no será la ley material a la que remitan las conexiones del Reglamento sino la ley que determine la norma de conflicto de aquél país. Tal vez por eso gran parte de la doctrina entiende el reenvío como un instrumento para conseguir resultados más justos (reenvío funcional) y defiende su aplicación con carácter especial, de forma excepcional y de modo restrictivo, más que como un principio de obligada aceptación teniendo en cuenta que la aplicación indiscriminada del reenvío podría ocasionar resultados injustos⁸⁹.

2. Efectos del reenvío

43. A la vista de lo expuesto, conviene analizar las consecuencias que la aplicación del reenvío, tal y como se regula en el Reglamento, podría tener desde la perspectiva del foro español. En efecto, se pueden plantear los siguientes escenarios:

44. Cuando el Tribunal español designe como ley aplicable a la sucesión del causante la de su última residencia habitual o la de su nacionalidad -en virtud de la *professio iuris*-, y ésta sea la ley (el derecho material) de otro Estado miembro -con excepción de Gran Bretaña, Irlanda y Dinamarca-, en estos casos, debido a la unificación de las normas de conflicto que dispone el Reglamento, todos los tribunales de la Unión Europea con excepción de los tres Estados mencionados tendrán la misma norma de conflicto y aplicarán por tanto el mismo ordenamiento jurídico, de forma que la figura del reenvío quedaría prácticamente vacía de contenido.

45. Por el contrario, cuando el Tribunal español designe como ley aplicable a la sucesión la de un tercer Estado o la de un Estado miembro donde no se aplique el Reglamento –Reino Unido, Irlanda o Dinamarca–, habrá que aplicar las disposiciones de Derecho internacional privado de ese Estado que pueden disponer un reenvío a la ley del Estado del foro, a la ley de otro Estado miembro, o a la ley de un tercer Estado o de un Estado miembro donde no se aplique el Reglamento.

⁸⁶ Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 13 de marzo de 2012, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y los actos auténticos en materia de sucesiones y a la creación de un certificado sucesorio europeo (COM (2009) 0154 – C7-0236/2009 – 2009/0157 (COD) (Procedimiento legislativo ordinario: primera lectura). *Vid.*, <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P7-TA-2012-0068&language=ES>

⁸⁷ *Vid.*, al respecto, J. BASEDOW, A. DUTTA (Coord.), *Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation...*, doc. cit. pp. 656 y ss.

⁸⁸ *Vid.*, el artículo 34 del Reglamento sobre sucesiones. En el mismo sentido, el artículo 4 del Convenio de La Haya sobre la Ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte, *doc. cit.*

⁸⁹ *Vid.*, por todos, A. L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Sucesión internacional ...», *loc. cit.*, pp. 80 y 87; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ Y J. J. MARTÍNEZ NAVARRO, *Prontuario básico de Derecho sucesorio internacional*, Comares, Granada, 2012, p. 29; J. L. IRIARTE ÁNGEL, «Reenvío y sucesiones ...», *loc. cit.*, p. 41; y A. MARÍN LÓPEZ, «Las cuestiones generales de Derecho internacional privado ...», *loc. cit.*, p. 957.

De este modo, el reenvío puede contribuir a lograr la armonía internacional de soluciones, por lo que debería ser aceptado siempre que así se garantice la unidad legal de la sucesión tal y como nuestro Tribunal Supremo ha venido exigiendo para la admisión del reenvío en materia sucesoria. Esta circunstancia contribuirá a ofrecer mayor seguridad jurídica pues los jueces y tribunales de los Estados miembros conocerán el derecho material aplicable en el resto de los Estados miembros y ello permitirá garantizar que la sucesión se rige por una ley previsible.

46. En estos casos cuando el tercer Estado aplique su propia ley a la sucesión puede plantearse un reenvío de segundo grado –remisión hecha por la norma de conflicto extranjera a una tercera ley– que, si bien está prohibida en el sistema español de Derecho internacional privado resulta admitida por el Reglamento facilitando, de este modo, la localización de la sucesión, es decir, la determinación del país más estrechamente vinculado con la sucesión internacional⁹⁰. Por consiguiente, uno de los efectos de la entrada en vigor del Reglamento será la inaplicación del apartado segundo del artículo 12 de nuestro Código Civil porque su actual redacción («*La remisión al derecho extranjero se entenderá hecha a su ley material, sin tener en cuenta el reenvío que sus normas de conflicto puedan hacer a otra ley que no sea la española*») contraviene lo dispuesto en el artículo 34 del Reglamento cuando establece que las disposiciones de Derecho internacional privado del Estado designado en virtud de la aplicación del Reglamento pueden prever el reenvío a «*la ley de otro tercer Estado que aplicaría su propia ley*».

Por ejemplo, la sucesión de un nacional británico residente en España en el momento de su fallecimiento y que posea bienes tanto en España cuanto en el Reino Unido, se regiría por la ley de su última residencia habitual (Ley española) salvo que en virtud de la *professio iuris* hubiese designado la ley inglesa como ley aplicable a su sucesión. En este caso, si hubiese ejercitado la *professio iuris*, en virtud del artículo 34 del Reglamento sería de aplicación su ley nacional, es decir, la ley inglesa. Aplicando las normas vigentes en el Reino Unido, incluidas sus disposiciones de Derecho internacional privado, la ley inglesa efectuaría un reenvío a la ley española porque la ley que rige la sucesión de los bienes inmuebles será la ley del lugar en el que se encuentren radicados (*lex rei sitae*). En consecuencia, se produciría un reenvío de primer grado tal y como viene contemplado en el mencionado artículo 34 del Reglamento. Reenvío parcial cuya aceptación sería cuestionable en la medida en que con ello se produzca un fraccionamiento de la sucesión contrario al espíritu que preconiza el Reglamento, teniendo en cuenta que el resto de los bienes inmuebles situados en el Reino Unido se regirían con arreglo a la ley inglesa.

3. Límites a la aplicación del reenvío

A) El respeto al principio de unidad

47. Así pues, la admisión del reenvío puede resultar problemática cuando la ley designada por el foro sea la de un tercer Estado o la de un Estado miembro donde no se aplique el Reglamento –caso del Reino Unido– que pertenezcan a los llamados sistemas «escisionistas» que distinguen entre la sucesión de bienes muebles e inmuebles. En ese caso se podría originar un reenvío parcial –*lex rei sitae* aplicable a la sucesión de los bienes inmuebles– lo que implicaría el fraccionamiento de la sucesión y dejaría sin resolver el problema que actualmente representa la aceptación del reenvío por parte de los tribunales españoles cuando esta circunstancia supone el no respeto a los principios de unidad y universalidad de la sucesión. La controversia, con ello, está servida: ¿podrá admitirse el reenvío por los tribunales de los Estados miembros si su aplicación fuese contraria a las directrices que inspiran las normas de conflicto con carácter general, esto es, si con ello se violase el principio de unidad de la sucesión que garantiza el Reglamento?

48. A la hora de reflexionar sobre esta cuestión resulta relevante la experiencia española de los últimos años en la medida en que en materia de sucesiones internacionales el reenvío de primer grado ha sido admitido por los tribunales españoles siempre que se respeten los principios de unidad y univer-

⁹⁰ *Vid.*, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ Y J. J. MARTÍNEZ NAVARRO, *Prontuario básico ...*, op. cit., p. 35.

salidad en los que se basa la sucesión en Derecho internacional privado español⁹¹. Esto significa que si aplicando el reenvío la remisión a la ley material de un derecho extranjero implice el fraccionamiento de la sucesión -porque de conformidad con ese derecho la sucesión debiera regirse por la ley de la residencia del causante en el momento de su fallecimiento y la de los inmuebles por la ley del país en el que éstos se encuentren situados- el reenvío debería rechazarse.

En este sentido se ha manifestado el Tribunal Supremo en aquellas ocasiones en las que ha tenido la oportunidad de pronunciarse en relación al reenvío en materia sucesoria⁹². De este modo, en sus Sentencias de 15 de noviembre de 1996, *Lowenthal*⁹³ y de 21 de mayo de 1999, *Denney*⁹⁴, rechazó la aplicación del reenvío de primer grado *ex artículo 12.2* del Código Civil a la ley española argumentando que era de aplicación el artículo 9.8 del Código Civil -que designa como punto de conexión la nacionalidad del causante en el momento de su fallecimiento- dado que la admisión del reenvío en estos casos hubiese supuesto la quiebra de los principios de unidad y universalidad y el fraccionamiento legal de la sucesión, mientras que en su Sentencia de 23 de septiembre de 2002, *François Marie James W.*⁹⁵, admitió el reenvío de primer grado que hacía la ley inglesa -ley aplicable al ser la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento en virtud del artículo 9.8 del Código Civil- a la ley española como ley del lugar en el que radicaban todos los bienes del causante alegando que al aplicar la ley española en virtud del reenvío se respetaban los principios de unidad y universalidad en los que se inspira el proceso sucesorio en España⁹⁶.

49. La mayoría de la doctrina española también ha defendido el respeto de los principios de unidad y universalidad de la sucesión establecidos en la norma de conflicto del artículo 9.8 del Código Civil⁹⁷, si bien algunos autores han manifestado su discrepancia al señalar que el principio de unidad

⁹¹ Entre la jurisprudencia de los tribunales españoles en esta materia se pueden citar: la SAP de Granada de 22 de diciembre de 1988; la SAP de Alicante de 19 de noviembre de 1991; la SAP de Málaga de 7 de febrero de 1994; la SAP de Badajoz de 11 de Julio de 1995; la SAP de Málaga de 18 de diciembre de 1996; la SAP de Alicante de 7 de junio de 2001; la SAP de Málaga de 13 de marzo de 2002; la SAP de Alicante de 10 de marzo de 2003; la SAP de Tarragona de 13 de mayo de 2004; la SAP de Granada de 19 de julio de 2004; y la SAP de Asturias de 1 de septiembre de 2005.

⁹² Un estudio sobre la jurisprudencia española en relación a la figura del reenvío puede consultarse en J. A. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, «El reenvío ante el Tribunal Supremo ..., loc. cit., pp. 1261-1295.

⁹³ STS, Sala de lo Civil 887/1996. Aranzadi RJ 1996/8212. Asunto en el que se planteaba la sucesión internacional de un norteamericano del Estado de Maryland que había fallecido en Inglaterra -lugar en el que tenía su domicilio en el momento de su fallecimiento- y que poseía bienes de distinta naturaleza entre los que destacaba un inmueble situado en España. En su testamento había instituido como heredero de todos sus bienes a su hermano por lo que sus hijos, residentes en España, solicitaron la nulidad del testamento invocando el reenvío de retorno con la finalidad de que se aplicasen las legítimas que el Derecho español reserva a favor de los herederos. *Vid.*, el comentario sobre esta Sentencia de E. RODRÍGUEZ PINEAU, «Nota», REDI, 1997, pp. 264-268.

⁹⁴ STS, Sala de lo Civil 436/1999. Aranzadi RJ 1999/4580. Asunto en el que se dilucidaba la ley aplicable a la sucesión de un nacional inglés fallecido en España -donde había tenido su último domicilio y se localizaba un bien inmueble- que había otorgado testamento a favor de su segunda esposa a la que había instituido heredera única y universal de todos sus bienes «sin perjuicio de los derechos legitimarios que según su ley nacional pudieran corresponder a sus tres hijos». Los hijos de fallecido solicitaron en su demanda la aplicación del Derecho español a la sucesión de su padre, en virtud del reenvío de retorno, de modo que fuesen respetadas las legítimas previstas en el mismo. Sobre esta Sentencia consultar los siguientes trabajos: J. PÉREZ MILLA, «De nuevo el Tribunal Supremo matiza el ámbito del reenvío de retorno en materia sucesoria», AEDIPR, 2001, pp. 1094-1097; y E. RODRIGUEZ PINEAU, «Nota», REDI, 1999, pp. 756-760.

⁹⁵ STS, Sala de lo Civil 849/2002. Aranzadi RJ 2002/8029. Se trataba aquí de dilucidar la ley aplicable a la sucesión de un nacional inglés fallecido en España, donde había residido durante sus últimos años y donde se localizaban todos sus bienes inmuebles. El causante estaba casado y tenía dos hijos, además de una hija menor de edad reconocida por él de una relación extramatrimonial. En su testamento había instituido como heredera universal a su esposa por lo que la madre de la hija extramatrimonial, como representante legal de la misma, litigó en reclamación de la legítima que correspondía a su hija en relación a la herencia de su padre. *Vid.*, el comentario sobre esta Sentencia de P. JIMÉNEZ BLANCO, «Nota», REDI, 2003, pp. 424-435.

⁹⁶ Sentencia del TS de 23 de septiembre de 2002, Fundamento de Derecho Segundo.

⁹⁷ *Vid.*, por todos, N. BOUZA VIDAL, «Artículo 12, apartado 2», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (Dir.) Manuel Albaladejo, t. I, vol. 2, 2^a ed., Madrid, 1995. p. 886; A. L. CALVO CARAVACA, «La sucesión hereditaria en el Derecho internacional privado español», RGD, 1986, pp. 3103-3138; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Art. 9.8 del Cc.», en M. PASQUAL LIAÑO, *Jurisprudencia comentada Código civil*, Granada, Comares, 2000, pp. 195-196; E. CASTELLANOS RUIZ, *Unidad vs. pluralidad legal de la sucesión ...; op. cit.*, pp. 81-84; J. D. GONZÁLEZ CAMPOS Y OTROS, *Derecho internacional privado, parte especial*, Eurolex, Madrid, 6^a edición, 1995. pp. 393-422; M. MOYA ESCUDERO, «Nota a la SAT Granada 22 diciembre 1988», REDI, 1990, vol. XLII, pp. 635-637; y J. A. TOMAS ORTIZ DE LA TORRE, «La sucesión», en VV.AA. *Lecciones de Derecho civil internacional*, Madrid, Tecnos, 1996, p. 212.

sucesoria en el que se escuda el TS para desestimar el reenvío no es absoluto ya que en ciertas disposiciones legislativas de nuestro ordenamiento jurídico pueden encontrarse excepciones al mismo, sin ir más lejos, en el propio artículo 9.8 del Código Civil⁹⁸ cuando se refiere a las disposiciones hechas en testamento y a los pactos sucesorios ordenados conforme a la Ley nacional del testador o del disponente en el momento de su otorgamiento. En este caso, si una persona al morir posee una nacionalidad distinta a la que tenía en el momento de testar se aplicaría la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento a las legítimas, mientras que el resto de la sucesión se regiría por la ley nacional del causante en el momento de otorgar testamento⁹⁹.

50. De acuerdo con este criterio, cuando aplicando el Reglamento la ley designada sea la de un tercer Estado cuyas normas de conflicto prevean un reenvío a la ley de otro tercer Estado cuya aplicación no respete el principio de unidad de la sucesión los tribunales de los Estados miembros podrán rechazar la aceptación del reenvío, salvo que fueren de aplicación las disposiciones especiales que imponen restricciones relativas o aplicables a la sucesión de determinados bienes y que permiten la aplicación de la *lex rei sitae* con independencia de la ley aplicable a la sucesión¹⁰⁰. Ello no impide aceptar el reenvío cuando la norma de conflicto remita a un sistema escisionista –por ejemplo, a la ley inglesa– pero esta circunstancia no suponga el fraccionamiento de la sucesión porque la ley designada sea aplicable al conjunto de la sucesión (bienes muebles e inmuebles).

B) Exclusión del reenvío por elección de la ley aplicable a la sucesión

51. El efecto del reenvío es radical y provoca la alteración o anulación de la voluntad del causante, pues de aplicarse en el Reglamento que estudiamos quedaría sin efecto la aplicación de la ley elegida por el causante para regir su sucesión a través de la *professio iuris*. Por consiguiente, cuando el causante, con el propósito de garantizar la seguridad jurídica de la sucesión a sus herederos, haya designado como ley aplicable a su sucesión la ley de su nacionalidad, aún cuando ésta no sea la de un Estado miembro, el reenvío se debe excluir pues no tiene ningún sentido que el causante designe la ley aplicable a su sucesión y posteriormente, a través de la vía del reenvío, pueda resultar de aplicación otra ley no prevista y distinta a la designada por él ya que, de ser así, se estaría actuando en contra del principio de autonomía de la voluntad del causante¹⁰¹.

C) Exclusión del reenvío cuando remita a la ley de un Estado incompatible con el orden público de foro

52. En circunstancias excepcionales cabe la posibilidad de excluir la aplicación de una disposición de la ley de un Estado designada por el Reglamento cuando ésta sea manifiestamente incompatible

⁹⁸ El tenor literal del artículo 9.8 del CC en su párrafo segundo es el siguiente: «... *Sin embargo, las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la Ley nacional del testador o del disponente en el momento de su otorgamiento conservarán su validez, aunque sea otra la Ley que rija la sucesión, si bien las legítimas se ajustarán, en su caso, a esta última. Los derechos que por ministerio de la Ley se atribuyan al cónyuge supérstite se regirán por la misma Ley que regule los efectos del matrimonio, a salvo siempre las legítimas de los descendientes*».

⁹⁹ *Vid.*, entre otros, A. BORRÁS RODRIGUEZ, «Art. 12.2 Cc ...», *loc. cit.*, pp. 140-142; I. ESPÍNEIRA SOTO, «Reflexiones prácticas sobre la unidad de la sucesión en nuestro Derecho internacional privado», en <http://www.notariosyregisradores.com/leyesextranjeras/principal.htm>; A. FONT I SEGURA, «La ley aplicable a los pactos sucesorios», Mayo, 2009, en www.indret.com, p. 14; J. L. IRIARTE ÁNGEL, «Reenvío y sucesiones ...», *loc. cit.*, pp. 42-43; ID. «Doble reenvío y unidad de tratamiento ...», *loc. cit.*, pp. 3575-3576; y J. A. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, «¿Anular por reenvío la voluntad del testador?», La Ley, nº 5845, 9 septiembre 2003 (versión *on line*). *Cfr.* J. CARRASCOSA GONZÁLEZ. Y J. J. MARTÍNEZ NAVARRO, *Prontuario básico ...*, *op. cit.*, p. 31, quienes consideran que esta previsión del artículo 9.8 del CC. es una excepción para preservar la validez del testamento que no supone una división de la herencia regida por leyes diferentes.

¹⁰⁰ *Vid.*, el artículo 30 del Reglamento sobre Sucesiones.

¹⁰¹ *Vid.*, el Considerando nº 57 del Reglamento sobre sucesiones. En la doctrina, *Vid.*, J. BASEDOW, A. DUTTA, (Coord.) *Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation ...*, *doc. cit.*, p. 109; I. A. CALVO VIDAL, «El Derecho de sucesiones en la Unión Europea ...», *loc. cit.*, p. 104; y M. HELLNER, «El futuro Reglamento de la UE sobre sucesiones. La relación con terceros Estados», AEDIPr, T. X, 2010, p. 393. *Vid.*, el artículo 22 del Reglamento.

con el orden público del Estado miembro del foro¹⁰². En este sentido, si la norma de conflicto extranjera efectúa un reenvío a la ley de un tercer Estado ésta será de aplicación en tanto en cuanto sus disposiciones no sean manifestamente incompatibles con el orden público del Estado de que se trate.

En cualquier caso, como señala el Reglamento, no se podrá aplicar la excepción de orden público para descartar la aplicación de la ley de otro Estado «... cuando obrar así sea contrario a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en particular a su artículo 21, que prohíbe cualquier forma de discriminación»¹⁰³.

V. Conclusiones: ventajas e inconvenientes del sistema unitario adoptado en el reglamento

53. Con la designación de una norma de conflicto común para determinar la ley aplicable a las sucesiones el Reglamento está llamado a desempeñar un papel determinante en el ámbito de las sucesiones internacionales. En mi opinión, el sistema unitario o monista adoptado por el Reglamento presenta aspectos muy positivos que merecen ser destacados: a) favorece la planificación del testador y la distribución de sus bienes entre sus herederos con independencia del lugar en el que se localicen; b) dota de seguridad jurídica a la sucesión al garantizar que en el supuesto de la *professio iuris* no se modificará la voluntad del testador si se desplazase a residir a otro país; y c) asegura que sus herederos puedan conocer sus derechos y obligaciones y prever las consecuencias de la futura sucesión.

54. En este sentido, la adopción como punto de conexión de la residencia habitual del causante aporta indudables ventajas porque presenta vínculos muy estrechos con la sucesión. Ciertamente, parece razonable pensar que el causante tendrá una vinculación significativa con el territorio en el que reside –donde se ha podido casar o pueden localizarse sus bienes y residir sus herederos–. Además, en aquellos supuestos de matrimonios mixtos, donde la nacionalidad no es un elemento común, la residencia habitual como punto de conexión puede evitar conflictos en la sucesión.

Por otra parte, el acogimiento de este criterio ha de ser un elemento que favorezca la movilidad de ciudadanos en el territorio de la Unión Europea y su integración en el Estado miembro en el que residen, eliminando posibles discriminaciones por razón de nacionalidad.

Por último, la concurrencia de *forum* y *ius* vinculados por la residencia habitual del causante en el momento del fallecimiento como punto de conexión garantizan que la autoridad que sustancie la sucesión pueda aplicar, en la mayoría de los casos, su propio Derecho¹⁰⁴.

55. Ahora bien, esto no siempre será así. Pensemos en aquellos ciudadanos de la Unión que, a pesar de residir en un tercer Estado, siguen manteniendo vínculos más estrechos con el país de su nacionalidad donde residen sus familiares y radican todos o parte de sus bienes inmuebles. Resulta evidente que en estos casos la «nacionalidad» como punto de conexión puede presentar vínculos más estrechos con una posible sucesión internacional. Por este motivo, la designación de ley de la nacionalidad del causante a través de la *professio iuris* resulta de gran relevancia y, además, permitirá a las personas que han perdido su nacionalidad originaria, y que puedan adquirirla de nuevo, designar este punto de conexión para determinar la ley aplicable a su sucesión. En fin, la concurrencia de *forum* y *ius* vinculados por la nacionalidad del causante como punto de conexión facilitará y evitará conflictos en la sucesión¹⁰⁵.

56. Consecuentemente, el sistema que pergeña el Reglamento admite la coexistencia de dos normas de conflicto que permiten cierta flexibilidad a la hora de aplicar la ley que presente los vínculos más estrechos con la sucesión. En mi opinión, la elección de este sistema mixto puede ser determinante

¹⁰² *Vid.*, el artículo 35 del Reglamento sobre sucesiones.

¹⁰³ *Ibidem* Considerando nº 58.

¹⁰⁴ *Vid.* el artículo 4 y el Considerando nº 27 del Reglamento sobre sucesiones.

¹⁰⁵ *Vid.*, J. BASEDOW, A. DUTTA, (Coord.) *Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation ...*, doc. cit., pp. 64-65.

para regular las sucesiones transfronterizas en la Unión Europea ya que con la aplicación del punto de conexión previsto en nuestro sistema de derecho internacional privado uno de los problemas prácticos que pueden plantearse es la escasa vinculación de la ley aplicable, en este caso la ley de la nacionalidad del causante en el momento de su fallecimiento, frente a la existencia de una ley que se encuentre más vinculada con la sucesión. Todo ello, sin perjuicio de la posible aplicación de la ley de un tercer Estado cuando ésta presente vínculos más estrechos con la sucesión.

57. Por lo que respecta a la figura del reenvío y su tratamiento en el sistema unitario adoptado por el Reglamento, estimo que su aplicación podrá coadyuvar a la armonía internacional de soluciones, ofrecerá mayor seguridad jurídica y garantizará que la sucesión va a regirse por una ley previsible. Empero, cuando la ley designada sea la de un tercer Estado que pertenezca a los llamados sistemas «escisionistas» se podría producir el fraccionamiento de la sucesión y dejaría sin resolver el problema que plantea la aceptación del reenvío por parte de los tribunales de los Estados miembros cuando esta circunstancia supone el no respeto al principio de unidad de la sucesión.

58. Finalmente, entre las eventuales desventajas que presenta el nuevo sistema pueden destacarse dos:

- a) por una parte la matización del principio de unidad de la sucesión al que puede conducir la aplicación de las disposiciones de la *lex rei sitae* que permite el Reglamento bajo determinadas condiciones;
- b) por otra, la posible «deslocalización de las sucesiones internacionales» derivada de la libertad de elección de la ley aplicable a las sucesiones prevista en el Reglamento a través de la *professio iuris* y de la posibilidad de cambiar de residencia habitual que toda persona posee o, dicho de otro modo, la tendencia a un posible «*dumping sucesorio*» en virtud del cual el testador puede tener la tentación de elegir como ley aplicable a su sucesión en un momento determinado aquélla que resulte más favorable a sus intereses –ya sea la del país de su residencia habitual o la de su nacionalidad– o trasladar su residencia con la intención de eludir la aplicación de las normas más estrictas que impone su derecho nacional¹⁰⁶, pues no olvidemos que el pago de impuestos en materia sucesoria se efectúa en cada Estado con arreglo a sus normas nacionales y dependiendo de la situación de los bienes¹⁰⁷.

Para evitar esta posible distorsión los Tribunales podrán utilizar las herramientas que el Reglamento pone a su disposición, aplicando la excepción de orden público con el fin de descartar la aplicación de la ley de otro Estado cuando esas disposiciones sean manifiestamente incompatibles con el orden público del Estado miembro del foro; si bien como solución de carácter más estable y previsible los expertos proponen la armonización de las legislaciones, especialmente en materia fiscal, en el ámbito sucesorio¹⁰⁸.

¹⁰⁶ J. BASEDOW, A. DUTTA, (Coord.) *Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation ...*, doc. cit., p. 68; y A. DAVÌ, «L'autonomie de la Volonté ... », loc. cit., pp. 390-391.

¹⁰⁷ Recordemos que el Reglamento no se aplicará a cuestiones fiscales por lo que corresponde a los Derechos nacionales determinar, en cada caso, el pago de cualquier tipo de impuesto relacionado con la sucesión. *Vid.*, al respecto, el artículo 1.1 y el Considerando nº 10 del Reglamento sobre sucesiones.

¹⁰⁸ En este sentido, la Comisión ya ha presentado un documento de trabajo en esta materia. *Vid.*, la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo «Solventar los obstáculos transfronterizos derivados de los impuestos sobre sucesiones en la UE», Doc. COM (2011) 864 final, de 15 de diciembre.

LA ADAPTACIÓN DE LA NORMATIVA REGULADORA DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO A LAS EXIGENCIAS DE LA DIRECTIVA 2011/83/UE SOBRE DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES*

INMACULADA LLORENTE SAN SEGUNDO

*Profesor Contratado Doctor
Universidad de Zaragoza*

Recibido: 02.08.2013 / Aceptado: 10.08.2013

Resumen: El trabajo tiene por objeto el estudio de las diferentes opciones de transposición de la normativa sobre el ejercicio del derecho de desistimiento aplicable a los contratos a distancia y a los contratos celebrados fuera del establecimiento, contenida en la nueva Directiva 2011/83/UE de derechos de los consumidores, al derecho español.

Palabras clave: consumo, contratos de consumo, derecho de desistimiento, Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, de derechos de los consumidores.

Abstract: The work aims to study the various options for transposition into Spanish law of regulations on the exercise of the right of withdrawal applies to distance contracts and off-premises contracts, contained in the new Directive 2011/83/EU on consumer rights.

Key words: consumption, consumer contracts, right of withdrawal, Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights.

Sumario: I. Introducción. II. La revisión del acervo comunitario en materia de consumo: el enfoque mixto y el principio de armonización plena. III. La Directiva 2011/83/UE, sobre derechos de los consumidores. IV Consideraciones generales sobre la transposición de Directiva 2011/83 al ordenamiento español. V. El Anteproyecto de Ley por el que se modifica el texto refundido de la Ley General para la defensa de consumidores y usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de Noviembre. 1. La regulación del derecho de desistimiento en el Título I, «Contratos con consumidores y usuarios», Capítulo II, «Derecho de desistimiento», del Libro II. 2. La regulación del derecho de desistimiento en el Título III, «Contratos celebrados a distancia y contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil», Capítulo III, «Derecho de desistimiento», del Libro II. 3. Los conflictos entre las distintas regulaciones del desistimiento dentro del texto refundido y en relación con la normativa sectorial. Examen de lo dispuesto en el artículo 59.2 del Anteproyecto. VI. La creación de un régimen general del derecho de desistimiento. 1. Las previsiones de la Directiva 2011/83 como régimen general. 2. La determinación del ámbito de aplicación de estas reglas.

I. Introducción

1. Desde la aparición del denominado Derecho de Consumo, la necesidad de configurar un marco legal común en cuanto a los derechos de los consumidores, llevó al legislador comunitario a buscar las herramientas jurídicas que permitieran reducir la diferente posición en la que se encuentra el consu-

* Este trabajo se encuadra en el Proyecto de Investigación «Formación del contrato: desde la negociación hasta la perfección del contrato» (DER 2011-23056), del que es investigadora principal la profesora M^a Ángeles Parra Lucán, Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza.

midor ante los llamados contratos de consumo. Una de tales herramientas es el reconocimiento de un derecho de desistimiento, cuya implantación ha recibido un decidido impulso desde la Unión Europea a través de la promulgación de distintas Directivas en esta materia.

2. En España, esta vasta normativa comunitaria se ha incorporado a nuestro ordenamiento a través de leyes especiales cuyo objeto coincidía, normalmente, con el de las Directivas, lo que ha provocado la promulgación de numerosas Leyes sectoriales en materia de contratación con consumidores. Como resultado de esta técnica legislativa, el reconocimiento del derecho del desistimiento en nuestro ordenamiento jurídico se ha llevado a cabo de forma fraccionada, sin rigor sistemático, y con resultados en ocasiones contradictorios, dada la diferente regulación de la figura en esa pluralidad de normas. En efecto, pese a que una de las novedades del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el *texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias* (en adelante, TRLCU), es el establecimiento de un régimen general del derecho de desistimiento con vocación de constituir un régimen común para todos los contratos de consumo que específicamente reconozcan tal derecho, la consolidación de este régimen común dista mucho de haberse producido por diversas razones. El alcance limitado de la refundición que deja fuera del texto refundido numerosas normas que regulan supuestos de desistimiento¹ y el hecho de que el mismo disponga un régimen específico para cada una de las modalidades contractuales que regula, tiene como consecuencia que, a día de hoy, las distintas regulaciones del derecho de desistimiento en las diferentes modalidades contractuales, refundidas o no, tengan sus propios plazos, excepciones, régimen de gastos, etc. Esta regulación fragmentaria ha llevado a la doctrina a discutir sobre la posibilidad de elaborar una teoría general del desistimiento aplicable a todo tipo de contratos con consumidores. Por otro lado, no hay que olvidar que la normativa europea de protección de los consumidores está siendo objeto de una profunda revisión, incorporando importantes novedades en esta materia como demuestra la reciente Directiva 2011/83/UE, *sobre derechos de los consumidores*. La necesidad de transposición de tal Directiva a la legislación española (antes del 13 de diciembre de 2013) parece un buen momento para solventar parte de las deficiencias de nuestra normativa.

3. La finalidad de este trabajo es realizar un examen de la transposición de la Directiva a nuestro ordenamiento jurídico, incidiendo en el estudio de las razones de política jurídica (y en su caso, económica) que determinan el reconocimiento del derecho de desistimiento como excepción al principio *«pacta sunt servanda»*. Se trata de determinar el común denominador de los distintos supuestos en los que se contempla el derecho de desistimiento y, en consecuencia, determinar si es posible el establecimiento de un régimen común y general sobre el derecho de desistimiento.

II. La revisión del acervo comunitario en materia de consumo: el enfoque mixto y el principio de armonización plena

4. Uno de los principales mecanismos utilizados en el Derecho comunitario para compensar la situación de desequilibrio contractual de las partes en los contratos de consumo es el establecimiento de numerosas obligaciones de información precontractual cuya finalidad es garantizar la libertad de decisión del consumidor. No obstante, en los supuestos en los que pese a tal información subsiste el desequilibrio, se otorga al consumidor la facultad de desligarse del contrato -el derecho de desistimiento-que ha sido objeto de tratamiento tanto en el marco de la armonización del derecho contractual en Europa

¹ Como señala Carrasco, no convencen las razones aducidas para dejar fuera de la refundición normas como las relativas a la comercialización a distancia de servicios financieros o las relativas al crédito al consumo, cuando en parte se estructuran precisamente en torno al derecho de desistimiento. Razones que, por otro lado, se repiten en la regulación de viajes combinados que sí ha sido objeto de refundición. Por ello, concluye el autor, *finalmente no queda más, que una pura labor de compilación desordenada de normas*. A. CARRASCO PERERA: «La defensa de consumidores y usuarios: ámbito de aplicación y alcance de la refundición», disponible en <http://www.uclm.es/centro/cesco/comentarios.asp>

(hay referencias al desistimiento tanto en los Acquis Principles², como en el Draft Common Frame of Reference³ y en la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a una norma común de compraventa europea (CELS)⁴, como en el marco del impulso europeo para la regulación de los derechos de los consumidores).

5. En febrero de 2007, la Comisión presentó *el Libro Verde sobre la revisión del acervo en materia de consumo*. En él señala que las normas de la UE sobre protección de los consumidores se encuentran fragmentadas, básicamente, en dos sentidos. En primer lugar, se observa que las directivas vigentes permiten a los Estados miembros adoptar normas más estrictas en sus legislaciones nacionales (armonización mínima) y muchos Estados miembros han optado por esta posibilidad, a fin de garantizar un mayor nivel de protección de los consumidores. En segundo lugar, como se puede constatar, muchas cuestiones se encuentran reguladas de manera incoherente en distintas directivas o se han dejado abiertas.

6. Es cierto que la UE, en uso de su competencia plena para dictar normas de protección del consumidor (artículo 169 TFUE), ha dictado durante los últimos años un buen número de directivas que, siguiendo el principio de «armonización mínima» persiguen un nivel de protección del consumidor similar en todos los Estados de la Unión. Ésta claro que con estas directivas no se pretende unificar el derecho de consumo sino armonizarlo, pero tales directivas han dado lugar a tantos ordenamientos como Estados, *que pueden ser iguales en un mínimo común, pero distintos en muchos otros aspectos, con lo que el resultado sigue siendo la dispersión*⁵. Para resolver este problema, la solución adoptada es revisar el acervo en materia de consumo de manera que se logre la *plena armonización*. Esto significaría que ningún Estado miembro podría aplicar normas más estrictas que las establecidas a nivel comunitario.

7. Por otro lado, para resolver los problemas derivados de la fragmentación, que provoca que las mismas cuestiones se encuentran reguladas de manera incoherente en distintas directivas, la Comisión estableció dos grandes estrategias para la revisión del acervo en materia de consumo: un enfoque vertical, consistente en la revisión individual de las directivas existentes, o un enfoque más horizontal, consistente en la adopción de uno o más instrumentos marco para regular características comunes del acervo, completados, cuando proceda, por normas sectoriales. En el marco del enfoque vertical, las directivas vigentes podrían modificarse por separado, si bien se observa que este proceso podría ser mucho más largo y no ser capaz de lograr el efecto simplificador del enfoque horizontal⁶. Se propone por ello

² El desistimiento en los Acquis Principles (ACQP) se regula, de manera general, en los arts. 5:101 a 5: 202 ACQP, que están divididos en dos secciones, la primera relativa al ejercicio y eficacia; y la segunda, dedicada a derechos de desistimiento en modalidades contractuales especiales: negocios celebrados fuera de los establecimientos comerciales (artículo 5: 201) y time-shire (artículo 5: 202 ACQP).

³ El antecedente de la regulación en el DCFR del derecho de desistimiento se encuentra en los ACQP, ya examinados. El desistimiento está regulado en el capítulo V del Libro II, (arts.5:101-5:202).

⁴ El 11 de octubre de 2011, la Comisión presentó a los Estados miembros la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a una norma común de compraventa europea. El Capítulo 3 de la normativa común de compraventa europea se ocupa del derecho de desistimiento siguiendo muy de cerca la regulación de la Directiva 2011/83/UE. El ámbito de aplicación del derecho de desistimiento se circunscribe a tres tipos de contratos (arts. 40.1 y 4 CELS): contratos a distancia, contratos celebrados fuera del establecimiento cuyo importe global es superior a 15 euros, y a las ofertas realizadas por el consumidor que, de ser aceptadas, darían lugar a un contrato a distancia o a un contrato celebrado fuera del establecimiento con un importe global superior a 15 euros. Quedan fuera de su ámbito de aplicación una larga lista de contratos (artículo 40.2 y 3) que prácticamente coinciden con la lista de contratos excluidos del artículo 16 de la Directiva 2011/83.

⁵ Señala Valpuesta que los propios órganos comunitarios vienen a aceptar que la vía de las Directivas resulta poco efectiva cuando afirman, al final del apartado 3 de la Exposición de Motivos de la Propuesta CESL, que tampoco sería adecuada una Directiva por la que se establecieran normas mínimas de Derecho contractual europeo de carácter obligatorio, pues no lograría el nivel de seguridad jurídica y el grado de uniformidad necesario para reducir los costes de transacción. *Las Directivas respetan la autonomía de los Estados, pero al precio de no lograr una armonización real*. E. VALPUESTA GASTAMINZA: «La propuesta de normativa común de compraventa europea (CELS), un paso más hacia la unificación del Derecho de contratos en la Unión Europea, lastrado por la protección al consumidor, en *Cuadernos de Derecho transaccional*, Vol.5, nº 1, 2013, pp. 199-216, p. 204 y 205.

⁶ Como se señala en el mismo Libro Verde, pág. 8, *la UE tendría que abordar las mismas cuestiones en el transcurso de los diferentes procedimientos legislativos. Asimismo, la Comisión tendría que asegurarse de que los Estados miembros trans-*

una segunda vía: el enfoque mixto (el instrumento horizontal combinado, en su caso, con el vertical), que se inicia tras la adopción de la Directiva 2005/29/CE, sobre prácticas comerciales desleales, que se aplica a todos los contratos con consumidores. Se parte de la afirmación de que hay un grupo de cuestiones comunes a todas las directivas que forman parte del acervo en materia de consumo (definiciones de conceptos básicos –consumidor/profesional–, la duración del período de reflexión y las modalidades para ejercer el derecho de desistimiento constituyen ejemplos de cuestiones que son importantes en el contexto de varias directivas). Estas cuestiones comunes podrían extraerse de las directivas vigentes y regularse de manera sistemática en un instrumento horizontal. El instrumento horizontal deberá complementarse con diversas acciones verticales, esto es, con la revisión de directivas concretas al objeto de abordar los problemas específicos que plantean, siempre que sea necesario («enfoque mixto»).

III. La Directiva 2011/83/UE, sobre *derechos de los consumidores*

8. El 11 de noviembre de 2011 se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea, el texto de la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, *sobre los derechos de los consumidores*, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

9. De la misma destaca que pese al carácter pretendidamente generalizador de su denominación (Directiva sobre los *derechos de los consumidores*)⁷, no es una norma que establezca un régimen general sobre los derechos de los consumidores sino que sólo regula determinados aspectos considerados como fundamentales en la contratación con consumidores y, como tal, directamente aplicables a todos los contratos de consumo Subsiste, por tanto, toda la normativa sectorial. El artículo 3 de la Directiva regula la relación entre la Directiva y dicha regulación sectorial, estableciendo la prevalencia de la normativa sectorial en caso de producirse un conflicto entre alguna disposición prevista en la misma y otra de la Directiva.

10. Por otro lado, en su artículo 4 consagra el principio de armonización plena, lo que significa que los Estados no pueden mantener o introducir en su legislación nacional disposiciones más o menos estrictas para garantizar un diferente nivel de protección de los consumidores, salvo disposición en contrario de la presente Directiva. Pero, como se ha señalado, la armonización plena no deja de presentar problemas porque la Directiva solo puede tener eficacia en aquello que regula, por lo que el legislador estatal es libre de regular lo que no entra dentro de su ámbito de aplicación. Por ello, *en la práctica la armonización plantea importantes problemas de delimitación puesto que, en relación a cada precepto concreto, habrá que averiguar si éste está o no afectado por ese enfoque*⁸.

ponen de manera coherente la misma cuestión en relación con cada una de las directivas. El volumen de los actos legislativos no disminuiría y los mismos conceptos comunes seguirían figurando y regulándose en las distintas directivas. Sin embargo, de este modo, podría respetarse la especificidad de cada ámbito, a través de la mejora de la legislación existente y de su revisión cuando fuera necesario

⁷ La Directiva solo se ocupa de una parte del llamado derecho contractual de consumo, pues quedan fuera materias tan importantes como la Directiva 2000/31/CE sobre comercio electrónico, la Directiva 2002/65 CEE sobre servicios financieros a distancia, la Directiva 2008/48/CE) de crédito al consumo, o la Directiva 2008/122/CE sobre time-shire. Por otro lado, la directiva no revisa la cuatro inicialmente previstas, pues quedan fuera de su ámbito las directivas sobre cláusulas abusivas y la directiva sobre garantías en los bienes de consumo.

⁸ Además es evidente que no favorece mucho las cosas el hecho de que la Directiva se haya limitado a refundir tan solo dos directivas, es decir, solo una parte del derecho contractual de consumo europeo. Para que la armonización plena pueda ser satisfactoria es preciso contemplar este en su conjunto y armonizarlo tanto como sea posible. M. EBERS: «De la armonización mínima a la armonización plena. La propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores», INDRET, Barcelona, abril, 2010, p 11.

IV. Consideraciones generales sobre la transposición de Directiva 2011/83 al ordenamiento español

11. El 19 de abril de 2013, el gobierno español dio luz verde al *Anteproyecto de Ley por el que se modifica el Texto refundido de la Ley General para la defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo, 1/2007, de 16 de Noviembre*. Hasta el momento se conocen dos borradores publicados por el Ministerio de Sanidad, Servicios sociales e Igualdad, pues el primero, de 16 de abril de 2012, fue sustituido por el actual, de 24 de julio de 2012, cuyas previsiones son las que vamos a considerar.

12. Como se señala en la «Memoria de impacto normativo» que acompaña al segundo borrador, al tratarse de la incorporación de una Directiva que incide directamente en la derogación y modificación de otras Directivas, cuya transposición al ordenamiento interno español se contempla actualmente en el Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, *la adaptación del ordenamiento interno a las disposiciones de la nueva Directiva debe llevarse a cabo mediante la modificación del citado texto refundido, a través de una nueva ley, como única alternativa viable*⁹.

13. Entre los problemas que plantea la transposición de la Directiva por la vía de modificar la regulación contenida en el Real Decreto Legislativo 1/2007, destaca el coordinar los distintos ámbitos de aplicación de la Directiva y del Texto refundido, ya que el ámbito de aplicación de la Directiva, establecido en su artículo 3, se extiende tanto a los contratos a distancia y fuera de establecimiento como a los aspectos contractuales relativos a los restantes contratos, dado su carácter de instrumento horizontal. Por tanto, el legislador español no puede limitarse a cambiar, sin más, las normas que regulan los contratos a distancia o fuera de establecimiento, pues parte de contenido de la Directiva se aplica a contratos distintos de los contratos a distancia o fuera de establecimiento. Pero, por otro lado, la larga lista de exceptuaciones que contiene el mismo artículo en su párrafo 3 (hasta trece), impide que el legislador pueda igualar el ámbito de la Directiva y el ámbito de aplicación del Texto Refundido que, por definición, es más amplio, en cuanto que ésta última norma es de aplicación, como señala su artículo 2, *a las relaciones entre consumidores o usuarios y empresarios* (artículo 2 TRLDCU). No puede hacerlo, pues todas las excepciones quedarían al margen de la aplicación de normas de protección de consumidores que les son directamente aplicables (normativa sobre condiciones generales o garantías en las ventas de bienes de consumo)¹⁰, lo que nos lleva a examinar las distintas posibilidades de actuación del legislador español para proceder a la transposición de las normas de la Directiva, determinando qué es lo que el legislador puede o no puede hacer.

14. Como ya hemos señalado, la Directiva 2011/83 recoge la regla de la armonización plena que prohíbe a los legisladores estatales establecer niveles de protección distintos -no menores, pero tampoco mayores- que los dispuestos en la Directiva para las materias armonizadas, pero el legislador estatal sí que puede actuar, al efectuar la transposición, de distintas maneras. En primer lugar, puede hacer efectivas las excepciones al principio de armonización plena que la misma Directiva contiene pues,

⁹ Ya había advertido Cordero Lobato de que la opción que probablemente elegirá el Legislador estatal será la de trasponer la Directiva mediante una Ley que reforme aquellos preceptos del TRLCU que son incompatibles con la nueva regulación. *Es una labor asumible a un coste bajo, porque se trata únicamente de comparar ambos textos legales para ajustar el TRLCU a la Directiva, modificando sus normas y eliminando, además, aquellas reglas de protección de los consumidores que les confieran un nivel de protección superior al que les dispensa la Directiva.* E. CORDERO LOBATO: «*¿Cómo trasponer la Directiva de derechos de consumidores al derecho español?*», en Revista CESCO de Derecho de consumo, nº1/2013, disponible en <http://www.uclm.es/centro/cesco/>

¹⁰ *El problema no sería, ciertamente, que hubiera que ajustar los artículos 93 y 108 TRLCU a la Directiva. Por el contrario, el verdadero problema es que el artículo 3 de la Directiva no podría sustituir el ámbito actual del TRLCU sin que el Estado español incumpliese otras directivas comunitarias, pues, por ejemplo, la Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas (que finalmente no ha sido afectada en su conjunto por la Directiva 2011/83) regula toda clase de contratos con consumidores sin que sean aplicables las exclusiones contempladas en el artículo 3 de la Directiva 2011/83. Lo mismo sucede con la Directiva sobre venta y garantías, que sólo excluye de su ámbito ciertos bienes de consumo [cfr. el artículo 1.2 b) o de la Directiva 1999/44/CE, que tampoco ha sido afectada por la Directiva 2011/83].* E. CORDERO LOBATO: «*¿Cómo trasponer la Directiva de derechos de consumidores al derecho...?*», cit., pp. 113-114.

recordemos que el artículo 4 establece que los Estados miembros no mantendrán o introducirán, en su legislación nacional, disposiciones contrarias a las fijadas en la presente Directiva, en particular disposiciones más o menos estrictas para garantizar un diferente nivel de protección de los consumidores, *salvo disposición en contrario de la presente Directiva* (artículo 4 Directiva 2011/83). Por otro lado, hay que tener en cuenta lo dispuesto en su Considerando 13, conforme al cual, *la aplicación de las disposiciones de esta Directiva a aspectos no incluidos en su ámbito de aplicación ha de seguir siendo competencia de los Estados miembros, con arreglo al Derecho de la Unión*, lo que tiene a su vez una doble consecuencia. La primera que, como señala la Directiva en el mismo Considerando, los Estados miembros *pueden mantener o introducir normas de Derecho interno que correspondan a las disposiciones de la presente directiva o a algunas de las disposiciones de la misma, respecto de contratos que quedan fuera de su ámbito de aplicación*. La segunda consecuencia es que los Estados miembros *pueden también mantener o adoptar disposiciones nacionales sobre cuestiones que la presente Directiva no regule específicamente*, tales como normas adicionales sobre contratos de venta, también en relación con la entrega de bienes o requisitos para el suministro de información durante la vigencia de un contrato, con arreglo al Derecho de la Unión. Por tanto, respecto de la materia «no armonizada», y dado que el legislador estatal conserva sus competencias, puede introducir (o, en su caso, mantener) normas de Derecho interno¹¹.

15. Resaltamos esta cuestión pues es especialmente importante en relación con el tema que nos ocupa, pues no hay que olvidar que la regulación del desistimiento en la Directiva 2011/83, se encuentra recogida en los artículos 6 a 16, dentro del Capítulo III (*Información al consumidor y derecho de desistimiento en los contratos a distancia y en los contratos fuera de establecimiento*) del texto legal, con lo cual el legislador español puede efectuar la transposición en materia de derecho de desistimiento de maneras diferentes. En primer lugar, puede limitarse a modificar únicamente el régimen previsto para el derecho de desistimiento en los contratos a distancia o fuera del establecimiento mercantil con la finalidad de adaptarlo a las previsiones del Capítulo III de la Directiva 2011/83, ciñéndose al ámbito de aplicación de la normativa del desistimiento en la Directiva (contratos a distancia y fuera de establecimiento). Pero, conforme a lo dispuesto más arriba, puede incluir las novedades de la Directiva en materia de desistimiento, en el régimen general (arts 69 a 78 TRLCU) en cuanto sean más protectoras que la regulación actual respecto de los derechos de los consumidores. Cabe, por último, preguntarse por la posibilidad de aprovechar la necesidad de transposición de la Directiva para extender el reconocimiento del derecho de desistimiento a «todos los contratos con consumidores», posibilidad defendida por parte de la doctrina española desde la publicación del texto refundido de 2007¹².

16. La primera opción, es la más sencilla, pero también es la más conservadora, en el sentido de que no abordaría la solución de los problemas derivados de la fragmentación y la disparidad normativa existente entre las distintas regulaciones del derecho de desistimiento en las diferentes modalidades contractuales que lo contemplan, tanto dentro como fuera del Texto refundido.

17. En la segunda opción, subsiste la fragmentación (dualidad de regímenes en el Texto refundido -el general y el de contratos a distancia y contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil- y las normas sectoriales), pero permite solucionar en parte la disparidad normativa adaptando el régimen general de los artículos 68 a 79 a las previsiones de la Directiva sobre los derechos de los consumidores, para tratar de manera homogénea los aspectos esenciales de este derecho (las normas sobre duración del plazo, determinación del momento de ejercicio, consecuencias del incumplimiento del deber de infor-

¹¹ En éste sentido M.J., MARÍN LÓPEZ: «La Directiva 2011/83: esquema general, ámbito de aplicación, nivel de armonización y papel de los Estados miembros, en Revista CESCO de Derecho de consumo, nº 1/2012, pp. 8-21, p. 10, disponible en <http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco>

¹² Podía haberse esperado que el TR hubiera aprovechado la ocasión para generalizar el derecho de desistimiento a todos los contratos celebrados por consumidores, más allá de los supuestos específicos en que había sido reconocido por la ley....En rigor, la armonización que se hace de el derecho de desistimiento es banal. A. CARRASCO PERERA: «Texto refundido de la Ley general para la defensa de consumidores y usuarios (Real Decreto Legislativo 1/2007). Ámbito de aplicación y alcance de la refundición», Aranzadi Civil, nº 1, 2008, pp. 2215-2225, p. 2218.

mación, formalidades y consecuencias del ejercicio del derecho). Pero habrá que tener en cuenta que si se opta por mantener las normas sectoriales, que convivirán con el régimen general previsto en el texto refundido, de carácter subsidiario respecto de la normativa sectorial (artículo 68.2 TRLCU), la diferente regulación puede dar lugar a la aparición de conflictos (por la diferente regulación de plazos, entre otras cuestiones) que exigirían la modificación de las normas sectoriales o la existencia de una norma que de forma clara resolviera esos conflictos.

18. La última opción, unificar la regulación del derecho de desistimiento en el texto refundido estableciendo un único régimen aplicable a todos, o parte, de los contratos de consumo, es la más problemática. Se trata de examinar si la construcción de este régimen general es posible, aconsejable, y en tal caso, cuáles han de ser los criterios para su elaboración.

V. El Anteproyecto de Ley por el que se modifica el texto refundido de la Ley General para la defensa de consumidores y usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de Noviembre

19. Conforme señala el borrador de Anteproyecto, de 24 de julio de 2012, su finalidad es la elaboración de una ley por la que se proceda a modificar el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, a fin de transponer al Derecho interno la Directiva 2011/83/UE. Añade asimismo los criterios seguidos en la transposición, basados, preferentemente, en la *fidelidad al texto de la directiva y en el principio de mínima reforma de la actual normativa*.

20. El borrador de anteproyecto se estructura en una exposición de motivos y un artículo único que se divide en dieciocho apartados que incluyen las modificaciones introducidas en el texto refundido. Se acompaña de una disposición transitoria y una derogatoria (la ley deroga expresamente el Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales en desarrollo del artículo 5.3 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación, *cuyas disposiciones resultan incompatibles con el enfoque de armonización máxima de la Directiva que se transpone*). Termina con cuatro disposiciones finales y un anexo.

21. De una primera lectura del extenso artículo 1 del anteproyecto se deduce que el legislador español ha optado por mantener en lo esencial la estructura del actual texto refundido, (*principio de mínima reforma normativa*), si bien, reordena las materias propiamente afectadas por la Directiva 2011/83, con un resultado no siempre acertado¹³.

En su apartado 1, el artículo 1 del Anteproyecto, modifica los artículos 3 y 4 del TRLCU con el fin de adaptar las definiciones de consumidor y usuario a lo dispuesto en la Directiva. Conforme al nuevo art 3: *A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión*. Es empresario , conforme al nuevo artículo 4, *la persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe, incluso a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresa, oficio o profesión*.

¹³ Señala Hualde que *el texto en tramitación no se limita a dar nueva redacción a los artículos afectados por la Directiva, sino que a la vez efectúa una reordenación sistemática del Real Decreto Legislativo que, a mi juicio merece todavía una re-elaboración, pues la nueva sistematización no se hace todavía de forma coherente y no llega, por ejemplo, a despejar algunas dudas sobre el ámbito de aplicación del derecho de desistimiento a la vez que incide en reiteraciones normativas que deben corregirse*. T. HUALDE MANSO: Anteproyecto de Ley por el que se modifica el texto refundido de la Ley General para la defensa de consumidores y usuarios (Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de Noviembre), Aranzadi civil-mercantil, núm.6/2012, Aranzadi, Pamplona, 2012.

22. Ciñéndonos a las materias propias de la contratación con consumidores y, en especial a la regulación del derecho de desistimiento, hay que señalar que subsiste la regulación del libro II, («Contratos y Garantías»), si bien se introducen modificaciones en el Título I («Contratos con los consumidores y usuarios»), muy numerosas respecto de las previsiones del Capítulo I («Disposiciones Generales»), muy limitadas en el Capítulo II («Derecho de desistimiento»), y se reforma por completo el Título III («Contratos a distancia y contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles»), pues, siguiendo los mandatos de la Directiva se unifica la regulación de los contratos a distancia y fuera de establecimiento, cuya regulación modificada se recoge en el título III. La nueva ordenación sistemática se hace, como señala el artículo 1.17 del Anteproyecto, *suprimiendo el contenido del título IV, pasando el título V a enumerarse como IV*. Por último, permanece inalterada la regulación del Libro III («Responsabilidad civil por bienes y servicios defectuosos»), y el libro IV que dispone la regulación que ha de observarse sobre viajes combinados.

23. De esta primera aproximación se pueden extraer unas primeras observaciones. Parece que el Anteproyecto ha optado por la «fidelidad» a la Directiva, regulando separadamente las disposiciones aplicables a cualesquiera contratos incluidos en el ámbito de aplicación de aquélla (Capítulo II, artículo 5 Directiva 2011/83 y Capítulo IV, arts. 17 a 22 y 27 Directiva 2011/83), respecto de todos los contratos de consumo sujetos al TRLCU, de conformidad con lo dispuesto en sus artículos 1 a 7. Por otro lado, aún con alguna excepción, regula separadamente, la normativa que la Directiva vincula expresamente a los contratos a distancia o fuera de establecimiento (Capítulo III, arts. 6 y ss). No parece, por tanto, que exista intención de que el régimen del derecho de desistimiento, dispuesto en la Directiva para los contratos a distancia o fuera de establecimiento, se convierta en un régimen general aplicable a todos los contratos con consumidores. En efecto, el Anteproyecto no modifica, en lo más mínimo, la regulación general de los artículos 68 a 79 del TRLCU, sino que se limita a adicionar la regulación de los efectos del derecho de desistimiento en los contratos complementarios (artículo 76 bis) y a modificar la redacción del artículo relativo a los contratos vinculados (artículo 77). Ahora bien, esta modificación, aunque mínima, tiene su importancia pues supone aplicar el artículo 15 de la norma comunitaria, situado en la regulación de la Directiva dedicada del desistimiento en los contratos a distancia y fuera del establecimiento, en el ámbito del desistimiento para todos los contratos de consumo.

24. Subsisten, dentro del Texto Refundido, el régimen general (arts. 68 a 79) y un régimen especial, el del derecho de desistimiento en los contratos a distancia y fuera de establecimiento (arts. 101 a 108), por lo que habrá que examinar en qué medida continúan los problemas derivados de la disparidad normativa tras la proyectada modificación de la normativa interna de consumo. A fin de intentar sistematizar el estudio del alcance de la reforma y su contenido, haremos un breve repaso a las novedades del anteproyecto, deteniéndonos especialmente en las materias que inciden directamente en el tema objeto de estudio.

1. La regulación del derecho de desistimiento en el Anteproyecto (el título I, Contratos con consumidores y usuarios, Capítulo II, Derecho de desistimiento, del Libro II).

25. El Anteproyecto introduce importantes novedades en el Título I del Libro II (*Contratos con consumidores*), aunque reducidas a su Capítulo I (*Disposiciones generales*) pues no se modifican sustancialmente las normas que establecen el régimen del desistimiento en el Capítulo II. Entre las novedades acogidas en el texto del Anteproyecto destacamos la nueva y polémica, redacción del artículo 59.2, que por su importancia en el tema objeto de estudio analizaremos de forma separada. Se añaden el artículo 59 bis (concepto de contrato de venta), artículo 59 ter (concepto de contrato de servicios) y 59 quater (concepto de soporte duradero).

26. Es de destacar la nueva redacción del artículo 60, contenida en el artículo 1. 8 del Anteproyecto, en materia de información previa al contrato. Antes de que el consumidor quede vinculado por un contrato u oferta correspondiente, *el empresario deberá poner a disposición del consumidor y usuario*

de forma clara y comprensible, salvo que dicha información resulte evidente por el contexto, la información relevante, veraz y suficiente sobre las características principales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas (artículo 60.1). Respeto del contenido de la información, destacamos -de su comparación con la redacción actual del artículo 60.2 TRLCU y con el artículo 5 de la Directiva 2011/83- el hecho de que el nuevo artículo 60.2. h, considera como parte de la información relevante, *la existencia del derecho de desistimiento del contrato que pueda corresponder al consumidor y usuario, el plazo y la forma de ejercitárselo*, que reproduce textualmente la redacción del actual artículo 60.2.g, del TRLCU. En este caso, se ha hecho uso de la facultad de «mantener» normativa propia, pues el artículo 5 de la Directiva no hace referencia a la información sobre el desistimiento al regular los requisitos de información en los *contratos de consumo distinto a los contratos a distancia o fuera de establecimiento* (artículo 5 Directiva 2911/83). No obstante, creo que dada la voluntad manifestada por las redactores del anteproyecto de «superar» y reforzar los requisitos de información dispuestos por nuestra legislación respecto de los previstos por la Directiva, el legislador español podría incluir algunos de los requisitos de información previa sobre el derecho de desistimiento que, según la Directiva, son exigibles en los contratos a distancia o fuera de establecimiento (artículo 6 Directiva 2011/83). Creo que en todos los contratos de consumo es importante para el consumidor no sólo saber si tiene derecho a desistir, y en ese caso, cuál es el plazo y la forma de ejercitar del derecho sino, también, le interesa saber que no le asiste el derecho de desistimiento, y, si existe éste, los supuestos que pueden ocasionar su pérdida, ya se trate de supuestos de desistimiento legal o convencional.

27. Centrándonos ya en el contenido del Anteproyecto en relación con el Capítulo II, del Título I (*Derecho de desistimiento*), sus novedades son mínimas por lo que el régimen general que se dispone en este articulado permanece inalterado tras la reforma del texto refundido. No se modifica el artículo 68, que define el derecho de desistimiento *como la facultad del consumidor y usuario de dejar sin efecto el contrato celebrado, notificándoselo así a la otra parte contratante en el plazo establecido para el ejercicio de ese derecho, sin necesidad de justificar su decisión y sin penalización de ninguna clase*. Tras la reforma, el derecho de desistimiento sigue sin configurarse como una facultad vinculada a la noción de consumidor, pues los consumidores solo tendrán derecho a desistir del contrato en los supuestos previstos legal o reglamentariamente o cuando se le reconozca este derecho en la oferta, promoción, publicidad o en el propio contrato (artículo 68.2 TRLCU). El desistimiento de origen legal *se regirá en primer término por las disposiciones legales que lo establezcan en cada caso y en su defecto por lo dispuesto en este Título* (artículo 68.3). El desistimiento de origen convencional, se regirá, a falta de previsiones específicas en la oferta, promoción, publicidad o en el propio contrato *con arreglo a lo previsto en este título* (artículo 79.1. TRLCU). Permanece asimismo invariable el texto del artículo 79, que establece de forma imperativa que el consumidor y usuario que ejerza el derecho de desistimiento contractualmente reconocido no tendrá en ningún caso obligación de indemnizar por el desgaste o deterioro del bien o por el uso del servicio debido exclusivamente a su prueba para tomar una decisión sobre su adquisición definitiva (artículo 79.2). Se establece también que en ningún caso podrá el empresario exigir anticipo de pago o prestación de garantías, incluso la aceptación de efectos que garanticen un eventual resarcimiento en su favor para el caso de que se ejerza el derecho de desistimiento (artículo 79.3. TRLCU). No se aprovecha, por tanto, la ocasión para resolver las dudas suscitadas sobre la aplicación de estas normas imperativas a los supuestos de desistimiento convencional.

28. Por lo demás permanece inalterado lo referente a la obligación de informar y documentar sobre el derecho de desistimiento (artículo 69), a las formalidades y a la prueba del ejercicio del derecho (arts 70 y 72), la duración y el modo del computo del plazo (artículo 71), los gastos vinculados al desistimiento (artículo 73), las consecuencias del ejercicio (art 74) y las normas sobre riesgos por pérdida o destrucción de la cosa (artículo 75), sobre devolución de sumas percibidas por el empresario (artículo 76) y lo dispuesto en el artículo 78, conforme al cual, *la falta de ejercicio del derecho de desistimiento en el plazo fijado, no será obstáculo para el posterior ejercicio de las acciones de nulidad o resolución del contrato cuando procedan conforme a derecho*.

29. Se añade, dentro de las normas dedicadas al régimen general del derecho de desistimiento, la nueva regulación de los llamados contratos complementarios. El nuevo artículo 76 bis se corresponde con el artículo 15 de la Directiva 2011/83, que en el Capítulo III (normas sobre desistimiento en los contratos a distancia o fuera de establecimiento) establece los «*efectos del ejercicio del derecho de desistimiento en los contratos complementarios*». Destacamos la ubicación del artículo 76 bis en sede de régimen general (Título I) y no en la regulación del desistimiento en el Título III, por ser el único supuesto en el que el redactor del anteproyecto hace efectiva sus competencias para adicionar normas previstas en la Directiva para unos contratos específicos (a distancia o fuera de establecimiento) a contratos de consumo distintos (todos los contratos de consumo, en los que el consumidor tenga atribuido legal o convencionalmente un derecho de desistimiento) a los que se aplica el régimen general de los arts 68 a 79 TRLCU. La sede elegida demuestra que el redactor del Anteproyecto es consciente de su competencia para adaptar las normas del Capítulo III de la Directiva 2011/83 al régimen general. De las razones por las cuales solo hace uso de esta competencia para introducir el artículo 15, y no el resto de las normas del Capítulo III en el régimen general, así como sobre sus consecuencias, se tratará más adelante.

30. Según el artículo 15 de la Directiva 2011/83, párrafo 1, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 15 de la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo, *el ejercicio, por parte del consumidor, de su derecho de desistimiento en relación con un contrato a distancia o celebrado fuera del establecimiento conforme a los artículos 9 a 14 de la presente Directiva, tendrá por efecto la resolución automática y sin gastos para el consumidor, excepto los contemplados en el artículo 13, apartado 2, y en el artículo 14 de la presente Directiva, de todo contrato complementario*. La definición de contrato complementario se encuentra en el artículo 2 de la Directiva, *definiciones*, apartado 15) «Contrato complementario»: *un contrato por el cual el consumidor adquiere bienes o servicios relacionados con un contrato a distancia o celebrado fuera del establecimiento y dichos bienes o servicios son proporcionados por el comerciante o un tercero sobre la base de un acuerdo entre dicho tercero y el comerciante*. Sobre la efectos concretos del ejercicio del derecho de desistimiento en los contratos complementarios, el artículo 15.2 de la Directiva precisa que *los Estados miembros establecerán normas detalladas sobre la resolución de tales contratos*.

31. El redactor del Anteproyecto ha procedido a la transposición del artículo 15 de la Directiva, en el artículo 1, Quince, conforme al cual, se adiciona el artículo 76 bis, en el que se repite, literalmente, las disposiciones de la Directiva. Por lo que se refiere a la determinación de las normas detalladas respecto a la resolución de tales contratos, que como establece el artículo 15.2 de la Directiva, corresponde a los Estados, el redactor del anteproyecto ha optado por aplicar las normas establecidas en el régimen general para el ejercicio del derecho de desistimiento (artículo 73, 74, 75 y 76 TRLCU), si bien, se establece un plazo de 14 días naturales para la restitución, frente a los 30 fijados en el régimen general (artículo 76)¹⁴. Por último, el apartado 5, del artículo 76 bis sanciona que *lo dispuesto en los apartados anteriores será también de aplicación a los contratos celebrados a distancia y a los contratos celebrados fuera del establecimiento, regulados en el Título III del Libro II de esta ley*.

¹⁴ El artículo 76 bis establece que, ejercido el derecho de desistimiento sobre el contrato principal, *las partes deberán restituirse recíprocamente las prestaciones recibidas en virtud del contrato complementario, sin ninguna demora indebida y, en cualquier caso, antes de que hayan transcurrido 14 días naturales desde la fecha en que el consumidor haya informado al empresario de su decisión de desistir del contrato principal (artículo 76.bis. 2). En el caso de que el empresario no reintegre todas las cantidades abonadas en virtud del contrato complementario en el plazo señalado, el consumidor y usuario podrá reclamar que se le pague el doble de la suma adeudada, sin perjuicio a su derecho de ser indemnizado por los daños y perjuicios sufridos en lo que excedan de dicha cantidad*. Corresponde al empresario la carga de la prueba sobre el cumplimiento del plazo (artículo 76 bis.2). En el mismo sentido, añade el artículo 76 bis al final, que el consumidor y usuario tendrá *el derecho al reembolso de los gastos necesarios y útiles que hubiera realizado en el bien*. En caso de imposibilidad de devolución de la prestación objeto del contrato complementario por pérdida, destrucción y otra causa imputable al consumidor, este responderá *del valor de mercado que hubiera tenido la prestación en el momento del ejercicio del derecho de desistimiento, salvo que dicho valor fuera superior al precio de adquisición, en cuyo caso responderá de éste (artículo 76 bis 3)* *Cuando el empresario hubiera incumplido el deber de información y documentación sobre el derecho de desistimiento del contrato principal, la imposibilidad de devolución sólo será imputable al consumidor y usuario cuando éste hubiera omitido la diligencia que le es exigible en sus propios asuntos (artículo 76 bis. 4)*.

32. Por otro lado, la reforma de la regulación de los contratos vinculados en el artículo 77 es mínima, pues se limita a establecer expresamente la inclusión de los contratos a distancia y los celebrados fuera del establecimiento mercantil, en el ámbito de aplicación de éste artículo. La finalidad de ésta mención expresa de la aplicación de los artículos 76 bis y 77 a los contratos regulados en el futuro Título III, no deja de ser desconcertante. No parece que persiga despejar las dudas que puedan existir sobre el carácter subsidiario del régimen general respecto de los contratos a distancia o fuera de establecimiento, por entender que la aplicación del régimen general al resto de la normativa sectorial está claramente determinada en el artículo 68.3, pero no lo está respecto de normas de desistimiento incluidas en el mismo Texto refundido. En la reforma no se modifica el artículo 68.3 TRLCU que determina claramente el carácter subsidiario del régimen general respecto de todos los supuestos de desistimiento legal. Pero, por otro lado, si bien en la redacción actual del Texto refundido no cabe ninguna duda al respecto, dada la remisión al régimen general en la regulación del desistimiento en los contratos a distancia (artículo 101.1 TRLCU) y en los contratos celebrados fuera de establecimiento (artículo 110.1 TRLCU), tras la reforma, desaparece toda remisión. Se suscita así la duda acerca de si resultan de aplicación, con carácter subsidiario, las normas del régimen general respecto de la nueva regulación del derecho de desistimiento contenida en el Título III. Antes de proceder a responder a esta cuestión debe analizarse detenidamente la nueva regulación del derecho de desistimiento en el Título III en el Anteproyecto de Ley para la modificación del texto refundido.

2. La regulación del derecho de desistimiento en el Título III «Contratos celebrados a distancia y contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil»

33. En el capítulo I, el artículo 92 del Anteproyecto, determina el ámbito de aplicación de las normas de este Título. Los contratos exceptuados se encuentran enumerados en el artículo 93¹⁵.

34. El artículo 97 establece la información sobre el desistimiento que el empresario debe suministrar al consumidor antes de quedar vinculado por el contrato o por la oferta correspondiente. De éste precepto, llama la atención el hecho de que reitera en muchos casos lo dispuesto en el artículo 60 del título I. Ésta reiteración puede interpretarse como falta de sistemática, que exigiría la reordenación de tales requisitos en el futuro texto normativo¹⁶ de forma que el artículo 97.1 se limite a citar aquellos aspectos que no estén incluidos expresamente en el anterior artículo 60, a fin de evitar duplicidades y el riesgo de descoordinación (por ejemplo en cuanto al precio los arts 5.c. y 6.e. de la Directiva son transpuestos de forma diferente en los arts 60.2 y 97.1.e del Anteproyecto), aun cuando puede interpretarse como la intención del redactor del Anteproyecto de delimitar las reglas propias de este tipo de contratos, excluyendo la aplicación del artículo 60 aplicable a todos los contratos de consumo.

35. De la regulación del derecho de desistimiento en el capítulo III, del nuevo título III, destacamos los aspectos siguientes. Se amplia el plazo, de siete días hábiles a catorce días naturales, en el que el consumidor puede desistir del contrato, *sin indicar el motivo y sin incurrir en coste alguno distinto de los previstos en los arts 106.2 y 107* (artículo 101 cfr. artículo 9.1 Directiva 2011/83). Reiterando lo dispuesto en el artículo 68.1, señala que *serán nulas de pleno derecho las cláusulas que impongan*

¹⁵ Es de destacar que no se ha hecho uso de la posibilidad de exceptuar del ámbito de aplicación a los supuesto de contratos celebrados fuera del establecimiento cuando la cuantía a abonar por el consumidor no excede de cincuenta euros o de un valor inferior establecido por cada Estado (en España, hasta ahora el valor era de 48,08 euros ex art. 108, b TRLGDCU). *El Anteproyecto se aparta notablemente de la regulación vigente respecto a contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil y del texto de la Directiva, ya que independientemente de su cuantía todos los contratos quedarán incluidos en las exigencias de información del TRLGDCU. Es este un extremo sobre el que se debería reflexionar; ¿es conveniente ampliar las cargas informativas a contratos de escaso valor? La respuesta debe estar en gran parte determinada por la posición adoptada por los demás Estados miembros.* A.I. MENDOZA LOSANA: «Observaciones, comentarios y propuestas de mejora del anteproyecto de Ley por el que se modifica el texto refundido de la Ley General para la defensa de consumidores y usuarios y otras leyes complementarias aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, disponible en www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/30/15.pdf, pp 6 y 7.

¹⁶ En este sentido, T. HUALDE MANSO: Anteproyecto de Ley por el que se modifica el texto refundido de la Ley General para la defensa de consumidores y usuarios», en Aranzadi Civil-Mercantil, núm 6/2012.

al consumidor una penalización por el ejercicio de su derecho de desistimiento o la renuncia al mismo (artículo 101.2 Ant.). El plazo se determina señalando el «*dies ad quem*» (artículo 103) en función del tipo de contrato de que se trate que regulando muy detalladamente los distintos supuestos (cfr. artículo 9.2 Directiva 2011/83).

36. En caso de que el empresario no facilite al consumidor la información sobre el derecho de desistimiento, se amplía el plazo para desistir del contrato hasta doce meses después de la fecha de expiración del periodo inicial (artículo 104 Ant.). Si el empresario cumple con retraso la obligación de facilitar la información, pero lo hace en el plazo de doce meses a partir de la fecha contemplada en el artículo 103, el plazo de desistimiento expirará a los catorce días naturales de la fecha en que el consumidor reciba la información (artículo 104.2) (cfr. artículo 10 Directiva 2011/83). No obstante, el examen de las consecuencias del incumplimiento de la obligación de información no se limitan a lo dispuesto en el artículo 104, pues, debe también examinarse cuanto dispone el artículo 108 que, bajo la rúbrica, *Consecuencias del incumplimiento*, establece que: 1. *El contrato celebrado sin que se haya facilitado al consumidor la información sobre el derecho de desistimiento, tal como se establece en el artículo 97.1, letra i), así como la copia del contrato celebrado o la confirmación del mismo, conforme a los artículos 98.6 y 7 y 99.2, podrá ser anulado a instancia del consumidor.* 2. *Corresponde al empresario probar el cumplimiento de lo dispuesto en el apartado anterior.*

37. El precepto que comentamos que transcribe casi literalmente el actual artículo 112 del Texto refundido, tiene su antecedente en la Directiva 85/577 CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, relativa a la protección de los consumidores en caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales, que además de reconocer un derecho de desistimiento «*ad nutum*», al que denominaba rescisión, establecía que *los Estados miembros procurarán que la legislación nacional prevea medidas adecuadas que tiendan a proteger al consumidor en caso de que se haya proporcionado la información contemplada en el presente artículo»* (artículo 4.3 Dir 85/577/CEE).

38. En cumplimiento de este mandato, la Ley 26/1991, de 21 de noviembre, en su artículo 3, introdujo la regla que exige el contrato revista una determinada forma y tenga un cierto contenido. La consecuencia de la inobservancia de la forma es que *el contrato celebrado o la oferta realizada con la infracción de lo dispuesto de los requisitos 69.1 y 111 podrán ser anulados a instancia del consumidor y usuario* (artículo 4). Añadía el párrafo 2, que *en ningún caso podría ser invocada la causa de nulidad por el empresario, salvo que el incumplimiento sea exclusivo del consumidor usuario*, si bien, éste segundo párrafo desaparece de la actual regulación en el texto refundido¹⁷, pues, tras la refundición operada por el Real Decreto Legislativo 1/2007, el artículo 112 reproduce la regla contenida en el artículo 4 de la primitiva Ley de contratos celebrados fuera del los establecimientos mercantiles.

39. La interpretación del artículo 112 del Texto refundido nunca ha dejado de ser problemática. La mayoría de la doctrina recondujo estos supuestos al instituto de la anulabilidad o nulidad relativa, como tipo de invalidez que permite desligarse solo a una de las partes dada su analogía con los vicios del consentimiento, si bien, se puso entonces de manifiesto la necesidad de una regulación concreta que superase los inconvenientes propios del régimen de la acción regulada en los arts 1300 y ss del CC (plazo excesivo para el ejercicio de la acción, dificultad de determinar el momento a partir del cual puede ejercitarse que determina que, en la práctica, tal acción sea imprescriptible si se considera que el plazo comienza cuando el consumidor puede ejercitar la acción por el cumplimiento del empresario del deber de información....). Ello motivó que parte de la doctrina recondujera estos supuestos al régimen de resolución por incumplimiento¹⁸ o a mantener la necesidad de igualar las consecuencias del incumplimiento

¹⁷ Sobre el sentido del párrafo 2 ver, por todos, J.R. GARCÍA VICENTE: «Ley de Contratos Celebrados Fueras de los Establecimientos Mercantiles: El Derecho de Revocación», Aranzadi, 1997, p. 270 y ss.

¹⁸ N. ÁLVAREZ, LATA:»Invalidez e Ineficacia en el Derecho Contractual de Consumo Español. Análisis de los supuesto típicos de ineficacia en los contratos con consumidores», Aranzadi, 2004, pp. 118-122.

del deber de información y documentación en los contratos celebrados fuera del establecimiento al régimen general (artículo 71.3TRLCU) para generalizar como única consecuencia del incumplimiento del deber de información, la prolongación del plazo de desistimiento.¹⁹ No vamos a reproducir aquí las diferentes posiciones adoptadas sobre este tema por los tribunales españoles. En la actualidad los tribunales se pronuncian por declarar la nulidad, de oficio, de estos contratos al amparo de lo dispuesto en Sentencia del TJUE, de 17 de diciembre de 2009²⁰.

40. Ahora bien, la publicación de la Directiva 2011/83 ha introducido un cambio fundamental en la materia que tratamos: el principio de armonización plena cuya finalidad fundamental es homogeneizar las disposiciones por medio de las cuales los Estados transponen las directivas y terminar con la existencia de soluciones dispares para el mismo problema de omisión de información sobre el desistimiento²¹. En la Directiva, en su artículo 10, al regular conjuntamente los contratos a distancia o fuera de establecimiento, se establece una única consecuencia para la omisión del deber de información. Ello determina que la transposición de la Directiva a nuestro ordenamiento interno deba suponer inevitablemente una reforma del régimen contemplado actualmente en el artículo 112 del TRLCU²². En la Directiva 2011/83, el incumplimiento del deber de información determina la prolongación del plazo de ejercicio del derecho de desistimiento con un límite temporal de un año desde la conclusión del periodo de desistimiento inicial de catorce días, siguiendo una pauta general que se observa tanto en los textos armonizadores del Derecho europeo de contratos²³ como en directivas anteriores y en las correspondien-

¹⁹ *El derecho a anular el contrato como medida para la protección del consumidor cuando el empresario no cumpliera sus obligaciones de información y documentación no era - ni es, a nuestro juicio- la solución preferible, siendo la prolongación de la vigencia del derecho de revocación buna mejor solución que asegurando el poder de decisión sobre el mantenimiento de o no del contrato en manos exclusivas del consumidor, evitaría los peligros del régimen jurídico de la acción de impugnación, No olvidemos que estamos ante una norma refundida, pero, a nuestro juicio, el legislador podría haber aprovechado la ocasión (como de hecho a ocurrido otras veces) para generalizar como única consecuencia la prolongación de la vigencia del derecho de desistimiento del usuario.* I. BELUCHE RINCÓN: «El derecho de desistimiento del consumidor», Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, pp.78 y 79.

²⁰ Según esta sentencia el artículo 4 de la Directiva 85/577/CEE, del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales, no se opone a que un órgano jurisdiccional nacional declare de oficio la nulidad de un contrato comprendido en el ámbito de aplicación de dicha Directiva por no haberse informado al consumidor de su derecho de rescisión, aun cuando éste no haya invocado en ningún momento esa nulidad ante los órganos jurisdiccionales nacionales. El párrafo tercero de este artículo 4 encomienda a los Estados miembros la adopción de «medidas adecuadas que tiendan a la protección del consumidor en caso de que no se haya proporcionado la información contemplada en este artículo». El artículo 8 de la Directiva, por su parte, lleva a cabo una armonización mínima, pues permite a los Estados mantener o adoptar disposiciones más favorables a los consumidores. En estas circunstancias, una medida como la que tiene intención de adoptar el órgano jurisdiccional remitente, consistente en declarar la nulidad del contrato litigioso, puede calificarse de «adecuada» en el sentido del artículo 4, párrafo tercero, de la Directiva, puesto que sanciona el incumplimiento de una obligación cuyo respeto es esencial. Doctrina reflejada, entre otras por la SAP Salamanca, 22 febrero 2010 (JUR 2010\145869); SAP Burgos, 2 marzo 2010 (AC 2010\933); SAP Tenerife, 2 noviembre 2010 (AC, 2011\1125); SAP Sevilla, 13 junio 2011 (JUR 2011\374664) y SAP Tarragona, 8 marzo 2011 (JUR 2011\217122).

²¹ Para un estudio detallado sobre las distintas consecuencias de la transposición de las medidas adecuadas de la Directiva 85/577 en los distintos derechos estatales, ver el completo estudio de G. TOMAS MARTÍNEZ: «Derecho privado comunitario y evolución de las consecuencias del incumplimiento del deber de información del derecho de desistimiento: contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año 16, núm 42, 2012, pp. 543 y ss, en particular, pp. 560 y 561.

²² *Es preciso reflexionar sobre la dudosa «sostenibilidad» de la doctrina contenida en la STJCE a la vista de las previsiones contempladas en la Directiva 2011/83/UE, sobre derechos de los consumidores (que deroga a su predecesora en la materia, la Directiva 85/577/CEE).* Bermudez Ballesteros, MºS: «Sanción aplicable al incumplimiento de los deberes de información y documentación sobre el derecho de desistimiento en los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles. Criterios legales y doctrina jurisprudencial. Comentario a la SAP Castellón de 10 de abril de 2012, (JUR 2012\254736). Centro de Estudios de Consumo, disponible en www.uclm.es

²³ En este sentido, ver artículo 5: 103 ACQP. Los arts. 5:102 y 5:103 DCFR establecen que *en cualquier caso, el plazo para el ejercicio del desistimiento no puede dilatarse más de un año desde la conclusión del contrato. En el mismo sentido se manifiesta el artículo 3: 109, que al regular los deberes precontractuales de información establece, en el apartado 1º, que en caso de incumplimiento de deberes precontractuales de información establecidos a favor de un consumidor, si se trata de un contrato en el que se otorga al consumidor un derecho de desistimiento (regulado en los arts. 5:101 y ss.), el plazo de ejercicio de éste no comienza a correr hasta que se proporcione al consumidor la información necesaria.* Se prevé igualmente que, en cualquier caso, el derecho de desistimiento expira un año después de la conclusión del contrato. Por último, el artículo 42 CELS establece

tes normas de transposición. Creo que el principio de armonización plena, impide al legislador español ir más allá, por lo que la previsión de que el contrato pueda ser anulado a instancia del consumidor debe desaparecer en la reforma de la regulación del texto refundido²⁴.

41. Por otro lado, hay que tener en cuenta que el nuevo art 108 no solo regula las consecuencias del incumplimiento del deber de información sobre el derecho de desistimiento sino también el incumplimiento por el empresario de la obligación de suministrar *la copia del contrato celebrado o la confirmación del mismo, conforme a los artículos 98.6 y 7 y 99.2*. Parece que el legislador incluye en sede desistimiento las consecuencias del incumplimiento por el empresario de los requisitos formales del contrato, y lo hace, de forma errónea²⁵, puesto que no hay que confundir el desistimiento (facultad de empresario de desligarse del contrato sin alegar causa alguna) con la facultad del consumidor de desligarse del contrato alegando el incumplimiento de las obligaciones del empresario. En todo caso, parece que debería ubicarse en el artículo 98 de forma paralela a la previsión del art. 99.5 del Anteproyecto²⁶.

42. Según el art. 108 del Anteproyecto, el incumplimiento de los requisitos formales tiene como consecuencia que el contrato pueda *ser anulado a instancia del consumidor*, configurando un supuesto de invalidez. En este sentido el artículo 98 del Anteproyecto, (requisitos formales en los contratos a distancia), establece en su párrafo 6, que en caso de que un contrato a distancia vaya a celebrarse por teléfono, el empresario deberá confirmar la oferta al consumidor por escrito o, salvo oposición expresa del consumidor y usuario, en cualquier soporte de naturaleza duradera. *El consumidor sólo quedará vinculado una vez que haya firmado la oferta o enviado su acuerdo por escrito*. Según el párrafo 7, el empresario deberá facilitar al consumidor la confirmación del contrato celebrado en un soporte duradero y en un plazo razonable después de la celebración del contrato a distancia, a más tardar en el momento de entrega de los bienes o antes del inicio de la ejecución del servicio. De la lectura de tales preceptos parece deducirse que la «forma escrita», entendida en su acepción tradicional de exigencia de que las declaración de voluntad de las partes consten por escrito, es presupuesto de validez del contrato, como reitera el art. 99 (requisitos formales de los contratos celebrados fuera de establecimiento) que exige en su párrafo 2, el empresario facilite al consumidor *una copia del contrato firmado o la confirmación del mismo en papel o, si el consumidor está de acuerdo, en un soporte duradero diferente, incluida, cuando proceda, la confirmación del previo consentimiento expreso del consumidor y del conocimiento por su parte de la pérdida del derecho de desistimiento a que se refiere el artículo 102, letra m*).

43. Parece que tras la reforma van a continuar las dudas y problemas suscitados por la falta de una regulación coherente, en el derecho comunitario y en los textos con vocación armonizadora del

que el derecho de desistimiento puede ejercitarse dentro de un plazo de 14 días desde la recepción del último bien comprendido en el contrato. Dicho plazo se podrá extender, si el comerciante no facilitó al consumidor la información precontractual legalmente exigida (artículo 42 CELS) en el mismo sentido que los arts. 5:102 y 5:103 DCFR, y arts. 9 y 11 Directiva 2011/83.

²⁴ Desaparece toda posibilidad de anular el contrato por incumplimiento del deber de información sobre el derecho a desistir a partir del periodo de transposición que termina el 13 de diciembre de 2013. Tomas Martínez, G; Derecho privado comunitario...», cit., p. 564.

²⁵ Resulta curiosa la ubicación dentro del texto del Anteproyecto de los preceptos relativos a las consecuencias civiles del incumplimiento de los deberes impuestos sobre información precontractual y confirmación del contrato. No se prevén con carácter general estas consecuencias civiles del incumplimiento. Se establece la nulidad como consecuencia del incumplimiento de deberes de información sobre el derecho de desistimiento, de confirmación del contrato a distancia (art. 108) y de facilitar información precontractual y de confirmar el contrato fuera de establecimiento mercantil (art. 99.5). En principio, esta nulidad no es predicable ni del incumplimiento de deberes sobre información precontractual en los contratos a distancia ni del incumplimiento de cualquier tipo de deber en el resto de contratos. Salvo mejor criterio del legislador, no hay razón para hablar de nulidad en el caso del incumplimiento de deberes formales en relación a los contratos fuera de establecimiento mercantil (art. 99.5) y no aplicar la misma consecuencia al incumplimiento de los mismos deberes en relación a los contratos a distancia (cfr. art. 98). A.I. MENDOZA LOSANA: «Observaciones, comentarios y propuestas de mejora del anteproyecto de Ley ...», cit., p. 16. En el mismo sentido, T. HUALDE MANSO: »Anteproyecto de Ley...», cit.

²⁶ Art. 99. 5 del Anteproyecto: *El contrato celebrado o la oferta realizada con infracción de los requisitos establecidos en este artículo podrán ser anulados a instancia del consumidor y usuario. En ningún caso podrá ser invocada la causa de nulidad por el empresario, salvo que el incumplimiento sea exclusivo del consumidor y usuario.*

derecho privado europeo, de las consecuencias que han de aplicarse por el incumplimiento de los requisitos formales en los contratos de consumo. Las directivas comunitarias utilizan la forma del contrato como medida de protección al consumidor imponiendo un formalismo contrario al principio espiritualista que informa nuestro Derecho común, pero lo hacen vinculando la exigencia de forma con el deber de información, como ha puesto de relieve nuestra doctrina²⁷. Ello nos lleva a examinar la cuestión de la función de la «forma» exigida en estos contratos, lo que, como de todos es sabido, no parece conducir a soluciones satisfactorias. Si la forma condiciona la validez del negocio como elemento esencial (forma *ad solemnitatem*) la sanción por incumplimiento debería ser la nulidad absoluta, no la anulabilidad. Al utilizar tal sanción para el incumplimiento (art. 4 LCCFEM, art. 112 Texto refundido, y el 108 del Anteproyecto) parece que el legislador español no considera una forma «*ad solemnitatem*» o que, aún considerado que la forma tiene tal carácter, desea establecer una sanción distinta para proteger al consumidor.

44. Ahora bien, si la finalidad de la norma es proteger al consumidor asegurando que llegue a su poder la información necesaria, tal solución no es la única adecuada. Coincido en este sentido con las opiniones de aquellos autores que consideran que si la finalidad perseguida en la normativa comunitaria al obligar al empresario a redactar el contrato por escrito -en papel o en otro soporte duradero- y a entregar una copia del mismo al consumidor, es informarle de sus derechos y obligaciones, *la sanción más adecuada para el incumplimiento de cualquiera de ellas es permitir al consumidor desvincularse extrajudicialmente del contrato celebrado. Y a tal fin bastaría con prorrogar (bien durante un período de tiempo, bien indefinidamente) el ejercicio del derecho de desistimiento que se otorgue a este último*²⁸. En efecto, ésta solución parece más acorde con la función protectora del consumidor, en la medida en que para hacer valer la anulabilidad es necesario ejercitar judicialmente la correspondiente acción de impugnación para desvincularse del contrato realizado, con los consiguientes gastos y molestias. Por otro lado, lo defendido no es obstáculo para que el consumidor pueda instar la anulabilidad del contrato aduciendo error el consentimiento derivado del incumplimiento de la obligación de información.

45. Por lo que se refiere al ejercicio y los efectos del desistimiento, éstos se regulan en el nuevo artículo 105. Antes de que venza el plazo de desistimiento, el consumidor comunicará al empresario su decisión de desistir del contrato. A tal efecto, el consumidor podrá utilizar el modelo de formulario de desistimiento que figura en el anexo I, letra b de esta ley; o bien realizar otro tipo de declaración inequívoca en la que señale su decisión de desistir del contrato (artículo 105.) El consumidor habrá ejercido su derecho de desistimiento dentro del plazo contemplado en el artículo 103 y en el artículo 104, cuando haya enviado la comunicación relativa al ejercicio del derecho de desistimiento antes de que finalice dicho plazo (cfr. artículo 11 Directiva 2011/83). Como novedad, se dispone que el empresario podrá ofrecer al consumidor, además de las posibilidades contempladas en el apartado 1, *la opción de cum-*

²⁷ La normativa comunitaria potencia que la información destinada al consumidor se suministre de forma escrita, *porque es el medio para dar a conocer al consumidor esa información considerada como preceptiva*. N. ÁLVAREZ LATA: «Invalidez e ineficacia...», op. cit., p. 66 y ss.. La forma tiene una función «*ad lucitatem*», J.R. GARCÍA VICENTE: Ley de contratos..., p. 175; o una función «*informativa*». E. ARROYO I AMAYUELAS: ¿Qué es la forma en el derecho contractual comunitario de consumo?, ADC, nº2, 2008, pp. 520.

²⁸ En este sentido, Santos Morón señala en apoyo de esta solución –prolongación del derecho de desistimiento– que es la postura por la que se inclina el legislador comunitario en las Directivas más recientes, a pesar de que las mismas no se pronuncian expresamente sobre las consecuencias de la falta de forma. La Directiva sobre crédito al consumo (2008/48), dispone que tal contrato deberá plasmarse en papel u otro soporte duradero y que todas las partes deben recibir un ejemplar del mismo (art. 10), pero el incumplimiento de esta exigencia no afecta a la validez del contrato sino que incide en la vigencia del derecho de desistimiento que esta Directiva otorga al consumidor ya que conforme al art. 14.1 en tanto el empresario no cumpla con su obligación de documentar el contrato y entregar un ejemplar del mismo al consumidor, no corre el plazo de ejercicio del derecho de desistimiento. Lo mismo ocurre en la Directiva 2008/122 sobre contratos de aprovechamiento por turno y productos vacacionales de larga duración (art. 5.1 en relación al art.6). En suma, como señala esta autora, *42. Como puede apreciarse, de ambas Directivas resulta que si el empresario no cumple con su obligación de redactar el contrato por escrito en papel u otro soporte duradero y además entregar una copia al consumidor, el derecho de desistimiento se prolonga de manera indefinida... si bien podría preverse un plazo máximo de duración del derecho de desistimiento como se establece tanto en los ACQP como en el DCFR. Mª J. SANTOS MORÓN: –Forma contractual y desarmonización comunitaria–, en Cuadernos de Derecho Transnacional, (octubre 2010), vol II, nº 2, pp. 202-220, pp. 217 y ss.*

plimentar y enviar electrónicamente el modelo de formulario de desistimiento que figura en el anexo, letra b, o cualquier otra declaración inequívoca a través del sitio web del empresario. En tales casos, el empresario comunicará sin demora al consumidor en un soporte duradero el acuse de recibo de dicho desistimiento (artículo 105.3 Ant). Como en el régimen general, la carga de la prueba del ejercicio del derecho de desistimiento recae sobre el consumidor (105.4). En todo caso, señala el artículo 105.5, *el ejercicio del derecho de desistimiento extinguirá las obligaciones de las partes de ejecutar el contrato a distancia o celebrado fuera del establecimiento, o de celebrar el contrato, cuando el consumidor haya realizado una oferta* (Cfr. artículo 12 Directiva 2011/83).

46. La ley regula igualmente las obligaciones que asumen ambas partes del contrato en caso de desistimiento (artículos 106 y 107). Es de destacar que a diferencia de la regulación actual, en el borrador del Anteproyecto se detallan las obligaciones de reembolso y el reparto de los gastos.

47. El empresario reembolsará todo pago recibido del consumidor, incluidos, en su caso, los costes de entrega, sin demoras indebidas y, en cualquier caso, antes de que hayan transcurrido catorce días naturales desde la fecha en que haya sido informado de la decisión de desistimiento del contrato del consumidor, de conformidad con el artículo 105 (artículo 106.1). El empresario deberá efectuar el reembolso utilizando el mismo medio de pago empleado por el consumidor para la transacción inicial, a no ser que el consumidor haya dispuesto expresamente lo contrario y siempre y cuando el consumidor no incurra en ningún gasto como consecuencia del reembolso. No obstante lo dispuesto en el apartado 1, el artículo 106.2 dispone que en caso de que el consumidor haya seleccionado expresamente una modalidad de entrega diferente a la modalidad menos costosa de entrega ordinaria, el empresario no estará obligado a reembolsar los costes adicionales que de ello se deriven²⁹.

48. Por último, en los contratos de venta, hay que destacar que el empresario tiene un derecho de retención del reembolso hasta que haya cumplido una de estas condiciones, *haber recibido los bienes o hasta que el consumidor haya presentado una prueba de la devolución de los bienes, salvo que el empresario se haya obligado a recoger el mismo los bienes* (cfr. artículo 13 Directiva 2011/83). Lo dispuesto en este apartado 3 es una novedad, creo que positiva, en nuestra normativa, si bien es preciso hacer una observación. Si relacionamos la previsión de que el derecho de retención termina cuando *el consumidor presente prueba de haber devuelto los bienes*, con las reglas que determinan la responsabilidad del consumidor en el artículo 107, puede ocurrir que el empresario deba restituir el precio antes de haber examinado los bienes, pudiéndose, entonces, plantear un problema si el valor de los bienes ha disminuido como consecuencia de una manipulación de los mismos *distinta a la necesaria para establecer su naturaleza, sus características o su funcionamiento*.

49. El consumidor, salvo si el propio empresario se ofrece a recoger los bienes, deberá devolverlos sin ninguna demora indebida y, en cualquier caso, a más tardar en el plazo de catorce días naturales a partir de la fecha en que comunique su decisión. Se considerará cumplido el plazo si el consumidor efectúa la devolución de los bienes antes de que haya concluido el plazo de catorce días naturales. El consumidor sólo soportará los costes directos de devolución de los bienes, a no ser que el empresario haya aceptado asumirlos o no haya informado al consumidor de que le corresponde asumir esos costes. (artículo 107.1). El consumidor sólo será responsable de la disminución de valor de los bienes resultante de una manipulación de los mismos distinta a la necesaria para establecer su naturaleza, sus características o su funcionamiento. El consumidor no será en ningún caso responsable de la disminución de valor de los bienes si el empresario no le ha informado de su derecho de desistimiento. Cuando un consumidor ejerza el derecho de desistimiento tras haber realizado una solicitud para que comience la ejecución

²⁹ Lo cierto es que la Directiva 2011/83, exige también el requisito de que la modalidad de entrega «sea ofrecida» por el empresario. Creo que puede ser importante hacer notar esta necesidad: no basta con que haya una modalidad menos costosa de entrega de los bienes, es preciso que esa modalidad sea la ofrecida por el empresario, la elección de una modalidad diferente a la ofrecida y más costosa- es la que justifica que el empresario no deba reembolsar los costes adicionales derivados de la elección del consumidor.

del contrato, el consumidor abonará al empresario un importe proporcional a la parte ya prestada del servicio en el momento en que el consumidor haya informado al empresario del ejercicio del derecho de desistimiento, en relación con el objeto total del contrato. El importe proporcional que habrá de abonar el consumidor al empresario se calculará sobre la base del precio total acordado en el contrato. En caso de que el precio total sea excesivo, el importe proporcional se calculará sobre la base del valor de mercado de la parte ya prestada del servicio (artículo 107.3). Por último, en el apartado 4 del artículo 107 se establece que el consumidor no asumirá ningún coste en determinados contratos de prestación de servicios o suministros cuya ejecución comience durante el periodo de desistimiento, si el empresario no ha facilitado información, o si el consumidor no ha solicitado expresamente que la prestación del servicio se inicie durante el periodo de desistimiento o no ha dado expresamente su consentimiento previo a la ejecución antes del periodo de catorce días naturales, o si no es consciente de que con la ejecución renuncia al derecho de derecho de desistimiento.

50. Después de esta aproximación a la nueva regulación del desistimiento resultante de la reforma, resultan evidentes las divergencias entre la nueva normativa del título III y la normativa sobre desistimiento contenida en el régimen general (arts 68 a 79 TRLCU). Es manifiesto, también, que ello puede generar conflictos. A título de ejemplo, y por lo que se refiere a la obligación de reembolso del empresario, el nuevo artículo 106 se limita a decir que el empresario *reembolsará todo pago recibido del consumidor, incluidos, en su caso, los costes de entrega, sin demoras indebidas y, en cualquier caso, antes de que hayan transcurrido catorce días naturales desde la fecha en que haya sido informado de la decisión de desistimiento del contrato del consumidor* (artículo 106.1). Pero ¿qué ocurre si el empresario no realiza el reembolso? Dado que tal situación no está regulada en el Título III ¿se aplica lo dispuesto en el régimen general que faculta al consumidor a reclamar por duplicado la cantidad adeudada (artículo 76TRLCU)? Para resolver estos conflictos, se ha dado nueva redacción al artículo 59 del texto refundido, que será la herramienta que, según el redactor del Anteproyecto, servirá para interpretar y resolver los problemas derivados de la disparidad normativa.

3. Los conflictos entre las distintas regulaciones del desistimiento dentro del texto refundido y en relación con la normativa sectorial. Examen de lo dispuesto en el artículo 59.2 del Anteproyecto

51. El artículo 1, apartado 4, del Anteproyecto, modifica el segundo párrafo del artículo 59. Según el apartado 1 del artículo 59, *son contratos con consumidores y usuarios los realizados entre un consumidor o un usuario y un empresario*. Dichos contratos con consumidores y usuarios, conforme al primer inciso del párrafo 2 –que se mantiene inalterado–, *se regirán, en todo lo que no esté expresamente establecido en esta norma o en leyes especiales, por las disposiciones legales que regulan los contratos civiles y mercantiles*. Las variaciones aparecen en los apartados siguientes. Conforme con la redacción del Anteproyecto, *la regulación sectorial de los contratos con los consumidores deberá respetar el nivel mínimo de protección dispensada en esta norma*, desapareciendo la mención «*en todo caso*», de la primitiva de la redacción³⁰. Añade, por último, la previsión de que *sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, en caso de conflicto entre las disposiciones de esta Ley y otras disposiciones de carácter sectorial que regulen los contratos con consumidores y usuarios en aplicación de normativa de la Unión Europea, prevalecerán estas últimas en aquellos aspectos expresamente previstos en la normativa de la que traen causa*.

52. Se trata de una norma fundamental pero de difícil interpretación. Su finalidad parece ser la de resolver el problema que pudiera darse si una norma sectorial al ocuparse de determinada materia que también es objeto de regulación en el texto refundido (el mejor ejemplo es precisamente el derecho de desistimiento) establece reglas que determinan un nivel de protección inferior al dispuesto en el mismo. El problema se resuelve con un doble pronunciamiento; *la norma sectorial debe respetar el*

³⁰ Artículo 69.2: *La regulación sectorial de los contratos con los consumidores, en todo caso, debe respetar el nivel mínimo de protección dispensada en esta norma.* (actual redacción TRLCU).

nivel mínimo de protección dispensado en esta norma. Luego, en el caso de que una norma sectorial incumpla esta disposición, la misma debería ser modificada para atenerse a las nuevas exigencias. Pero, dejando a parte la desaparición de la precisión «*en todo caso*» -que puede ser anecdótica o una afirmación indirecta de que la regla general planteada puede admitir excepciones- los problemas derivan de la interpretación de párrafo añadido por el Anteproyecto, conforme al cual, y sin perjuicio de la regla general que afirma que la normativa sectorial no puede dispensar un protección inferior que la establecida en el texto refundido, «*en caso de conflicto*» entre las disposiciones de la Ley y otras disposiciones de carácter sectorial que regulen los contratos con consumidores y usuarios en aplicación de normativa de la Unión Europea, *prevalecerán estas últimas en aquellos aspectos expresamente previstos en la normativa de la que traen causa.*

53. La delimitación del supuesto de hecho acogido en la norma requiere la concurrencia de distintos elementos. En primer lugar, es necesario que se de la existencia de un conflicto entre las disposiciones del texto refundido y una norma sectorial. De otro lado, también es preciso que la norma sectorial regule contratos con consumidores y usuarios y debe haber sido dictada en aplicación de una norma de la UE (es decir, debe ser consecuencia de la transposición de una directiva comunitaria). La consecuencia, es que, las normas sectoriales *prevalecerán en aquellos aspectos previstos en la normativa de la que traen causa.*

54. La primera duda hace referencia a cuáles puedan ser las normas que, en su caso, pudieran entrar conflicto: de una parte la normativa sectorial dictada en aplicación de una norma de la UE, de otra el Texto Refundido, pero ¿qué reglas del Texto Refundido? Cabe pensar que la referencia habrá de hacerse a las disposiciones generales sobre el derecho de desistimiento (arts 68 a 79) por su carácter subsidiario respecto de la normativa sectorial, y, en este sentido, creo que las normas de Título III, a estos efectos, deben considerarse normas sectoriales aún cuando estén contenidas en el propio texto refundido, en cuanto que, como hemos visto, establecen una regulación bastante diferente de la respuesta en el régimen general, y ha sido redactada en aplicación de la norma de la UE (la Directiva 2011/83). Pero ¿podría darse este conflicto, por ejemplo, entre las normas de desistimiento en contratos a distancia y fuera de establecimiento, contenidas en el Título III, y la regulación sectorial de determinadas modalidades contractuales de comercialización a distancia (ad. ex. Ley de Comercialización a Distancia de Servicios Financieros)?

55. La segunda duda, es interpretar el sentido de la expresión «*en aquellos aspectos previstos en la normativa de las que traen causa*», pues, en principio resultarían posibles varias interpretaciones. A título de ejemplo, en el documento de observaciones de la CEOE (Confederación Española de Organizaciones Empresariales)³¹ sobre la modificación del Texto refundido de la Ley General para la defensa de consumidores y usuarios y otras leyes complementarias, a propósito del artículo 59.2, se señala que *en este artículo se pretenden establecer las reglas sobre la aplicación de las normas en el caso de que se dé conflicto entre ellas. Entendemos que tal y como está redactado este párrafo se está restando eficacia al principio general del derecho conforme al cual, es de aplicación preferente la normativa sectorial, respecto a la general. Conforme a lo señalado en el texto, únicamente sería de aplicación la normativa sectorial en los casos en que esta misma prevea que sea de tal forma, y esa previsión generalmente no se produce....Para evitar que ello suceda estimamos que será preciso eliminar en el párrafo 3 la expresión «en aquellos aspectos previstos en la normativa de la que traen causa».*

56. No me parece que éste sea el único significado que pueda darse a la expresión «*normativa de la que traen causa*». Creo que el mismo puede interpretarse también en el sentido de que la prevalencia de la norma sectorial sólo será admisible en la medida en que esta consecuencia esté establecida expresamente en la normativa de la que procede, es decir, en la Directiva, cuya transposición originó la existencia de la normativa sectorial de que se trate.

³¹ https://www.ceoe.es/.../documento_observaciones_ceoe_modificacion_ley_...Formato de archivo: PDF/Adobe Acrobat, Fecha del documento: 01/02/2013. Fecha de la última consulta, 22 de abril de 2013.

57. Pero cualquiera de estas interpretaciones, genera asimismo problemas. Si se considera que la expresión «normativa de la que traen causa», se refiere al hecho de que la norma sectorial prevea expresamente su aplicación preferente en caso de conflicto, bastaría consultar la norma en cuestión para resolver el problema, pero entonces la duda radicaría en concretar dónde debe estar determinada la excepción, pues cabría entender que ésta es tanto la norma concreta –la que determina, por ejemplo, el plazo para el ejercicio del desistimiento– como la normativa sectorial (Ley de Ordenación del Comercio Minorista, Ley de Ventas a plazos, Ley de Comercialización a Distancia de Servicios Financieros). Entiendo que la aplicación preferente debería determinarse expresamente en la norma concreta que la establece, ya que, en otro caso, el último párrafo del nuevo artículo 59.2 no tiene razón de ser pues todas las normas sectoriales y el propio Texto Refundido, determinan la aplicación preferente de las normas sectoriales sobre las normas generales (artículo 68.3 TRLCU que permanece inalterado)³².

58. Sin embargo, no parece que sea este el significado de la expresión «*normativa de la que traen causa*». La citada locución parece hacer referencia a la normativa comunitaria origen de la norma sectorial. Si la norma comunitaria es una directiva dictada siguiendo el enfoque de la armonización plena (como la Directiva 2011/83) es posible que se establezcan disposiciones menos favorables para el consumidor, pero estas prevalecen frente a disposiciones más favorables del régimen general, porque así lo dispone la directiva de la que traen causa. Recordemos que, como señala el Libro Verde, la plena armonización implica *la eliminación de las opciones reguladoras sobre aspectos específicos que ofrecen a los Estados miembros algunas disposiciones de las directivas, lo que en algunos Estados miembros podría resultar en la modificación del nivel de protección de los consumidores*³³. La consecuencia es que el legislador estatal debe cuidar de que no sean de aplicación a una normativa consecuencia de la transposición de una Directiva dictada bajo el enfoque de la armonización plena, normas que establezcan un nivel de protección del consumidor distinto al establecido en la Directiva. Por eso, creemos, que, por ejemplo, las previsiones del artículo 76 sobre la obligación de reembolso del empresario no son aplicables a los contratos a distancia o celebrados fuera del establecimiento y si en un contrato incluido en el ámbito de aplicación del título III el empresario no cumple la obligación de reembolso, el consumidor no podrá reclamar el doble de la cantidad adeudada.

59. Ahora bien, si es este el sentido del confuso artículo 59, el juicio que debe darse a la reforma contemplada en el Anteproyecto no puede ser más desfavorable. Si entendemos que lo que determina el último párrafo del reformado artículo 59.2 es que solo prevalece la norma sectorial en el caso de que la disposición discutida sea transposición «fiel» y «ajustada» al principio de armonización plena dispuesto en la normativa comunitaria, ésta interpretación implica que en la labor, ya de por sí complicada, de interpretar nuestra fragmentaria y, en ocasiones, incoherente legislación de consumo, habría que acudir no solo a la caótica legislación nacional sino también a la correspondiente normativa comunitaria.

60. El legislador español debería ser capaz de insertar la nueva regulación del desistimiento en los contratos a distancia y los celebrados fuera de estableciendo en la normativa española de consumo

³² Esta interpretación podría defenderse partiendo de que el artículo 59.2 del Anteproyecto sería un reflejo de lo dispuesto en el artículo 3.2 de la Directiva 2011/83, para regular los conflictos entre ésta Directiva y directivas anteriores, conforme al cual, *si las disposiciones de la presente Directiva entraran en conflicto con una disposición de otro acto de la Unión que regule sectores específicos, la disposición del otro acto de la Unión prevalecerá y será de aplicación a dichos sectores específicos*. Así, el artículo 59.2 del Anteproyecto puede ser una adaptación de lo dispuesto en el articulado citado, de modo que, que si hay un conflicto entre lo dispuesto en la norma de transposición de la Directiva 2011/83 y las normas que regulan otro sectores, estas prevalecen siempre que provenga de *otro acto de la Unión que regule sectores específicos*, es decir, de la transposición de otras directivas dictadas para sectores específicos. En todo caso, debe advertirse que en la Memoria de Impacto normativo que acompaña al segundo Borrador del anteproyecto, en el cuadro de correspondencia de artículos entre el Anteproyecto y la Directiva, no señalan que exista ningún tipo de correspondencia entre el artículo 59.2 y un artículo de la Directiva. Sí que lo hacen respecto del artículo 59 bis (artículo 2.5 Directiva 2011/2003) y 59 ter (artículo 2.6 Directiva 2011/83), por ello no creo que ésta sea la intención del redactor del Anteproyecto. Borrador 24/07/2012. Anteproyecto de Ley por el que se modifica el Texto refundido de la Ley General para la defensa de consumidores y usuarios, pp. 62 y 63.

³³ LIBRO VERDE sobre la revisión del acervo en materia de consumo, Bruselas, 08.02.2007 COM(2006) 744 final, p. 11

de forma más coherente que la establecida en el Anteproyecto. Cabe observar que, parece que el redactor del Anteproyecto fuera consciente de que la transposición de las normas de desistimiento de la Directiva 2011/83 está limitada por el principio de armonización plena y por ello ha limitado la aplicación de las normas del régimen común a los contratos regulados en el Título III, a los supuestos en los que está aplicación está prevista expresamente (artículo 76 bis y artículo 77³⁴). Esa vía indirecta, de excluir la aplicación del régimen general sin modificar lo dispuesto en el artículo 68.3, sólo puede generar conflictos. Por otro lado, el redactor del Anteproyecto también parece haber optado por no aplicar las normas del la Directiva al régimen común a fin de no generar conflictos con la normativa sectorial, pese a que tal proceder suponga perder la posibilidad de armonizar la regulación del derecho de desistimiento.

61. Quizás, lo coherente sería modificar el régimen común para adaptarlo a la normativa contenida en la Directiva 2011/83, partiendo de la base de su carácter horizontal y de que, como veremos, las normas de desistimiento que en la misma se contienen siguen la misma pauta normativa que las directivas anteriores sujetas a igual enfoque y que los textos armonizadores del derecho europeo de contratos. Tal régimen debería ser completado, en su caso, con las necesarias disposiciones específicas aplicables al contrato correspondiente. Por otro lado, las alternativas posibles –eliminar el régimen común del texto refundido o establecer su aplicación exclusiva a los supuestos de desistimiento convencional– implican realizar modificaciones en las normas sectoriales manteniendo la regulación fragmentaria del derecho de desistimiento y los problemas que de ello se derivan.

VI. La creación de un régimen general del derecho de desistimiento

62. La previsión legal de un verdadero régimen general aplicable a todos los supuestos de derecho de desistimiento es una reclamación constante en nuestra doctrina³⁵, si bien no faltan autores que se han manifestado en favor de una regulación fragmentada del derecho de desistimiento, alegando al distinto fundamento de los supuestos en cada caso. *Más que hablar de un derecho de desistimiento general tiene que hablarse de derechos de desistimiento sectoriales, cuya articulación debe instrumentarse directamente en un instrumento vertical que regule el correspondiente tipo contractual. No existe, en consecuencia, ninguna razón que exija identidad en la configuración del derecho de desistimiento al tratarse de un derecho cuyo ejercicio aparece reconocido en función de fundamentos diferentes*³⁶.

63. Ahora bien, si partimos de que la razón de ser del desistimiento es la necesidad de defender a los particulares que adquieren bienes y servicios en el mercado facultando al consumidor a desligarse de un contrato, no importa tanto el fundamento de dicha facultad - frente a una decisión apresurada o coaccionada o, mediatisada por las agresivas técnicas de marketing, por el carácter masivo de los contratos o por el poder de la parte vendedora, o la complejidad del producto contratado- como que la misma es un mecanismo de defensa de los consumidores, que surge por la ineficacia de otros instrumentos de

³⁴ Recordemos que tal aplicación se dispone expresamente en el artículo 76.bis. 4 sobre contratos vinculados, y es la única modificación que se introduce en la regulación de los contratos vinculados (artículo 77).

³⁵ Siempre que en el procedimiento de transposición de la citada Directiva a nuestro derecho interno, el legislador optase por erigir en régimen general de ejercicio del desistimiento al instaurado en la Directiva. Tal decisión, por otro lado deseable, conllevaría importantes repercusiones.... M^a. S. BERMÚDEZ BALLESTEROS: El derecho de desistimiento en materia de viajes combinados», Revista CESCO de Derecho consumo, nº2/2012, pp.91-113, pp. 112 Y 113.

³⁶ *En las compraventas celebradas fuera del establecimiento mercantil, la finalidad es subsanar la especial situación de indefensión que genera la especial situación en la que se encuentra el consumidor al perfeccionar el contrato, como consecuencia del elemento sorpresa y de la presión sicológica que puede ejercer sobre él el vendedor; Es éste el que toma la iniciativa por lo que el consumidor no está preparado para el proceso de reflexión previo a la perfección de la relación contractual (valorar la características del producto, comparar precios...). En el aprovechamiento por turnos de vienes inmuebles el desistimiento se justifica no en la especialidad del mecanismo de ventas, es indiferente que el contrato se haya celebrado o no en un establecimiento, que haya o no intervención de fedatario público, sino en el objeto del contrato: la comercialización del tiempo de uso del bien inmueble.* J.L. TOMILLO URBINA Y V. GOZALO LÓPEZ:»Aportaciones al Libro Verde sobre la revisión del acervo materia de consumo» en Estudios de Derecho español y europeo, libre conmemorativo de los primeros 25 años de la Facultad de Derecho de la Universidad de Cantabria, coord. Arranz de Andrés, Serna vallejo, ed. Universidad de Cantabria, 2009, p. 987.

protección. En este sentido, el derecho de desistimiento es una materia transversal a todos los contratos de consumo. Por otro lado, cabe advertir que pese a que la legislación de consumo se inicia proclamando los derechos básicos de los consumidores, en realidad la protección del consumidor se concreta en la imposición de obligaciones a los empresarios, siendo el derecho de desistimiento, uno de los pocos derechos reconocidos al consumidor.

64. Es cierto, que no hay un denominador común que nos permita determinar qué riesgos específicos se tratan de contrarrestar con la concesión del derecho de desistimiento, pero esto es así, porque su reconocimiento responde a la consecución de distintos objetivos, no siempre de naturaleza jurídica sino también económica. En estos casos, no se trata tanto de proteger al consumidor como de favorecer la contratación. Éste objetivo puramente económico está detrás de la generalización de los supuestos de desistimiento convencional y, también, en muchos casos, de la falta de reconocimiento de derecho de desistimiento, o su condicionamiento en determinadas modalidades contractuales, que pueden interpretarse como un intento del legislador de potenciar determinados sectores especialmente relevantes desde un punto de vista económico. Es lo que ocurre, por ejemplo, con el derecho de desistimiento reconocido en materia de venta a plazos, que puede exceptuarse en el caso de compraventa de vehículos a motor (artículo 8 LVP), o con la facultad de resolver el contrato atribuida al consumidor en materia de viajes combinados (artículo 160TRLCU).

65. Por eso, precisamente, es necesaria una regulación común y general del derecho de desistimiento, que determina con claridad que supuestos deben incluirse en la noción de desistimiento partiendo de las notas esenciales que caracterizan este derecho, como facultad que permite al beneficiario desligarse de la relación contractual, de forma discrecional (sin alegar causa alguna) y sin asumir ningún tipo de penalización, pues, *serán nulas de pleno de derecho las cláusulas que impongan al consumidor y usuario una penalización por el ejercicio de su derecho de desistimiento* (artículo 68 in fine). En la medida en que el régimen jurídico de una determinada facultad concedida al consumidor para desligarse del contrato, se separe sustancialmente de la regulación general, tal facultad no podrá considerarse derecho de desistimiento. Es lo que ocurre con la previsión del artículo 160 TRLCU en materia de viajes combinados de *dejar sin efecto los servicios solicitados o contratados*, que comporta una penalización para el consumidor, cuya cuantía oscilará en función del momento en que se produzca, y de la que sólo se estará exento cuando se alegue y se pruebe que tuvo lugar por una justa causa (fuerza mayor)³⁷.

66. Si se afirma la conveniencia de diseñar un régimen general sobre el derecho de desistimiento, quizás el momento de hacerlo sea la revisión de la normativa de consumo para su adaptación a la Directiva 2011/83, pues la posibilidad de adaptar nuestro Derecho a las previsiones de la Directiva pudiera permitir salvar las deficiencias de la actual normativa, hecha a base de «recortes», y dotar a la misma de un régimen homogéneo, que coordine bien con las normas particulares, que, en su caso, deben subsistir. Llegados a este punto se hace necesario, entonces, confrontar las reglas vigentes, tanto con el carácter de comunes o generales como sectoriales, respecto de las particulares previsiones acogidas en el texto de la Directiva 2011/83.

1. Las previsiones de la Directiva 2011/83 como régimen general

67. En el régimen vigente, siempre que el derecho de desistimiento esté atribuido legalmente al consumidor y usuario, se disponen distintas reglas en torno a la obligación de información y documentación que ha de satisfacer el empresario, fijando las consecuencias anudadas a su incumplimiento.

³⁷ En este sentido, entre otros, I. BELUCHE RINCÓN:» El derecho de desistimiento...», op. cit., p. 18; S. CAVANILLAS MUJICA: «El Real Decreto Legislativo 1/2007, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias», *Aranzadi Civil*, núm. 1, abril 2008, p. 35; N. MORALEJO IMBERNÓN: «Comentario del artículo 160», en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2009, págs 1881 y 1883.

El empresario está obligado a informarle por escrito al consumidor de la existencia de tal derecho, de los requisitos y consecuencias de su ejercicio, incluidas las modalidades de restitución del bien o servicio recibido, mediante un específico documento, claramente identificado como «documento de desistimiento»³⁸, siendo además, de su cuenta la prueba de haber cumplido ambos deberes. Dado que como estas normas no difieren en esencia de lo dispuesto en la normativa particular y de las establecidas en la Directiva, no parece que existan graves dificultades para su adaptación como régimen general.

68. Si el empresario no ha cumplido las obligaciones de información y documentación, la consecuencia, según el artículo 71 del Texto refundido, es que se amplia el plazo para el ejercicio del derecho de desistimiento a tres meses a contar desde que se entregó el bien contratado o se hubiera celebrado el contrato si el objeto de éste fuera la prestación de servicios. Si el deber de información y documentación se cumple durante el citado plazo de tres meses, el plazo nuevamente se modifica, en este caso acortándose, pues el consumidor dispondrá de un nuevo período de siete días hábiles a partir de ese momento (artículo 71.3 TRLCU). En la propuesta de nueva normativa, se amplia el plazo para desistir hasta doce meses después de la fecha de expiración del periodo inicial (artículo 104 Anteproyecto). Si el empresario cumple con retraso la obligación de facilitar la información, pero lo hace en el plazo de doce meses a partir de la fecha contemplada en el artículo 103, el plazo de desistimiento expirará a los catorce días naturales de la fecha en que el consumidor reciba la información (artículo 104.2 Anteproyecto). En este caso, la consecuencia jurídica del incumplimiento del deber de información es la misma, pero, los plazos difieren enormemente (tres meses a un año). Cabe preguntarse la razón por la cual el legislador no ha adaptado la duración del plazo del régimen general al previsto en el artículo 104, toda vez que este plazo es la «regla común y uniforme» en los textos armonizadores, en la legislación comunitaria y en la normativa española armonizada (Ley de Contratos a Distancia de Servicios Financieros, Ley de Crédito al Consumo, Ley de Contratos de Aprovechamiento por Turnos....). La duda es si tal proceder no obedece a la razón de evitar conflictos con la regulación sectorial. De todos modos parece razonable sugerir, sin duda, la conveniencia de generalizar el plazo de un año aún cuando ello conlleve la modificación de la normativa sectorial. En relación con la particular regla recogida en el artículo 108 del Anteproyecto, repetimos la idea de que no creemos que pueda mantenerse la posibilidad de que el consumidor pueda instar la anulación del contrato por incumplimiento del deber de información, ya que una regla de tal tipo resultaría contraria a las exigencias derivadas del principio de armonización plena contenido en la Directiva. Creo que de esta manera, se resolvería también la discusión sobre su posible aplicación analógica a los supuestos contemplados en la normativa sectorial³⁹.

69. Respecto a las cuestiones relativa a las formalidades y a la prueba del ejercicio del derecho de desistimiento, la vigente regulación establece que el ejercicio del derecho de desistimiento no está sometido a formalidad alguna, por lo que la declaración o manifestación del consumidor de poner fin al contrato podrá ser realizada a través de cualquier procedimiento (carta, e-mail, sms, fax, etc...) que permita dejar constancia del ejercicio del desistimiento y de su fecha. Compete al consumidor la prueba de que ha ejercitado su derecho conforme a las prescripciones legales (arts. 70 y 72 del Testo Refundido). No hay por tanto, referencia alguna al modelo normalizado del desistimiento previsto en la Directiva, ni a la opción de cumplimentar y enviar electrónicamente el modelo de formulario de desistimiento, o cualquier otra declaración inequívoca a través del sitio web del empresario. Creo que es posible, y aconsejable, generalizar el empleo de modelos de formularios de desistimiento, en cuanto instrumento

³⁸ Debe destacarse, respecto de este deber de documentación, la subsistencia de supuestos fuera del Texto refundido que no exigen la obligación de documentación. De ser este el supuesto, podrá reiterarse la solución ya propuesta por la doctrina: *en los citados supuestos, aun cuando las disposiciones comunes que regulan el derecho de desistimiento tengan carácter subsidiario (artículo 68.3TRLCU), a falta de previsión legislativa en contra, debe entregar en juego la regla del artículo 69 del Texto refundido, por lo que el empresario contratante deberá entregar un documento de desistimiento.....De esta forma con la integración de la norma común, desaparece para el consumidor el obstáculo que podía suponer la adecuada redacción de una carta de renuncia que expresará y dejara constancia de su propósito revocatorio I. BELUCHE RICÓN: «El derecho de desistimiento ...», cit., p. 82.*

³⁹ Sobre el tema, N. ÁLVAREZ LATA: «Invalidez e ineeficacia en el Derecho Contractual de Consumo ..», cit, pp. 118 y ss.

útil que facilita al consumidor el ejercicio de este derecho. Por las mismas razones de utilidad y simplificación, creo que debería generalizarse la opción de utilizar el sitio web del comerciante para el ejercicio del derecho de desistimiento en todo tipo de contratos, porque tal instrumento permite dejar constancia de la recepción del ejercicio del derecho por el empresario⁴⁰.

70. Por lo que se refiere al plazo para el ejercicio del derecho, conforme al artículo 71 TRLCU, el consumidor, dispone de un plazo mínimo de siete días hábiles, para ejercer el derecho de desistimiento. Este mismo plazo es el establecido en parte de la legislación sectorial (art. 10.2 Ley de Ordenación del Comercio Minorista y art. 9.1 de la Ley de Venta a Plazos). Por el contrario, en la Directiva 2011/83, se establece el plazo de catorce días naturales. El mismo plazo de catorce días naturales se establece como regla general en la Ley de Contratos a Distancia de Servicios Financieros, (tratándose de contratos de seguro de vida, 30 días naturales), el artículo 14 de la Ley de Crédito al Consumo, la nueva normativa de aprovechamiento por turnos (recordemos que la anterior ley 42/1998 fijaba un plazo de diez días) y en los textos con vocación armonizadora del derecho europeo de contratos⁴¹. Es evidente la diferencia existente entre la pauta normativa seguida en la normativa europea y lo dispuesto en el régimen común, y, que lo deseable sería que este plazo de catorce días, adoptado de forma unitaria, se convierta en la regla general. Debe destacarse también la mejora que las reglas de la Directiva introducen para la determinación del modo del cómputo de los plazos, que debería adoptarse igualmente como régimen común, con el fin de solventar los problemas que se han suscitado en relación con la actual regulación⁴².

71. De igual manera, por lo que se refiere a los gastos vinculados al desistimiento, debe recordarse que el artículo 73 del TRLCU establece que el ejercicio del derecho de desistimiento no implicará gasto alguno para el consumidor, con objeto de liberarle de cualquier gasto que pudiera suponer su decisión, lo que incluye, en principio, excluir los costes directos de restitución y envío (transporte, embalaje,...) de los bienes. En todo caso, estos gastos quedan minimizados al considerar como lugar de cumplimiento, *el lugar donde el consumidor y usuario haya recibido la prestación*. Sin embargo con la nueva normativa resultante de la transposición de la Directiva 2011/83, el consumidor debe soportar algunos costes, que aparecen claramente determinados. No creo que exista ningún obstáculo para adaptar estas normas al régimen general, en cuanto que, de su análisis, resulta que no suponen una penalización para el ejercicio del derecho de desistimiento que es lo que debe garantizarse en el régimen general. En todo caso, recordemos que el actual artículo 73 no impide la existencia de disposiciones específicas para contratos particulares, que imponen costes al consumidor ligados al ejercicio del desistimiento (la Ley 28/1998 de Venta a Plazos, establece como requisito vinculado al desistimiento *la restitución del bien en el lugar, forma y estado e que lo recibió y libre de todo gasto para el vendedor* (artículo 9.1.b Ley 28/1998).

72. La consecuencia del ejercicio del derecho de desistimiento, según el régimen común, es la exigencia de que las partes procedan a la restitución recíproca de las prestaciones; restitución que deberá llevarse a cabo de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 1303 y 1308 del Código Civil (artículo 74 TRLCU). La obligación del consumidor es la restitución, si bien, en la regulación del régimen general no se señala el plazo en el que debe proceder a la restitución. Además, conforme al artículo 74 TRLCU, el consumidor no tendrá que reembolsar cantidad alguna por la disminución del valor del bien, que sea consecuencia de su uso conforme a lo pactado o a su naturaleza, o por el uso del servicio, por lo que será el empresario el que tendrá que soportar el menor valor de la cosa usada y devuelta, sin poder exigir tampoco reembolso alguno por el enriquecimiento derivado del uso del bien. Por la misma razón, el con-

⁴⁰ Recordamos que *en tales casos, el empresario comunicará sin demora al consumidor en un soporte duradero el acuse de recibo de dicho desistimiento* Artículo 105.3 Anteproyecto.

⁴¹ El plazo de 14 días, sugerido en el libro verde sobre la revisión del acervo comentario en materia de consumo, (epígrafe 4,8) es el contemplado en el (artículo 5: 103 ACQP), en el DCFR y en el CELS (artículo 42).

⁴² Sobre el tema, A. ARROYO APARICIO: Los contratos a distancia en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, Aranzadi, 2003, p. 356; M. CLEMENTE MEORO: «El ejercicio del derecho de desistimiento en los contratos a distancia, RDP, 2006, p 172; J.R. GARCÍA VICENTE: «Ley de contratos celebrados fuera..», op. cit., p. 188.

sumidor y usuario tendrá derecho al reembolso de los gastos necesarios y útiles que hubiera realizado en el bien (artículo 74.3 TRLCU). Conforme con las previsiones del Anteproyecto en el nuevo Título III, el vendedor, salvo si el propio empresario se ofrece a recoger los bienes, deberá devolverlos o entregarlos al empresario, o a una persona autorizada por el empresario a recibirlas, sin ninguna demora indebida. No obstante, a diferencia del vigente régimen general, se establece un plazo de 14 días naturales a partir de la fecha en que comunique su decisión de desistimiento del contrato al empresario y se establece la posibilidad de que el consumidor se haga cargo de algunos costes (los costes directos de devolución de los bienes). Puede resultar discutible si hay, o no, una incompatibilidad entre la configuración del derecho de desistimiento como facultad discrecional que no conlleva penalización para el consumidor y el establecimiento de la obligación de abonar alguna cantidad en concepto de depreciación comercial⁴³, si bien, ésta posibilidad está expresamente contemplada en la legislación especial, pues, de nuevo, la Ley 28/1998 de Venta a Plazos, establece la posible obligación del vendedor de abonar *una indemnización como consecuencia de la depreciación comercial que el bien haya sufrido* (artículo 9.1.c). En todo caso, conviene recordar que el régimen de la Directiva se refiere siempre a la asunción de costes de devolución de bienes o a la remuneración de servicios ya prestados.

73. Merecen atención especial las normas sobre devolución de sumas percibidas por el empresario. Según el régimen común actualmente vigente el empresario estará obligado a devolver las sumas abonadas por el consumidor y usuario sin retención de gastos. La devolución de estas sumas deberá efectuarse lo antes posible y, en cualquier caso, en el plazo máximo de 30 días desde el desistimiento, correspondiendo al empresario la prueba del cumplimiento de este plazo (artículo 76.4 TRLCU). Transcurrido dicho plazo sin que el consumidor y usuario haya recuperado la suma adeudada, *tendrá derecho a reclamarla duplicada*, sin perjuicio de que además se le indemnicen los daños y perjuicios que se le hayan causado en lo que excedan de dicha cantidad (artículo 76.2 TRLCU). En estos casos se establece un derecho de reclamación de una cantidad a favor del consumidor (que se repite en el nuevo artículo 76 bis2 al regular la resolución de los contratos complementarios en caso de desistimiento y al establecer la resolución automática y sin costes del contrato de consumo por falta de entrega del bien según el dispone el proyectado artículo 66 bis), en uso de las facultades con que cuentan los legisladores nacionales para proteger los intereses de los consumidores. Ahora bien, la posible pervivencia de esta regla es discutible desde el punto de vista del derecho comunitario, en cuanto que agrava la posición del empresario, que de esta forma tienen una penalización añadida en relación con los empresarios de otros países de la Unión. Es cierto que en la Directiva conforme indica su considerando (48), se advierte expresamente que *en aquellos caso en que el comerciante o el consumidor no cumplan las obligaciones que se derivan del derecho de desistimiento, deben aplicarse las sanciones prevista en la legislación nacional*, pero como señala a continuación, pero tales sanciones deben aplicarse *conforme a los dispuesto en la presente Directiva, así como las disposiciones del Derecho de los contratos*. Y uno de los objetivos de la nueva Directiva, y, en general de toda la normativa comunitaria es eliminar las disparidades que crean obstáculos significativos en el mercado interior, que afectan a los comerciantes y a los consumidores pues, como señala el Considerando (6), *dichas disparidades aumentan los costes*

⁴³ La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de septiembre de 2009 (asunto C-489/07) resuelve una petición de decisión prejudicial planteada por un tribunal alemán, en relación a lo dispuesto en los arts 6.1 y 6.2 de la Directiva /97/7/CEE, conforme a los cuales el único coste que puede imputarse al comprador es el directo de la devolución de las mercancías. La cuestión que se plantea es si ¿debe interpretarse lo dispuesto en el apartado 2, artículo 6 de la Directiva, en relación con el apartado 2 segunda frase, de la Directiva 97/7/CEE en el sentido de que se opone a una normativa nacional que establece que, en caso de resolución del contrato por el comprador dentro de plazo, el vendedor puede exigir al comprador una indemnización por el uso de bien entregado? El tribunal señala que *el único gasto que puede imputarse al consumidor es el de es el coste directo de devolución de las mercancías* pero añade que «*si bien la Directiva 97/7 tiene por objeto proteger al consumidor en la situación particular de un contrato a distancia, no tiene por objeto concederle derecho que van más allá de lo necesario para permitirle el ejercicio de su derecho de rescisión, por lo que su finalidad no se opone, en principio, a que la normativa de un estado miembro, imponga al consumidor el pago de una indemnización equitativa en el supuesto de que haya hecho uso del bien adquirido por medio de un contrato a distancia de una forma incompatible con los principios de Derecho civil de la buena fe, y del enriquecimiento sin causa. No obstante esa posible regulación debería ser compatible con la finalidad de la directiva, no sería admisible, en este sentido, a juicio del Tribunal, una indemnización desproporcionada en relación con el precio de compra*».

de cumplimiento para los comerciantes que desean realizar ventas transfronterizas de bienes o prestar servicios transfronterizos⁴⁴.

74. Por último, según la norma comunitaria, en los contratos de venta, el empresario tiene un derecho de retención del reembolso hasta que se cumpla una de las condiciones que advierte, pues tal derecho se extenderá hasta haber recibido los bienes o hasta que el consumidor haya presentado una prueba de la devolución de los mismos, salvo que el empresario se hubiera ofrecido a recoger el mismo los bienes (cfr. artículo 13 Directiva 2011/83). ¿Por qué se reconoce éste derecho al empresario en la modalidad de los contratos a distancia o fuera de establecimiento y no en el resto de modalidades contractuales que también tienen reconocido el derecho de desistimiento? No existe ningún obstáculo que impida la adopción de éstas normas en el régimen general, lo que, en parte, hace el redactor del Anteproyecto, al regular la resolución de los contratos complementarios estableciendo como plazo para la devolución catorce días, pero no va más allá.

75. En efecto, en la regulación de los efectos del desistimiento en los contratos complementarios, el redactor del Anteproyecto parece ajustarse al régimen general, pero no remite a los artículos correspondientes, sino que crea una regulación diferente, una regulación híbrida, que mezcla las reglas del régimen general con plazos diferentes ajustados a lo dispuesto en la Directiva, incluyendo el derecho del consumidor a reclamar la cantidad duplicada si el empresario no cumple en plazo la obligación de reembolso, pero sin reconocerle a éste un derecho de retención tal y como señala la Directiva. En buena lógica, parece que las regulación de los efectos derivados del ejercicio de una derecho de desistimiento debería ser la misma, sea ésta la de un contrato principal o, de otra parte, uno complementario, salvo que en éstos últimos se opte por establecer algún tipo de indemnización a favor del empresario por la depreciación derivada del uso del bien, opción que, sin embargo, no ha sido elegida por el redactor del Anteproyecto. Por esa razón, lo coherente sería la remisión a las normas del régimen general sin establecer una regulación separada para los contratos complementarios.

76. Hecho un breve repaso a las diferentes opciones del legislador para establecer un verdadero régimen común del derecho de desistimiento, parece evidente que la adopción de un conjunto de reglas adaptado a las disposiciones de la Directiva, no genera graves dificultades desde un punto de vista técnico, puesto que el legislador estatal es competente para ello. Cuestión distinta, es su voluntad de convertir en esas normas en un verdadero régimen común, y general, sobre el derecho de desistimiento.

2. La determinación del ámbito de aplicación de estas reglas

77. Se ha observado, con acierto, que el pretendido régimen común del derecho de desistimiento en aquellos contratos en los que se prevé tal derecho «*es de todo menos común*». *Los regímenes aplicables a cada uno de los contratos en particular –contemplados tanto en el propio texto refundido como en la propia ley especial que no ha sido objeto de refundición– son tantos, que uno llega a preguntarse si habrá algún supuesto en que deba aplicarse ese «régimen común del derecho de desistimiento»⁴⁵.*

78. Dado el panorama actual, no es descabellado entender que en la actual regulación, el papel del régimen general es el de servir de derecho supletorio respecto de lo dispuesto en los casos de desistimiento convencional, esto es, aquellos en los que tal derecho de desistimiento es reconocido al con-

⁴⁴ Se reitera esta idea en el Considerando (7): *Una armonización plena de determinados aspectos reglamentarios fundamentales debe reforzar considerablemente la seguridad jurídica, tanto para los consumidores como para los comerciantes. Los consumidores y los comerciantes deben poder contar con un único marco normativo basado en conceptos jurídicos claramente definidos que regularán determinados aspectos de los contratos celebrados entre empresas y consumidores en la Unión. Como consecuencia de dicha armonización, deben desaparecer los obstáculos derivados de la fragmentación de las normas y será posible la consecución del mercado interior en este ámbito.*

⁴⁵ SANTOS MORÓN en el prólogo de la obra «El derecho de desistimiento del consumidor, I. BELCUCHE RINCÓN: «El derecho...», op. cit., p. 9.

sumidor en la oferta, promoción o publicidad o en el propio contrato. Esta modalidad de desistimiento, cuyo «criticado» reconocimiento, excediéndose de su cometido refundidor, llevó a cabo el legislador en el Real Decreto Legislativo 1/2007, se regula en primer término por las disposiciones específicas previstas en la oferta, promoción o publicidad o en el propio contrato, en virtud de la autonomía privada, y subsidiariamente por las disposiciones del Título I del Texto refundido (artículo 79), si bien, de acuerdo con lo dispuesto en el citado precepto, el consumidor no tendrá en ningún *caso obligación de indemnizar por el desgaste o deterioro del bien o por el uso servicio, causado únicamente por su prueba para tomar una decisión sobre su adquisición, ni podrá el empresario exigir anticipo de pago o prestación de garantía, incluso la aceptación de efectos que garanticen un eventual resarcimiento en su favor, en el caso de que ejercite su derecho de desistimiento.* El controvertido artículo 79 TRLCU, «importado» de la Ley 7/1996, de Ordenación del Comercio Minorista (artículo 10), ha sido criticado por repetir las incongruencias y las dificultades de interpretación de citado precepto⁴⁶, y, sobre todo, por poner límites a la autonomía de la voluntad en la regulación negocial del derecho de desistimiento. No tiene ningún sentido establecer el carácter imperativo de una norma que, aunque ubicada inicialmente en una Ley que regula numerosas modalidades de venta minorista, es incongruente tanto respecto del resto de las normas del régimen común sobre el desistimiento contenidas en el Texto refundido, como con la práctica comercial en la que desenvuelve el desistimiento convencional, que implica el pago total por el consumidor, previo al ejercicio del derecho de desistimiento. No hay duda de que el citado artículo debe desaparecer –debería haberlo hecho– con ocasión de la futura reforma en materia de consumo.

79. Fuera del desistimiento convencional, a la vista de lo establecido en la redacción actual del artículo 68 TRLCU, el derecho de desistimiento debe tener su origen en una ley que directamente lo establezca, con lo que corresponde al legislador la determinación del ámbito de aplicación del régimen general de tal derecho de desistimiento. No parece que técnicamente existan problemas que le impidan incluir en dicho ámbito de aplicación a todo tipo de contratos de consumo. En efecto, el ámbito de aplicación de la Directiva 2011/83 es, según su artículo 3, los contratos celebrados entre un comerciante y un consumidor. Se aplicará también a los contratos de suministro de agua, gas, electricidad y calefacción mediante sistemas urbanos, incluso por parte de proveedores públicos, en la medida en que esas mercancías se suministren sobre una base contractual. Igualmente, el párrafo 3 del mismo artículo, señala los supuestos excluidos respecto de la aplicación de las reglas contenidas en la Directiva (de servicios sociales, asistencia sanitaria...). Por otro lado, y en el capítulo dedicado al desistimiento en los contratos a distancia establece una serie de excepciones al derecho de desistimiento en su artículo 16 Dir 2011/83.

80. El redactor del Anteproyecto al realizar la transposición de la Directiva ha introducido la lista de contratos excluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva (artículo 3.3 Directiva 2011/83), en el Capítulo I, (Disposiciones generales), del Título III, (Contratos a distancia o fuera de establecimiento), en el artículo 93. Por otro lado, regula separadamente, las excepciones al ejercicio del derecho de desistimiento en su artículo 102. En este sentido, hay que diferenciar entre las excepciones al ejercicio del derecho de desistimiento (las contenidas en los arts 16 de la Directiva y 102 del Anteproyecto) que, en general, son supuestos que por sus especiales características no aconsejan la existencia de un derecho de desistimiento y, de otro lado, los contratos excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva. En el primer caso, no parece posible el establecimiento de un derecho de desistimiento. En los segundos, cabe la existencia de una facultad de desistimiento, (lo que ocurre, de hecho, en los contratos regulados por otras directivas tal y como sucede en la contratación a distancia de servicios financieros, crédito al consumo, o contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio) pero ésta depende, en todo caso, de su reconocimiento por el legislador.

81. Dado que, como hemos visto, el derecho de desistimiento no es una noción vinculada al concepto de consumidor cabe plantearse la razón por la cual el consumidor atribuye este derecho en algunos

⁴⁶ Sobre el tema, M.^a.A. PARRA LUCÁN: «Artículo 10, en *Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista*, Directiva Bercovitz Rodríguez-Cano, Madrid, 1997, pp. 163 y ss.

tipos contractuales, pero no en otros, a la vez que posibilita que convencionalmente pueda atribuirse esta facultad en todo tipo de contratos. Partiendo de la base de que la nota característica común de que los supuestos de desistimiento legal, tienen como último presupuesto, la protección del consumidor, tradicionalmente se ha señalado que la necesidad de paliar la situación de desigualdad y la consiguiente posición de inferioridad en que se encuentra el consumidor en base a distintas circunstancias, es la justifica que este derecho, aunque suponga una *importante derogación del principio de la fuerza obligatoria del contrario*⁴⁷.

82. En efecto, la distinta posición en que se encuentra el consumidor en los contratos de consumo, provoca que surjan serias dudas sobre la correcta formación de su consentimiento (poco madurado, captado, forzado o influenciado...) debido a los métodos o técnicas agresivas utilizadas por la otra parte⁴⁸. Pero también merecen especial consideración las previsiones de aquellos autores que defendiendo el derecho de desistimiento desde la óptica del consumidor, justifican el mismo como una posibilidad concedida al mismo no en la salvaguarda de su poder de decisión o en la formación correcta de su consentimiento, sino en la protección de su patrimonio. Se trata de que pueda reflexionar sobre si puede hacer o no frente a las obligaciones asumidas y valorar si el bien o servicio adquirido merece el sacrificio económico derivado de la adquisición, con la finalidad última de evaluar la viabilidad económica de los vínculos asumidos⁴⁹.

83. El dar mas relevancia a las razones de política jurídica o a las razones de política económica, es una circunstancia que, creo, influye decisivamente en la determinación del ámbito de aplicación del derecho de desistimiento. Si prevalecen la razones estrictamente jurídicas, el reconocimiento del derecho de desistimiento debe limitarse a aquellas modalidades contractuales en las que, atendidas las circunstancias, debe reforzarse la posición contractual del consumidor para salvaguardar la correcta formación de su consentimiento. Si por el contrario, prevalecen las razones de política económica que configuran la facultad de desistimiento como un arma dirigida a salvaguardar el patrimonio del deudor y su posible sobreendeudamiento, tiene sentido plantear la ampliación de su ámbito de aplicación a todos los contratos de consumo.

⁴⁷ G. GARCÍA CANTERO: «Integración del derecho de consumo en el derecho de obligaciones», en *Revista Jurídica de Navarra*, 1992, p. 50 y ss.

⁴⁸ Se persigue que el sujeto a proteger, el consumidor, como destinatario de los bienes o servicios, tenga una última oportunidad, un plazo más, para decidir si sigue o no adelante con el contrato que ya ha aceptado y comenzado a ejecutarse ante la eventualidad de que haya hecho la aceptación con información deficiente o bajo la presión de las circunstancias en las que aceptó la adhesión, muchas veces como resultado de un sistema de comercialización especialmente agresivo, que le impide la necesaria libertad para adoptar una decisión con los requisitos imprescindibles de un verdadero consentimiento contractual. B. MORENO QUESADA: «La protección del consentimiento contractual hoy» en *Estudios de derecho de obligaciones: Hom. al prof. Mariano Alonso Pérez*, coor, Llamas Pombo , vol II, p. 460.

⁴⁹ A. CARRASCO PERERA: «El Derecho de Consumo en España: presente y futuro», dir. Ortega Álvarez, Alonso García, González Carrasco, Marín López, Trujillo Díez, Carrasco Perera, Instituto Nacional de consumo, Madrid, 2002, p. 349.

LOS ADR «ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION» EN EL COMERCIO INTERNACIONAL

CAROLINA MACHO GÓMEZ

*Doctoranda en Derecho Internacional Privado
Universidad de Cantabria*

Recibido: 14.07.2013 / Aceptado: 17.07.2013

Resumen: Los métodos alternativos de resolución de conflictos están adquiriendo una gran relevancia en el ámbito comercial internacional. El protagonismo que posee la autonomía privada de las partes, junto con su flexibilidad y su carácter informal permiten resolver los conflictos con el menor coste económico y tiempo posible, a la vez que se logra una mayor implicación de las partes. Este trabajo tratará de exponer las diferentes funciones, usos y configuraciones que se les está otorgando actualmente a estos instrumentos dentro del comercio internacional. Todo ello con el fin de lograr una utilización más adecuada de los mismos.

Palabras clave: métodos alternativos de resolución de conflictos (ADR), negociación, arbitraje, mediación, *neutral evaluation*, peritaje, *adjudication*, procedimiento precautorio prearbitral, *expert determination*, *dispute boards*, *mini-trial*, *summary jury trial*, *partnering*, *alliancing*.

Abstract: Alternative dispute resolution are gaining a great importance in the international commercial field. Its flexibility, informal nature, together with the private autonomy role of the parties make possible to settle conflicts with cost and time efficiency, as well as more parties' involvement. This article will aim to show the different functions, uses and settings which are being given to these means of dispute resolution in the international commercial sector, in order to achieve a proper use of them.

Key words: alternative dispute resolution (ADR), negotiation, arbitration, mediation, neutral evaluation, fact-finding, adjudication, pre-arbitral referee, expert determination, dispute boards, mini-trial, summary jury trial, partnering, alliancing.

Sumario: I. Concepto. 1. Definición y características. 2. El término «alternative». A) ADR y arbitraje. B) ADR y negociación. II. Objeto: el término «dispute». III. Función: el término «resolution». IV. Clasificación. 1. ADR facilitadores, ADR evaluadores y ADR resolutores. 2. ADR intrajudiciales y ADR extrajudiciales. V. Análisis de los distintos ADR utilizados en el comercio internacional. 1. Neutral Evaluation. 2. *Fact-finding* o Peritaje. 3. *Adjudication*. 4. Procedimiento precautorio prearbitral. 5. *Expert Determination*. 6. *Dispute Boards*. 7. *Mini-trial*. 8. *Summary Jury Trial*. 9. *Relationship contracting*. A) *Partnering*. B) *Alliancing*. VI. Diseño de sistemas de resolución de conflictos.

I. Concepto

1. El acrónimo ADR sirve para designar a los «alternative dispute resolution» -traducido al español como los *métodos alternativos de resolución de conflictos*¹. Sin embargo, la determinación de

¹ A pesar del uso mayoritario del acrónimo «ADR», los autores españoles también emplean otros términos como «MASC» («mecanismos alternativos de solución de conflictos») o «modalidades alternativas de solución de conflictos»), o «MARC» («mecanismos alternativos de resolución de conflictos»); y expresiones similares como «mecanismos extrajudiciales de solu-

los aspectos que definen a los ADR no es una cuestión pacífica en la doctrina. Por esta razón, el presente epígrafe analizará el concepto de ADR.

1. Definición y características

2. Los ADR se definen como aquellos métodos de resolución de conflictos de naturaleza exclusivamente contractual y estructura más o menos determinada, en virtud de los cuales, uno o varios terceros, de forma autocompositiva o heterocompositiva, ayudan a las partes a solventar la controversia².

3. Partiendo de esta definición se pueden extraer las características delimitadoras de los ADR, es decir, aquellas que permiten diferenciar a los ADR del resto de métodos de solución de conflictos: a) el protagonismo de la autonomía de la voluntad; b) la naturaleza puramente contractual; c) la flexibilidad; d) la rapidez y reducido coste económico; e) la importancia de los intereses de las partes y; f) la presencia de uno o varios terceros.

- a) *Autonomía privada.* Las partes son libres para constituir y reglamentar el método alternativo de solución de conflictos que estimen conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público (art. 1255 Cc). Aquéllas no sólo deciden el ADR que quieren emplear, sino que pueden moldearlo según sus propias necesidades y circunstancias³. A pesar de que cada mecanismo tiene una estructura más o menos definida, las partes pueden configurar sus diferentes extremos. En esta tarea, se ha de destacar la posibilidad de establecer el grado de participación y funciones del tercero⁴. Tienen la potestad para acordar someterse a la decisión vinculante de éste -aunque tenga sólo naturaleza contractual-, o simplemente configurar dicha resolución como una mera recomendación, que podrá ser o no ser aceptada, e incluso, establecer que sólo ellas mismas, con la asistencia de un tercero, sean las que trabajen para llegar a una solución. A su vez, y en cuanto al procedimiento se refiere, aunque éste suele tener un carácter voluntario, esto es, basta que una de las partes quiera poner fin al desarrollo del mismo para que éste concluya, también existe la opción, aunque excepcional, de que deban ser ambas las que muestren su disconformidad a la continuación

ción de conflictos» o «medios alternativos de solución de diferencias». *Vid. ad. ex.* M. BLANCO CARRASCO, *Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos. Una visión jurídica*, Madrid, 2009, pp. 12-13; C. CALLEJO RODRÍGUEZ, M. MATUD JURISTO, «La mediación en asuntos civiles», en J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, M. DE PRADA RODRÍGUEZ (dirs.), *La mediación: Presente, pasado y futuro de una institución jurídica*, La Coruña, 2010, p. 117; P. DIAGO DIAGO, «Modelos normativos para una regulación de los MARC (Mecanismos alternativos de resolución de conflictos)», en A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Estudios sobre contratación internacional*, Madrid, 2006, p. 152; C. ROGEL VIDE, «Mediación y transacción en el Derecho civil», en L. GARCÍA VILLALUENGA, J. TÓMILLO URBINA, E. VÁZQUEZ DE CASTRO (dirs.), *Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI, Tomo I*, Madrid, 2010.p. 20.

² La autocomposición, cuando interviene un tercero, se refiere a la asistencia que éste presta a las partes para que sean ellas mismas las que logren un acuerdo, esto es, actúa *inter partes*. Mientras que en la heterocomposición el tercero se sitúa *supra partes*, en otras palabras, son ellas las que acuden aquél para someterse a la decisión que éste adopte. *Vid. S. BARONA VILAR, Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España. Tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio*, Valencia, 2013, pp. 58-63; V. MORENO CATENA, V. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. GIMENO SENDRA, *Introducción al Derecho procesal*, 4^a ed., Madrid, 2003, pp. 18-20; V. MORENO CATENA, «La resolución jurídica de conflictos», en H. SOLETO MUÑOZ, *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Madrid, 2011, pp. 31-33.

³ Es cierto que el inicio de algunos ADR se puede producir por prescripción legal, como ocurre con la normativa del Reino Unido sobre la *adjudication* para los conflictos relativos a proyectos de construcción; o con la mediación, la cual puede iniciarse no sólo por precepto legal, sino por orden del órgano jurisdiccional correspondiente. Sin embargo, en el primer caso, además de ser una ordenación puntual y aislada, se establece previamente la posibilidad de que las partes acuerden el inicio del método, y así, puedan configurarlo como estimen conveniente, *vid. infra*, nº 28. Mientras que en el caso de mediación, dicha obligatoriedad suele reducirse a la asistencia a una sesión informativa, debido al principio de voluntariedad que rige dicho método.

⁴ *Vid. C. BÜHRING-UHLE, L. KIRCHHOFF, G. SCHERER, Arbitration and mediation in international business*, 2^a ed., Alphen aan den Rijn, 2006, pp. 174-206; M. VIRGÓS SORIANO, «Procedimientos alternativos de resolución de controversias y comercio internacional», en I. HEREDIA CERVANTES (ed.), *Medios alternativos de solución de controversias*, Madrid, 2008, p. 83. Aunque el dominio que las partes tienen sobre el procedimiento es una de las características de los ADR, se debe tomar en consideración que cuanto más poder le otorguen las partes al tercero, menos control tendrán las mismas sobre el procedimiento, *vid. K.P. BERGER, Private dispute resolution in international business, vol. II Handbook*, 2^a ed., Austin, Boston, Chicago, New York, The Netherlands, 2009, p. 41.

del mismo, de manera que si sólo una de ellas expone dicho rechazo, no será suficiente para poner término al mismo⁵.

- b) *Naturaleza contractual.* Dicha característica no sólo se predica del acuerdo inicial entre las partes en orden a llevar a cabo el ADR elegido, sino que también se atribuye al acuerdo o decisión que pone fin a la controversia. La solución, ya sea dictaminada por un tercero o sea obtenida por las propias partes, posee un mero carácter contractual, careciendo tanto del efecto de cosa juzgada como de la condición de título ejecutivo⁶.
- c) *Flexibilidad.* Dicha característica es consecuencia de la autonomía privada reinante en estos métodos, así como de su falta de regulación, o en todo caso, de una normativa muy respetuosa con tal principio. Es una de las mayores ventajas de los ADR en comparación con otros mecanismos, especialmente en el comercio internacional, en tanto que permite a las partes focalizar todos sus esfuerzos en resolver el conflicto sin tener que lidiar con los habituales obstáculos procedimentales reflejados en aquellos métodos detalladamente regulados⁷.
- d) *Rapidez y reducido coste económico.* Dos de los objetivos primordiales de los ADR, que los diferencian de otros métodos de resolución de conflictos, son lograr soluciones de la forma más rápida y con el menor coste económico posible, es decir, resolver las controversias de forma eficiente. Ambos extremos, se hacen especialmente importantes en el ámbito comercial internacional, donde están en juego negocios de gran envergadura, que suponen grandes cantidades de dinero. Este ahorro no sólo se produce por el menor tiempo invertido, sino por los propios costes -directos e indirectos- que supone un proceso judicial o un arbitraje. Entre estos últimos se deben tener en cuenta tanto los daños producidos en la relación comercial existente, como la pérdida de futuras relaciones con la parte en conflicto⁸. Pues bien, los ADR evitan tales confrontaciones, intentando convertir las diferencias en oportunidades de mejora de las relaciones entre las partes, desarrollándose en un ambiente cooperativo donde se fomenta la confianza y la buena fe de las partes⁹.
- e) *Solución conforme a los intereses de las partes.* Los ADR están diseñados para satisfacer los intereses de las partes, no para resolver los conflictos ajustándose estrictamente a Derecho. Ello no significa que no se tengan en cuenta las normas jurídicas que rigen el conflicto en cuestión, de hecho aquéllos interactúan y están íntimamente relacionados con éstas. En otras palabras, la solución a la controversia, a través de estos métodos, se basa en los intereses que tengan los sujetos enfrentados, pero sin perder de vista la perspectiva legal. Esta forma de solventar las controversias es mucho más efectiva. En el caso del comercio internacional, los

⁵ Sólo el Reglamento de Peritaje, así como el de Procedimiento Precautorio Prearbitral, y únicamente en sus regulaciones de la CCI recogen esta posibilidad (*vid. infra*, nota 62 y nota 80), si bien, en los ADR, y en especial en la mediación, a diferencia del proceso judicial y del arbitraje, no es la regla general, *vid. K.P. BERGER, Private dispute resolution..., op. cit.*, pp. 43-44.

⁶ En cualquier caso, la regulación dada a la mediación en España (art. 23 Ley 5/2012), así como las propias características de otros ADR -*adjudication, expert determination o dispute boards*-, hace que los acuerdos finales de las partes o resoluciones de los terceros derivados de dichos mecanismos tengan efectos similares a un contrato de transacción. En otras palabras, aunque no son título ejecutivo, sí gozan de la eficacia refleja del contenido del acuerdo o resolución. Ello no significa que tengan efecto de cosa juzgada tal y como se predica de las sentencias judiciales. Dichos acuerdos finales de mediación o resoluciones de terceros sí pueden ser objeto de un proceso posterior, si bien, el juez debe tomar como supuesto de hecho dicho acuerdo o resolución. El juez está obligado a tener en cuenta las citadas decisiones y no contradecirlas, no podrá decidir una pretensión de modo distinto a como se resolvió por el ADR en cuestión. Si bien, ello no impide que pueda entrar a valorar la propia validez del acuerdo o resolución.

⁷ En los últimos tiempos, se están aprobando numerosas normativas sobre mediación, por ser el ADR más utilizado y extendido. Si bien, sus disposiciones están respetando el protagonismo que la autonomía privada de las partes tiene en este método, limitando su regulación a aspectos muy concretos, y conservando, de esta manera, su flexibilidad. El resto de ADR no gozan de una regulación generalizada, sino sólo para algunos sectores y en determinados países, de manera que suelen llevarse a cabo en virtud de los reglamentos que aprueban las instituciones internacionales especializadas en este campo, pero no según las legislaciones de los Estados.

⁸ *Vid. C. BÜHRING-UHLE, L. KIRCHHOFF, G. SCHERER, Arbitration and mediation..., op. cit.*, pp. 175-176, 206.

⁹ Este aspecto diferencia claramente los ADR del arbitraje, pero sobre todo, del proceso judicial, métodos más contenciosos, donde existe una lucha entre las partes por ganar el caso, *vid. K.P. BERGER, Private dispute resolution..., op. cit.*, pp. 42-43.

citados intereses se traducen en factores de tipo económico, caracterizados por facilitar el acuerdo de las partes, y por permitir soluciones mucho más flexibles e imaginativas¹⁰.

- f) *El tercero.* La necesaria presencia de uno o varios terceros también es una característica propia de los ADR. Sus funciones pueden ser muy variadas: desde la emisión de una mera recomendación o una decisión vinculante (heterocomposición); a la simple asistencia a las partes para que sean éstas, exclusivamente, las que lleguen a un acuerdo (autocomposición). Dentro del comercio internacional, y especialmente, en las tareas heterocompositivas, el tercero suele ser un experto en la materia objeto de disputa. En cambio, cuando debe ejercerse un papel autocompositivo, la aptitud y experiencia en el campo de la gestión de conflictos es más valorada que su conocimiento técnico del sector del comercio donde se ubica la controversia¹¹.

2. El término «alternative»

4. La utilización del término «alternative» ha sido y sigue siendo a día de hoy fuente de discusión doctrinal¹². La primera cuestión que se plantea es: ¿a qué son alternativos? De forma general se entiende que el concepto de ADR se refiere al conjunto de métodos de resolución de conflictos distintos del proceso judicial, esto es, aquellos que ofrecen una *alternativa* al mecanismo de solución de disputas más tradicional¹³. Efectivamente, si atendemos a su origen histórico, cuando nació el «movimiento

¹⁰ Vid. C. BÜHRING-UHLE, L. KIRCHHOFF, G. SCHERER, *Arbitration and mediation...*, op. cit., pp. 174-175; G. ESTEBAN DE LA ROSA, «Irrupción del movimiento ADR (alternative dispute resolution) en las relaciones transfronterizas», *RCEA*, 2005, p. 95; R. HILL, «The theoretical basis of mediation and other forms of ADR: Why they work», *Arbitration Int'l*, vol. 14, nº 2, 1998, pp. 174-175.

¹¹ En cualquier caso, la utilización de expertos también es una característica propia en el arbitraje comercial internacional, vid. H.R. DUNDAS, «Dispute resolution in the oil & gas industry: an oilman's perspective», *TDM*, vol. 3, July 2004, p. 3. En este sentido, existen otros extremos que arbitraje y ADR tienen en común como el principio de la confidencialidad, la imparcialidad, y en cierta medida, la neutralidad, vid. N. ALEXANDER, *International and comparative mediation: legal perspectives*, Alphen aan den Rijn, 2009, p. 27. La neutralidad necesita de una previa matización, pues no es un concepto tan claro. En la mediación, y por ende, en el resto de métodos autocompositivos, este principio se entiende como la imposibilidad del tercero para dar su opinión, sugerir o imponer un determinado acuerdo, debiendo respetar las posturas de las partes y preservando el equilibrio entre las mismas, vid. M. BLANCO CARRASCO, *Mediación y sistemas alternativos...*, op. cit., pp. 173-175. Mientras que en el arbitraje, y en el resto de ADR heterocompositivos, se refiere al modo de elegir a los terceros, de manera que se preservará la neutralidad si son nombrados por acuerdo de las partes o por otra persona o institución ajena a las mismas, por el contrario, si son elegidos por cada una de las partes, dicha neutralidad no se producirá, si bien, ello no significa que aquellos no actúen con imparcialidad. Pues bien, la neutralidad está presente prácticamente en todos los ADR, a excepción del *joint fact-finding*, (vid. infra, nº 26), y también en el arbitraje, si bien, en éste último se puede observar con mas frecuencia el uso de árbitros de parte dentro de un tribunal arbitral, vid. A.-L. CALVO CARAVACA, L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *El arbitraje comercial internacional*, Madrid, 1989, pp. 101-106.

¹² De ahí que se haya optado por identificar la «A» con otros vocablos como «apropiado», «adecuado», «adicional» o «amigable», vid. *Guía del ADR. de la Cámara de Comercio Internacional* (CCI), Paris, 2001, p. 1; S. BARONA VILAR, *Solución extrajurisdiccional de conflictos. «Alternative dispute resolution» (ADR) y Derecho procesal*, Valencia, 1999, p. 69; S. BLAKE, J. BROWNE, S. SIME, *A practical approach to alternative dispute resolution*, Oxford, 2010, p. 5; G.A. CHORNEYKI, C.E. HART, *Bypass court: a dispute resolution handbook*, 3^a ed., Canada, 2005, p. 4; J. LACK, «Appropriate dispute resolution (ADR): The spectrum of hybrid techniques available to the parties», en A. INGEN-HOUSZ (ed.), *ADR in Business: practice and issues across countries and cultures*, vol. II, Alphen aan den Rijn, 2011, pp. 341-345; K. MACKIE, D. MILES, W. MARSH, T. ALLEN, *The ADR practice guide: commercial dispute resolution*, 2^a ed., London, Dublin, Edinburgh, 2000, p. 9; M.A. SCHONEVILLE, K.H. FOX, «Moving beyond «just» a deal, a bad deal or no deal», en A. INGEN-HOUSZ (ed.), *ADR in Business...*, op. cit., p. 82. También, se han modificado los términos correspondientes a todas sus siglas, identificando el acrónimo ADR como «Avoiding Desastrous Results», vid. J. RISSE, C. WAGNER, «Mediation im Wirtschaftsrecht», en F. HAFT, K. GRÄFIN VON SCHLIEFFEN, *Handbuch Mediation*, 2^aed., München, 2009, p. 556.

E incluso, existen instrumentos reguladores que, de forma explícita, evitan el uso de tal término debido a su falta de concreción, vid. *Guía para la incorporación al derecho interno y utilización de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre conciliación comercial internacional*, p. 11. Por último, se ha propuesto el cambio de siglas, refiriéndose a EDR «Efficient, Effective o Expedited Dispute Resolution», vid. M. KALLIPETIS, S. RUTTLE, «Better dispute resolution – The developments and practice of mediation in the United Kingdom between 1995 and 2005», en J.C. GOLDSMITH, A. INGEN-HOUSZ, G.H. POINTON (eds.), *ADR in Business: Practice and issues across countries and cultures*, Alphen aan den Rijn, 2006, pp. 191-248.

¹³ Vid. K. P. BERGER, *Private dispute resolution...*, op. cit., p. 49; S. BLAKE, J. BROWNE, S. SIME, *A practical approach...*, op. cit., p. 5; H.J. BROWN, A.L. MARRIOTT, *ADR principles and practice*, London, 1999, pp. 12, 20; C. BÜHRING-UHLE, L. KIRCHHOFF, G. SCHERER, *Arbitration and mediation...*, op. cit., p. 169; J.M. NOLAN-HALEY, *Alternative dispute resolution in a nutshell*, St. Paul, Minnesota, 1992, pp. 1-2; J. RISSE, C. WAGNER, «Mediation im...», loc. cit., op. cit., p. 556; G.R. WOODMAN, «The alternative law of alternative dispute resolution», en C. SAMSON, J. McBRIDE (dirs.), *Solutions de recharge au règlement des conflits*, Sainte-Foy, 1993, pp. 582-584.

ADR» en EE.UU, se utilizó el adjetivo «alternativo» para destacar la contraposición con el citado proceso, debido a que la mediación, máximo exponente de los ADR, empezó a utilizarse como método al margen de la actividad de los órganos jurisdiccionales, y del poder del Estado¹⁴. Sin embargo, a partir de los años 80, el empleo de los ADR comenzó a generalizarse. El efecto de dicha universalización fue el uso de los mismos en el marco de los tribunales. En definitiva, los ADR se integraron en la práctica de los órganos jurisdiccionales, dejando de ser, exclusivamente, métodos *alternativos* al sistema estatal legalmente establecido¹⁵, para convertirse en complementarios al mismo¹⁶. Ante tal realidad, y para evitar esta problemática, algunos autores han propuesto utilizar el término ADR como sinónimo de DR (*dispute resolution*), esto es, incluyendo en el mismo a todo método de solución de conflictos, incluido el proceso judicial¹⁷.

5. Esto no significa que no exista una diferenciación clara entre ADR y proceso judicial. Los ADR son cauces extrajurisdiccionales, esto es, mecanismos desarrollados por personas que no están ejerciendo el poder jurisdiccional¹⁸. Otro aspecto importante que les diferencia es su carácter voluntario: las partes deben ponerse previamente de acuerdo para participar en alguno de dichos métodos, y además pueden generalmente abandonarlo en cualquier momento¹⁹. En todo caso, dicha dicotomía ADR-proceso judicial sigue siendo criticada, en tanto que de ella se deriva otra consecuencia errónea: la falsa homogeneidad del resto de ADR, cuando algunos, como el arbitraje, tienen más en común con el proceso judicial que con otros instrumentos de solución de conflictos²⁰. En este sentido, una cuestión

¹⁴ Vid. S. BARONA VILAR, *Solución extrajurisdiccional...*, op. cit. p. 69; M. BLANCO CARRASCO, *Mediación y sistemas alternativos...*, op. cit., p. 11; S.B. GOLDBERG, F.E.A. SANDER, N.H. ROGERS, *Dispute resolution: negotiation, mediation and other processes*, 3rded., Gaithersburg, New York, 1999, p. 7; F.E.A. SANDER, «Alternative methods of dispute resolution: an overview», *U. Fla. L. Rev.*, vol. 37, nº 1, 1985, p. 1.

¹⁵ En este sentido, vid. S. BARONA VILAR, *Solución extrajurisdiccional...*, op. cit. pp. 52-53; H.T. EDWARDS, «Alternative dispute resolution: panacea or anathema?», *Harv. L. Rev.*, vol. 99, nº 3, 1986, pp. 669, 672-675; J. RESNIK, «Failing faith: adjudicatory procedure in decline», *U. Chi. L. Rev.*, vol. 53, nº 2, 1986, pp. 535-539; F.E.A. SANDER, «Alternative methods of dispute...», loc. cit., pp. 1-2; W. TWINING «Alternative to What? Theories of litigation, procedure and dispute settlement in Anglo-American jurisprudence: some neglected classics», *Mod. L. Rev.*, vol. 56, nº 3, 1993, p. 382.

¹⁶ Dicha complementariedad se predica tanto de los ADR intrajudiciales, como extrajudiciales, vid. *Libro Verde Libro Verde de la Comisión, de 16 de noviembre de 1993, sobre el acceso de los consumidores a la justicia y solución de litigios en materia de consumo en el mercado único*, COM (93) 576 final, p. 9. Sin embargo, deben realizarse ciertas precisiones en torno a la citada idea de complementariedad. En primer lugar, no se debe perder de vista la relación de complementariedad que los ADR también tienen con el arbitraje, (vid. ad. ex. *Guía del ADR...*, op. cit., p. 2); e incluso entre ellos mismos, especialmente en el ámbito comercial internacional, vid. *infra*, nº 48-51. Por otra parte, tal relación no se produce siempre y en todo caso, al existir litigios que no son adecuados al tratamiento que pueden ofrecer los ADR, vid. C. CALLEJO RODRÍGUEZ, M. MATUD JURISTO, «La mediación en...», loc. cit., op. cit., pp. 120-121; y por el contrario, se producen conflictos que son tratados por los ADR, pero no son susceptibles de conocimiento por parte de los tribunales -aunque sí puedan ser sometidos a arbitraje- por no ser estrictamente jurídicos.

Teniendo en cuenta esta idea de complementariedad, junto a ella también se ha admitido la alternatividad de estos métodos, no en términos de exclusión respecto del proceso judicial, sino como otras vías que se basan en principios diferentes -respetando siempre el derecho a la tutela judicial efectiva-, y que, en cualquier caso, pueden convertirse en verdaderamente alternativas si logran llegar a un acuerdo que evite el empleo de otros métodos de resolución de disputas. Vid. S. BARONA VILAR, *Mediación en asuntos...*, op. cit., pp. 107-109.

¹⁷ Vid. N. ALEXANDER, *International and comparative...*, op. cit., p. 9; G.A. CHORNEK, C.E. HART, *Bypass court...*, op. cit., pp. ix, 4. En este sentido, K.P. BERGER emplea el acrónimo DRP (*dispute resolution process*) para referirse al conjunto de métodos de solución de conflictos globalmente considerados y sin distinción alguna, vid. *Private dispute resolution...*, op. cit., pp. 38-40.

¹⁸ Vid. S. BARONA VILAR, *Solución extrajurisdiccional...*, op. cit., pp. 167-169.

¹⁹ Vid. K.P. BERGER, *Private dispute resolution...*, op. cit., pp. 41, 42, 48.

²⁰ Vid. R.A. BARUCH BUSH, «Defining quality in dispute resolution: taxonomies and anti-taxonomies of quality arguments», *Den. U. L. Rev.*, vol. 66, nº 3, 1989, p. 343. Esta concepción de ADR amplia, en tanto no identificada tan sólo con la mediación, pero excluyendo a su vez de la misma tanto la negociación como el arbitraje, en principio, es muy similar a la ofrecida por la CCI en su Reglamento sobre la materia, el cual establece: *los procesos que no dan lugar a decisiones o laudos emitidos por un Tercero que sean susceptibles de ejecución legal*. A pesar de tal similitud, el concepto de ADR de la CCI tendrá menos métodos subsumidos en él debido a varios motivos: a) Por la forma en que algunos de ellos se configuran, vid. *Guía del ADR...* op. cit., p. 8, y que en años posteriores, han dado lugar a una regulación separada, como es el caso de los *Dispute Review Boards* y los *Dispute Adjudication Boards*; b) porque otros ya se encontraban regulados con anterioridad a tal Reglamento de ADR, gozando, además, de ciertas características especiales en su configuración, y que no siempre se reproducen en otros ámbitos

muy debatida gira en torno a la inclusión o no de determinados mecanismos, en particular, del arbitraje y de la negociación, dentro del término ADR.

A) ADR y arbitraje

6. La concepción de ADR como el conjunto de métodos de resolución de conflictos distintos del proceso judicial, se encuentra reflejada desde los primeros escritos publicados en los años 80, cuando la doctrina estadounidense comenzaba a interesarse por estos métodos²¹. Sin embargo, con el paso de los años y el desarrollo práctico de los ADR, tal concepción ha ido evolucionando. Reflejo de tal transformación, es el debate que existe, en la actualidad, sobre la inclusión o la exclusión del arbitraje como ADR²². En concreto, en cuanto al ámbito comercial internacional se refiere, mientras que en EE.UU la tendencia general es la conservación del concepto tradicional de ADR²³, en Europa, la postura mayoritaria es la opuesta, esto es, se entiende que el arbitraje no es un mecanismo alternativo de resolución de conflictos²⁴.

7. Aquellos que defienden la identificación del arbitraje como ADR, se basan, principalmente, en los mismos argumentos utilizados para diferenciar al proceso judicial del resto de métodos de arreglo de diferencias: el árbitro no ejerce una potestad jurisdiccional y el arbitraje es un procedimiento al que las partes se han sometido voluntariamente. Además, también se utilizan otros argumentos de corte práctico, como es la indudable influencia del arbitraje en el resto de ADR, como ocurre con las diferentes modalidades de *med-arb* o *arb-med*, de ahí su necesaria consideración conjunta²⁵.

8. Por otra parte, la exclusión del arbitraje comercial internacional del concepto de ADR se ha defendido, fundamentalmente, sobre la base de dos argumentos. El primero de ellos se apoya en la flexi-

distintos de la regulación de la CCI, como es el caso del Peritaje y el Procedimiento precautorio prearbitral, *vid. infra*, nº 62 y nº 80. En cualquier caso, muestra de la amplitud que la CCI da al acrónimo ADR, es que dentro del mismo incluye: la mediación; la *neutral evaluation*; el *mini-trial*; así como cualquier otra técnica de solución, o una combinación de ellas. Dejando así una lista abierta a cualquier otro método que cumpla con unas mínimas características, *vid. Guía del ADR...*, *op. cit.*, p. 8.

²¹ *Vid. ad. ex.*, H.T. EDWARDS, «Alternative dispute resolution...», *loc. cit.*, pp. 673-675, 680-681; S.B. GOLDBERG, E.D. GREEN, F.E.A. SANDER, *Dispute resolution*, Boston, Toronto, 1985, pp. 7-8; J. RESNIK, «Failing faith...», *loc. cit.*, p. 536; F.E.A. SANDER, «Alternative methods of dispute...», *loc. cit.*, pp. 3-11.

²² En el plano interno, no existe una postura unánime de todos los países. Hay Estados, como Inglaterra y Gales, Francia, y Polonia, donde sí existe la diferenciación entre arbitraje y ADR, *vid. J. WARNE, T. DANE, «England & Gales»*, O. DEBOUYZ, B. JAVAUX, «France» y M. HARTUNG, K. PETRUCZENKO, «Poland», en J. WARNE (ed.), *International commercial dispute resolution*, West Sussex 2009, pp. 255-258, 279, 546.

En cuanto al Reino Unido se refiere, A. COLLINS en 1988, ya remarcaba dicha distinción, en contraposición con EE.UU, que incluía el arbitraje dentro del acrónimo ADR, en el artículo titulado «Developments in Alternative Dispute Resolution in North America», *Arbitration*, vol. 54, nº 4, November 1988, pp. 242-243.

Otros Estados, como Alemania, el arbitraje sigue considerándose un ADR más, *vid. K. VON HASE, «Germany»*, en J. WARNE (ed.), *International commercial...*, *op. cit.*, pp. 336-337.

²³ En España, de forma general, la doctrina considera al arbitraje incluido, *vid. ad. ex.*, S. BARONA VILAR, *Solución extrajurisdiccional...*, *op. cit.*, pp. 81-86, 113-115, 207-240; M. BLANCO CARRASCO, *Mediación y sistemas alternativos...*, *op. cit.*, pp. 26, 73-76; J.L. IGLESIAS BUHIGUES, C. ESPUGUÉS MOTA, G. PALAO MORENO, R. ESPINOSA CALABUIG, C. AZCÁRRAGA MONZONÍS, «Spain», C. ESPUGUÉS, J.L. IGLESIAS, G. PALAO (eds.), *Civil and commercial mediation in Europe. National mediation rules and procedures*, Vol. I, Cambridge, Antwerp, Portland, 2013, p. 457; M.A. PEÑA YAÑEZ, J.L. UTRERA MOLINA, M.L. MINGO BASAÍL, C. FERNÁNDEZ CARRÓN, M. DE PRADA RODRÍGUEZ, «La mediación en el ámbito familiar: Cauce para la resolución pacífica de los conflictos», en J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, M. DE PRADA RODRÍGUEZ (dirs.), *La mediación...*, *op. cit.*, p. 136.

²⁴ *Vid. ad. ex.* C.S. BALDWIN, R.A. BRAND, D. EPSTEIN, M.W. GORDON, *International civil dispute resolution: a problem-oriented coursebook*, 2^a ed., Minnesota, 2008, p. 670; J.M. NOLAN-HALEY, H. ABRAMSON, P.K. CHEW, *International conflict resolution: consensual ADR processes*, Minnesota, 2005, pp. 18-20.

²⁵ *Vid. K.P. BERGER, Private dispute resolution...*, *op. cit.*, p. 50; I. BEYNEIX, «L'arbitrage international est-il encore véritablement un mode alternatif de règlement des différends?», *Rev. Trim. Dr. Com.*, nº 2, 2012, pp. 225-243; M. BLESSING, «Drafting arbitration clauses», *Am. Rev. Int'l. Arb.*, vol. 5, 1994, pp. 54-57; R. HILL, «The theoretical basis...», *loc. cit.*, p. 173; M.S. VELARDE ARAMAYO, R. SASTRE IBARRECHE, «Mecanismos de heterocomposición de conflictos: del arbitraje a los ADR», en M.S. VELARDE ARAMAYO (coord.), *Introducción al derecho del arbitraje y la mediación*, Salamanca, 2006, p. 22. También apoya tal exclusión la CCI, *Guía del ADR...*, *op. cit.*, p. 1; D. JIMÉNEZ-FIGUERES, «Amicable means to resolve disputes: How the ICC ADR Rules work», *J. Int'l. Arb.*, vol. 21, nº 1, 2004, pp. 91-92.

²⁶ *Vid. K.P. BERGER, Private dispute resolution...*, *op. cit.*, p. 50; H.J. BROWN, A.L. MARRIOTT, *ADR principles...*, *op. cit.*, p. 12.

bilidad propia de los ADR. En este sentido, el arbitraje comercial internacional ha sido, a lo largo de los años, el método común y tradicionalmente utilizado para solventar las controversias, en otras palabras, el arbitraje es, en el comercio internacional, lo que el proceso judicial es en el ámbito interno de resolución de conflictos²⁶. Tal realidad ha llevado a una regulación excesiva de la institución, a su formalización, y en consecuencia, a convertirse en un procedimiento demasiado largo y costoso para las partes, diferenciándose así, de los ADR, más flexibles, menos regulados, donde las partes y su voluntad tienen mayor protagonismo, logrando así mecanismos de solución de conflictos más rápidos y con menor coste económico²⁷.

El segundo razonamiento, se basa en los efectos procesales del arbitraje, esto es, en la obligatoriedad y carácter definitivo de los laudos arbitrales, constituidos como títulos ejecutivos y equivalentes a las resoluciones judiciales²⁸. Aunque la potestad jurisdiccional la posean, en exclusiva, jueces y tribunales, lo cierto es que los árbitros, en tanto que emiten laudos que son títulos ejecutivos con efecto de cosa juzgada, ejercen una función jurisdiccional, si bien no gozan del citado *imperium*, en tanto que dicha función se deriva, tan sólo, de la voluntad de las partes enfrentadas²⁹. Todo ello, lleva a considerar su exclusión del concepto de ADR, caracterizado por englobar métodos cuyas decisiones o acuerdos finales, en principio, tan sólo tienen

²⁶ *Vid.* H.I. ABRAMSON, «Time to try mediation of international commercial disputes», *ILSA J. Int'l & Comp. L.*, vol. 4, 1998, p. 325; J. ALMOGUERA GARCÍA, «La directiva europea de la mediación civil y mercantil. La mediación y el arbitraje en el comercio internacional», *Not. Unión Eur.*, mayo 2009, pp. 11-14; I. BEYNEIX, «L'arbitrage international...», *loc. cit.*, pp. 225-243; K. BOECKSTIEGEL, «Mediation/Alternative Dispute Resolution in Oil, Gas and Energy Transactions: superior to arbitration/litigation from a commercial and management perspective», *TDM*, vol. 1, February 2004, p. 1; C. BÜHRING-UHLE, L. KIRCHHOFF, G. SCHERER, *Arbitration and mediation...*, *op. cit.*, p. 169; E. VAN GINKEL, «The UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation», *J. Int'l. Arb.*, vol. 21, nº 1, 2004, p. 2.

²⁷ Aunque el arbitraje comercial internacional garantiza mayor confidencialidad, así como mayor independencia y conocimiento de la materia por parte del tercero que el proceso judicial, lo cierto es que se ha convertido en un procedimiento incluso más largo, y en consecuencia más costoso que aquél, debido a que, en ocasiones, los árbitros no tienen una dedicación a tiempo completo sobre el arbitraje en cuestión. En general, métodos como la mediación, suponen entre un 15-25% del coste total que tendría el proceso judicial o el arbitraje en un mismo asunto, implicando, a su vez, entre un 15-25% del tiempo total que conllevarían ambos procesos para la misma disputa. Este promedio se basa, principalmente, en un factor: mientras que los ADR crean un clima de cooperación y confianza entre las partes, donde prima la buena fe y la comunicación fluida de las mismas, tanto en el arbitraje como en el proceso judicial, se gasta mucho tiempo y dinero en contraatacar los argumentos de la parte contraria a través de grandes equipos jurídicos, todo ello respetando las debidas garantías de la regulación correspondiente. En otras palabras, la confrontación y el respeto a las normas que la regulan, aspecto característico del proceso judicial y arbitral, es sinónimo de mayor duración en el tiempo y de mayor coste económico, *vid.* J. ALMOGUERA GARCÍA, «La directiva europea...», *loc. cit.*, pp. 14-15; I. BEYNEIX, «L'arbitrage international...», *loc. cit.*, pp. 232-233; K. BOECKSTIEGEL, «Mediation/Alternative Dispute...», *loc. cit.*, pp. 2-7; M. MCILWRATH, R. CALABRESI, ««Just winning» is not a business goal: an approach to selling managers on the concept of mediation in international commercial disputes», *TDM*, vol. 1, February 2007, pp. 2-6.

²⁸ *Vid.* K. P. BERGER, *Private dispute resolution...*, *op. cit.*, p. 50; H.R. DUNDAS, «Dispute resolution in the oil...», *loc. cit.*, p. 3; G. ESTEBAN DE LA ROSA, «Irrupción del movimiento...», *loc. cit.*, p. 100; *Libro Verde...*, *op. cit.*, p. 6. N. ALEXANDER, a pesar de hablar de métodos de resolución de conflictos en general, dentro de los cuales, se encuentra el arbitraje, sí diferencia a éste de otros, en tanto que la decisión es obligatoria, *vid.* *International and comparative...*, *op. cit.*, pp. 9, 10, 27-28. De forma prácticamente unánime se entiende que el arbitraje comercial internacional es una institución *sui generis*, de naturaleza mixta, contractual por su origen y procesal por sus efectos. El debate en torno a la naturaleza jurídica estrictamente contractual -teoría privatista pura o contractual-, en virtud de la cual, el arbitraje es un contrato por el que las partes delegan el arreglo de diferencias a un árbitro; o procesal -teoría publicista pura o jurisdiccional- según la cual, lo característico del arbitraje es el laudo arbitral, resolución semejante a las sentencias judiciales, ha desaparecido. Por todo ello, la utilización del argumento para excluir el arbitraje del concepto de ADR no significa que se siga la teoría publicista pura o jurisdiccional, sino que constituye la toma en consideración de uno de los aspectos que conforman la naturaleza híbrida de tal institución, *vid.* A.-L. CALVO CARAVACA, L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *El arbitraje comercial...*, *op. cit.*, pp. 19-21. Para profundizar sobre la naturaleza del arbitraje, *vid.* H. MOTULSKY, *Écrits II. Études et notes sur l'arbitrage*, Paris, 1974, pp. 5-25; B. OPPETTIT, «Justice étatique et justice arbitrale», en A.A.Vv., *Études ofertes à Pierre Bellet*, Paris, 1991, pp. 415-426.

²⁹ Prueba de la falta de potestad jurisdiccional de los árbitros es su imposibilidad para *hacer ejecutar lo juzgado*. Para solicitar el *exequatur* y la ejecución forzosa es necesaria la intervención de los órganos jurisdiccionales. Sin olvidar también, la posibilidad de interponer recurso de anulación del laudo arbitral. Por esta razón, se habla del arbitraje como «equivalente jurisdiccional», *vid. ad. ex.*, STC Sala Segunda, núm. 43/1988, 16 de marzo; STC Pleno, núm. 15/1989, 26 de enero; STC Pleno, núm. 62/1991, 22 de marzo; STC Sala Primera, núm. 288/1993, 4 de octubre; STC Pleno, núm. 174/1995 23 de noviembre; ATC Sala Primera, núm. 326/1993, 28 de octubre; J.L. IGLESIAS BUHIGUES, C. ESPUGUÉS MOTA, G. PALAO MORENO, R. ESPINOSA CALABUIG, C. AZCÁRRAGA MONZONÍS, «Spain», *loc. cit.*, *op. cit.*, p. 457; «método para-jurisdiccional», *vid.* A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Los contratos internacionales de construcción «llave en mano»*, Granada, 1999, p. 274; o «cuasi-jurisdiccional», *vid.* M. BLANCO CARRASCO, *Mediación y sistemas alternativos...*, *op. cit.*, pp. 96-98; M.S. VELARDE ARAMAYO, R. SASTRE IBARRECHE, «Mecanismos de heterocomposición...», *loc. cit.*, *op. cit.*, p. 62.

una naturaleza contractual. Para que ésta adquiera fuerza ejecutiva, además del consentimiento de las partes en este sentido, se necesitará acudir a las autoridades públicas -normalmente a los tribunales y notarios-, o bien, continuar el procedimiento arbitral para que el contenido de tal acuerdo se recoja en el correspondiente laudo. El carácter meramente contractual de las resoluciones que derivan de los ADR, y por el contrario, la constitución de los laudos arbitrales como títulos ejecutivos con efectos de cosa juzgada, provocan, precisamente, que aquéllos sean complementarios no sólo al proceso judicial, sino también, al arbitraje³⁰.

9. De los dos argumentos expuestos se infiere que, a pesar de las similitudes que el arbitraje pueda tener con los ADR -como la confidencialidad, la imparcialidad o la general utilización de expertos para actuar de terceros, o la posibilidad de acordar otros extremos configuradores del procedimiento-, las diferencias entre ambos son suficientemente importantes como para entender que aquel no puede ser considerado un método alternativo de resolución de conflictos. Ni comparten la misma naturaleza -el arbitraje es contractual-jurisdiccional y los ADR son puramente contractuales-; ni gozan de las mismas características -los ADR son más flexibles e informales, apenas están regulados, todo ello con el fin de resolver las controversias de la forma más rápida y económica posible; mientras que el arbitraje es más rígido, a la vez que es objeto de una mayor reglamentación con el fin de aportar garantías suficientes a las partes, haciendo el procedimiento más lento y costoso-.

B) ADR y negociación

10. La negociación ha sido también objeto de debate en torno a su inclusión o exclusión dentro del concepto de ADR. En el ámbito del arreglo de diferencias, la negociación se define como cualquier comunicación llevada a cabo directamente por las partes en orden a lograr la solución del conflicto³¹. Los defensores del concepto tradicional de ADR incluyen la negociación dentro del mismo en tanto que método destinado a solucionar conflictos distinto del proceso judicial.

11. Sin embargo, de su definición se extrae una diferencia fundamental con el resto de ADR: no existe la participación de un tercero, sino que son las propias partes, las que logran llegar a un acuerdo exclusivamente por sí mismas³². De hecho, si éstas se sirvieran de un tercero para llegar a una solución, ya no se estaría ante una negociación, sino ante una mediación³³. Aunque este es el principal argumen-

³⁰ Esta idea de complementariedad ADR-arbitraje es muy habitual dentro del comercio internacional. Aunque su máximo exponente sean los *med-arb* (*vid. J. ALMOGUERA GARCÍA, «La directiva europea...», loc. cit., p. 5*), muchos de los métodos alternativos de solución de conflictos están pensados para un posible arbitraje posterior, de hecho esta es una de las estructuras más comunes a la hora de diseñar sistemas de resolución de conflictos en los contratos, *vid. infra*, nº 48-51.

³¹ *Vid. C. BÜHRING-UHLE, L. KIRCHHOFF, G. SCHERER, Arbitration and mediation..., op. cit., p. 136.*

³² Dicha causa, que fundamenta la exclusión de la negociación, se utiliza tanto desde la perspectiva internacional, *vid. K.P. BERGER, Private dispute resolution..., op. cit.*, pp. 40-49; H.J. BROWN, A.L. MARRIOTT, *ADR principles..., op. cit.*, p. 12; C. BÜHRING-UHLE, L. KIRCHHOFF, G. SCHERER, *Arbitration and mediation..., op. cit.*, p. 136 en relación con p. 169; K. MACKIE, D. MILES, W. MARSH, T. ALLEN, *The ADR practice guide..., op. cit.*, pp. 8-9, 21, 24-25. Como desde la perspectiva interna, *vid. M. BLANCO CARRASCO, Mediación y sistemas alternativos..., op. cit.*, pp. 16-17. Dentro de este mismo plano, y por igual razón, se excluye también la transacción, tanto la judicial como la extrajudicial, en tanto que ésta no incluye, siempre y en todo caso, la participación de un tercero, además de no configurarse como un ADR propiamente dicho, sino como uno de los posibles resultados a los que se puede llegar utilizando un ADR, *vid. M. BLANCO CARRASCO, Mediación y sistemas alternativos..., op. cit.*, pp. 15-21; M.J. EL-HAKIM, «Les modes alternatifs de règlement des conflits dans le droit des contrats», *RIDC*, vol. 49, nº 2, 1997, pp. 356-357; F. ESTAVILLO CASTRO, «Medios alternativos de solución de controversias», *Jurídica-Anuario*, p. 397; L. GARCÍA VILLALUENGA, *Mediación en conflictos familiares: Una construcción desde el derecho de familia*, Madrid, 2006, pp. 463-466; J.L. IGLESIAS BUHIGUES, C. ESPUGUÉS MOTA, G. PALAO MORENO, R. ESPINOSA CALABUIG, C. AZCÁRRAGA MONZONÍS, «Spain», *loc. cit.*, *op. cit.*, p. 457; C. ROGEL VIDE, «Mediación y transacción...», *loc. cit.*, *op. cit.*, p. 20.

³³ Una de las definiciones más extendidas de mediación -en su modalidad facilitadora- es su consideración como negociación asistida por un tercero, *vid. L.M. HAGER, R. PRITCHARD, «Deal mediation: How ADR techniques can help achieve durable agreements», ICSID Review*, vol. 14, nº 2, Fall 2009, p. 82. En cualquier caso, esta diferencia es sustancial, en tanto que la intervención del tercero reconvierte la dinámica del método de resolución de disputas. En la negociación tradicional, se suele adoptar la dinámica del *win-lose*, a modo del proceso judicial tradicional, mientras que la participación del tercero permite a la mediación basarse en la filosofía *win-win*, asistiendo a las partes a lograr soluciones innovadoras e integradoras para ambas, *vid. K.P. BERGER, Private dispute resolution..., op. cit.*, pp. 262-264.

to para la exclusión de la negociación del concepto de ADR, también se puede alegar otra diferencia: la falta de estructura de la que carece la negociación, cuando los métodos alternativos de solución de conflictos sí son mecanismos con una configuración más o menos -muchos extremos dependerán de lo que acuerden las partes- organizada³⁴. En conclusión, y debido a todos los argumentos expuestos, la negociación debe considerarse excluida del concepto de ADR.

II. Objeto: el término «dispute»

12. Cuando nace el «movimiento ADR», y por tanto, comienza la utilización de tal término, éste sirve para designar a aquellos métodos cuyo fin, en tanto que mecanismos *alternativos* al proceso judicial, es, exclusivamente, la resolución de *disputas*, esto es, de asuntos susceptibles de conocimiento por parte de los tribunales. En este sentido, se debe hacer mención al diferente matiz que, en este ámbito, se desprende de los términos «disputa» y «conflicto». Mientras que «disputa» tiene una connotación más bien jurídica, lo cual concuerda con el significado originario del acrónimo «ADR», el término «conflicto» goza de un alcance más amplio, esto es, se refiere a todo tipo de diferencias, también a aquéllas que pueden no ser objeto de demanda ante los órganos jurisdiccionales³⁵.

13. Los conflictos pueden definirse como *las situaciones donde los intereses de dos o más personas se oponen de tal manera que hace imposible que todos ellos puedan ser satisfechos*³⁶. Los conflictos pueden atravesar diferentes etapas: la primera fase donde existe una experiencia considerada como dañosa; en segundo lugar, cuando dicha situación perjudicial se atribuye a una determinada persona física o jurídica; en tercer lugar, cuando una de las partes exige un remedio o compensación a la que entiende es culpable de tal coyuntura nociva, y finalmente, cuando esta última rechaza tal queja³⁷. En esta última fase, cuando existe una negativa de la parte contraria es el momento en el que el conflicto se convierte en disputa³⁸. Teniendo en cuenta la amplitud del concepto de conflicto, éste se refiere tanto a los propios intereses que puedan tener las partes, -en el comercio internacional, principalmente, de tipo económico-, como a los derechos y obligaciones de cada una de ellas, en otras palabras, los conflictos pueden tener una naturaleza muy variada, no sólo jurídica. De hecho, en el ámbito que aquí se estudia, lo habitual es que la óptica económica y la legal se entremezclen. Sin embargo, a medida que los conflictos van escalando, y especialmente, cuando se llega a la última fase, es la perspectiva legal la que prevalece y predomina por encima de las demás, de ahí que, en general, las disputas sean jurídicas³⁹.

³⁴ Vid. N. ALEXANDER, *International and comparative...*, op. cit., p. 25; L. BOULLE, K.J. KELLY, *Mediation. Principles, process, practice*, Toronto, Vancouver, 1998, pp. 72-73. Aunque los citados autores solo exponen dicha diferencia respecto de la mediación, ésta puede extrapolarse al resto de ADR.

³⁵ Vid. C. MENKEL-MEADOW, *Dispute processing and conflict resolution*, Ashgate Darmouth, 2003, p. xvi. El término controversia es similar al de conflicto, esto es, se caracteriza por su amplitud, vid. S.R. PEPPET en «Contract formation in imperfect markets: should we use mediators in deals?», *Ohio St. J. on Disp. Resol.*, vol. 19, nº 2, 2004, p. 349; G.R. WOODMAN, «The alternative law...», loc. cit., op. cit., pp. 581-582.

³⁶ Vid. C. BÜHRING-UHLE, L. KIRCHHOFF, G. SCHERER, *Arbitration and mediation...*, op. cit., p. 132.

³⁷ En cualquier caso, es importante tener en cuenta que los conflictos no deben verse como algo negativo o destructivo, sino todo lo contrario. Son parte intrínseca de la interacción y del comportamiento humano, así como motor de los cambios y evoluciones. Esta perspectiva es la que debe tomarse en consideración a la hora de gestionarlos, vid. L. BOULLE, K.J. KELLY, *Mediation. Principles...*, op. cit., p. 47; H.J. BROWN, A.L. MARRIOTT, *ADR principles...*, op. cit., p. 1.

³⁸ Vid. K.P. BERGER, *Private dispute resolution...*, op. cit., pp. 24-28; C. BÜHRING-UHLE, L. KIRCHHOFF, G. SCHERER, *Arbitration and mediation...*, op. cit., pp. 133-134; W.L.F. FELSTINER, R.L. ABEL, A. SARAT, «The emergence and transformation of disputes: naming, blaming, claiming...», *L. & Soc. Rev.*, vol. 15, nº 3-4, 1980-1981, pp. 631-637. Por esta razón, para referirse a una disputa se habla también de conflicto manifiesto, vid. J. FOLBERG, D. GOLANN, L. KLOPPENBERG, T. STIPANOWICH, *Resolving dispute: Theory, Practice and Law*, New York, 2005, p. 21. Para profundizar sobre el concepto de conflicto, vid. R. ALZATE SAÉZ DE HEREDIA, «La dinámica del conflicto», en H. SOLETO MUÑOZ, *Mediación y resolución...*, op. cit., pp. 107-118; J. FOLBERG, D. GOLANN, L. KLOPPENBERG, T. STIPANOWICH, *Resolving disputes...*, op. cit., pp. 20-26; L. GARCÍA VILLALUENGA, *Mediación en conflictos familiares...*, op. cit., pp. 137-160.

³⁹ Vid. C. BÜHRING-UHLE, L. KIRCHHOFF, G. SCHERER, *Arbitration and mediation...*, op. cit., p. 133. Ello no significa que no puedan existir disputas que no sean jurídicas, en tanto que todo conflicto es una disputa potencial, basta con que la parte contraria se manifieste rechazando la pretensión de la otra. En este sentido, la disputa es una subcategoría de conflicto. Vid. K.P. BERGER, *Pri-*

14. Aunque los ADR se empleen generalmente para resolver disputas, esto es, conflictos que se encuentran en su grado máximo de confrontación, en realidad, su objeto es mucho más amplio, no sólo se circumscribe a las disputas jurídicas propias de resolución por parte de los tribunales, sino que se extiende a los conflictos en toda la extensión del término. Reflejo de tal afirmación, son los numerosos problemas, normalmente de tipo técnico, que surgen durante un proyecto de larga duración. Dichos obstáculos, en muchos ocasiones, causados por factores exógenos y que ninguna de las partes había previsto, son perjudiciales para los intereses de una de ellas, si bien debe ser solventado por ambas en orden a la continuación de la actividad pactada⁴⁰. Otro caso suele producirse durante la negociación del contrato, donde muchas de sus controversias, como por ejemplo aquellas cuyo origen es la fijación de precios, a veces no podrán alcanzar una naturaleza jurídica. En ambos supuestos, el empleo de los ADR es lo más adecuado en orden a que las partes logren continuar con sus propósitos, ya sea la ejecución satisfactoria del contrato, o incluso, la firma del mismo⁴¹.

III. Función: el término «resolution»

15. Finalmente, se debe analizar la última sigla del acrónimo «ADR»: el término *resolution*. Cualquiera que sea el ámbito en el que se empleen estos métodos, su principal función es siempre la solución efectiva del conflicto planteado⁴². Dentro del comercio internacional, dicha finalidad se acentúa, porque de este modo, las partes pueden continuar con sus negocios, caracterizados por implicar, en la mayor parte de las ocasiones, grandes cantidades de dinero e importantes intereses.

16. A pesar del protagonismo indiscutible de la citada función, el término «resolución» -al igual que ocurre con «disputa»- no abarca todas las tareas que los ADR pueden llevar a cabo. En este sentido, las distintas finalidades que estos métodos pueden cumplir están íntimamente relacionadas con su objeto, el conflicto, y particularmente, con la amplitud del mismo. Partiendo de esta base, los ADR, en muchas ocasiones, sirven para prevenir el propio conflicto, la escalada del mismo, o existiendo éste, su eventual conversión en disputa⁴³; así como para mitigarlo o trabajarlo en orden a que sea otro método el que solvete la controversia -normalmente el arbitraje o el proceso judicial-⁴⁴.

vate dispute resolution..., *op. cit.*, pp. 18-23; J.M. NOLAN-HALEY, H. ABRAMSON, P.K. CHEW, *International conflict resolution...*, *op. cit.*, pp. 2-4, 8-15. En cuanto a los distintos tipos de disputas, *vid.* H.J. BROWN, A.L. MARRIOTT, *ADR principles...*, *op. cit.*, pp. 3-7.

⁴⁰ Un claro ejemplo se encuentra en el ámbito de los contratos de construcción internacional, *vid.* A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Los contratos internacionales...*, *op. cit.*, pp. 215-216.

⁴¹ En este trabajo, y sin perjuicio del matiz conceptual aquí explicado, los términos de disputa, conflicto, controversia, problema o diferencia -así como otros vocablos sinónimos- se utilizarán indistintamente.

⁴² Aunque en este estudio se utilizan los términos resolución y solución de forma sinónima, en sentido estricto, el primer vocablo corresponde a los métodos heterocompositivos, mientras que el segundo se relaciona con los autocompositivos -por ejemplo la mediación-, esto es, cuando son las partes las que logran llegar a un acuerdo por ellas mismas, *vid.* J.C. ORTIZ PRADILLO, «La mediación en la Unión Europea: la Directiva sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles», en N. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO (dir.), *Mediación: un método de ? conflictos. Estudio interdisciplinar*, Madrid, 2010, p. 57.

⁴³ En cuanto a esta labor de prevención, *vid. ad. ex.* el *fact-finding* o peritaje, (*vid. infra*, nota 61); y los *dispute boards*, (*vid. infra*, nota 91). Si bien, los paradigmas de la prevención de los conflictos por su propia configuración son el *partnering* y el *alliancing*, (*vid. infra*, nº 41 y nº 45).

⁴⁴ Aunque esta última función suele complementarse con el arbitraje o el proceso judicial debido al afán resolutivo del ámbito comercial internacional, *vid.ad. ex.* el empleo de la *neutral evaluation*, (*vid. infra*, nota 58); del *fact-finding* o peritaje, (*vid. infra*, nº 25); del procedimiento precautorio prearbitral, (*vid. infra*, nota 78); o del *mini-trial* y el *summary jury trial*, (*vid. infra*, nota 111). En otros campos, dicha labor de los ADR puede ser un fin en sí misma, especialmente aquellos caracterizados por su naturaleza emocional y afectiva. Así, en el campo familiar, vecinal, penal, o intercultural, los ADR, y en especial la mediación, puede emplearse, simplemente, para lograr un mero acercamiento ante posiciones opuestas y muy alejadas de las partes, aunque ello no conlleve una solución efectiva del conflicto. *Vid.* M. BLANCO CARRASCO, *Mediación y sistemas alternativos...*, *op. cit.*, p. 23; L. BOULLE, K.J. KELLY, *Mediation. Principles...*, *op. cit.*, pp. 12-16; A. DEL MORAL GARCÍA, «La mediación en el proceso penal. Fundamentos, problemas, experiencias», en J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, M. DE PRADA RODRÍGUEZ (dirs.), *La mediación...*, *op. cit.*, pp. 51-52; M. LÓPEZ-JURADO PUIG, «La mediación como profesión, algo más que una técnica», en J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, M. DE PRADA RODRÍGUEZ (dirs.), *La mediación...*, *op. cit.*, p. 4; M.A. PEÑA YAÑEZ, J.L. UTRERA MOLINA, M.L. MINGO BASAÍL, C. FERNÁNDEZ CARRÓN, M. DE PRADA RODRÍGUEZ, «La mediación en el ámbito...», *loc. cit.*, *op. cit.*, p. 136; G.R. WOODMAN, «The alternative law...», *loc. cit.*, *op. cit.*, p. 582. En este sentido, se debe traer a colación la definición

17. En definitiva, del mismo modo que el vocablo «resolución» es más afín al concepto de «disputa», en tanto que un conflicto llevado a su máximo grado de confrontación, sólo puede ser objeto de resolución, ya sea por medio de un ADR o de otros métodos de resolución de conflictos, como el arbitraje o el proceso judicial. La idea de «conflicto» debe ir acompañada de una expresión mucho más amplia, que englobe no sólo la resolución, sino también la prevención y la atenuación del mismo. En este sentido, se puede decir que la función general de los ADR es la gestión o el tratamiento del conflicto –«conflict management»⁴⁵.

IV. Clasificación

18. A pesar de la flexibilidad característica de los ADR, consecuencia de la autonomía privada de las partes a la hora de conformarlos, éstos suelen ser objeto de dos clasificaciones. La primera atiende a las funciones que ejerce el tercero, así como a la naturaleza de la solución adoptada, dos extremos íntimamente relacionados⁴⁶. La segunda, se refiere a la relación entre los ADR y el proceso judicial⁴⁷.

1. ADR facilitadores, ADR evaluadores y ADR resolutorios

19. Dicha clasificación atiende a la configuración que, de forma general, tiene cada uno de estos métodos, si bien, de igual modo, se tiene presente que las partes siempre pueden moldear, y por tanto, modificar, estos aspectos⁴⁸.

- a) Los *ADR facilitadores* se constituyen como los métodos donde la participación del tercero es mínima. Éste se limita a asistir a las partes para que sean ellas mismas las que logren llegar a un acuerdo. Paradigma de esta clase de ADR es la mediación y el *mini-trial*⁴⁹.
- b) En los *ADR evaluadores*, el tercero adquiere un papel más activo, se encarga de analizar la documentación presentada por las partes, escuchar sus argumentos, y en algunos métodos, si bien de forma excepcional, investigar distintos extremos relativos al conflicto. Por esta razón, y salvo ciertas excepciones, se suele elegir a un experto para tal tarea. Todo ello con la finalidad de realizar recomendaciones, esto es, exponer la solución que, en su opinión, estima más adecuada para el conflicto planteado, si bien, dicho pronunciamiento no es vinculante. Entre estos ADR se encuentran la *neutral evaluation*, el *fact-finding* o peritaje, el *summary jury trial*, y en principio, los *dispute review boards* y los *combined dispute boards* de la CCI⁵⁰.

que E. VINYAMATA ofrece de dicho método como el proceso que procurará establecer un acuerdo y *dar por acabado, o al menos mitigado, el conflicto*, *vid. Aprender mediación*, Barcelona, 2003, p. 17.

⁴⁵ *Vid. L. BOULLE, K.J. KELLY, Mediation. Principles..., op. cit., p. 50; H.J. BROWN, A.L. MARRIOTT, ADR principles..., op. cit., pp. 7-8; C. BÜHRING-UHLE, L. KIRCHHOFF, G. SCHERER, Arbitration and mediation..., op. cit., p. 133; G. ESTEBAN DE LA ROSA, «Irrupción del movimiento...», loc. cit., pp. 94-95; A. SAIZ GARITAONAENDÍA, «Mediación, medarb y otras posibles fórmulas en la gestión cooperativa de conflictos», en H. SOLETO MUÑOZ, *Mediación y resolución...*, op. cit., pp. 74-76.* A pesar de tal afirmación, en este trabajo, siguiendo con el significado convencional de las siglas ADR, se utilizará principalmente la expresión «resolución de conflictos».

⁴⁶ Es importante tener en cuenta que dicha clasificación parte del concepto dado de ADR en epígrafes anteriores. Existen otras clasificaciones, si bien, utilizan otras concepciones como premisa, *vid. ad. ex.*, G.A. CHORNEK, C.E. HART, *Bypass court...*, op. cit., pp. 2-8.

⁴⁷ *Vid. Libro Verde..., op. cit., p. 7.*

⁴⁸ El diseño de sistemas de resolución de conflictos está basado, y sigue la lógica de esta clasificación, *vid. infra*, nº 48-51. Otros autores realizan clasificaciones muy similares, si bien utilizan un concepto de ADR más amplio, *vid. N. ALEXANDER, International and comparative..., op. cit.*, pp. 9-10; S. BLAKE, J. BROWNE, S. SIME, *A practical approach...* op. cit., p. 342; M. BLANCO CARRASCO, *Mediación y sistemas alternativos...*, op. cit., p. 15; K. MACKIE, D. MILES, W. MARSH, T. ALLEN, *The ADR practice guide...*, op. cit., pp. 11-14. En este sentido, otra clasificación basada en las facultades del tercero distingue entre la labor consultiva o consensual, que abarca la facilitadora y la evaluadora; y la labor directiva o resolutoria, *vid. K.P. BERGER, Private dispute resolution...*, op. cit., pp. 39-40; H.J. BROWN, A.L. MARRIOTT, *ADR principles...*, op. cit., pp. 16-17.

⁴⁹ En cualquier caso, ambos ADR también pueden adquirir una función evaluadora.

⁵⁰ El *fact-finding* o peritaje puede configurarse como resolutorio, en tanto que la intervención del tercero puede ser mayor, adoptando una decisión vinculante para las partes, *vid. infra*, nota 62. En cuanto a las especiales características de los *dispute review boards* y los *combined dispute boards*, *vid. infra*, nº 32.

c) Los *ADR resolutorios* se caracterizan por la máxima intervención del tercero, el cual, además de examinar los documentos presentados por las partes y de oír sus alegaciones, tiene atribuida, de forma común y general, una labor investigadora. Además y como resultado de dichas actividades, el tercero, que será un experto en la materia que se trate, dictará una decisión vinculante, aunque ésta sólo goce de naturaleza contractual. Ejemplos de estos ADR son: la *adjudication*, el procedimiento precautorio prearbitral, la *expert determination*, así como los denominados *dispute boards* del Banco Mundial y los *dispute adjudication boards* de la FIDIC y la CCI⁵¹.

2. ADR intrajudiciales y ADR extrajudiciales

20. Según esta categorización, los ADR intrajudiciales son aquellos que, aunque se desarrollan al margen del proceso judicial, se encuentran vinculados al mismo debido a que su utilización trae causa de la previa sugerencia u orden del juez, una vez iniciado el proceso judicial. Por su parte, los ADR extrajudiciales son aquellos que se desarrollan completamente al margen del proceso⁵².

V. Análisis de los distintos ADR utilizados en el comercio internacional

21. Aunque dentro del comercio internacional, -al igual que ocurre en el resto de ámbitos-, la mediación sea el paradigma de ADR, ello no significa que no se empleen otros métodos alternativos de arreglo de controversias. Dichos mecanismos, cada uno de ellos diseñados para prevenir o dar solución a concretas situaciones conflictivas que se presentan en el comercio transfronterizo, gozan de unas características propias que los hacen más adecuados a la hora de tratar determinadas disputas.

1. Neutral Evaluation

22. A través de este mecanismo, un tercero, generalmente un juez jubilado, un abogado experto en la materia, o una persona de reconocido prestigio en el sector del mercado donde la disputa surge⁵³, se encargará de asistir a las partes enfrentadas en un conflicto a través de una evaluación objetiva del mismo⁵⁴. Normalmente, éstas presentan al evaluador la documentación sobre el caso que estiman necesaria, para que, al cabo de unos días, tanto las partes como el tercero se reúnan⁵⁵. En esta sesión confidencial, aquéllas, habitualmente a través de sus abogados, exponen el caso al evaluador⁵⁶. A continuación, éste las ayuda a clarificar cuestiones, a identificar los puntos fuertes y débiles de ambas posiciones, y realizará una evalua-

⁵¹ *Vid. infra*, nº 27-34. FIDIC son las siglas de la *Fédération Internationale Des Ingénieurs-Conseils*.

⁵² El Libro Verde los denomina *ADR en el marco de procedimientos judiciales* y *ADR convencionales* respectivamente, *vid. p. 7*.

⁵³ La elección del tercero dependerá de la naturaleza del caso. En cuanto a los criterios a seguir para escoger de forma correcta, *vid. R.H. MCLAREN, J.P. SANDERSON, Innovate dispute resolution: the alternative*, Toronto, 1994, pp. 3-9, 3-10.

⁵⁴ En cuanto al ámbito comercial se refiere, es muy habitual en EE.UU, pero no tanto en Europa, *vid. H.R. DUNDAS, «Dispute resolution in the oil...»*, *loc. cit.*, p. 8. La CCI incluye la *neutral evaluation* dentro de su Reglamento ADR, www.iccwbo.org/court/adr/id4444/index.html

Este ADR no sólo puede ser utilizado fuera del ámbito de los tribunales, sino también dentro del marco de un proceso judicial. De hecho, esta práctica es muy habitual. Precisamente, la primera vez que se llevó a cabo este ADR fue en su modalidad intrajudicial, de ahí que también se utilice el término *early neutral evaluation* (ENE). En este sentido, y como su propio nombre indica, los órganos jurisdiccionales en EEUU suelen recomendar su empleo antes de llevar a cabo el *discovery*, *vid. S. BLAKE, J. BROWNE, S. SIME, A practical approach...*, *op. cit.*, p. 298; J. FOLBERG, D. GOLANN, L. KLOPPENBERG, T. STIPANOWICH, *Resolving disputes...*, *op. cit.*, p. 612. Si bien, no obsta para que pueda realizarse en otras fases posteriores del proceso judicial, *vid. G.A. CHORNENKI, C.E. HART, Bypass court...*, *op. cit.*, p. 183.

⁵⁵ El espacio de tiempo entre la entrega de documentación y la celebración de la sesión conjunta dependerá de la complejidad del caso, si bien, lo habitual es una semana.

⁵⁶ Durante las exposiciones de las partes, el tercero puede interrumpirlas para realizar las preguntas que estime convenientes, *vid. S. BLAKE, J. BROWNE, S. SIME, A practical approach...*, *op. cit.*, p. 299; R.H. MCLAREN, J.P. SANDERSON, *Innovate dispute resolution...*, *op. cit.*, p. 3-6.

ción no vinculante sobre el caso, la cual puede ser expresada de forma oral o escrita⁵⁷. La principal finalidad de este ADR es mostrar a las partes sus perspectivas de éxito de forma realista, el eventual resultado ante un proceso judicial o un arbitraje, para así animarlas a alcanzar por sí mismas un acuerdo⁵⁸.

23. En general, la *neutral evaluation*, debido a su propia configuración, será más efectiva cuanto antes se realice dentro de la vida del conflicto. Por otra parte, este ADR es apropiado para aquellos casos cuya materia necesita de un experto capaz de simplificar y centrar los elementos verdaderamente esenciales del conflicto, de manera que las partes estén bien informadas sobre sus posibilidades y no se creen falsas expectativas. Se utilizan en casos jurídicamente complejos, donde existen múltiples partes con distintos y variados intereses, pero donde los hechos no son el centro de la disputa. Para tales casos, se encuentra el ADR expuesto a continuación.

2. Fact-finding o Peritaje

24. Muchos conflictos traen causa de las diferentes versiones de las partes en cuanto a los hechos acaecidos, o por dificultades estrictamente técnicas⁵⁹. Por ello, en este tipo de ADR, un tercero experto en el

⁵⁷ Incluso en aquellos casos más complejos, la sesión o sesiones no alcanzarán ni los dos días de duración. Aunque puede darse dicha posibilidad, en dichas sesiones no suelen participar ni testigos, ni expertos de cada una de las partes, *vid.* G.A. CHORNEK, C.E. HART, *Bypass court...*, *op. cit.*, pp. 182-183, 186, 191; J. JENKINS, S. STEBBINGS, *International construction arbitration law*, Alphen aan den Rijn, 2006, p. 137; J.M. NOLAN-HALEY, H. ABRAMSON, P.K. CHEW, *International conflict resolution...*, *op. cit.*, p. 37. Las partes acordarán que las alegaciones realizadas, así como el resultado obtenido a través de este ADR, no sean oponibles en procesos posteriores, especialmente, en un arbitraje o proceso judicial, *vid.* G.A. CHORNEK, C.E. HART, *Bypass court...*, *op. cit.*, pp. 190-191; J. JENKINS, S. STEBBINGS, *International construction...*, *op. cit.*, p. 137.

⁵⁸ El tercero, si así lo acuerdan las partes, también las puede asistir en esta labor, haciendo las veces de mediador. En tal caso, y para evitar dudas a cerca de la imparcialidad de la evaluación -debido a las informaciones confidenciales que pudiera obtener en las sesiones de las partes por separado durante la mediación-, ésta deberá quedar completada por escrito, aunque no publicada a las partes, antes de iniciar esta segunda fase *vid.* R.H. MCLAREN, J.P. SANDERSON, *Innovate dispute resolution...*, *op. cit.*, pp. 3-3, 3-7, 3-8.

Este ADR también puede tener como finalidad la gestión del conflicto con vistas a su preparación para un posterior arbitraje o proceso judicial, *vid.* G.A. CHORNEK, C.E. HART, *Bypass court...*, *op. cit.*, p. 179; A. SCHNEEBALG, E. GALTON, *Le rôle du conseil en médiation civile et commerciale*, Paris, 2003 p. 133. Dicho objetivo, difícilmente se desarrollará en el comercio internacional como primera opción, en tanto que en el citado ámbito, se busca una mayor eficiencia en términos de tiempo y dinero. Sin embargo, dicha finalidad puede configurarse como una ventaja ante un eventual proceso judicial o arbitraje, si este método de resolución de conflictos fracasa, porque las partes habrán trabajado sus posibles opciones ante el conflicto, *vid.* R.H. MCLAREN, J.P. SANDERSON, *Innovate dispute resolution...*, *op. cit.*, p. 3-1.

Si no se logra llegar a un acuerdo, el evaluador también puede asesorar a las partes en orden a elegir el método de resolución de controversias más adecuado al supuesto concreto, *vid.* H.J. BROWN, A.L. MARRIOTT, *ADR principles...*, *op. cit.*, pp. 372-373; R.H. MCLAREN, J.P. SANDERSON, *Innovate dispute resolution...*, *op. cit.*, pp. 3-1, 3-8.

⁵⁹ Dentro del ámbito comercial internacional, las controversias que suelen tratarse en este tipo de ADR pertenecen al campo de la construcción, y de la industria dedicada a la ciencia y la tecnología, donde suelen darse complejos casos sobre propiedad industrial e intelectual. A título de ejemplo, estos son algunos de los asuntos que pueden quedar sometidos a este ADR: la evaluación de los activos de una sociedad, el coste de la realización de una operación financiera, o de una obra; determinación de precios de ciertos artículos; utilización de tecnología patentada; pruebas de rendimiento de determinados productos; funcionamiento de plantas industriales, *vid.* J-F. BOURQUE, «L'expérience du centre international d'expertise de la CCI et le développement de l'expertise internationale», *Rev. Arb.*, nº 2, 1995, pp. 237-238; F. ESTAVILLO CASTRO, «Medios alternativos...», *loc. cit.*, pp. 383-384; C. JA-RROSSON, «Les modes alternatifs de règlement des conflits: présentation générale», *RIDC*, nº 2, 1997, p. 331.

Para que este ADR sea efectivo, es fundamental que se desarrolle en los primeros momentos de vida del problema, *vid.* R.H. MCLAREN, J.P. SANDERSON, *Innovate dispute resolution...*, *op. cit.*, pp. 2-4, 2-5. Tanto el aspecto material como temporal, no sólo lleva a exigir la necesaria participación de un tercero experto, sino que hace inadecuado la eventual presentación de la disputa directamente ante un tribunal arbitral (y por ende, ante un órgano jurisdiccional), el principal motivo es que el lapso de tiempo, desde que los hechos acontecen hasta que el experto actúa en el arbitraje (o en proceso judicial), puede ser demasiado largo, impidiendo, en muchos casos, que éste pueda realizar su trabajo, *vid.* A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Los contratos internacionales...*, *op. cit.*, pp. 246-248.

En 2003, el Centro Internacional de Peritaje de la CCI, aprobó unas nuevas reglas relativas a este tipo de ADR, las denominadas *Rules for Expertise* o Reglamento de Peritaje, *vid.* www.iccwbo.org/drs/english/expertise/pdf_documents/rules/rules_expert_spanish.pdf Además, en el año 2002, la propia CCI, a través del propio Centro Internacional de Peritaje, también aprobó el *Reglamento DOCDEX* o *Reglamento de Peritaje para la Solución de Controversias en materia de Instrumentos Documentarios*, es decir, unas normas que reflejan la posibilidad de aplicar este ADR a aquellos conflictos surgidos de créditos documentarios, instrucciones de cobranza, y garantías de primer requerimiento. Sobre esta modalidad especial de peritaje, *vid.*

sector del mercado donde se enmarca la controversia, examina e investiga los diferentes aspectos fácticos y técnicos presentados por las partes, todo ello con el fin de esclarecer y determinar dichos extremos⁶⁰. Una vez que el perito o *fact-finder* clarifica la situación a través de un informe, las posiciones respectivas de las partes serán más razonables y cercanas una de otra, base necesaria para lograr que aquéllas lleguen a un acuerdo. A su vez, este tercero puede realizar recomendaciones, asistiendo a las partes para que encuentren una solución al conflicto, o incluso, puede realizar una propuesta de acuerdo⁶¹. En cualquier caso, aunque su pronunciamiento suele configurarse como no vinculante, las partes pueden acordar lo contrario⁶².

25. El *fact-finding* o peritaje, en tanto que se encarga declarificar hechos y aspectos técnicos que dieron lugar al problema, también suele ser utilizado como preludio para otro tipo de ADR, especialmente, la mediación y el *mini-trial*, y también para arbitrajes, e incluso procesos judiciales⁶³. En el comercio internacional, lo más habitual es el empleo posterior del arbitraje. En este sentido, y con independencia de las alegaciones de las partes, así como de la participación de otros peritos a lo largo del procedimiento, el informe del perito, sea o no sea vinculante, tendrá un valor probatorio crucial, principalmente, por haber evaluado la situación cuando aún era reciente⁶⁴.

26. También cabe la posibilidad de que los expertos sean aportados por cada una de las partes, de manera que conjuntamente, y tras todas las informaciones recibidas, realicen un informe final con todos aquellos puntos en los que estén de acuerdo. En cualquier caso, esta posibilidad, denominada *joint*

G. COLLYER, «Documentary credit dispute resolution under the DOCDEX Rules. Three years on», *ICC Int'l. Ct. Arb. Bull., Arbitration, Finance and Insurance – Special Supplement*, 2000, pp. 67-76; Id. «Winfried Holzwarth on docdex», *ICC Int'l. Ct. Arb. Bull.*, vol. 8, nº 2, 1997, pp. 51-54.

⁶⁰ Las presentaciones de las partes pueden tener muchas variaciones, su configuración dependerá de lo que ellas mismas hayan acordado. Éstas pueden ser muy formales, asemejándose a un arbitraje o un proceso judicial, o pueden gozar de una mayor informalidad, donde el tercero pueda reunirse por separado con las diferentes partes, sus testigos y otras personas que puedan aportar información valiosa, *vid.* R.H. MCLAREN, J.P. SANDERSON, *Innovate dispute resolution...*, *op. cit.*, pp. 2-5, 2-6.

⁶¹ Cabe la posibilidad de que el tercero prepare un informe con las respectivas recomendaciones de forma individual a cada una de las partes, de manera que éstas no conozcan el contenido de cada uno de dichos documentos enviados al resto. Esto puede ayudar a realizar, a continuación, una negociación asistida por el propio *fact-finder*, de ahí que se denomine, *fact-based mediation*, *vid.* H.J. BROWN, A.L. MARRIOTT, *ADR principles...*, *op. cit.*, p. 375; R.H. MCLAREN, J.P. SANDERSON, *Innovate dispute resolution...*, *op. cit.*, p. 2-6. La actuación del tercero no sólo sirve para resolver conflictos, sino también para prevenirlos, con esta última finalidad, y especialmente en el ámbito de la construcción, el tercero suele estar presente a lo largo del desarrollo de la obra, para ir supervisando y analizando las distintas dificultades técnicas que van surgiendo, de manera que las partes perciban tales contratiempos de forma objetiva, evitando el conflicto. Además, también se encargan de recabar pruebas sobre la evolución del proyecto, situaciones concretas que necesitan ser verificadas en el momento, siendo muy difícil un análisis posterior de las mismas al desaparecer o quedar distorsionadas por el paso del tiempo. Esta acción servirá para resolver, de forma realmente efectiva, eventuales conflictos. *Vid.* M. BÜHLER, «Technical expertise: an additional means for preventing or settling commercial disputes», *J. Int'l. Arb.*, vol. 6, nº 1, 1989, pp. 144 a 146.

⁶² *Vid.* C. BÜHRING-UHLE, L. KIRCHHOFF, G. SCHERER, *Arbitration and mediation...*, *op. cit.*, p. 197; G.A. CHORNEK, C.E. HART, *Bypass court...*, *op. cit.*, p. 11; R.H. MCLAREN, J.P. SANDERSON, *Innovate dispute resolution...*, *op. cit.*, p. 2-1. La posibilidad de que el pronunciamiento del perito sea vinculante, si así lo acuerdan las partes, también se recoge en el Reglamento de Peritaje de la CCI (art. 12.3). Además, todas las posibles funciones descritas de este tercero encuentran acomodo en esta regulación. Sin embargo, se debe destacar un punto, recogido en el art. 13.1, que hace diferenciar a este método de peritaje de la mayor parte de ADR, y especialmente del *neutral evaluation*, debido a su aparente similitud. Mientras que en dichos mecanismos basta con que una de las partes dé por finalizado el procedimiento, para que efectivamente sea así, en el peritaje de la CCI, se necesitará que todas las partes acuerden su término, esto es, la falta de participación de una de ellas, no privará al perito de emitir el informe pertinente, *vid.* P.M. WOLRICH, «The New, Revised ICC Rules for Expertise: A presentation and commentary», *ICC Int'l. Ct. Arb. Bull.*, vol. 13, nº 2, 2002, pp. 13 y 14.

⁶³ La consideración aislada de este aspecto, el peritaje como apoyo a un proceso judicial o un arbitraje, sirve de motivo para excluir a este método del concepto de ADR expuesto en el *Libro verde...*, *op. cit.*, p. 6. Sin embargo, como se puede observar a través de un estudio profundo de la figura, tiene todas las características necesarias para considerarse un ADR.

⁶⁴ Debido a la eventual utilización del informe del experto en un proceso judicial o arbitral posterior, el Reglamento de Peritaje de la CCI establece que dicho documento será revisado, exclusivamente en un sentido formal, por el propio Centro Internacional de Peritaje (art. 12.6). Aunque la cuestión en torno a la influencia del informe del experto es más importante en el arbitraje, en tanto que es un tercero el que adoptará una decisión que es título ejecutivo, que en los ADR, donde la decisión no tiene tal cualidad, ello no significa que las conclusiones emitidas por el perito no sean influyentes también en estos últimos procesos, en tanto que, sin duda, se configurarán como el punto de partida para después comenzar a trabajar en un futuro acuerdo, *vid.* R.H. MCLAREN, J.P. SANDERSON, *Innovate dispute resolution...*, *op. cit.*, pp. 2-6, 2-10, 2-11.

fact-finding, adolece de un defecto importante, cada uno de los *fact-finders* podrá conocer ciertas informaciones de la parte contraria a la que representa, aspecto que puede ser evitado con la utilización de un experto neutral. Éste podrá conocer los diferentes datos de las partes implicadas, en orden a realizar su labor, pero ellas no sabrán nada a cerca de la parte contraria⁶⁵. El citado aspecto es muy importante para el éxito del *fact-finding*, genera confianza en las partes, evitando posibles suspicacias, lo cual es imprescindible, no sólo a la hora de resolver conflictos derivados de una relación jurídica ya existente, sino también para asistir a aquellas partes que aún están en la fase de negociación de un contrato⁶⁶.

3. *Adjudication*

27. En este apartado, el término *adjudication* se refiere a un método de resolución de conflictos que se encuentra a medio camino entre los ADR más tradicionales y el arbitraje o el proceso judicial. Esta ubicación se debe a que el tercero, el *adjudicator*, es el que toma una decisión vinculante para las partes, si bien dicho pronunciamiento, de naturaleza contractual, es provisional, éstas podrán acudir, con posterioridad, a un arbitraje o proceso judicial⁶⁷. El tercero, experto en la materia, resolverá el conflicto una vez escuchadas las partes enfrentadas, aunque también podrá investigar e indagar en aquellos aspectos que considere necesarios⁶⁸.

28. Dentro del comercio internacional, es en los contratos de construcción donde la *adjudication* se utiliza de forma mayoritaria⁶⁹. Esto es así, especialmente en el Reino Unido, debido a la regulación existente. Dicha ordenación se compone por la *Housing Grants, Construction and Regeneration Act 1996* (HGCRA) y el *Scheme for Construction Contracts 1998*⁷⁰. Según estas normas, las partes pueden elaborar su propio procedimiento de *adjudication*, con las directrices recogidas en la sección 108 HGCRA⁷¹. Sin embargo, si no cumplen tal disposición o el contrato guarda silencio, se aplicará el *Scheme for Construction Contracts*⁷².

⁶⁵ *Vid.* C. BÜHRING-UHLE, L. KIRCHHOFF, G. SCHERER, *Arbitration and mediation...*, *op. cit.*, p. 198; R.H. MCLAREN, J.P. SANDERSON, *Innovate dispute resolution...*, *op. cit.*, pp. 2- 12 a 2-15.

⁶⁶ Especialmente es muy útil en las dos primeras etapas de la negociación, aquellas denominadas por S.R. PEPPET como *matching*, esto es, cuando las partes desean celebrar un contrato pero todavía no saben si el acuerdo será posible, al desconocer ciertas informaciones de la parte contraria, que, por otro lado, ésta seguramente no quiera compartir; y *pricing*, el momento en que las partes deben fijar las cantidades económicas a desembolsar, números que dependen de los datos que cada una de ellas poseen y que pueden ser asimétricos, *vid.* «Contract formation...», *loc. cit.*, pp. 305-310.

⁶⁷ *Vid.* N. GOULD, M. ABEL, «Adjudication in UK – recent developments», *SchiedsVZ*, nº 4, 2005 p. 190; J. JENKINS, S. STEBBINGS, *International construction...*, *op. cit.*, p. 64; K. MACKIE, D. MILES, W. MARSH, T. ALLEN, *The ADR practice guide...*, *op. cit.*, p. 261. Si las partes no acuden a arbitraje o a un proceso judicial en un plazo determinado, la decisión será definitiva, si bien, tal pronunciamiento no goza del efecto de cosa juzgada propiamente dicho, *vid. supra*, nota 6. En todo caso, hasta que no exista el debido laudo o sentencia, la decisión produce todos sus efectos, en tanto que este mecanismo se basa en la idea *pay now, argue later*. Si se decide iniciar un arbitraje o un proceso judicial posterior, la decisión del *adjudicator* podrá ser utilizada. *Vid.* H.R. DUNDAS, «Dispute resolution in the oil...», *loc. cit.*, p. 9; K. MACKIE, D. MILES, W. MARSH, T. ALLEN, *The ADR practice guide...*, *op. cit.*, p. 261.

Además, a pesar de que la decisión sea temporalmente vinculante, ésta no tiene porque estar motivada, dicho extremo dependerá de la voluntad de las partes. En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que el *adjudicator* puede resolver cuestiones de fondo –especialmente si se tiene en cuenta la regulación del Reino Unido que a continuación se analiza–, y por tanto, tiene la posibilidad de establecer derechos y obligaciones a las partes, y para ello, deberá atenerse a la ley aplicable al contrato, *vid.* P. HIBBERD, P. NEWMAN, *ADR and adjudication in construction disputes*, Oxford, London, Edinburgh, 1999, pp. 165-167; P. NEWMAN, «Partnering, with particular reference to construction», *Arbitration*, vol. 66, nº 1, February, 2000, p. 41.

⁶⁸ Las alegaciones de las partes pueden ser orales, o pueden realizarse por escrito a través de la documentación que éstas estimen pertinente, *vid.* J. JENKINS, S. STEBBINGS, *International construction...*, *op. cit.*, p. 64; K. MACKIE, D. MILES, W. MARSH, T. ALLEN, *The ADR practice guide...*, *op. cit.*, p. 260.

⁶⁹ Su intervención en la industria del gas y el petróleo, ámbito donde los ADR son importantes, es mínima. Por otra parte, comienza a emplearse en el campo de las finanzas, y de la tasación de propiedades, *vid.* H.R. DUNDAS, «Dispute resolution in the oil...», *loc. cit.*, p. 9; K. MACKIE, D. MILES, W. MARSH, T. ALLEN, *The ADR practice guide...*, *op. cit.*, p. 263.

⁷⁰ *Vid.* *Housing Grants, Construction and Regeneration Act*, [1996 c. 53].

⁷¹ En cuanto los requisitos recogidos en la HGCRA, *vid.* J. JENKINS, S. STEBBINGS, *International construction...*, *op. cit.*, pp. 73-74.

⁷² Esta regulación tiene una importancia crucial, y debe ser tomada en cuenta para aquellas empresas extranjeras que estén desarrollando un proyecto de construcción en el Reino Unido, porque estarán sujetas a este ADR aunque el contrato en cuestión no diga nada al respecto, y aunque no se haya elegido como ley aplicable la de Inglaterra y Gales o la de Escocia. La *adjudication*

Con este telón de fondo, numerosas instituciones han previsto la *adjudication* en el Reino Unido, entre ellas, se pueden destacar varias: a) El CEDR, el cual ofrece, a su vez, una mediación paralela, de manera que el eventual acuerdo al que lleguen las partes sea aplicado en vez de la decisión del *adjudicator*⁷³; b) *JCT (Joint Contracts Tribunal) Standard Form of Building Contract 2005*; c) *NEC (New Engineering Contract) 3rd Edition 2005* y el *NEC3 Adjudicator's Contract 2005*, de la *Institution of Civil Engineers (ICE)* y; d) el *Model Adjudication Procedure 2011* del *Construction Industry Council*⁷⁴.

4. El procedimiento precautorio prearbitral

29. En el comercio internacional, especialmente en aquellos contratos de larga duración, es muy habitual la necesidad o urgencia de mantener o conservar pruebas que de otro modo se perderían, debido a la cantidad de tiempo que un arbitraje o proceso judicial implican⁷⁵. Con el fin de dar respuesta a tal situación, esto es, de obtener medidas cautelares y conservativas de forma rápida, económica y flexible, la CCI elaboró el *Reglamento de Procedimiento Precautorio Prearbitral (RPPP)*⁷⁶.

obligatoria en el ámbito de los contratos de construcción, también se ha regulado en otros países como Nueva Zelanda, Australia o Singapur. *Vid. H.J. BROWN, A.L. MARRIOTT, ADR principles..., op. cit.*, pp. 57-59; N. GOULD, M. ABEL, «*Adjudication in UK...*», *loc. cit.*, p. 190; P. HIBBERD, P. NEWMAN, *ADR and adjudication...*, *op. cit.*, pp. 90-155; J. JENKINS, S. STEBBINGS, *International construction...*, *op. cit.*, pp. 72-74; K. MACKIE, D. MILES, W. MARSH, T. ALLEN, *The ADR practice guide...*, *op. cit.*, pp. 262-263; P. NEWMAN, «*Partnering, with particular...*», *loc. cit.*, p. 41; M. RUBINO-SAMMARTANO, «*The view from abroad on a parade of choices: Alternative processes to the «traditional» alternative, arbitration*», *Alternatives*, vol. 27, nº 5, May 2009, pp. 83-84.

El principal inconveniente del uso obligado de la *adjudication* es la posibilidad de que el tercero dicte una decisión errónea. Dicha situación no es improbable en tanto que, el *adjudicator* puede llegar a conocer casos muy complejos, y según la sección 108 HGCRA, debe resolver en 28 días, pudiendo extenderse hasta 42. En cualquier caso, tal y como está configurado este ADR, las partes podrán acudir a un arbitraje o proceso judicial posterior en orden a resolver la controversia; o también si, estando en principio conformes con la decisión adoptada, una de las partes la incumple. En este sentido, la jurisprudencia del Reino Unido se ha pronunciado sobre aquellos casos en los que no se va a considerar dicho pronunciamiento como válido, y por tanto, no se va a poder exigir su cumplimiento: a) si el *adjudicator* se extralimitó en sus funciones, bien porque resolvió un asunto fuera del ámbito de la HGCRA, bien por declararse nula la cláusula que contenía este ADR (se ha dado en casos de consumidores); o por haber resuelto fuera del plazo establecido y; b) si el *adjudicator* no fue imparcial o si no se dio a alguna de las partes la posibilidad de defenderse y contestar a las alegaciones de la contraria. La posibilidad de retener el pago al que pudiera estar obligado una parte, en virtud de la decisión del *adjudicator*, sólo se encuentra reconocida por la jurisprudencia de forma muy limitada. *Vid. H.R. DUNDAS, «Dispute resolution in the oil...»*, *loc. cit.*, p. 10; N. GOULD, M. ABEL, «*Adjudication in UK...*», *loc. cit.*, pp. 191-195; P. HIBBERD, P. NEWMAN, *ADR and adjudication...*, *op. cit.*, pp. 91-93; J. JENKINS, S. STEBBINGS, *International construction...*, *op. cit.*, pp. 74-76. Para realizar un estudio profundo de la legislación del Reino Unido sobre esta materia, *vid. S BLAKE, J. BROWNE, S. SIME, A practical approach...*, *op. cit.*, pp. 353-369; P. HIBBERD, P. NEWMAN, *ADR and adjudication...*, *op. cit.*, pp. 151-169.

⁷³ La sección 108 HGCRA establece el carácter vinculante y provisional de la decisión del *adjudicator*, estableciendo no sólo la posibilidad de acudir a arbitraje o a los tribunales, sino también la opción de un acuerdo entre las partes. Esta última alternativa es necesaria, en tanto que la *adjudication* se establece legalmente como obligatoria.

⁷⁴ Otras organizaciones que pueden citarse son: la *Royal Institution of Chartered Surveyors*; el *Royal Institute of British Architects*; el *Chartered Institute of Arbitrators*; la *Official Referees' Solicitors Association* y; la *Technology and Construction Court Barristers Association*, *vid. H.R. DUNDAS, «Dispute resolution in the oil...»*, *loc. cit.*, p. 9; J. JENKINS, S. STEBBINGS, *International construction...*, *op. cit.*, p. 74.

⁷⁵ Por ello, este procedimiento es especialmente útil en los contratos de construcción, en aquellas iniciativas donde se invierten grandes cantidades de dinero y se necesita la cooperación entre las partes a lo largo del tiempo como las *joint- ventures*. También su uso es adecuado en aquellos sectores donde tiene un valor fundamental la prevención de los conflictos, como en el ámbito de las tecnologías, la información, la energía o el medio ambiente; o en los contratos donde alguna de las partes es un Estado o un órgano gubernamental, de manera que se evita acudir a los tribunales de dicho Estado para eludir cualquier comportamiento parcial del mismo, *vid. J-Y. GARAUD, C.H. DE TAFFFIN, «The ICC rules for a pre-arbitral referee procedure»*, *ICC Int'l. Ct. Arb. Bull.*, vol. 16, nº 1, 2005, pp. 59-60. En cuanto a las ventajas de este método respecto del arbitraje y del proceso judicial, *ibid.*, pp. 35-36, 58-59.

⁷⁶ Este Reglamento entró en vigor el 1 de enero de 1990, y a pesar del interés de la doctrina por el mismo, la primera solicitud para iniciar un procedimiento de tal naturaleza no se produjo hasta el 8 de octubre de 2001, más de diez años después, *vid. E. GAILLARD, P. PINSON, «The ICC pre-arbitral referee: First practical experiences»*, *Arbitration Int'l.*, vol. 20, nº 1, 2004, p. 14; J-Y. GARAUD, C.H. DE TAFFFIN, «*The ICC rules...*», *loc. cit.*, pp. 37-38. Ello es así porque siempre está la vía de los órganos jurisdiccionales para solicitar dicha tutela cautelar, *vid. R. LAPIEDRA ALCAÑÍ, Medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional*, Valencia, 2008, p. 170.

En cualquier caso, aunque este Reglamento fue el que dio origen a dicho procedimiento, de manera que su utilización ha estado siempre vinculada al citado texto de la CCI, también existen supuestos en los que este mecanismo se ha regulado *ad hoc*, *vid. K.P. BERGER, «Pre-arbitral referees: Arbitrators, quasi-arbitrators, hybrids or creatures of contract law?»*, en AA.Vv., *Global reflections on international Law, commerce and dispute resolution. Liber amicorum in honour of Robert Briner*, Paris, 2005, p.

30. En virtud de la citada regulación, el tercero, una vez presentada la documentación por las partes, realizadas las oportunas investigaciones, y tras la comparecencia de las mismas, dictará una orden⁷⁷. Ésta no prejuzgará el fondo del asunto, si bien, será vinculante y provisional, esto es, seguirá en vigor salvo que el tribunal arbitral, el jurisdiccional o el propio tercero decida lo contrario (art. 6.3 RPPP)⁷⁸. Además, el propio tercero puede sujetar el cumplimiento de su decisión a ciertas condiciones, como que una de las partes inicie un arbitraje o proceso judicial; o que la parte en cuyo beneficio haya sido emitida la orden otorgue una garantía adecuada (art. 6.4 RPPP). Al igual que ocurre con otros ADR, dicha orden tendrá un mero carácter contractual, no tiene nada que ver con las medidas que se puedan adoptar en un arbitraje o en un proceso judicial. Por tanto, el éxito de este procedimiento dependerá, tan sólo, del compromiso de las partes a la hora de ejecutar la orden dictada⁷⁹.

De conformidad con la naturaleza y finalidad de este procedimiento, la resolución del tercero se dictará en un breve plazo de tiempo, con carácter general, dentro de los 30 días siguientes a la fecha en que se le entregó todo el expediente. Además, la orden se emitirá incluso aunque una de las partes no hubiese presentado su documentación, ni formulado observaciones o comentarios a las indagaciones del tercero, ni hubiese comparecido, siempre y cuando se constate que era conocedora de tales trámites (art. 5.6 RPPP y art. 6.2 RPPP)⁸⁰.

5. Expert Determination

31. A diferencia de la *adjudication*, las controversias objeto de la *expert determination* suelen ser, tan sólo, de carácter puramente técnico, o relativas a valoraciones o tasaciones. Además, se aplica a más ámbitos que, estrictamente, el de los contratos de construcción. Así, dentro del comercio internacional, deben destacarse los conflictos relativos a la industria de las nuevas tecnologías, del gas y del petró-

73. Además, otras instituciones han optado por aprobar regulaciones similares como la AAA – *Optional Rules for Emergency Measures of Protection*; la OMPI, – *Emergency Relief Rules*; o la Corte Europea de Arbitraje – *Pre-arbitral referee rules*, *vid. R. LAPIEDRA ALCAÑÍ, Medidas cautelares..., op. cit.*, pp. 170-177.

⁷⁷ En cuanto a las medidas que puede adoptar el tercero (art. 2) y su aplicación práctica, *vid. E. GAILIARD, P. PIN SOLLE, «The ICC pre-arbitral referee...», loc. cit.*, pp. 14-19; J-Y. GARAUD, C.H. DE TAFFFIN, «The ICC rules...», *loc. cit.*, pp. 48-53; M. RUBINO-SAMMARTANO, «The view from...», *loc. cit.*, p. 83.

⁷⁸ A diferencia de la *adjudication* y de algunas modalidades de *Dispute Boards*, ADR muy similares al citado procedimiento precautorio prearbitral, éste sólo está pensado para adoptar medidas de tipo cautelar y conservativo, no cabe la posibilidad de tener por objeto la resolución del fondo del asunto. En todo caso, ello no significa que con la adopción de estas medidas, no se pueda poner fin a la disputa, o sirva como base para la consiguiente negociación, *vid. J-Y. GARAUD, C.H. De TAFFFIN, «The ICC rules...», loc. cit.*, p. 34. Además, aunque el diseño de este procedimiento esté pensado para un probable arbitraje posterior - también se puede combinar con otros ADR-, ambos métodos de solución de disputas son completamente independientes. Para aplicar el procedimiento precautorio prearbitral se necesitará un acuerdo escrito por las partes en este sentido (art. 3.1), sólo así podrá iniciarse. En definitiva, el sometimiento al procedimiento de arbitraje de la CCI no implica la facultad para incoar aquél. Esto lleva a la cuestión sobre la posible integración del mecanismo precautorio prearbitral en el Reglamento de arbitraje. En este sentido, aunque algunos autores no son partidarios, *vid. K.P. BERGER, «Pre-arbitral referees...», loc. cit., op. cit.*, p. 87; otros sí que proponen dicha integración, *vid. E. GAILIARD, P. PIN SOLLE, «The ICC pre-arbitral referee...», loc. cit.*, p. 24; si bien acompañada de un mecanismo *opt-out*, *vid. J-Y. GARAUD, C.H. De TAFFFIN, «The ICC rules...», loc. cit.*, pp. 38-39, 60.

⁷⁹ Es la naturaleza contractual de la decisión, y por tanto, su falta de ejecutoriedad, la característica fundamental a la hora de diferenciar este ADR del arbitraje, así como del proceso judicial. Aunque ha existido cierta controversia en torno al posible carácter jurisdiccional que pudiera llegar a tener la orden del tercero, lo cierto es que no existen argumentos sólidos para ello, sino todo lo contrario: a) el tenor literal del Reglamento de la CCI, evita hablar de arbitraje o cualquier término que invite a confusión en este sentido; b) tal y como se recoge por los autores del Reglamento, dicha norma regula un método contractual, ese es su espíritu y finalidad; c) es importante recordar que la realización de este procedimiento no implica necesariamente un arbitraje posterior. Además, en un importante pronunciamiento de la *Cour d'appel de Paris*, el 29 de abril de 2003, en el caso de la *Société Nationale des Pétroles du Congo* y la República de Congo contra la *Société Total Fina Elf E&P Congo*, también se ha declarado el carácter contractual de la orden del tercero, resultado del procedimiento precautorio prearbitral. *vid. K.P. BERGER, «Pre-arbitral referees...», loc. cit., op. cit.*, pp. 76-87; E. GAILIARD, P. PIN SOLLE, «The ICC pre-arbitral referee...», *loc. cit.*, pp. 20-23, 33-37; J-Y. GARAUD, C.H. DE TAFFFIN, «The ICC rules...», *loc. cit.*, pp. 53-56, 61-62; C. LÉCUYER-THIEFFRY, «First court ruling on the ICC Pre-arbitral referee procedure», *J. Int'l. Arb.*, vol. 20, nº 6, 2003, pp. 599-607. Precisamente, y en orden a corregir este punto débil, el art. 6.8.1 establece que, en caso de incumplimiento o rechazo de la orden del tercero, el tribunal arbitral o judicial podrá determinar si tal acontecimiento dio lugar a una indemnización por daños y perjuicios, *vid. A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Los contratos internacionales..., op. cit.*, p. 274.

⁸⁰ Esta característica es común a la regulación que la CCI hace del peritaje, *vid. supra*, nota 62.

leo, de los seguros, de los transportes, contratos de arrendamiento financiero, licencias sobre derechos de propiedad intelectual, o compra-ventas de empresas, de acciones y otros bienes⁸¹.

En virtud de este ADR, las partes exponen sus alegaciones a un tercero, el cual tomará una decisión como solución al conflicto planteado. Dichas alegaciones podrán realizarse de forma oral o mediante la entrega de la documentación pertinente, sin perjuicio de la facultad que posee el tercero para realizar las investigaciones que estime necesarias, así como para preguntar a las partes aquellas cuestiones que entienda oportunas⁸². La decisión que tome el experto, a menos que las partes digan lo contrario, será vinculante y resolverá definitivamente, y no de forma provisional, la controversia⁸³. En cualquier caso, ello no significa que posea efecto de cosa juzgada⁸⁴. Puede ocurrir que alguna de las partes incumpla lo establecido en la decisión emitida por el tercero, en ese supuesto, es importante tener en cuenta que ésta tiene una naturaleza completamente contractual, y en tales términos, se deberá plantear la eventual pretensión de la parte perjudicada. El pronunciamiento del experto tampoco es título ejecutivo, como lo es un laudo arbitral o una resolución jurisdiccional⁸⁵. Por su parte, la contraria podrá alegar generalmente su falta de cumplimiento sobre los siguientes extremos: la existencia de fraude, de violencia, intimidación, o de error; el desarrollo de un procedimiento o una decisión injusta; la falta de imparcialidad e independencia por parte del tercero o que éste hubiera actuado *ultra vires*⁸⁶.

⁸¹ *Vid.* S. BLAKE, J. BROWNE, S. SIME, *A practical approach...*, *op. cit.*, p. 343; H.J. BROWN, A.L. MARRIOTT, *ADR principles...*, *op. cit.*, p. 55; P. HIBBERD, P. NEWMAN, *ADR and adjudication...*, *op. cit.*, p. 92; J. KENDALL, C. FREEDMAN, J. FARRELL, *Expert determination*, 4^a ed., London, 2008, pp. 20-87; K. MACKIE, D. MILES, W. MARSH, T. ALLEN, *The ADR practice guide...*, *op. cit.*, pp. 264-266; A.A. SANTENS, «Expert determination clauses in contracts providing for international arbitration», *Arbitration Int'l.*, vol. 23, nº 4, 2007, pp. 688-689. Debido a esta variada utilización, instituciones importantes en el ámbito internacional, como el CEDR; el *London Court of International Arbitration* (LCIA) o la OMPI, han regulado este ADR.

Respecto de los contratos de compraventa, la función del experto es muy similar a la recogida por el art. 1447 Cc relativa al arbitrio de un tercero en orden a fijar el precio, *vid.* J. KENDALL, C. FREEDMAN, J. FARRELL, *Expert determination...*, *op. cit.*, p. 324. Dicho arbitrio no debe confundirse con el arbitraje, en tanto que la decisión del tercero tiene también carácter contractual, *vid.* H. MOTULSKY, *Écrits et notes...*, *op. cit.*, pp. 44-49.

⁸² En este aspecto, la *expert determination* tiene una gran similitud con la *adjudication*, *vid.* H.R. DUNDAS, «Dispute resolution in the oil...», *loc. cit.*, p. 4; K. MACKIE, D. MILES, W. MARSH, T. ALLEN, *The ADR practice guide...*, *op. cit.*, p. 264.

En cualquier caso, durante esta fase, el experto puede ejercer, antes de emitir su decisión, como mediador, realizando sesiones separadas e intentando que las partes lleguen a un acuerdo, *vid.* J. KENDALL, C. FREEDMAN, J. FARRELL, *Expert determination...*, *op. cit.*, pp. 94-191. Para saber más sobre los derechos y obligaciones de los expertos, *ibid.*, pp. 249-273.

⁸³ *Ibid.*, pp. 116-118. Aunque la *expert determination* descrita es la habitual, la que tiene mayor protagonismo, también cabe la posibilidad de configurar su resultado como provisional -al igual que la *adjudication*-; e incluso, existe su modalidad no vinculante, en virtud de la cual, el experto sólo sugiere una solución a las partes, *vid.* S. BLAKE, J. BROWNE, S. SIME, *A practical approach...*, *op. cit.*, p. 342; D. JONES, «Is expert determination a «final and binding» alternative?», *Arbitration*, vol. 63, nº 3, August 1997, p. 213; *Id.*, «Expert determination and arbitration», *Arbitration*, vol. 67, nº 1, February 2001, p. 21.

Al igual que ocurre en la *adjudication*, las partes pueden acordar que el tercero no exponga las razones de su decisión en la resolución que emita, si bien, en este caso, será difícil acudir a los tribunales para impugnar dicho pronunciamiento sobre la base de un error manifiesto del tercero. En cualquier caso, dicha motivación deberá ser sucinta en orden a respetar la información confidencial dada por cada una de las partes al tercero, *vid.* S. BLAKE, J. BROWNE, S. SIME, *A practical approach...*, *op. cit.*, pp. 347-348.

⁸⁴ *Vid. supra*, nota 6. Esta es una de las grandes diferencias entre la *expert determination* y el arbitraje, junto con el carácter más informal y los conflictos más bien de naturaleza técnica que normalmente suele tratar la primera. Aunque la doctrina y la jurisprudencia anglosajona, donde más tradición tiene el citado ADR, han analizado las diferencias más en el ámbito de la responsabilidad del tercero, que en los efectos de tal método, ya existen algunos pronunciamientos en este sentido. Por ejemplo, esta diferencia ya ha sido puesta de manifiesto por una sentencia del Tribunal Federal Suizo, de 17 de Noviembre de 2008, *vid.* 4A 438/2008. Para profundizar en las diferencias entre el arbitraje y la *expert determination*, *vid.* J. KENDALL, C. FREEDMAN, J. FARRELL, *Expert determination...*, *op. cit.*, pp. 274-296.

⁸⁵ Por esta razón, y sobre todo en casos internacionales para facilitar su posterior eficacia extraterritorial, las partes pueden acordar que la resolución del experto, se pueda convertir en una resolución judicial -si así lo permite el ordenamiento jurídico aplicable-, o en un laudo arbitral. *Vid.* D. JONES, «Is expert determination...», *loc. cit.*, pp. 213, 221-222; *Id.*, «Expert determination...», *loc. cit.*, pp. 23-24; J. KENDALL, C. FREEDMAN, J. FARRELL, *Expert determination...*, *op. cit.*, pp. 201-206; A. SESSLER, C. LEIMERT, «The role of expert determination in mergers and acquisitions under German Law», *Arbitration Int'l.*, vol. 20, nº 2, 2004, p. 152.

Aunque ésta sea una desventaja importante, ello no obsta para considerar este ADR como adecuado, sobre todo, para resolver cuestiones de tipo técnico o de fijación de precios, además, no debe olvidarse que es un mecanismo muy rápido, con un mínimo coste económico, y caracterizado tanto por su informalidad y flexibilidad -consecuencia de la ausencia de regulación legislativa- como por evitar una excesiva confrontación entre las partes, aspectos que no definen al arbitraje, *vid.* D. JONES, «Expert determination...», *loc. cit.*, pp. 27-29; A.A. SANTENS, «Expert determination clauses...», *loc. cit.*, p. 688; A. SESSLER, C. LEIMERT, «The role of expert...», *loc. cit.*, pp. 153-155.

⁸⁶ *Vid.* S. BLAKE, J. BROWNE, S. SIME, *A practical approach...*, *op. cit.*, p. 349; H.J. BROWN, A.L. MARRIOTT, *ADR principles...*

6. Dispute Boards

32. En general, este ADR, utilizado mayoritariamente para resolver los problemas derivados de los contratos de construcción, no es más que una *adjudication*, si bien, la función del tercero no la ejerce un solo experto de forma individual, sino que suele ser ostentada por una comisión de especialistas en la materia.

Fruto del crecimiento que ha experimentado su uso, muchas instituciones han aprobado sus propias regulaciones⁸⁷. Entre ellas, las más importantes son: a) el *Reglamento relativo a las Dispute Boards* 2004 de la CCI; b) la Cláusula 20 titulada *Claims, Disputes and Arbitration* de los diferentes *Standard Form Contracts* de la FIDIC y; c) los *Standard Bidding Documents* (SBD) del Banco Mundial⁸⁸. Sin embargo, debido a la existencia de diferentes reglas, y a la importancia que han adquirido en el comercio internacional, existe cierta confusión terminológica en torno a los *Dispute Boards* y la eficacia, vinculante o no vinculante, de las decisiones que adoptan. En este sentido, las comisiones que acuerdan resoluciones vinculantes, aunque provisionales -al igual que la típica *adjudication*-, son las *Dispute Adjudication Boards* (DAB) de la FIDIC y de la CCI, así como las *Dispute Boards* del Banco Mundial. Sin embargo, también existen aquellas cuyas decisiones, en principio, no son obligatorias, salvo que las partes no muestren queja alguna a tal pronunciamiento, como las *Dispute Review Boards* (DRB) de la CCI o; las que, en primer lugar, emiten una recomendación, para posteriormente, adoptar una decisión vinculante si las partes así lo solicitan, o tan sólo una lo pide, aunque sin objeción de la contraria, como las denominadas *Combined Disputes Board* (CDB) de la CCI⁸⁹.

ples..., *op. cit.*, p. 55; C. CALABRESI, «Il dispute board nei contratti internazionali d'appalto», *Dir. Com. Int.*, vol. 23, nº 4, 2009, pp. 806-807; A. CONNERTY, *A Manual of international dispute resolution*, London, 2006, pp. 293-295; H.R. DUNDAS, «Dispute resolution in the oil...», *loc. cit.*, p. 4; P. HIBBERD, P. NEWMAN, *ADR and adjudication...*, *op. cit.*, pp. 91-92; D. JONES, «Is expert determination...», *loc. cit.*, pp. 222-224; J. KENDALL, C. FREEDMAN, J. FARRELL, *Expert determination...*, *op. cit.*, pp. 208-248; K. MACKIE, D. MILES, W. MARSH, T. ALLEN, *The ADR practice guide...*, *op. cit.*, p. 265; P. NEWMAN, «Partnering, with particular...», *loc. cit.*, p. 41; A.A. SANTENS, «Expert determination clauses...», *loc. cit.*, pp. 687, 689-692, 696; A. SESSLER, C. LEIMERT, «The role of expert...», *loc. cit.*, pp. 161-163.

⁸⁷ Uno de los principales factores que motivaron su éxito y expansión fue su garantía de imparcialidad, frente a la falta de la misma en la figura del *Ingeniero* (FIDIC), tercero designado para, entre otras funciones, resolver conflictos, pero que trabajaba, y por tanto, era remunerado por el cliente, mientras que estas comisiones eran nombradas por todos los participantes en el proyecto y sus miembros pagados a partes iguales por todos ellos. En cualquier caso, aunque dicha figura del *Ingeniero* sigue existiendo, utilizándose para determinados tipos de disputas y como paso previo a los *Dispute Adjudication Boards*, ahora son éstas el mecanismo de ADR principal dentro de los *Standard Form Contracts* de la FIDIC. Otros aspectos que ha motivado su éxito ha sido el uso obligado, y por tanto, muy común, de la *adjudication* como consecuencia de la HGCR, así como, el gran desembolso económico y la gran cantidad de tiempo que se invierte en un arbitraje. *Vid.* D.J.A. CAIRNS, I. MADALENA, «El Reglamento de la ICC...», *loc. cit.*, p. 181; C. CALABRESI, «Il dispute board...», *loc. cit.*, pp. 769-772, 780-781; A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Los contratos internacionales...*, *op. cit.*, pp. 229-245; J. JENKINS, S. STEBBINGS, *International construction...*, *op. cit.*, p. 64; P. MALINVAUD, «Réflexions sur le dispute adjudication board», *Rev. Arb. e Med.*, vol. 5, año 2, julio-setembre 2005, pp. 101-103.

⁸⁸ Esta última regulación se hace eco de la *Conditions of Contract for Construction for Building and Engineering Works Designed by the Employer – Multilateral Development Bank Harmonised* (MDB) FIDIC 2006, que salvo pequeñas diferencias, se asemeja mucho a la citada Cláusula 20 de los distintos *Standard Form Contracts*.

⁸⁹ Las *Dispute Boards* en EE.UU también suelen emitir decisiones de carácter no vinculante, así se refleja, por ejemplo, en la configuración de las *Dispute Review Boards* de la AAA, *vid.* J. JENKINS, S. STEBBINGS, *International construction...*, *op. cit.*, pp. 112-113; o en la bibliografía que trata estos ADR dentro de los EE.UU, *vid. ad. ex.* B. CAMPBELL, «Dispute Review...», *loc. cit.*, pp. 17-18.

En lo relativo a las DRB de la CCI, *vid. art. 4.3* del Reglamento de la CCI. En cuanto a las CDB, *vid. art. 6* del Reglamento de la CCI. Dicho Reglamento es muy importante para este ADR dentro del comercio internacional, no sólo por la institución de la que emana, sino porque no está limitado a los contratos de construcción a diferencia de la regulación de la FIDIC y del Banco Mundial, sino que está abierto a otros sectores de la contratación internacional. Dicha repercusión se refleja en la cantidad de bibliografía con este objeto, *vid. ad. ex.* D.J.A. CAIRNS, I. MADALENA, «El Reglamento de la ICC...», *loc. cit.*, pp.179-189; L. DEMEYERE, «Dispute boards and the new rules of the International Chamber of Commerce (ICC)», *Int'l. Disp. Resol.*, nº 1, 2005, pp. 21-29; P.M. GENTON, «An efficient dispute management tool: The dispute board and the ICC DB Rules», en J.C. GOLDSMITH, A. INGEN-HOUZ, G.H. POINTON (eds.), *ADR in Business...*, *op. cit.*, pp. 93-107; P.M. GENTON, «ICC dispute board rules: Status and perspectives of a key contribution to the prevention of disputes», en A. INGEN-HOUZ (ed.), *ADR in Business...*, *op. cit.*, pp. 399-418; R. HARBST, V. MAHNKEN, «ICC dispute board rules: the civil law perspective», *Arbitration*, vol. 72, nº 4, November 2006, pp. 310-319; R. HARBST, V. MAHNKEN, «Adjudication und Dispute Review Boards nach den neuen ICC Regeln», *SchiedsVZ*, nº 1, 2005, pp. 34-40; C. KOCH, «ICC's new dispute board rules», *ICC Int'l. Ct. Arb. Bull.*, vol. 15, nº 2, 2004, pp. 10-34; *Id.*, «Novo regulamento da CCI relativo aos dispute boards», *Rev. Arb. e Med.*, vol. 6, año 2, julio-setembre

33. En cualquier caso, tienen otros muchos extremos en común. En general, dichas comisiones están formadas por tres miembros, cada parte elige un miembro con la aprobación de la parte contraria, y el tercer comisionado, el que ejercerá en calidad de presidente, es elegido, bien por las partes con la conformidad de los miembros ya seleccionados, bien por los dos miembros ya electos y con la conformidad de las partes⁹⁰. Todos ellos actuarán con la debida independencia e imparcialidad, esto es, no en calidad de representantes de la parte que les seleccionó. Normalmente, estas comisiones se crean al principio de un proyecto, de manera que éstas van supervisándolo y resolviendo aquellos problemas que van surgiendo a lo largo de su desarrollo, para ello, no sólo toman en cuenta las posiciones de las partes, sino que tienen capacidad para investigar aquellos aspectos que estimen necesarios⁹¹. Toda la información recabada, así como los debates que tengan los comisionados serán confidenciales, aunque la decisión final podrá presentarse como prueba ante cualquier tribunal arbitral o proceso judicial. Ésta se tomará en un breve espacio de tiempo, y se hará por escrito, aunque también puede adoptar una forma oral.

34. Tal y como se ha indicado anteriormente, y de forma similar a la *adjudication*, las decisiones de los *Dispute Boards* serán, en general, decisiones vinculantes, a menos y hasta que un tribunal arbitral o jurisdiccional se pronuncie sobre la controversia⁹². Si pasado el plazo establecido, las partes no han ejercido tal posibilidad, dicha decisión las obligará definitivamente⁹³. En cualquier caso, tal y como ocurre con la *adjudication* y la *expert determination*, la naturaleza de la resolución es meramente contractual, no es título ejecutivo, ni posee efecto de cosa juzgada⁹⁴. Si ésta no se cumple por alguna de las partes, la contraria deberá alegar incumplimiento del contrato para lograr su ejecución⁹⁵. Tal incumplimiento será llevado a arbitraje, si bien, aunque no sea habitual en el comercio internacional, también cabe la posibilidad de acudir a un órgano jurisdiccional⁹⁶.

2005, pp. 141-175; P.M. WOLRICH, «ADR under the ICC ADR Rules», en J.C. GOLDSMITH, A. INGEN-HOUZ, G.H. POINTON (eds.), *ADR in Business...., op. cit.*, pp. 89-90; P.M. WOLRICH, «ADR under the ICC ADR Rules», en A. INGEN-HOUZ (ed.), *ADR in Business...., op. cit.*, pp. 251-252; R. ZAMORA ETCHARREN, «Las reglas CCI sobre *dispute boards*», *Rev. Arb. e Med.*, vol. 10, año 3, julio-setembre 2006, pp. 190-201; R. ZAMORA ETCHARREN, «ICC dispute board rules: Practitioners' views», *ICC Int'l. Ct. Arb. Bull.*, vol. 18, nº 1, 2007, pp. 43-50.

⁹⁰ La primera posibilidad es la elegida por la FIDIC en sus *Standard Form Contracts*, salvo en la MDB, que junto con el Reglamento de la CCI, y los SBD del Banco Mundial acogen la segunda opción. Aunque es poco común, estas comisiones también pueden estar formadas por un solo miembro. En ese caso, aunque sigan denominándose *Dispute Boards* en virtud de la citada normativa institucional, realmente se identifican con la *adjudication*.

⁹¹ Los comisionados suelen visitar la obra, al menos, una vez al mes. Esto les ayudará a tener un gran conocimiento del proyecto, y en consecuencia, a poder resolver las eventuales controversias de forma rápida, y sobre el terreno, evitando así la escalada del conflicto, *vid.* H.R. DUNDAS, «Dispute resolution in the oil...», *loc. cit.*, pp. 10-11. La creación y actividad de las *Dispute Boards* desde la formalización del contrato es otra diferencia a tener en cuenta respecto de la configuración de la *adjudication* tal y como la define la HGCRA, así como de otros ADR tradicionales como la mediación, pensados para ser empleados sólo una vez surgido el conflicto entre las partes. En cualquier caso, también cabe la opción de crear *boards ad hoc*, así se refleja en la cláusula 20.2 de las *FIDIC conditions of contract for plant and design-build and for EPC/Turnkey projects*. *Vid.* D.J.A. CAIRNS, I. MADALENA, «El Reglamento de la ICC...», *loc. cit.*, p. 183; C. CALABRESI, «Il *dispute board*...», *loc. cit.*, pp. 784-785; C. KOCH, «ICC's new dispute...», *loc. cit.*, p. 12; P. MALINVAUD, «Réflexions sur le *dispute*...», *loc. cit.*, p. 103.

⁹² El motivo por el cual la decisión permanece vinculante, durante el proceso judicial o de arbitraje y hasta que no exista laudo o sentencia, es para dotar de efectividad a este ADR, siguiendo el principio ya mencionado en la *adjudication: pay now, argue later*; *vid. supra*, nota 67. En cualquier caso, la regulación de la FIDIC, y del Banco Mundial, también permiten que las partes lleguen a un acuerdo con distinto contenido.

⁹³ El plazo es de 28 días según la regulación de la FIDIC y del Banco Mundial, y de 30 días según el Reglamento de la CCI.

⁹⁴ *Vid.* C. CALABRESI, «Il *dispute board*...», *loc. cit.*, p. 813; M. VIRGÓS SORIANO, «Procedimiento alternativos...», *loc. cit.*, *op. cit.*, p. 84. En concreto, se puede decir que tiene una eficacia contractual sometida a condición resolutoria, está solo desaparecerá si las partes deciden acudir a arbitraje o a un proceso judicial, y sólo una vez que exista el debido laudo arbitral o sentencia. Mientras que las decisiones emanadas de las DRB de la CCI, tienen una eficacia contractual sometida a condición suspensiva, en tanto que sólo comenzará a tener dicha eficacia si las partes están de acuerdo con las mismas, *vid.* L. DEMEYERE, «*Dispute boards*...», *loc. cit.*, pp. 25-26.

⁹⁵ Por su parte, la defensa podrá escudarse en los supuestos ya enumerados tanto en la *adjudication* (*vid. supra*, nota 72), como en la *expert determination* (*vid. supra*, nº 31).

⁹⁶ La regulación de la FIDIC y del Banco Mundial lo somete a arbitraje. Mientras que el Reglamento de la CCI, aunque también prevé el arbitraje, recoge la posibilidad de acudir a un juez, en defecto de acuerdo entre las partes respecto a tal extremo.

7. Mini-trial

35. El *mini-trial*, a pesar de su nombre, no implica ningún proceso ante un juez o tribunal⁹⁷. Antes de que el *mini-trial* comience, las partes deben configurarlo, esto es, acordar los diferentes elementos que lo conforman, adecuándolo al propio conflicto. Deben decidir cuestiones tan importantes como el tiempo que se va a emplear; las diferentes facultades de todos los participantes durante su desarrollo; la confidencialidad o; los costes del procedimiento. Todo ello se recogerá en el denominado *mini-trial agreement*⁹⁸.

Este es un mecanismo estructurado, cuya primera fase consiste en la presentación del caso por cada una de las partes en un corto período de tiempo, para que así, éstas sólo puedan centrarse en alegar las cuestiones verdaderamente nucleares⁹⁹. Dicha exposición se realiza ante una comisión formada por altos ejecutivos pertenecientes a las empresas enfrentadas y con total poder de decisión¹⁰⁰, así como por

⁹⁷ Al *mini-trial* también se le denomina *senior executive appraisal mediation* (SEAM), *vid.* N. ALEXANDER, *International and comparative...*, *op. cit.*, p. 11; *executive tribunal*, *vid.* H.J. BROWN, A.L. MARRIOTT, *ADR principles...*, *op. cit.*, p. 362; G. ESTEBAN DE LA ROSA, «Irrupción del movimiento...», *loc. cit.*, p. 103; I. HANGER, «Senior executive appraisal mediation», *ADR Bull.*, vol. 3, nº 4, 2000, pp. 1-3; J. JENKINS, S. STEBBINGS, *International construction...*, *op. cit.*, p. 62; P. NEWMAN, «Partnering with particular...», *loc. cit.*, p. 40; *modified settlement conference*, *vid.* M. PALMER, S. ROBERTS, *Dispute processes: ADR and the primary forms of decision making*, London, Edinburgh, Dublín, 1998, p. 227; o *executive settlement conference*, *vid.* G.A. CHORNEK, C.E. HART, *Bypass court...*, *op. cit.*, p. 213.

Su utilización está abierta a muy diversas disputas de tipo comercial, *vid. ad. ex.* N. ANTAKI, «Les contrats de médiation commerciale», en C. SAMSON, J. McBRIDE (dirs.), *Solutions de recharge...*, *op. cit.*, pp. 8-11; A.H. HODDINOTT, «Alternative resolution of international disputes –Practical observations on a «minitrial»», *Arbitration Int'l.*, vol. 3, nº 2, 1987, pp. 174-175; L.R. SINGER, *Settling disputes: conflict resolution in business, families and the legal system*, San Francisco, London, 1990, pp. 64-65. Es especialmente frecuente en el sector de la construcción, *vid.* C. BÜHRING-UHLE, L. KIRCHHOFF, G. SCHERER, *Arbitration and mediation...*, *op. cit.*, p. 196; A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Los contratos internacionales...*, *op. cit.*, pp. 225-227; J.K. LEMLEY, «The mini-trial procedure in claims settlement disputes», *Arbitration*, vol. 56, nº 3, August 1990, pp. 183-187; R.H. MCLAREN, J.P. SANDERSON, *Innovate dispute resolution...*, *op. cit.*, pp. 7-23-7-27; D.S. SUTTON, «Alternative Dispute Resolution the «Mini Trial»», *Arbitration*, vol. 54, nº 2, May 1988, p. 140.

La CCI incluye a los *mini-trials* dentro del ámbito de aplicación de su Reglamento ADR, *vid.* www.iccwbo.org/court/adr/id4444/index.html Muchas otras organizaciones dedicadas a la resolución de conflictos ofrecen servicios de *mini-trial*. Éstas tienen una regulación específica para este ADR, y un modelo de acuerdo basado en tal reglamentación. Entre tales organizaciones destacan: el CEDR; el CPR; la AAA; el Australian Commercial Disputes Centre; el Hong Kong International Arbitration Centre; la Chamber of Commerce of Zurich o; el Netherlands Arbitration Institute

⁹⁸ En cuanto a los múltiples extremos que deben acordarse, *vid.* H.J. BROWN, A.L. MARRIOTT, *ADR principles...*, *op. cit.*, pp. 364-365; K. MACKIE, D. MILES, W. MARSH, T. ALLEN, *The ADR practice guide...*, *op. cit.*, pp. 246-247; R.H. MCLAREN, J.P. SANDERSON, *Innovate dispute resolution...*, *op. cit.*, pp. 7-8, 7-9.

La duración total de este mecanismo, desde que las partes negocian su estructura hasta que, efectivamente, llegan a un acuerdo, no suele sobrepasar los tres meses. La utilización de este ADR puede deberse a la propia iniciativa de las partes antes de la interposición de una demanda ante los tribunales, o puede producirse una vez iniciado el proceso ante el órgano jurisdiccional, *vid.* G.A. CHORNEK, C.E. HART, *Bypass court...*, *op. cit.*, pp. 213-216; A.H. HODDINOTT, «Alternative resolution...», *loc. cit.*, p. 174; R.H. MCLAREN, J.P. SANDERSON, *Innovate dispute resolution...*, *op. cit.*, p.7-1; L.R. SINGER, *Settling disputes...*, *op. cit.*, p. 58. Si bien, su empleo suele ser más habitual fuera del marco de un proceso judicial, *vid.* J. FOLBERG, D. GOLANN, L. KLOPPENBERG, T. STIPANOWICH, *Resolving disputes...*, *op. cit.*, p. 613.

⁹⁹ La duración de esta fase no suele sobrepasar los dos días, aunque lo normal es que cada parte tenga entre una y seis horas para su representación, de manera que en conjunto este método pueda ventilarse en un máximo de cuatro días, *vid.* S.B. GOLDBERG, F.E.A. SANDER, N.H. ROGERS, *Dispute resolution...*, *op. cit.*, p. 282; J.K. LIEBERMAN, J.F. HENRY, «Lessons from the Alternative Dispute Resolution Movement», *U. Chi. L. Rev.*, vol. 53, nº 2, 1986, p. 427. Antes de la misma, las partes pueden acordar el intercambio de ciertos documentos o pequeños expedientes, *vid.* S.B. GOLDBERG, F.E.A. SANDER, N.H. ROGERS, *Dispute resolution...*, *op. cit.*, p. 281.

Las partes suelen ir asistidas de abogados, además también pueden ir acompañadas de expertos e incluso testigos con el fin de apoyar sus alegaciones. En cualquier caso, la asistencia letrada no es obligatoria, y si existe, no está sujeta a ningún tipo de norma procesal, sino sólo a las reglas impuestas por las partes, *vid.* K. MACKIE, D. MILES, W. MARSH, T. ALLEN, *The ADR practice guide...*, *op. cit.*, pp. 241-242; P. NEWMAN, «Partnering with particular...», *loc. cit.*, p. 40.

En caso de conflictos muy complejos, antes de iniciar esta fase, puede acordarse la realización de un *fact-finding*, en el que el *fact-finder* evalúe los hechos, siendo éstos aceptados por todas las partes, para que así, en las sesiones de esta primera fase del *mini-trial*, las partes se centren tan sólo en cuestiones jurídicas, *vid.* R.H. MCLAREN, J.P. SANDERSON, *Innovate dispute resolution...*, *op. cit.*, pp. 7-8.2, 7-9.

¹⁰⁰ Aunque sean directivos representantes de las partes -*senior management officer* o *senior executives*-, normalmente, no han estado implicados en las relaciones comerciales que han dado lugar a tal controversia, en orden a lograr una mayor objetividad, elemento necesario para un mayor éxito en la posterior negociación., *vid.* C. BÜHRING-UHLE, L. KIRCHHOFF, G. SCHERER, *Arbitration and mediation...*, *op. cit.*, p. 196; K. MACKIE, D. MILES, W. MARSH, T. ALLEN, *The ADR practice guide...*, *op. cit.*, p.

un tercero, denominado *neutral advisor*¹⁰¹. En esta primera etapa, éste se suele encargar de que los plazos se respeten, si bien, su intervención puede ser mayor, formulando preguntas o solicitando aclaraciones sobre cuestiones que estime cruciales¹⁰². Sobre la base de lo aportado por éstas, y una vez que han sido escuchadas, se procede a iniciar la segunda fase del procedimiento donde los representantes de las partes se reúnen en privado para llegar a una solución. Generalmente, si la negociación entre ellos fracasa, el *neutral advisor* ayudará a las partes para que éstas lleguen por sí mismas a un acuerdo, y en su defecto, podrá emitir una decisión no vinculante, reflejo del eventual pronunciamiento del órgano jurisdiccional, si las partes acudieran a juicio, o del posible laudo, si realizaran un arbitraje¹⁰³.

36. El éxito de este método se encuentra en forzar a las partes a confrontar el caso, comprobando así sus puntos fuertes, pero también, y especialmente, los débiles. Además, en la segunda fase, los comisionados que representan a cada una de las partes están aislados de las mismas, basándose tan sólo en las informaciones expuestas con anterioridad, sin ningún tipo de asistencia letrada¹⁰⁴. Esta coyuntura, especialmente la ausencia de abogados, beneficia al método negociador y a la labor del mediador, de esta manera es más sencillo identificar los intereses realmente importantes para las partes, resaltando así, incluso dentro de una disputa esencialmente jurídica, los aspectos más comerciales, caracterizados por su mayor flexibilidad a la hora de buscar soluciones. Todo ello, favorece la conclusión de un acuerdo

241; L.R. SINGER, *Settling disputes...*, *op. cit.*, p. 61; M. VIRGÓS SORIANO, «Procedimientos alternativos...», *loc. cit., op. cit.*, p. 84. Sobre la elección de los altos ejecutivos para formar parte de la comisión, *vid.* R.H. MCLAREN, J.P. SANDERSON, *Innovate dispute resolution...*, *op. cit.*, pp. 7-17-7-19.

¹⁰¹ La persona que actúa como tercero suele ser un juez retirado o un abogado, *vid.* H.J. BROWN, A.L. MARRIOTT, *ADR principles...*, *op. cit.*, p. 363; S.B. GOLDBERG, F.E.A. SANDER, N.H. ROGERS, *Dispute resolution...*, *op. cit.*, p. 282; A.H. HODDINOTT, «Alternative resolution...», *loc. cit.*, pp. 174-176; J. JENKINS, S. STEBBINGS, *International construction...*, *op. cit.*, p. 62; P. NEWMAN, «Partnering with particular...», *loc. cit.*, p. 40; J.M. NOLAN-HALEY, *Alternative dispute resolution...*, *op. cit.*, p. 193; L.R. SINGER, *Settling disputes...*, *op. cit.*, p. 26. Si bien, en aquellos casos más técnicos, también puede ser un experto de la materia que se trate, eso sí, con ciertas habilidades en orden a facilitar la negociación. Dicha elección dependerá, especialmente, de la naturaleza del conflicto, *vid.* R.H. MCLAREN, J.P. SANDERSON, *Innovate dispute resolution...*, *op. cit.*, pp. 7-5, 7-6, 7-15-7-17.

Aunque la intervención del tercero es un elemento que se utiliza en la mayoría de los *mini-trials*, las partes pueden configurar estos mecanismos sin su participación, *vid.* H.J. BROWN, A.L. MARRIOTT, *ADR principles...*, *op. cit.*, p. 363; S.B. GOLDBERG, F.E.A. SANDER, N.H. ROGERS, *Dispute resolution...*, *op. cit.*, p. 282; K. MACKIE, D. MILES, W. MARSH, T. ALLEN, *The ADR practice guide...*, *op. cit.*, p. 241; J.M. NOLAN-HALEY, *Alternative dispute resolution...*, *op. cit.*, p. 194. Ahora bien, si no existe intervención de tercero, se estará, más bien, ante una técnica sofisticada de negociación con ciertas pinceladas del *fact-finding*, *vid.* C. BÜHRING-UHLE, L. KIRCHHOFF, G. SCHERER, *Arbitration and mediation...*, *op. cit.*, pp. 195-196. En este sentido, si un *mini-trial* se lleva a cabo sin la existencia de un *neutral advisor*, y en tanto que ello implica tan sólo una negociación, no se estará ante un ADR, *vid. supra*, nº 11.

¹⁰² *Vid.* S.B. GOLDBERG, F.E.A. SANDER, N.H. ROGERS, *Dispute resolution...*, *op. cit.*, pp. 281-282. En cualquier caso, la intensidad de su intervención se subordina a lo que las partes hayan decidido en el *mini-trial agreement*, *vid. supra*, nº. 35. En este sentido, los representantes de las partes, si así se ha acordado, también podrán hacer preguntas durante el transcurso de las respectivas exposiciones, *vid.* S.B. GOLDBERG, F.E.A. SANDER, N.H. ROGERS, *Dispute resolution...*, *op. cit.*, p. 283; R.H. MCLAREN, J.P. SANDERSON, *Innovate dispute resolution...*, *op. cit.*, p. 7-5.

¹⁰³ En esta segunda fase, la actuación del *neutral advisor* dependerá tanto de lo solicitado por las partes, como de la propia experiencia del tercero, porque según el comportamiento de aquéllas, así como de la naturaleza del conflicto, puede que su labor mediadora se produzca directamente, sin esperar a que la negociación directa fracase, o también cabe la posibilidad de que emita un pronunciamiento antes de que las partes se sienten a negociar, o incluso puede ocurrir que las partes contraten a un tercero, distinto del *neutral advisor*, para que actúe como mediador, *vid* H.J. BROWN, A.L. MARRIOTT, *ADR principles...*, *op. cit.*, p. 367; S.B. GOLDBERG, F.E.A. SANDER, N.H. ROGERS, *Dispute resolution...*, *op. cit.*, pp. 281-282; A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Los contratos internacionales...*, *op. cit.*, p. 226; C. JARROSSON, «Les modes alternatifs...», *loc. cit.*, p. 332; K. MACKIE, D. MILES, W. MARSH, T. ALLEN, *The ADR practice guide...*, *op. cit.*, pp. 248-249, 251-252; R.H. MCLAREN, J.P. SANDERSON, *Innovate dispute resolution...*, *op. cit.*, pp. 7-11-7-14; J.M. NOLAN-HALEY, *Alternative dispute resolution...*, *op. cit.*, pp. 193-194; J.M. NOLAN-HALEY, H. ABRAMSON, P.K. CHEW, *International conflict resolution...*, *op. cit.*, p. 37; M.V.B. PARTRIDGE, *Alternative dispute resolution: an essential competency for lawyers*, Nueva York, 2009, p. 36; A. SCHNEEBALG, E. GALTON, *Le rôle du conseil...*, *op. cit.*, p. 134; L.R. SINGER, *Settling disputes...*, *op. cit.*, pp. 26, 62. El *mini-trial*, tal y como se refleja en este apartado, puede adoptar muy diferentes formas, de ahí que algunos autores se refieran a él como un método que combina negociación y mediación, *vid.* J.M. NOLAN-HALEY, *Alternative dispute resolution...*, *op. cit.*, p. 191. Aunque no es lo habitual, las partes pueden acordar que, en última instancia, el tercero dicte una resolución vinculante, *vid.* R.H. MCLAREN, J.P. SANDERSON, *Innovate dispute resolution...*, *op. cit.*, pp. 7-6, 7-14.

¹⁰⁴ Mientras que en la negociación tradicional cada parte, junto con su abogado, se posiciona enfrente de la otra, en el *mini-trial* son los abogados de ambas las que se sientan enfrente de ellas, con el fin de que solamente éstas últimas lleguen a una solución, todo ello mediante la asistencia de un tercero, *vid.* H.J. BROWN, A.L. MARRIOTT, *ADR principles...*, *op. cit.*, p. 362; K. MACKIE, D. MILES, W. MARSH, T. ALLEN, *The ADR practice guide...*, *op. cit.*, pp. 242-244.

de forma rápida y satisfactoria para las partes, sin olvidar, además, el ahorro económico que supone en comparación con un proceso o un arbitraje.

37. Sin embargo, no es un mecanismo recomendable para todo conflicto, en primer lugar, porque normalmente implica más tiempo, dinero y recursos que otros ADR, de manera que su uso es más adecuado para controversias muy complejas tanto desde un punto de vista técnico y fáctico como jurídico¹⁰⁵. Y en segundo lugar, porque debido a su propia estructura, presupone que las partes enfrentadas deben ser grandes corporaciones¹⁰⁶. Ahora bien, el empleo del *mini-trial* puede ser útil tanto al principio del nacimiento del conflicto, como cuando dicha controversia está ya notablemente consolidada.

8. Summary Jury Trial

38. Este método de resolución de conflictos consiste en una somera exposición del caso por las partes ante un jurado imparcial¹⁰⁷. Éstas, asistidas por sus abogados, llevarán a cabo una concisa presentación de sus alegaciones y práctica de la prueba, base para que el jurado emita un veredicto. Aunque, éste no sea vinculante para las partes, servirá para que éstas logren comprobar la posible reacción de un verdadero jurado¹⁰⁸. Es un mecanismo totalmente confidencial, además, toda declaración, comunicación o resultado no podrá ser admitido en el eventual proceso judicial posterior¹⁰⁹.

39. Este tipo de ADR se hace normalmente en el marco de un proceso judicial, siendo conducido por un juez¹¹⁰. Como ocurre con el *mini-trial*, su finalidad es que las partes comprueben, en un breve

¹⁰⁵ *Vid.* H.J. BROWN, A.L. MARRIOTT, *ADR principles...*, *op. cit.*, p. 369; G.A. CHORNEKI, C.E. HART, *Bypass court...*, *op. cit.*, p. 219; J.K. LEMLEY, «The mini-trial procedure...», *loc. cit.*, p. 183; R.H. MCLAREN, J.P. SANDERSON, *Innovate dispute resolution...*, *op. cit.*, pp. 7-2-7-3; J.M. NOLAN-HALEY, *Alternative dispute resolution...*, *op. cit.*, p. 195; M.V.B. PARTRIDGE, *Alternative dispute...*, *op. cit.*, p. 37; L.R. SINGER, *Settling disputes...*, *op. cit.*, p. 61.

¹⁰⁶ Por ello, los casos que salen a la luz pública suelen traer causa de controversias multimillonarias entre grandes empresas, *vid. ad. ex.* C. BÜHRING-UHLE, L. KIRCHHOFF, G. SCHERER, *Arbitration and mediation...*, *op. cit.*, p. 196; L.R. SINGER, *Settling disputes...*, *op. cit.*, pp. 62-66.

¹⁰⁷ En general, se afirma que este ADR es especialmente beneficioso cuando se espera un juicio largo, sólo así se entiende justificada su puesta en marcha, *vid.* J. FOLBERG, D. GOLANN, L. KLOPPENBERG, T. STIPANOWICH, *Resolving disputes...*, *op. cit.*, p. 615; S.B. GOLDBERG, F.E.A. SANDER, N.H. ROGERS, *Dispute resolution...*, *op. cit.*, p. 286; M. PALMER, S. ROBERTS, *Dispute processes...*, *op. cit.*, pp. 169-170; M.V.B. PARTRIDGE, *Alternative dispute...*, *op. cit.*, p. 37; L.R. SINGER, *Settling disputes...*, *op. cit.*, p. 67.

En cuanto a su ámbito material, se han demostrado especialmente útiles en casos de negligencia, responsabilidad por productos defectuosos, lesiones, en general, aquellos supuestos calificados como de responsabilidad extracontractual, y en especial los que son más novedosos de manera que sea difícil predecir la reacción de un jurado, si bien, también son útiles en los de naturaleza contractual, antitrust, y los relativos a derecho marítimo, *vid.* F. ESTAVILLO CASTRO, «Medios alternativos...», *loc. cit.*, p. 383; S.B. GOLDBERG, F.E.A. SANDER, N.H. ROGERS, *Dispute resolution...*, *op. cit.*, p. 282; J.M. NOLAN-HALEY, *Alternative dispute resolution...*, *op. cit.*, pp. 172-173, 176.

Una modalidad similar a este ADR es el *summary bench trial*, donde es un juez, y no un jurado, el que emite una opinión no vinculante sobre el caso, *vid.* J. FOLBERG, D. GOLANN, L. KLOPPENBERG, T. STIPANOWICH, *Resolving disputes...*, *op. cit.*, p. 613.

¹⁰⁸ De hecho, los miembros del jurado suelen desconocer que, realmente, están formando parte de un *summary jury trial*, sino que creen se encuentran ante un verdadero *trial*, o al menos, que su decisión será realmente vinculante, *vid.* J. FOLBERG, D. GOLANN, L. KLOPPENBERG, T. STIPANOWICH, *Resolving disputes...*, *op. cit.*, p. 613; S.B. GOLDBERG, F.E.A. SANDER, N.H. ROGERS, *Dispute resolution...*, *op. cit.*, p. 286; J.M. NOLAN-HALEY, *Alternative dispute resolution...*, *op. cit.*, p. 173; M. PALMER, S. ROBERTS, *Dispute processes...*, *op. cit.*, p. 269; L.R. SINGER, *Settling disputes...*, *op. cit.*, pp. 26, 67. Sin duda, esto favorecerá la utilidad del ADR, en tanto que su veredicto gozará de un total realismo para las partes implicadas. En algunos casos, una vez que el *summary jury trial* ha finalizado, los abogados de las partes pueden preguntar a los miembros del jurado sobre sus reacciones y razonamientos de forma más detallada, para así ayudarles en la posterior negociación, *vid.* H.J. BROWN, A.L. MARRIOTT, *ADR principles...*, *op. cit.*, p. 371; S.B. GOLDBERG, F.E.A. SANDER, N.H. ROGERS, *Dispute resolution...*, *op. cit.*, p. 282; J.M. NOLAN-HALEY, *Alternative dispute resolution...*, *op. cit.*, p. 174; J.M. NOLAN-HALEY, H. ABRAMSON, P.K. CHEW, *International conflict resolution...*, *op. cit.*, p. 38; M. PALMER, S. ROBERTS, *Dispute processes...*, *op. cit.*, p. 269; L.R. SINGER, *Settling disputes...*, *op. cit.*, p. 26.

¹⁰⁹ *Vid.* J.M. NOLAN-HALEY, *Alternative dispute resolution...*, *op. cit.*, pp. 174-175; J.M. NOLAN-HALEY, H. ABRAMSON, P.K. CHEW, *International conflict resolution...*, *op. cit.*, p. 38; M. PALMER, S. ROBERTS, *Dispute processes...*, *op. cit.*, p. 269.

¹¹⁰ El juez puede ser el mismo que lleva el caso, o puede ser otro designado exclusivamente para dirigir este ADR, *vid.* M.V.B. PARTRIDGE, *Alternative dispute...*, *op. cit.*, p. 38. En este sentido, los *summary jury trial* suelen tener lugar una vez realizado el *discovery*, *vid.* J. FOLBERG, D. GOLANN, L. KLOPPENBERG, T. STIPANOWICH, *Resolving disputes...*, *op. cit.*, p. 613; J.M. NOLAN-HALEY, *Alternative dispute resolution...*, *op. cit.*, p.173.

espacio de tiempo -su duración suele ser de un día- el posible resultado que pudiera tener el proceso ante los tribunales, de manera que intenten llegar, por ellas mismas, a un acuerdo. Además, incluso si no se llega a un acuerdo, pueden extraerse beneficios de su realización, porque el trabajo de los abogados a la hora de preparar sus exposiciones, habrá ayudado a perfilar los diferentes intereses y cuestiones que componen el caso, en definitiva, favorecerá el posterior desarrollo del proceso judicial¹¹¹.

9. Relationship Contracting

40. Este término se utiliza para identificar al conjunto de métodos que se encargan tanto del objeto o fondo del contrato, como del modo de llevarse a cabo, esto es, de gestionar los diferentes obstáculos que surgen en el marco de su ejecución, con el fin de generar una relación óptima entre las partes y así alcanzar sus objetivos de la forma más eficiente posible, en tanto que suelen utilizarse cuando el proyecto o finalidad a realizar implica una gran cantidad de dinero, tiempo y esfuerzo humano¹¹². Pues bien, entre las diferentes formas de *relationship contracting*, el *partnering* y el *alliancing* se presentan como los más destacados en el ámbito de la solución de controversias. La característica más predominante de ambas es aquella que se refiere a la asistencia a los participantes en sus relaciones, y en consecuencia, a la prevención y resolución de los conflictos a lo largo de la vida del proyecto¹¹³. Por tal razón, aunque se consideran ADR, son algo mucho más amplio y globalizado, una forma de hacer negocios siguiendo el mismo espíritu de cooperación, confianza y buena fe que caracteriza a aquéllos.

A) Partnering

41. El *partnering* es un método de prevención y resolución de conflictos, normalmente utilizado durante la ejecución de contratos de larga duración, caracterizados por su gran complejidad así como por la participación de una pluralidad de partes¹¹⁴. Mediante la creación de un clima de colaboración y

¹¹¹ Vid. T.D. LAMBROS, «The summary trial: an effective aid to settlement», *Judicature*, vol. 77, nº 1, 1993, pp. 7-8; J.M. NOLAN-HALEY, *Alternative dispute resolution...*, op. cit., pp. 175-176; M.V.B. PARTRIDGE, *Alternative dispute...* op. cit., p. 37; L.R. SINGER, *Settling disputes...*, op. cit., pp. 26, 67. A pesar de las citadas ventajas, este ADR tampoco ha estado exento de críticas, vid. R.A. POSNER, «The summary jury trial and other methods of alternative dispute resolution: some cautionary observations», *U. Chi. L. Rev.*, vol. 53, 1986, pp. 368-389.

¹¹² Aunque la expresión *relationship contracting* es muy común, también se han utilizado otras como *relationship management*, vid. K. MANLEY, «Partnering and alliancing on road projects in Australia and internationally», *Road & Transport R. J.*, vol. 11, nº 3, 2002, p. 4; *relational contracting*, vid. J.F.Y. YEUNG, A.P.C. CHAN, D.W.M. CHAN, «Defining relational contracting from the Wittgenstein family-resemblance philosophy», *Int'l. J. Project Management*, vol. 30, nº2, February 2012, pp. 225-239; o *collaborative relationships*, vid. R.L. GREEN, «Partnering and alliances: theory and practice», *SPE*, 1995, p. 197.

¹¹³ El *relationship contracting*, así como muchos de las modalidades que lo conforman, han nacido y se han diseñado, especialmente, para ser utilizados en el campo de la construcción, ámbito donde su uso es más frecuente: el *Build Own Operate*; el *Build Own Operate Transfer*; el *Managing Contractor*; el *Engineer Procure and Construct*; el *Novated Design and Construct*; el *Design and Construct*; el *Document and Construct*; el *Construction Management*. Sin embargo, ello no obstante para que algunos también sean utilizados en sectores diferentes de la industria. Entre ellos se encuentran: el *Project Management*; el *Partnership*; el *Joint-Venture* y; el *Performance Incentive Contract*. Todas estas formas de *relationship contracting* se caracterizan por: lograr un desarrollo eficaz del proyecto, tanto en términos de tiempo como de dinero; crear un clima de confianza y colaboración entre las partes donde la comunicación sea fluida; conseguir una ejecución de calidad donde a partir de los diferentes intereses de los participantes, éstos se comprometan a lograr unos objetivos comunes, todo ello con la asistencia de un tercero, el *facilitator*. Vid. ACA (Australian Constructors Association), *Relationship contract: Optimising Project Outcomes*, North Sidney, 1999, pp. 1-36; B. COWAN, J. DAVIS, «Relationship contracting: what is it and where is it going?», *SPAN*, p. 1; C.C. MACDONALD, «What are the important differences between partnering and Alliance procurement models and why are the terms so seldom confused?», http://cms.3rdgen.info/3rdgen_sites/107/resource/MacDonald-AIPMOct05.pdf; R. QUICK, «Introduction to alliance and relationship contracting», *QLS/BAQ Symposium 2002*, pp. 1, 5-6; J.F.Y. YEUNG, A.P.C. CHAN, D.W.M. CHAN, «Defining relational contracting...», loc. cit., pp. 230-233.

¹¹⁴ El *partnering* es muy utilizado en los contratos de construcción de larga duración, vid G.A. CHORNEYKI, C.E. HART, *Bypass court...*, op. cit., pp. 198-199; A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Los contratos internacionales...*, op. cit., p. 222. Dentro de los contratos de construcción, este método resulta especialmente útil en aquellas relaciones entre las empresas privadas y las administraciones públicas, diferenciadas por gozar de una mayor confrontación, vid. D.P. JOHNSON, ««Partnering» in government contracts: the ultimate in dispute resolution», *World Arb. e Med. Rep.*, November 1990, pp. 141-142; no obstante los contratos entre sector privado y público que, en general, impliquen un gran número de partícipes e intereses en juego también pueden ser objeto de este mecanismo, vid. G.A. CHORNEYKI, C.E. HART, *Bypass court...*, op. cit., p. 198; B. COWAN, J. DAVIS, «Relationship

confianza, este mecanismo evita, y en su caso, resuelve todas aquellas controversias que van surgiendo a lo largo de la realización del proyecto, impidiendo la escalada del conflicto y logrando así que el contrato se desarrolle de forma eficaz y eficiente¹¹⁵.

En orden a lograr esta finalidad, el *partnering* debe contener una serie de elementos básicos: a) la voluntad de las partes, tanto de los altos ejecutivos como de cualquier otro participante, de mantener una actitud cooperativa en todo momento; b) la fijación de objetivos compartidos a partir de la toma en consideración equitativa de todos los intereses de cada una de las partes; c) la continua y permanente comunicación entre los participantes para entender y clarificar sus preocupaciones e intereses, así como para identificar, de forma prematura, potenciales problemas y conflictos; d) el necesario diseño de un sistema de resolución de conflictos y; e) la deseable constitución de este método en el inicio de la relación contractual.

42. El *partnering* se lleva a cabo a través de la creación de grupos de trabajo formados por todas aquellas personas implicadas en el proyecto¹¹⁶. Lo deseable, aunque no obligatorio, es que la primera reunión se produzca incluso antes del inicio de la actividad, porque en ella se asentarán los puntos clave para el funcionamiento del *partnering* hasta el final del proyecto. En este momento, se establece el compromiso firme de las partes implicadas para trabajar en un clima de confianza, se identifican los objetivos y expectativas comunes, se constituyen los canales de comunicación, y se elabora un sistema de resolución de conflictos. En definitiva, se articulan los elementos que conforman el *partnering*. Todo ello, se suele recoger en un documento, reflejo de la voluntad de los participantes a desarrollar el proyecto en tal ambiente colaborativo¹¹⁷. Dicho compromiso es fundamental porque este método de prevención

contracting ...», *loc. cit.*, pp. 4-5; M.J. EL-HAKIM, «Les modes alternatifs...», *loc. cit.*, p. 350. Además, los *partnering* son aptos para aquellos proyectos relativos al intercambio y desarrollo de tecnología, caracterizados también por ser relaciones comerciales que implican un largo período de tiempo en su ejecución, y un alto potencial de conflictos, *vid.* G.A. CHORNEK, C.E. HART, *Bypass court...*, *op. cit.*, pp. 198-200; J. FOLBERG, D. GOLANN, L. KLOPPENBERG, T. STIPANOWICH, *Resolving disputes...*, *op. cit.*, p. 658. Este mecanismo también puede ser empleado para las corporaciones que sufren un gran cambio estructural, por ejemplo, una fusión con otra entidad proveniente de un país culturalmente diferente o la llegada de un nuevo director ejecutivo. Y para aquéllas que, internamente, no atraviesan su mejor momento, por tener mala publicidad, por arrastrar un conflicto ya encocado en el tiempo, o por la pérdida repentina de un gran número de trabajadores, *vid.* G.A. CHORNEK, C.E. HART, *Bypass court...*, *op. cit.*, p. 200. Finalmente, el *partnering* también ha sido utilizado como mecanismo para asistir a las partes durante la fase de negociación de una relación comercial de larga duración, esto es, como método para diseñar y configurar tal relación de la forma más óptima y beneficiosa, basándose en el acercamiento y encaje de las expectativas y objetivos de las partes, *vid. ad. ex.*, D.M. LAMBERT, A.M. KNEMEYER, «We're in this together», *Harv. Bus. Rev.*, December 2004, pp. 114-122. En este artículo se recoge el *partnering* llevado a cabo para lograr la constitución de un *partnership* de suministro, entre *Wendy's International* y *Tyson Foods*, empresas que, además, ya habían contratado anteriormente, aunque, en dichas relaciones, ya terminadas, habían existido ciertas dificultades. Pues bien, este método no sólo ayudó a constituir este nuevo proyecto de forma satisfactoria, sino también a eliminar los problemas pasados. Normalmente, el *partnering* está asociado a un solo proyecto, si bien, también se puede crear lo que se denomina *strategic partnering* o *long-term partnering*, esto es, un acuerdo marco para utilizar este método en todos los proyectos que las partes puedan llevar a cabo, *vid.* E. BAKER, «Partnering strategies: The legal dimension», www.whitecase.com, October 2006, p. 1; C.C. MACDONALD, «What are the important...», *loc. cit.*, pp. 6-7; S. ROE, J. JENKINS, *Partnering and alliancing in construction projects*, London, 2003, pp. 3-8.

¹¹⁵ *Vid.* N. ALEXANDER, *International and comparative...*, *op. cit.*, p. 7; G.A. CHORNEK, C.E. HART, *Bypass court...*, *op. cit.*, 2005, p. 198; L.M. HAGER, R. PRITCHARD, «Deal mediation...», *loc. cit.*, p. 14; R. HILL, «The theoretical basis...», *loc. cit.*, p. 182; R.H. MCLAREN, J.P. SANDERSON, *Innovate dispute resolution...*, *op. cit.*, pp. 10-18.4-10-19.

¹¹⁶ Se pueden crear uno o varios grupos de trabajo, dependiendo de la envergadura, naturaleza y complejidad del objetivo a seguir, *vid.* G.A. CHORNEK, C.E. HART, *Bypass court...*, *op. cit.*, p. 207. En los contratos internacional de construcción, los citados grupos de trabajo están formados por representantes del cliente y del contratista, subcontratista, arquitectos, ingenieros, proveedores, aseguradoras, prestamistas, por los directores ejecutivos de cada uno de los participantes, además de otras personas, partes interesadas en el proyecto, *vid.* J. FOLBERG, D. GOLANN, L. KLOPPENBERG, T. STIPANOWICH, *Resolving disputes...*, *op. cit.*, p. 658; A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Los contratos internacionales...*, *op. cit.*, p. 222; P. NEWMAN, «Partnering, with particular...», *loc. cit.*, p. 42. Si el *partnering* se desarrolla en el ámbito organizacional, los equipos se formarán por trabajadores, responsables de departamento, o altos ejecutivos, dependiendo del objetivo que se quiera lograr, *vid.* G.A. CHORNEK, C.E. HART, *Bypass court...*, *op. cit.*, p. 207. Sin embargo, el *partnering* se caracteriza por la escasa o nula participación de abogados, *ibid.*, p. 208.

¹¹⁷ Este documento, denominado *partnering charter*, suele tener una naturaleza no vinculante para las partes, refleja nada más que un «código de conducta» para aquellas, aplicable durante el desarrollo del proyecto, *vid.* S. ROE, J. JENKINS, *Partnering and alliancing...*, *op. cit.*, pp. 2-3. Dicho documento suele realizarse aparte del contrato. Si bien, éste puede ser modificado para incluirlo en el mismo, *vid.* B. COWAN, J. DAVIS, «Relationship contracting...», *loc. cit.*, p. 2; C.C. MACDONALD, «What are the important...», *loc. cit.*, p. 3; R. QUICK, «Introduction to alliancing...», *loc. cit.*, pp. 6-7. El carácter no vinculante del *partnering charter* ha sido criticado, en tanto que otorga protagonismo al propio contenido del contrato, el cual lleva a la confrontación (estructura *win-lose*),

y gestión de conflictos debe impregnarlo todo. En cada fase del proyecto los grupos de trabajo deberán ir aclarando y priorizando las metas a alcanzar, anticipando problemas anteriormente no previstos, revisando las fases ya realizadas y resolviendo los conflictos que vayan surgiendo.

Sin embargo, toda esta labor no es realizada exclusivamente por las personas implicadas. Tanto para la constitución de estos grupos de trabajo, como para el buen desarrollo y funcionamiento del *partnering*, las partes estarán asistidas de un tercero, el *facilitator*. Éste les explicará en qué consiste el mismo, sólo así podrán comprometerse a trabajar bajo su estructura; se encargará de que todas las partes estén representadas y de que sean oídas; velará por mantener el ambiente cooperativo y de confianza; fomentará, durante todo el desarrollo del proyecto, la comunicación entre los participantes y; asistirá a las partes en la resolución de conflictos. En resumen, se ocupará de gestionar el *partnering*¹¹⁸.

43 Como ya se ha indicado antes, el *partnering* tiene, a su vez, un sistema propio de resolución de conflictos. Cuando una controversia surge, y atendiendo a la propia esencia de este método, siempre se otorga la primera posibilidad de arreglo a la negociación directa entre las partes implicadas, normalmente dentro de los grupos de trabajo, éstas pueden ser llevadas a cabo por los técnicos, o por los directivos al más alto nivel, dependiendo de las características de la diferencia¹¹⁹. Sin embargo, si el problema no logra solventarse, se procederá a la participación de un tercero. Éste puede ser el propio *partnering facilitator*, u otra persona externa que las partes acuerden¹²⁰. Este tercero, dependiendo de la naturaleza de la controversia planteada así como de su intensidad, llevará a cabo un método de solución de diferencias. Lo habitual es que el tercero comience asistiendo a las partes para que éstas lleguen por sí mismas a un acuerdo, de manera que si esto no funciona, entonces emite una evaluación sobre el conflicto, o recomienda una solución no vinculante -mediación, *mini-trials, fact-finding, neutral evaluation, summary jury trial, dispute review boards, combined dispute boards*-. En caso de que la controversia siga sin resolverse, el siguiente recurso será la participación en aquellos métodos que implican decisiones vinculantes para las partes -*adjudication, expert determination, dispute adjudication boards*-. Finalmente y en último lugar, se acudirá al arbitraje, e incluso el proceso judicial, teniendo en cuenta que ambos emiten pronunciamientos que son título ejecutivo y tienen efecto de cosa juzgada.

44. El *partnering* tiene muchas ventajas, principalmente, la reducción del coste y tiempo en la ejecución del proyecto; una mayor calidad del mismo; la mejora en la capacidad para responder a los cambios; una comunicación y forma de trabajar entre las partes más positiva y eficaz; así como una utilización más efectiva de los recursos. Sin embargo, esto no significa que resulte útil en todo caso: su funcionamiento supone un coste que, en algunas ocasiones, puede ser demasiado alto para un proyecto modesto, o puede suponer demasiado dinero si las circunstancias de negocio empeoran; su efectividad puede disminuir si este método no se introduce desde el inicio; su utilidad puede verse afectada por la

lo que implica que, cualquier conflicto derivado del mismo, pueda acabar presentándose ante los tribunales, *vid. C.C. MACDONALD, «What are the important...», loc. cit., p. 7; R. QUICK, «Introduction to alliancing...», loc. cit. p. 7.* En el caso *Birse Construction Ltd v. St. David Ltd [1999] BLR 194* (Technology and Construction Court), dicha naturaleza hizo que el tribunal sólo pudiera declarar al *partnering charter* como otro instrumento más a la hora de interpretar el contrato. Ante tal situación, en el Reino Unido se han desarrollado auténticos contratos vinculantes de *partnering*, estandarizados por ciertas organizaciones del sector de la construcción. La *Institution of Civil Engineers* (ICF) introdujo en el 2001 la *NEC partnering option*, a ésta le ha seguido la *NEC 3rd Edition*, que también incluye aspectos importantes para el citado método. Por su parte, la *Association of Consultant Architects* (ACA) elaboró el *PPC 2000 o ACA standard form of contract for Project partnering*, el *SPC 2000 o ACA standard form of specialist contract for Project partnering*, y posteriormente, el *TPC 2005 o ACA standard form of contract for term partnering*.

¹¹⁸ Aunque puede ser útil, no es necesario que sea experto en el sector del mercado bajo el cual se desarrollada el *partnering*. Lo realmente importante es su formación y experiencia en la gestión de conflictos entre una pluralidad de partes, *vid. G.A. CHORHENKI, C.E. HART, Bypass court..., op. cit.*, p. 208.

¹¹⁹ Se suele elaborar un gráfico de resolución de disputas, donde se recoge las personas, representantes de cada una de las partes implicadas, que van a participar, y el tiempo máximo que se va a dedicar al conflicto antes de que escale al siguiente nivel. A mayor nivel, los participantes ocupan puestos de más responsabilidad en sus respectivas corporaciones. Aunque puede existir un solo gráfico, lo normal es que se inserten varios en cada uno de los contratos de las partes, atendiendo a las diferentes controversias que, se prevé, puedan surgir, *vid. G.A. CHORHENKI, C.E. HART, Bypass court..., op. cit.*, p. 204.

¹²⁰ A este tercero se le puede denominar *project neutral, conflict manager o independent claims consultant*, *vid. G.A. CHORHENKI, C.E. HART, Bypass court..., op. cit.*, pp. 209-210.

actitud negativa de los participantes ante cualquier cambio; el compromiso de las partes puede verse debilitado cuando ciertos problemas resurgen continuamente; la confianza y colaboración que debe primar entre las partes puede considerarse como una debilidad o una contradicción, dentro de un mercado altamente competitivo; además este método puede resultar vulnerable tanto a una eventual modificación en la composición de los participantes, así como la resistencia a cualquier tipo de cambio por parte de puede resultar perjudicial para su actividad¹²¹.

B) Alliancing

45. Esta figura es muy similar al *partnering*. También se basa en la creación de un ambiente de colaboración y confianza entre aquellas partes que participan en un proyecto de gran envergadura, se encarga de prevenir, y en su caso resolver, aquellos conflictos que puedan ir surgiendo a lo largo del mismo, con el fin de lograr los objetivos marcados de la forma más eficiente¹²². Esta circunstancia provoca que exista una gran confusión en la utilización de los términos *partnering* y *alliancing*, a veces expuestos como conceptos muy diferentes, y otras, empleados como sinónimos¹²³.

En este sentido, la bibliografía procedente de Australia, país donde el *alliancing* goza de un gran desarrollo, es prácticamente unánime a la hora de señalar las diferencias. En primer lugar, este método se caracteriza por su mayor pragmatismo, porque implica una participación formalizada en las ganancias y en los riesgos del negocio. En otras palabras, se reparten por igual entre todas las partes, tanto los beneficios que existan, como los perjuicios que puedan surgir, evaluados a partir de los objetivos previamente marcados por aquéllas. Se fomenta la situación *win-win*, o en su caso, *lose-lose* entre todos los participantes. Esto supone un incentivo a la hora de cooperar y gestionar los problemas que puedan surgir, para así lograr los objetivos marcados con los menores obstáculos posibles. En segundo lugar, otra diferencia es la existencia de un contrato formal, no sólo de una mera declaración de intenciones¹²⁴. En definitiva, el *alliancing* se configura como una evolución o perfeccionamiento del propio *partnering*, en orden a servir con mayor eficiencia a aquellos proyectos que son, aún, más complejos, tanto por su mayor envergadura como por contener mayores riesgos e incertidumbres¹²⁵. Sin embargo, los citados aspectos diferenciadores no parecen tan claros para el resto de la doctrina. Por un lado, no todos los *partnering* se constituyen en una declaración no vinculante para las partes, sino que también pueden configurarse como auténticos contratos¹²⁶. Por otro, aunque algunos autores defienden que tal mecanismo no prevé una auténtica posibilidad de compartir riesgos ni beneficios entre las partes, aspecto que sí caracteriza al *alliancing*¹²⁷; otros no recogen tal diferencia, sino que entienden a ambos métodos como poseedores de ese mismo rasgo¹²⁸.

¹²¹ Vid. G.A. CHORHENKI, C.E. HART, *Bypass court...*, op. cit., pp. 210-211; P. NEWMAN, «Partnering, with particular...», loc. cit., p. 43. Debido a su tradicional naturaleza no vinculante, lo más importante del *partnering*, así como su punto débil, es la verdadera voluntad de las partes en orden a crear un clima de confianza y colaboración duradero, vid. B. COWAN, J. DAVIS, «Relationship contracting...», loc. cit., p. 4.

¹²² El *alliancing* puede constituirse, al igual que ocurría con el *partnering*, para servir a un solo proyecto, o bien, para utilizarse en todos los proyectos que las partes vayan realizando, esto es, un *strategic alliancing* o *strategic alliance*. Este se puede configurar como un «acuerdo marco», de manera que en cada proyecto se realice un contrato, si bien, todos ellos estarán vinculados a dicho acuerdo; o como un «contrato marco», donde todo proyecto se rige por el mismo, existiendo, en consecuencia, una menor flexibilidad, vid. E. BAKER, «Partnering strategies...», loc. cit., p. 1; C.C. MACDONALD, «What are the important...», loc. cit., p. 5.

¹²³ La confusión en el uso de las citadas palabras se pone de relieve en, vid. ad. ex. E. BAKER, «Partnering strategies...», loc. cit., pp. 1-4; S. FARRELL, «An international perspective on risk/reward contracting: comparison of U.S., Middle East and U.K. Alliances», *Offshore Europe*, 5-8 September 1995, Aberdeen, pp. 181-190; S. FARRELL, A. RAMSAY, J. WATZKE, «Best intentions: Lessons learned on international partnering and alliance contracts», *Offshore Technology conference*, 3-6 May 1996, Houston, pp. 589-599; Id., «Alliancing and partnering: Forming a successful alliance», *Osborne Clarke*, March 2012.

¹²⁴ Vid. B. COWAN, J. DAVIS, «Relationship contracting ...», loc. cit., pp. 2-5; C.C. MACDONALD, «What are the important...», loc. cit., pp. 4, 7; K. MANLEY, «Partnering and alliancing...», loc. cit., pp. 4, 6; R. QUICK, «Introduction to alliancing...», loc. cit., pp. 7-8.

¹²⁵ Vid. K. MANLEY, «Partnering and alliancing...», loc. cit., p. 5.

¹²⁶ Vid. supra, nota 117; S. ROE, J. JENKINS, *Partnering and alliancing...*, op. cit., p. 38.

¹²⁷ Vid. J. JENKINS, S. STEBBINGS, *International construction...*, op. cit., p. 100.

¹²⁸ Lo cierto es que en los *partnering* configurados como contratos, si se puede prever el reparto de pérdidas y ganancias.

En cualquier caso, aunque el *partnering* pueda gozar de ambas características, lo cierto es que no son rasgos definitorios del mismo, sino que de forma general, suele configurarse como mera declaración de intenciones no vinculante para las partes, y sin ninguna clase de distribución de riesgos y beneficios¹²⁹. En cambio, el *alliancing* para ser considerado como tal, debe recogerse, necesariamente, en un contrato, y debe contener, de forma imprescindible, el ya citado reparto de ganancias y pérdidas¹³⁰.

46. El (*project*) *alliance agreement* recoge todos los derechos y obligaciones de las partes, la estructura y funciones de los órganos que conforman su funcionamiento, los principios que rigen el mismo. Es un acuerdo global, en virtud del cual, se definen los objetivos, los mecanismos de articulación de los riesgos y ganancias, así como la interrelación entre los diferentes participantes¹³¹. La existencia de este acuerdo no implica que las partes no mantengan sus contratos entre sí, todo lo contrario, éstos se configuran como complementarios¹³². La estructura típica de este método consiste en un (*project*) *alliance board*, y un *project management team*¹³³. El primero está compuesto por un representante de cada una de las partes, se encargan de asegurar el compromiso de los participantes con el proyecto, de crear canales de comunicación efectivos, de mantener el clima de confianza y colaboración, así como de resolver las disputas que puedan surgir en calidad de última instancia y siempre por unanimidad. Por su parte, el segundo órgano está formado por cada uno de los especialistas de las diferentes partes, éste se encarga de gestionar los diversos aspectos y conflictos técnicos del proceso que surgen diariamente como el diseño, la fabricación, la instalación, y puesta en marcha del proyecto, para que así los objetivos se alcancen¹³⁴. Todo el desarrollo de las citadas actividades, al igual que ocurre en el *partnering*, estará asistido por la labor de un *facilitator*; el cual se encargará de crear un ambiente cooperativo, donde existan comunicaciones fluidas, así como de mantener claros los objetivos comunes del proyecto y el compromiso de las partes para llevarlos a cabo según este método¹³⁵. En todo caso, al igual que ocurre en el *partnering*, se establece y diseña un sistema de resolución de conflictos adecuado al proyecto en el que se enmarca.

47. Por sus características, el *alliancing* es adecuado en aquellos proyectos más complejos, debido a que los riesgos e incertidumbres son mayores; los tiempos más ajustados; la existencia de grandes cambios es más probable; el gran número de recursos necesarios para lograr los objetivos; y porque pueden confluir distintas sensibilidades de tipo social, medioambiental o político.

Dicha posibilidad así se encuentra recogida, por ejemplo, en los contratos *NEC*, *vid. E. BAKER, «Partnering strategies...»*, *loc. cit.*, p. 3; *Nec3 Procurement and contract strategies*, Institution of Civil Engineers, June 2005, pp. 11-16; *S. FARRELL, «An international perspective...»*, *loc. cit.*, pp. 183-187; *S. FARRELL, A. RAMSAY, J. WATZKE, «Best intentions...»*, *loc. cit.*, pp. 592-593.

¹²⁹ En cuanto a la amplitud del concepto de *partnering*, *vid. S. ROE, J. JENKINS, Partnering and alliancing...*

¹³⁰ *Vid. J.F.Y. YEUNG, A.P.C. CHAN, D.W.M. CHAN, «The definition of alliancing in construction as a Wittgenstein family-resemblance concept»*, *Int'l. J. Project Management*, vol. 25, nº 3, April 2007, pp. 219-223. Estos autores entienden que los elementos definitorios del *alliancing* son, además de los dos ya mencionados, la confianza, el compromiso duradero, la cooperación y la comunicación.

¹³¹ Sobre los mecanismos de riesgo y beneficio, *vid. B. COWAN, J. DAVIS, «Relationship contracting...»*, *loc. cit.*, p. 7; *J.I.M. HALMAN, B.F.M. BRAKS, «Project alliancing in the offshore industry»*, *Int'l. J. Project Management*, vol. 17, nº 2, April 1999, p. 74.

¹³² *Ibid.*, pp. 73-74. El (*project*) *alliance agreement* es la forma más sencilla de configurar un *alliancing*, sin embargo, existen otros dos modelos: a) mediante la elaboración de un *interim project alliance agreement* como paso previo al contrato ya citado y; b) a través de la realización de un *master alliance agreement*, acuerdo anterior a los dos anteriormente citados. La finalidad de este último es crear un marco para proyectos futuros, de ahí que sea muy general y se utilice, principalmente, en las *strategic alliancing*. Por su parte, el *interim project alliance agreement* se ocupa de reflejar los términos y condiciones de un futuro contrato de *alliancing* para un proyecto en concreto. *Vid. R. QUICK, «Introduction to alliancing...»*, *loc. cit.*, pp. 10-11.

¹³³ Se utilizan también otras expresiones para los citados órganos. En cuanto al primero, *alliance leadership group*; en lo referente al segundo, *project alliance team* o *alliance project management team*, *vid. B. COWAN, J. DAVIS, «Relationship contracting...»*, *loc. cit.*, p. 6; *R. QUICK, «Introduction to alliancing...»*, *loc. cit.*, p. 10.

¹³⁴ *Vid. B. COWAN, J. DAVIS, «Relationship contracting ...»*, *loc. cit.*, p. 6; *J.I.M. HALMAN, B.F.M. BRAKS, «Project alliancing...»*, *loc. cit.*, p. 74; *R. QUICK, «Introduction to alliancing...»*, *loc. cit.*, pp. 9-10.

¹³⁵ *Vid. S. FARRELL, A. RAMSAY, J. WATZKE, «Best intentions...»*, *loc. cit.*, p. 1.

VI. Diseño de sistemas de resolución de conflictos

48. Dentro del comercio internacional, y especialmente en aquellos contratos caracterizados por ser de larga duración y por implicar una gran inversión, la resolución de conflictos no comienza cuando surge una controversia, sino cuando se redactan y elaboran los contratos¹³⁶. En esta fase, y de manera general, las partes deben ser conscientes, al menos, de la relación jurídica que entablan y de los posibles problemas que pueden surgir como consecuencia y a lo largo de la misma, sólo así, podrán elegir el método de resolución de conflictos adecuado o incluso configurar un sistema que englobe varios mecanismos de arreglo de diferencias conforme a sus intereses¹³⁷. El diseño y elección de estos instrumentos, en el momento de la elaboración de los contratos, es el primer paso para evitar posibles conflictos y disputas o, al menos, poder solucionarlos de la forma más rápida posible una vez surjan, evitando su escalada, y por tanto, aportando eficacia y eficiencia a la relación comercial existente¹³⁸.

49. El paradigma de este modo de entender y tratar las controversias que surgen en aquellos proyectos perdurables en el tiempo y de gran complejidad lo constituye el *partnering* y el *alliancing*. Sin embargo, no todos las relaciones de negocios necesitan de tal estructura, sino que las partes podrán configurar sus propios sistemas de resolución de conflictos, más sencillos o complejos, atendiendo a sus circunstancias concretas. En todo caso, cualquiera que sea el diseño realizado, las partes implicadas deberán ser conscientes de que la fluidez en la comunicación, así como la colaboración, la motivación y la confianza son pilares básicos para el funcionamiento de todo sistema. Será labor del tercero fomentar tales aspectos entre las partes.

50. Normalmente, dicho diseño suele basarse en el grado de participación del tercero. El sistema suele empezar con su nula intervención –negociación¹³⁹–, para finalizar con su máxima implicación en la disputa –arbitraje o proceso judicial–, dejando el espacio existente entre ambos métodos para los ADR¹⁴⁰. Estos últimos también suelen ordenarse conforme al mismo criterio, que precisamente coincide con la clasificación ya explicada: en primer lugar los facilitadores, a continuación los evaluadores, y por último, los resolutorios. Además, en cada una de estas categorías, se deberá elegir aquél ADR que mejor se adopte al tipo de conflictos que se prevé puede surgir. Si, por ejemplo, los conflictos van a ser más bien de tipo técnico, el *fact-finding* o peritaje (evaluador) así como la *expert determination* (resolutorio) son más adecuados. En cualquier caso, ello no significa que sea necesario pasar por cada una de las fases descritas, sino que las partes, atendiendo a los conflictos planteados o que puedan surgir, diseñarán el sistema que estimen más adecuado¹⁴¹. Si bien, lo más habitual es fina-

¹³⁶ Ello no significa que también pueda realizarse tal diseño una vez surgido el conflicto, en este caso, también deberá ser analizados los diferentes aspectos que rodean a la controversia, *vid.* S.B. GOLDBERG, F.E.A. SANDER, N.H. ROGERS, *Dispute resolution...*, *op. cit.*, p. 339.

¹³⁷ En este sentido, el diseño de sistemas de resolución de conflictos está basado en dos premisas: a) el inevitable nacimiento de conflictos como característica propia de las relaciones humanas, y más aún, si éstas deben ser de larga duración y desarrolladas en contextos complejos; b) los conflictos pueden conllevar consecuencias negativas si son mal gestionados, pero un adecuado tratamiento de los mismos puede tener efectos positivos y mejorar las propias relaciones, *vid.* R. HILL, «The theoretical basis...», *loc. cit.*, p. 183.

¹³⁸ Asimismo, si se contrata con otras empresas que operan en Estados subdesarrollados, estas cláusulas también son muy apropiadas para asístraer los posibles conflictos de los tribunales de dichos países, los cuales poseen sistemas legales y judiciales poco fiables, *vid.* W. VON KUMBERG, «The Future for Mediation in Europe», *Arbitration*, vol. 72, nº 1, February 2006, pp. 62-65.

¹³⁹ La negociación, a su vez, puede gozar de diferentes fases. Normalmente, los protagonistas empiezan siendo los responsables del ámbito donde el conflicto surgió, de manera que si éste no se soluciona, serán los altos ejecutivos de las empresas implicadas los que intenten llegar a un acuerdo.

¹⁴⁰ En este sentido, el orden más utilizado es: negociación-mediación-arbitraje, *vid. ad. ex.*, K. P. BERGER, *Private dispute resolution...* *op. cit.*, p. 52; J. FOLBERG, D. GOLANN, L. KLOPPENBERG, T. STIPANOWICH, *Resolving disputes...*, *op. cit.*, pp. 627-628; K. MACKIE, D. MILES, W. MARSH, T. ALLEN, *The ADR practice guide...*, *op. cit.*, pp. 39, 57; J.M. NOLAN-HALEY, H. ABRAMSON, P.K. CHEW, *International conflict resolution...*, *op. cit.*, pp. 212-214.

¹⁴¹ Aunque el orden expuesto es lo habitual, también es muy común llevar a cabo mediaciones en su modalidad facilitadora, una vez realizado un ADR evaluador, esto es, cuando las partes conocen el eventual resultado de su conflicto, así como sus puntos fuertes y débiles. En el comercio internacional, esto suele ocurrir con la *neutral evaluation*, *vid. supra*, nota 58; con

lizar con el arbitraje, para así asegurar que, en todo caso, existirá una decisión que es título ejecutivo y tiene efecto de cosa juzgada¹⁴².

51. Como ya se ha apuntado antes, el diseño de los sistemas de resolución de conflictos se enmarca en relaciones comerciales de larga duración, caracterizadas por su complejidad así como por las cantidades de dinero y los importantes intereses en juego. Por ello, y a buena lógica, dicha configuración suele realizarse durante la elaboración de los contratos, siendo menos habitual una vez surgido el conflicto. Pues bien, dichos sistemas se recogen en las cláusulas denominadas *multi-step dispute resolution clauses* dentro de los respectivos contratos¹⁴³.

el *fact-finding* o peritaje, *vid. supra*, nº 25; con los *mini-trials* y *summary jury trials*, *vid. supra*, nota 103; e incluso con ADR resolutorios como el procedimiento precautorio prearbitral, *vid. supra*. nota 78. A esta función desarrollada por los ADR evaluadores se la denomina *loop-back*, *vid. J. FOLBERG, D. GOLANN, L. KLOPPENBERG, T. STIPANOWICH, Resolving disputes..., op. cit.*, p. 623; S.B. GOLDBERG, F.E.A. SANDER, N.H. ROGERS, *Dispute resolution..., op. cit.*, pp. 341-342. Además, estos mecanismos también están pensados, en caso de que el conflicto perdure, para ser empleados como preludio y preparación de un posterior arbitraje o proceso judicial, *vid. supra*, nota 58, nº 25, nº 35, nota 111, nota 78.

¹⁴² Un claro ejemplo en este sentido es la configuración del *med-arb* y sus diferentes modalidades. También el *arb-med* y ambos realizados de forma simultánea gozan de tal consideración, porque, aunque no sigan el orden descrito, sí que poseen la misma filosofía: el laudo arbitral no desplegará sus efectos hasta que no se haya intentado la mediación. *Vid. J. FOLBERG, D. GOLANN, L. KLOPPENBERG, T. STIPANOWICH, Resolving disputes..., op. cit.*, p. 623; S.B. GOLDBERG, F.E.A. SANDER, N.H. ROGERS, *Dispute resolution..., op. cit.*, pp. 343-344.

¹⁴³ Estas cláusulas reciben también otros nombres como *multi-tiered dispute resolution clause*, *dispute escalation clause*; *multi-step alternative dispute resolution clauses*; *cascade clauses*; *ADR first clauses*; *integrated dispute resolution clauses*, *vid. K.P. BERGER, «Law and practice of escalation clauses», Arbitration Int'l., vol. 22, nº 1, pp. 1-3; Id., Private dispute resolution..., op. cit.*, p. 51; G. ESTEBAN DE LA ROSA, «Irrupción del movimiento...», *loc. cit.*, p. 105; D. JONES, «Dealing with multi-tiered dispute resolution process», *Arbitration*, vol. 75, nº 2, May 2009, pp. 188-189; D. KAYALI, «Enforceability of multi-tiered dispute resolution clauses», *J. Int'l Arb.*, vol. 27, nº 6, 2010, pp. 551-556; A. LÓPEZ DE ARGUMEDO PIÑEIRO, «Multi-Step dispute resolution clauses», en M.A. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, DAVID ARIAS (eds.), *Liber Amicorum Bernardo Cremades*, Madrid, 2010, p. 733; E. PALMER, E. LÓPEZ, «The use of multi-tiered dispute resolution clauses in Latin America: questions of enforceability», *Am. Rev. Int'l. Arb.*, vol. 14, 2003, p. 288; M. PRYLES, «Multi-Tiered dispute resolution clauses», *J. Int'l Arb.*, vol. 18, nº 2, 2001, pp. 159-160; M. VIRGÓS SORIANO, «Procedimientos alternativos...», *loc. cit.*, *op. cit.*, pp. 86-87.

Asimismo, pueden existir cláusulas que sólo prevean la utilización de estos métodos en general, esto es, que establezcan la posibilidad de intentar llegar a una solución a través de un ADR antes de acudir a los tribunales o a un arbitraje, pero sin realizar más concresciones. Su finalidad es evitar que una de las partes proponga el empleo de uno de estos mecanismos una vez surgida la controversia, en tanto que esto suele verse como signo de debilidad. Por ello, se las denomina *ice breaker clauses*, *vid. J. FOLBERG, D. GOLANN, L. KLOPPENBERG, T. STIPANOWICH, Resolving disputes..., op. cit.*, pp. 619-620. En este caso, así como para configurar la *multi-step dispute resolution clause*, lo ideal es contratar los servicios de un *conflict manager* con el fin de asesorar a las partes sobre el ADR que más se adapta al eventual conflicto, *vid. K.P. BERGER, Private dispute resolution..., op. cit.*, pp. 53-54.

EL ÁMBITO DE APLICACIÓN MATERIAL Y LA LEY APPLICABLE EN LA PROPUESTA DE REGLAMENTO «ROMA IV»: ALGUNOS PROBLEMAS Y OMISIONES

HELENA MOTA

*Profesora Auxiliar de la Facultad de Derecho
Universidad de Oporto*

Recibido: 18.03.2013 / Aceptado: 22.03.2013

Resumen: En la Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales se dice, en comentario al art.1.º, que debe hacerse una interpretación autónoma del concepto de régimen matrimonial y abarcar los aspectos relativos a la gestión cotidiana de los bienes de los cónyuges. La inclusión de reglas sobre las ilegitimidades conyugales o las deudas conyugales u otras no dependientes de un concreto régimen matrimonial, integrando el régimen matrimonial primario — *le statut imperatif de base* — en el ámbito de aplicación material del futuro Reglamento sería deseable para no crear problemas de calificación y fragmentación en la aplicación de las normas de conflictos.

La Propuesta admite, por otro lado, el cambio de la ley aplicable a los regímenes económicos matrimoniales; sin embargo no está claro lo que concierne a la determinación de la ley aplicable al cambio material que ocurre como consecuencia.

Palabras clave: régimen económico matrimonial, propuesta de reglamento, calificación, autonomía conflictual.

Abstract: The Proposal for a Regulation of the Council concerning the competence, applicable law, recognition and enforcement of judgments in matters of matrimonial property regimes says in commentary to the article 1, that it would be followed an autonomous interpretation of the concept of matrimonial property regimes and include aspects relating to the day-to-day management of the property of the spouses. The inclusion of rules solving the problems of matrimonial debts or the need of consent to sell or rent matrimonial assets, when those rules are independent of a specific matrimonial regime and are known as the primary matrimonial regime or *staut imperatif de base* would be desirable to not raise problems of qualification and fragmentation in the application of the conflict rules.

The Proposal also deals with the problem of changes of the applicable law but misses the question of determinate which law is applicable to the changes of the matrimonial property regime itself, knowing that some legislation, like Portuguese law, still don't allow these changes during marriage.

Key words: matrimonial property regimes, draft regulation on matrimonial property, qualification, conflictual autonomy.

Sumario: I. El ámbito de aplicación material del futuro Reglamento «Roma IV». 1. El concepto de «régimen matrimonial» previsto en los art. 1.º, núm. 1 y art 2.º, a). 2. La exclusión de la capacidad de los cónyuges prevista en el art. 1.º, núm. 3, a). 3. Problemas de calificación y de *dépeçage*. 4. Solución defendida. II. La ley aplicable a los regímenes económicos matrimoniales en la Propuesta del Reglamento «Roma IV». 1. El cambio de ley aplicable a los regímenes económicos matrimoniales. A) El cambio de ley escogida por las partes. B) El cambio de ley supletoriamente aplicable. 2. La omisión de la indicación de la ley aplicable al cambio de régimen económico matrimonial como consecuencia del cambio de ley aplicable a los regímenes económicos matrimoniales. A) El ejemplo del Convenio de la Haya de 14 de marzo de 1978 sobre la ley aplicable a los regímenes económicos matrimoniales. B) Solución defendida.

I. El ámbito de aplicación material del futuro Reglamento «Roma IV»

1. El concepto de «régimen matrimonial» previsto en el art. 1.^º, núm. 1 y en el art. 2.^º a)

1. En la Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económico matrimoniales (COM (2011) 126 final), se dice, en comentarioCfr. Exposición de motivos 5.1¹ al art. 1.^º, que debe hacerse una interpretación autónoma del concepto de régimen matrimonial y abarcar los aspectos relativos a la gestión cotidiana de los bienes de los cónyuges.

Así el art. 1^º de la Propuesta señala que el Reglamento se aplica a los regímenes matrimoniales y el art. 2^º, a) define regímenes matrimoniales como el conjunto de normas relativas a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges y en relación con terceros. A su vez el Considerando 11 reafirma el mismo contenido conceptual.

De hecho, la definición del concepto de «regímenes matrimoniales» es difícil y siempre creó problemas de delimitación a nivel del Derecho de Conflictos²; incluso en el derecho material surgen dudas porque la dimensión patrimonial del matrimonio tiene aspectos institucionales y personales que justifican la obligatoriedad de algunas de sus normas las cuales son independientes de los regímenes de bienes concretos y por ello, estas normas escapan a la voluntad de los cónyuges, y por tanto son materias extrañas a su autonomía privada.

Por ello, el régimen matrimonial o régimen de bienes puede ser el conjunto de disposiciones legales o convencionales que rige y organiza los intereses pecuniarios de los cónyuges, sirviendo de instrumento en la planificación de su patrimonio, y en el mismo encontramos también el régimen de deudas entre los cónyuges y con terceros, los poderes de gestión sobre el patrimonio propio y común, las operaciones de liquidación y división de ese patrimonio que implicarán el pago de las deudas de los cónyuges entre si y la liquidación de las deudas al patrimonio común³.

Así pues, cuando hablamos de regímenes matrimoniales pueden surgir varias cuestiones fundamentales⁴: sobre los bienes –¿Qué bienes de los aportados al matrimonio y de los adquiridos posteriormente afectan a los derechos reales de los cónyuges?; sobre los poderes –¿qué poderes de disposición y administración tienen los cónyuges sobre los bienes comunes y propios, en sus relaciones recíprocas o con terceros?; sobre el pasivo –¿Qué deudas son propias o comunes y cual el régimen de responsabilidad para cumplirlas?

2. De hecho, muchas de estas reglas son el resultado del régimen de bienes escogido en las capitulaciones matrimoniales o de los regímenes legales o supletorios. Pero tanto en el derecho portugués como en el derecho comparado, muchas de estas reglas son de aplicación obligatoria a todas las relaciones patrimoniales conyugales, es decir, a todas las relaciones establecidas y desarrolladas entre los cónyuges o entre ellos y terceros que sean de naturaleza patrimonial o tengan, grosso modo, elementos patrimoniales e independientemente del régimen de bienes del matrimonio; a este estatuto general e imperativo, de carácter patrimonial, se le conoce con el nombre de «régimen matrimonial primario»

La clasificación, meramente doctrinal, no es pacífica, funcional ni substancial⁵ pero la mayoría de los ordenamientos jurídicos europeos⁶ presentan en su derecho positivo un conjunto de disposiciones

¹ Véase Exposición de motivos, 5.1.

² Son «cuestiones clásicas que crean dificultades en este ámbito» para C. GONZALEZ BEILFUSS, «Propuestas de Reglamento comunitario en materia de regímenes económicos matrimoniales y sobre los efectos patrimoniales de las uniones registradas» in *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXIV, Fascículo III, Julio-sept., 2011, pp. 1149-1154 y C. GONZÁLEZ BEILFUSS, «The proposal for a council regulation on the property consequences of registered partnerships», in, *YPIL*, vol. XIII, 2011, pp. 183-198.

³ Véase P. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, Bruselas, Bruylant, 2003, p.1.

⁴ Véase L. RAUCENT, Y Y.LELEU, *Les régimes matrimoniaux: les droits et devoirs des époux*, Bruselas, Larcier, 1997, p. 34.

⁵ De este modo, A. FRADA DE SOUSA, Y R. LOBO XAVIER, «Study on matrimonial property regimes and the property of unmarried couples in private international law and internal law (National Report/Portugal)», Consortium Asser – UCL, 2003; p.7; R. LOBO XAVIER, , *Limits à autonomia privada na disciplina das relações patrimoniais entre os cônjuges*, Coimbra, Almedina, 2000, p.17; PAMPLONA CORTE-REAL, *Direito da família e das sucessões: relatório*, Lisboa, Lex, 1995, p. 37 e 85; F. PEREIRA COELHO, Y G. OLIVEIRA, (con la colaboración de Rui Moura Ramos), *Curso de Direito da Família*, I, Coimbra, Coimbra Editora, 4^ªed, 2008, p.338.

⁶ A nivel comunitario, sólo Dinamarca, Finlandia, Gran-Bretaña, Irlanda, Eslovaquia y Hungría no cuentan con un régimen primario de matrimonio. Para una visión comparada alargada a todos los Estados miembros y con una sistematización de las

generales, aplicables a todos los matrimonios y de naturaleza imperativa que regulan los efectos del matrimonio a nivel simultáneamente personal y patrimonial y que se distingue de las reglas referentes a los regímenes de bienes en sentido estricto.⁷

Su inserción sistemática es variable: a veces aparecen agrupadas en un solo cuerpo de normas (son los casos del derecho español, del derecho suizo e del derecho alemán), otras veces son colocadas en puntos distantes del sistema: véase los casos de los derechos franceses, italianos y belga.

Algunos de estos ordenamientos tienen un régimen matrimonial primario muy detallado y extenso, con reglas que van desde el deber común de los cónyuges de soportar los encargos domésticos (regla presente en todos los ordenamientos referidos), a la legitimidad de ambos cónyuges para que de forma unilateral puedan practicar actos en ese ámbito y con ese propósito y que a ambos vinculen (derecho español⁸, suizo y alemán, estos dos últimos refiriéndose a un poder de representación conyugal o mandato doméstico), prefiriendo otros la enumeración de las deudas comunicables (derecho francés, derecho belga). En este último caso, verificamos una divergencia importante frente al derecho italiano que, a pesar de disponer la obligación común de los cónyuges de contribuir para los encargos domésticos, omite una referencia expresa a la existencia de deudas comunes y de un mecanismo externo eficaz para el cumplimiento de ese deber.

También en el apartado de la protección de la vivienda familiar genéricamente traducida por la ilegitimidad de cada cónyuge, incluso siendo el singular propietario, para, aisladamente practicar actos de disposición o gravamen de la casa/o su interior, no encontramos unanimidad porque el derecho alemán no provee normas específicas, salvo aquellas que evitan actos de violencia en la vivienda familiar o que promulguen las reglas de su atribución en el proceso de divorcio.

Algunos ordenamientos también incluyen reglas particulares como es el caso del derecho español en relación a la responsabilidad de los cónyuges de cara a las *litis expensas*, el belga en relación a la libertad de administrar y mover cuentas bancarias, el suizo en cuanto al deber de información sobre la situación financiera de los cónyuges, el alemán a través de la presunción de propiedad de los bienes muebles, frente a terceros, a favor del cónyuge incumplidor. Este tipo de reglas que se puede observar en varios ordenamientos no constituye un padrón uniforme de las reglas del régimen matrimonial primario en el seno de estos ordenamientos jurídicos.

3. El derecho portugués tiene varias normas de régimen matrimonial primario, esto es, normas que regulan aspectos patrimoniales de la vida de los cónyuges pero que no se limitan a definir la propiedad de los bienes, sino que regulan los poderes de administración de los cónyuges sobre esos bienes,

materias del régimen matrimonial primario previstas en esos ordenamientos, cfr. o Anexo al Libro Verde (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=SEC:2006:0952:FIN:FR:HTML>).

⁷ Así, C. VAQUERO LÓPEZ, «Los regímenes matrimoniales en un espacio de libertad, seguridad y justicia. Apuntes sobre la codificación comunitaria de las normas sobre competencia judicial, conflicto de leyes y reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales», *Anuario español de derecho internacional privado*, VI, Madrid, Iprolex, 2006, pp. 195-208, (p. 201), a defender la posibilidad de introducir, en el instrumento comunitario de unificación de las reglas de conflictos sobre los regímenes de bienes, normas de derecho material uniforme referentes a los elementos esenciales del régimen primario, en aquellos aspectos que son manifestamente consensuales.

⁸ En el ámbito del derecho civil español existen reticencias por parte de alguna doctrina en relación à la clasificación de estas disposiciones generales como un régimen matrimonial primario. L. DIEZ-PICAZO, Y A. GULLÓN, *Sistema de derecho civil – derecho de familia*, IV, Madrid, Tecnos, 2004, p.142, hacen las mismas críticas alertando de la necesidad de leer estos preceptos coordinados con cada régimen de bienes concreto. Los Autores entienden que lo que se designa, vulgarmente, como «régimen matrimonial primario» no pasa de un conjunto de disposiciones generales (no existe aquí un verdadero régimen matrimonial más simple al que se pueda oponer otro más complejo) cuya utilidad, pretendida generalidad y autonomía frente a los regímenes de bienes es muy cuestionable: «tales disposiciones de índole patrimonial necesitan coordinarse con el régimen económico específico del matrimonio». A otros Autores (cfr. J. L. LACRUZ BERDEJO, F. DE A. SANCHO REBULLIDA, A. LUNA SERRANO, J. DELGADO ECHEVERRÍA, F. RIVERO HERNÁDEZ, J. RAMS ALBESA, *Elementos de Derecho Civil. IV.Familia*, Madrid, Dykinson, 2^a ed., 2005, p.118 e 124; M. MONFORT FERRERO, *La responsabilidad de los cónyuges ante las necesidades ordinarias de la familia*, Aranzadi, 2004; M. ALBADALEJO, *Curso de Derecho Civil. IV. Derecho de Familia*, Barcelona, Bosch, 8^a ed., 1997, p. 149) la referencia al régimen matrimonial primario no parece extraña, defendiendo incluso que la existencia de estas reglas generales funciona como un mínimo de régimen, i.e. un conjunto de normas que por ser indisponibles y inderogables van acompañar siempre el estatuto patrimonial del matrimonio, aunque los cónyuges quieran transformar el matrimonio , a través de las capitulaciones matrimoniales, en un régimen puramente societario.

propios o comunes, determinan la comunicabilidad de las deudas conyugales y limitan el poder de negocio de los cónyuges.

Estas normas, al contrario de lo que ocurre en otros ordenamientos, no están agrupadas o son tratadas sistemáticamente de forma diferenciada, según un criterio de generalidad y/o obligatoriedad.

Las deudas comunes, por ejemplo, están previstas en los arts. 1691º, 1693º, núm. 2, 1694º, núm.1 e 2 *in fine*, todos del Código Civil. En ellas encontramos reglas (por ejemplo, o art. 1691º, núm.1, b)) que se aplican a todos los matrimonios (las deudas asumidas por cualquier de los cónyuges para hacer frente a los deberes de la vida familiar como la alimentación, medicamentos, vestuario...) y otras, como el art. 1691º d), que establece la responsabilidad de ambos cónyuges del pago de las deudas contraídas en el ejercicio del comercio por uno de los cónyuges y que sólo se aplicará si entre ellos existiese un régimen de comunidad general de bienes.

Los propios poderes de administración de los cónyuges sobre el patrimonio, propio o común, previstos en el art. 1678º, puede ser distinto conforme el régimen de bienes en que se encuentren casados: es el caso del art. 1678º, núm.1, c), que sólo se aplicará si se encuentra en vigor el régimen de comunidad general de bienes, una vez que se refiere a poderes exclusivos de administración sobre los bienes comunes aportados en el matrimonio o adquiridos posteriormente por sucesión o donación, cuando estos bienes, en los otros régimen serán, necesariamente propios; en otros casos, se pueden aplicar a todos los matrimonios, como el art. 1678º, núm. 2, a), que prevé la administración exclusiva de los rendimientos del trabajo por parte del cónyuge que los ingresa, en cualquier régimen de bienes.

A pesar de todo, la mayoría de la doctrina separa en términos conceptuales las reglas que son comunes a todos los matrimonios y obligatorias, de las demás, a pesar de que haya muchas dudas en relación a las normas que comulgando de esas características tengan otros objetivos unidos a la definición y previsión de la propiedad de los bienes: véase por ejemplo, el art. 1720º, b) que impone un determinado régimen de bienes, el de separación, a los cónyuges con más de sesenta años o el art. 1714º que no permite a los cónyuges alterar el régimen de bienes durante la duración del matrimonio.⁹

4. A pesar de que, en general, la «cuestión del régimen primario» es expuesta con mayor o menor intensidad, la Propuesta del Reglamento «Roma IV» no se pronuncia al respecto, limitándose, como vimos, a definir el régimen matrimonial como el conjunto de las reglas relativas a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges y entre estos y terceros, no esclareciendo si incluye o no las normas generales y obligatorias, limitándose a mencionar de forma genérica la administración cotidiana de los bienes, olvidando la referencia expresa a las deudas conyugales, a la protección de la vivienda familiar, a las ilegitimidades conyugales, especialmente cuando estas reglas no resultan de un concreto régimen de bienes que haya sido escogido por los cónyuges o supletoriamente aplicado. O sea, el futuro Reglamento pretende hacer una interpretación autónoma del concepto de regímenes de bienes pero no densificó o, por eso, no esclareció su contenido¹⁰.

El problema se agudiza cuando, en el núm. 3 a) del art. 1.º se excluye expresamente de su ámbito de aplicación material, la materia de la capacidad de los cónyuges.

2. La exclusión de la capacidad de los cónyuges prevista en el art. 1.º, núm. 3 a), de la Propuesta

5. De hecho, al mismo tiempo, en el art. 1.º, núm. 3 a) de la Propuesta están excluidas de su ámbito de aplicación las materias relativas a la capacidad de los cónyuges. La cuestión que se plantea es saber si en el concepto de «capacidad», en el marco de la Propuesta, se incluyen las ilegitimidades conyugales, es decir, la necesidad de autorización conyugal para la venta o gravamento de inmuebles u otras, especialmente si estos límites a la autonomía contractual de los cónyuges son generales y no

⁹ Sobre el concepto de régimen económico matrimonial en sentido estricto, frente al derecho portugués, véase H. MOTA, *Os efeitos patrimoniais do casamento em direito internacional privado. Em especial, o regime matrimonial primário*, Coímbra, Coimbra Editora, 2012, pp. 72-84 e 434.

¹⁰ Las mismas críticas a esta omisión son formuladas por C. GONZÁLEZ BEILFUSS, *op.cit.*, p. 1151 e p. 1153, tanto por problemas de calificación como de fraccionamiento.

dependientes de un concreto régimen matrimonial, integrando lo que es conocido en muchos ordenamientos jurídicos como el régimen matrimonial primario o *statut imperatif de base*.

En el derecho portugués existen innumerables limitaciones a la autonomía contractual de los cónyuges que, durante el matrimonio, no pueden solos, sin el consentimiento del otro, enajenar, gravar, arrendar o incluso disponer de los derechos personales de gozo (comodato, por ejemplo) de ciertos bienes, propios o comunes.

En lo que respecta a los bienes muebles, los cónyuges solamente podrán enajenar o gravar solo los bienes muebles de los que son propietarios y administradores exclusivos en los términos de los arts. 1678º núm. 1 e 2 *ex vi art.* 1682º, núm. 2; en cualquier caso, los bienes en causa no podrán ser bienes propios del otro cónyuge ni tratarse de muebles utilizados por ambos cónyuges en la vida del día a día del hogar (enseres del domicilio familiar) o como instrumento común de trabajo.

En relación a los bienes inmuebles, incluso tratándose de un bien propio, el cónyuge necesita del consentimiento del otro para enajenar, gravar (*ej.* hipoteca), arrendar o constituir un derecho personal de gozo (*ej.* comodato) si el régimen de bienes fuera un régimen de comunidad general o *ganancial* (art. 1682º-A, núm. 1 e 2); en relación a la vivienda familiar, la ilegitimidad se aplica inclusivamente en el régimen de separación de bienes (art. 1682º, núm. 2, e art. 1682º-B). El repudio de la herencia o del legado tendrá también que ser hecha por ambos cónyuges, o por uno de ellos con el consentimiento del otro, en los regímenes de comunidad de bienes.

La sanción prevista para este tipo de actos es la de anulabilidad (art. 1687º) sin prejuicio de la protección de terceros de buena fe relativamente a la enajenación o gravamen del mueble no sujeto a registro.

Además de estas limitaciones, los cónyuges no pueden, salvo en los casos expresamente previstos en la ley (*ej.* separación judicial de bienes, separación de personas y bienes, insolvencia...), modificar los regímenes de bienes, celebrar el contrato de compra y venta entre ellos ni celebrar contratos de sociedad sin responsabilidad limitada (art. 1714º).

6. En otros ordenamientos jurídicos encontramos idénticas limitaciones aunque con un grado de intensidad menor: el principio de inmutabilidad de los regímenes de bienes fue eliminado de la mayoría de los derechos europeos así como la prohibición de compra y venta y de crear una sociedad entre los cónyuges. La necesidad de consentimiento para la enajenación o gravamen de bienes no es tampoco tan severa, à excepción de la protección de la vivienda familiar.

La calificación de estas limitaciones como casos de incapacidad es, incluso en el derecho portugués, muy dudosa¹¹, ya que no se trata de una ausencia de cualidades absolutas de los cónyuges para la práctica de cualquier acto contractual sino de la incapacidad de disponer de los bienes que hacen parte del patrimonio familiar¹²; relativamente al todavía vigente principio de inmutabilidad de los dos regímenes de bienes y consecuentes limitaciones a las transferencias patrimoniales entre los cónyuges, el objetivo se relaciona principalmente con la protección de terceros y el enriquecimiento ilegítimo de uno dos cónyuges relativamente al otro.

No obstante, la falta de esclarecimiento, en el seno de la Propuesta, del concepto de «capacidad» suscita dudas legítimas y que tienen mucha importancia al nivel del ámbito de aplicación material del futuro Reglamento y que debían, de antemano, y dada la calificación autónoma pretendida, ser debidamente esclarecidas.

3. Problemas de calificación y de *dépeçage*

7. Esta distinción, doctrinal, entre el régimen de bienes y el régimen matrimonial primario tiene, en el derecho portugués una consecuencia muy importante a nivel de Derecho de Conflictos.

¹¹ Véase F. PEREIRA COELHO, y G. OLIVEIRA, *op.cit.*, pp.384-385; M. ANDRADE, *Teoria geral da Relação Jurídica*, II, Coímbra, Almedina, pp.116 e ss.

¹² También para L. DIEZ-PICAZO, y A. GULLÓN, *op.cit.*, p.95, parece claro que estas ilegitimidades no son cuestiones de capacidad.

En derecho internacional privado portugués, la materia de los efectos patrimoniales del matrimonio se encuentra recogido en tres reglas de conflictos: los arts. 52º, 53º e 54º. El art. 52º determina la ley aplicable a las relaciones entre los cónyuges, el art. 53º la ley competente para regular los régímenes de bienes y las capitulaciones matrimoniales y el art. 54º trata del problema de la modificación de los régímenes de bienes pero remite para la ley aplicable en los términos del art. 52º, sin prejuicio de la irretroactividad de la alteración de los régímenes de bienes en relación a terceros que, en cualquier caso, es impuesta según el art. 54º, núm.2.

La ley aplicable, según el art. 52º do Código Civil portugués, es la ley nacional común de los cónyuges; en ausencia de esta, la ley de la residencia habitual común de los cónyuges y, subsidiariamente, la ley del país con la cual la vida familiar se relacione más estrechamente. El momento de la concretización de los elementos de conexión es, en principio, el de la verificación de los hechos (constitutivos, modificativos o extintivos) de las situaciones en causa o el momento de la apertura de un procedimiento, tratándose así de un elemento de conexión móvil.

Dado que la ley aplicable a los régímenes de bienes en sentido estricto de conformidad con el art. 53º, se inmoviliza en el tiempo, ya que se aplicará la ley de la nacionalidad común o, en su defecto, la ley de la residencia habitual común, en el momento de la celebración del matrimonio, evitándose así el conflicto móvil. Subsidiariamente, será relevante la ley de la primera residencia conyugal.

La delimitación de estas reglas de conflictos no es fácil ya que la letra de la ley no es muy clara. La mayor parte de la doctrina¹³ entiende, que el art. 52º incluye en su cuadro conceptual, no sólo la materia de las relaciones personales entre los cónyuges — deberes conyugales, nombre, residencia familiar, dirección conjunta de la familia — sino también las normas de contenido patrimonial, generales y obligatorias (administración de los bienes, deudas conyugales, ilegitimidades), ej.: el régimen matrimonial primario. Será la ley indicada por el art. 52º que, *ex vi* art. 54º, regula la admisibilidad (o no) de la modificación de los régímenes de bienes en el matrimonio y otros contratos entre cónyuges, por entenderse que dichas normas son normas del régimen matrimonial primario. En el ámbito de la ley designada por el art. 53º permanecería la definición de régimen de bienes matrimoniales y todas las materias que dependan directamente de ella.

Esta duplicidad de normas de conflictos genera, no obstante, muchas dudas.

En primer lugar porque, como vimos, la identificación de las normas del régimen matrimonial primario no es obvia ni indiscutible siendo incierta la determinación de la norma de conflictos aplicable à la hipótesis *sub iudice*.

Después, porque al no coincidir esta clasificación con la de los ordenamientos extranjeros, habrá eventualmente conflictos de calificación. El art. 15º del Código Civil portugués encierra un modelo que no compromete al intérprete con ninguna calificación¹⁴, admitirá, como máximo, que a la misma alternativa sea aplicables dos normas de conflictos porque corresponden à caracterizaciones diversas, hechas por los ordenamientos en contacto con los hechos, de las normas aplicables: si la ley portuguesa, ley de la residencia habitual actual de los cónyuges, es competente para regular el régimen primario, determina (art. 52º) que la deuda contraída por uno de los cónyuges en provecho común de la pareja es común (art. 1691º, c)) pero la ley de la residencia habitual en el momento de contraer matrimonio, la ley francesa, competente para regular el régimen de bienes matrimoniales (art. 53º), entiende que esa deuda sólo es común en el régimen de participación, estando los cónyuges casados en el régimen de gananciales, tendremos un conflicto de calificaciones porque ambas leyes son aplicables.

La fragmentación, o *dépeçage*, del estatuto patrimonial del matrimonio en el derecho internacional privado portugués crea varios problemas una vez que la ley competente para regular el régimen

¹³ Véase PIRES DE LIMA E ANTUNES VARELA, *Código civil anotado*, vol. I, Coímbra, Coímbra Editora, 4ª ed., 1987, p. 86; J. BAPTISTA MACHADO, *Lições de direito internacional privado*, Coímbra, Almedina, 3ª ed., 1992, pp. 409-10; R. MOURA RAMOS, in PEREIRA COELHO Y G. OLIVEIRA, *op.cit.*, p. 738; L.LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, vol. II., Coímbra, Almedina, 3ª ed., 2009, p.528; A. MARQUES DOS SANTOS, *Direito Internacional Privado : sumários*, Lisboa, AAFDL, 1987, p.299; J.CUNHAL SENDIM, «Notas sobre o princípio da conexão mais estreita em Direito Internacional Privado Matrimonial Português», *Direito e Justiça*, pp.136 e ss.; A. FRADA DE SOUSA Y R. LOBO XAVIER, *loc.cit.*, p. 45 y R. MOURA RAMOS, *Direito internacional privado: relatório sobre o programa, conteúdos e métodos de ensino da disciplina*, Coímbra, 2000, pp. 39-40.

¹⁴ Así, A. FERRER CORREIA, *Lições de direito internacional privado*, Coímbra, Almedina, 2000, p.214.

primario puede desvirtuar el sentido y los objetivos de los cónyuges cuando, al abrigo de una ley diferente, competente para regular el régimen de bienes, escogen el régimen matrimonial.

8. Verificamos a menudo que también en otros ordenamientos jurídicos el recurso de duplicar las reglas de conflictos — incluyendo una los regímenes de bienes y dejando para el ámbito de la ley indicada por la otra, los restantes efectos patrimoniales del matrimonio, vulgarmente designados por el régimen matrimonial primario — conduce a idénticos problemas y dudas de calificación, así como de *dépeçage*.

Dentro de la UE, hay una gran diversidad de soluciones en estas áreas del derecho sustantivo. Paradójicamente, se encontró que el único rasgo verdaderamente común a todos los derechos es la dificultad que sus intérpretes y ejecutores sienten al definir, clasificar, calificar, por último, estas normas que, sin excepción, varios legisladores quisieron confinar e dar cuerpo, apartándolas de los regímenes de bienes ya sea por su inclusión en distintas partes del sistema, ya sea por la mera unión y disposición en títulos y capítulos distintos¹⁵.

Este malestar recurrente y visible en la doctrina y los tribunales se deriva de la aparente incapacidad para desactivar algunas de estas reglas llamadas «generales» de un régimen de propiedad concreto y particular, también se debe a la dificultad en afirmar el grado de superioridad o yuxtaposición de ellas frente a normas similares, pero privativas de un régimen de bienes, especialmente cuando no se reproducen en otro régimen vecino; en suma, por la inoperatividad de las mismas si no fueran complementadas por aquellas que forman el régimen de bienes secundarios.

9. En el derecho español¹⁶, por ejemplo, son muchas las preguntas en relación al deber de los cónyuges de soportar las cargas de la vida doméstica, puesto que el contenido no está definido en el propio artículo 1318º del código civil que lo prevé pero en el apartado del régimen de deudas comunes (o de la responsabilidad del patrimonio común) de la *sociedad de gananciales* (art. 1362º, núm.1). Por otra parte el régimen de responsabilidad que aquí se propone, es el de solidaridad entre el patrimonio común y el patrimonio propio del cónyuge deudor, al contrario de lo que acontece en el art. 1319º en el cual se prevé la responsabilidad subsidiaria del cónyuge del deudor. A pesar de las dudas, la doctrina ha sostenido que el art. 1319º deroga el régimen del art. 1362º, núm.1. Otras divergencias aparecen en relación a los actos de disposición y de enajenación gratuita sobre los bienes muebles o el vivienda familiar, actos para los cuales la ley exige el consentimiento conyugal, creando una ilegitimidad (art. 1322º) e sancionándolos, para el caso de ser practicados, con la nulidad. Sigue que, sin perjuicio de la aplicación de las normas a los distintos regímenes de bienes, la doctrina no puede aislarse de la definición previa de éstos, en la medida en que esta pena más grave de nulidad sólo se aplica a los bienes comunes, es decir a los regímenes de bienes gananciales, perdiendo por ello la generalidad que le sería característica.

También el art. 1323º, al afirmar la libertad contractual entre los cónyuges, no desmiente, a pesar de su colocación sistemática en el seno de las reglas del régimen matrimonial primario, la naturaleza contractual del problema.

Estas dificultades van a tener forzosamente consecuencias en el momento de la reconducción de las respectivas materias a las reglas de conflictos adecuadas: así el DIPR español pretende la aplicación de una ley única a todo el estatuto patrimonial del matrimonio, pero al lado de la regla de conflictos relativa a los efectos del matrimonio (art.9º, §2), presenta una regla de conflictos destinada a los regímenes de capitulaciones matrimoniales (art.9º, §3) a la cual se tendrán que subsumir todas las normas materiales privativas de esos regímenes, lo que en cualquier caso, los tengan por objeto, forzando una calificación de las normas materiales que, como vimos, no obedece a respuestas unívocas por parte de los intérpretes.

De hecho lo menos que podemos decir del panorama doctrinal español en relación a la calificación conflictual de los efectos patrimoniales del matrimonio y en particular, de las reglas del régimen primario, es que es divergente, sino errático: las ilegitimidades conyugales oscilan entre la reconducción

¹⁵ También C. VAQUERO LOPÉZ, *op. cit.*, p. 200, constata que la introducción en el futuro reglamento de una definición estrecha de regímenes matrimoniales, excluyendo el régimen primario, tal como sugiere el GEDIP, «podría resultar poco eficiente».

¹⁶ Véase L.DIEZ-PICAZO, Y.A. GULLÓN, *op.cit.*, pp. 142 a 222; J.L. LACRUZ BERDEJO, F. DE A. SANCHO REBULLIDA, A. LUNA SERRANO, J. DELGADO ECHEVERRÍA, F. RIVERO HERNÁDEZ, J. RAMS ALBESA, *j., op.cit.*, pp. 120 a 127 ; M. ALBADALEJO, *op.cit.*, pp. 140-155.

del art. 9º, §2, y el §1; entre el art. 9º,§2, y el Convenio de Roma o El Reglamento «Roma I» anda el principio general de admisión de los contratos, principalmente las donaciones, entre los cónyuges; el principio de la mutabilidad de los régimen de bienes duda entre el Convenio de Roma (o «Roma I») y el art. 9º, §3. Hay, a pesar de esto, algún consenso en relación à la inserción del deber de soportar las cargas familiares y la comunicabilidad de las deudas contraídas en el cumplimiento de ese deber en el ámbito del art. 9º, §2, sin perjuicio de las voces que defienden la sujeción del régimen matrimonial primario de los régimen de capitulaciones matrimoniales) referidas por el art. 9º, §3, en la medida en que son parte integrante (e imperativa) de ese régimen¹⁷ concreto.

10. Por su parte, el derecho italiano¹⁸ presenta un régimen matrimonial primario sumario y se limita a determinar la obligación de los cónyuges de soportar las cargas domésticas, mantenimiento, instrucción y educación de los hijos (arts. 143º, §3, 147º e 148º) sin pronunciarse sobre la eficacia externa del cumplimiento de ese deber — sólo en la comunidad de gananciales y convencional, en normas obviamente privativas de estos regímenes, se prevé la responsabilidad directa del patrimonio común y subsidiaria, en el régimen de conjunción, de los bienes propios de cada cónyuge — y una protección de la vivienda familiar (art. 144º). Probablemente debido a exigüidad de estas disposiciones generales es, de todos los ordenamientos jurídicos estudiados, el que presenta menores problemas de calificación.

Pero existen otras razones: en primer lugar, el propio sistema conflictual italiano optó por agrupar todos los efectos patrimoniales del matrimonio en una sola norma de conflictos (art. 30º), dejando para el art. 29º los efectos exclusivamente personales, evitando así los epígrafes más dubios de los otros ordenamientos vecinos como « los efectos del matrimonio» o «los efectos generales del matrimonio» que siempre admitirían la inclusión de las materias personales con carácter patrimonial, *maxime* el régimen matrimonial primario. La mayoría de la doctrina italiana no ve como un problema la reconducción de las normas del régimen primario al concepto-marco del art. 30º y consigue con ello no dividir el estatuto patrimonial del matrimonio en normas supletorias y normas obligatorias, aplicando leyes distintas a cada uno de estos parámetros, evitando de esta manera, las eventuales contradicciones emergentes de un *dépeçage* artificial. Con esto se evita también los problemas de calificación ya sea a nivel de *lex fori*, en el momento de la interpretación del concepto-marco (¿qué entendemos por efectos personales? ¿qué son efectos patrimoniales? ¿qué entendemos por régimen primario? ¿es o no esta norma de régimen primario?) ya sea, como ocurre en el modelo portugués de calificación (art. 15º do Código Civil portugués), los problemas de movilidad de varias normas de conflictos, tantas como las caracterizaciones de las normas materiales *lege causae* que corresponden a las distintas (o a ninguna) normas de conflicto que fragmentan la cuestión de los efectos patrimoniales del matrimonio.

¹⁷ En general, sobre este problema en el derecho internacional privado español, véase, entre otros, A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZALÉZ (ED.), *Derecho Internacional Privado*, Granada, Comares, 12º ed., 2011, pp.133-167, E. RODRÍGUEZ PINEAU, *Régimen económico matrimonial. Aspectos internacionales*, Granada, Comares, 2002; J. CARRASCOSA GONZALEZ, *Matrimonio y elección de ley — Estudio de DIP*, Granada, Comares, 2000, J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, *Derecho internacional privado*, Madrid, Civitas, 3ª ed., 2004, pp. 386-451; E. PÉREZ VERA (Dir.), *Derecho internacional privado*, Madrid, Colex, II, 2000, p.129-133; M. A. AMORES CONRADI, «Efectos del matrimonio» in J. GONZÁLEZ CAMPOS e otros, *Derecho internacional privado: parte especial*, Madrid, Eurolex, 6ª ed., 1995, pp. 329-354; M. P. DIAGO DIAGO, «The matrimonial property regime in PIL», *Yearbook PIL* 2, 2000, pp. 179-203.

¹⁸ I. VIARENKO, *Autonomia Della volontà e rapporti patrimoniali tra coniugi nel diritto internazionale privato*, Padua, Cedam, 1996; G. CARELLA, *Autonomia della volontà e scelta di legge nel diritto internazionale privato*, Bari, Cacucci Editori, 1999; M. SESTA, *Diritto di famiglia*, Padua, Cedam, 2ª ed., 2005, pp.176-7, 186 e 192-202; T. AULETTA, *Il diritto di famiglia*, Turín, Giappichelli, 8ª ed., 2006, pp.123 e ss. ; E. QUADRI, «Regime patrimoniale e autonomia dei coniugi», *Il diritto di famiglia e delle persone*, Milano, Giuffrè, vol. XXXV, Out.Dez. 2006, R. AMAGLIANI, *Autonomia privata e diritto di famiglia*, Turín, G.Giappichelli Editori, 2000 ; E.RUSSO, *Le convenzioni matrimoniali ed altri saggi sul nuovo Diritto di Famiglia*, Milano, Giuffrè, 1983, pp.242-3; R.VILLANI, «Codice Civile (arts. 83-313)» in A. TRABUCHI e G.CIAN, *Commentario breve al Codice Civile*, Padua, Cedam, 7ªed., 2005, p.236-238; F. BUSNELLI, in «Persone, famiglia e sucesiones nel nuovo diritto internazionale privato» in *La riforma del sistema di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, Milano, Giuffrè, 1996, pp. 99 a 110 ; L. GAROFALLO, *I rapporti patrimoniale tra coniugi nel diritto internazionale privato*, Bari, Pubblicazioni della Facoltá Giuridica dell' Università di Bari, 1987; R. CLERICI, «Commentario del nuovo Diritto Internazionale Privato (art. 29 e 30)»in *Studi e pubblicazioni della rivista de diritto internazionale privato e processuale (R.D.I.P.P.)*, Padua, Cedam, 1996, pp. 151-167; F. SALERNO CARDILLO, *Regime patrimoniale tra coniugi nel diritto internazionale privato italiano*, Milano, Giuffrè, 1992; T. BALLARINO, *Diritto Internazionale Privato*, Padua, Cedam, 3ªed., 1999, p.423.

Otra ventaja del derecho de conflicto italiano reside en la remisión supletoria del art. 30º para el art. 29º: no habiendo ejercido las partes su autonomía conflictual, tendremos una ley única para todos los efectos del matrimonio, personales y patrimoniales. Esta apertura al ejercicio de la autonomía conflictual, incluso frente a las normas obligatorias, motiva a la doctrina a defender la *professio iuris* en materias puramente personales.

11. En el caso del derecho francés¹⁹, los efectos patrimoniales del matrimonio también están regulados en puntos distintos del sistema: los regímenes de bienes en el Libro III del *Code* y los restantes efectos en el Libro I donde las normas sobre los deberes personales de los conjugues y las demás reglas sobre el funcionamiento del matrimonio tienen carácter obligatorio (*ex vi art. 226º*).

A pesar de esto, una vez más encontramos divergencias entre la doctrina y la jurisprudencia en relación a la caracterización de estas últimas normas, sólo parece haber algún consenso al considerar como régimen matrimonial primario las constantes de los arts. 214º (contribución de los cónyuges con las cargas doméstica), 220º (comunicabilidad de las deudas domésticas) y 215º, §3 (protección del domicilio familiar e ilegitimidades). Y aún así, surgen problemas: si el artículo 226º garantizó la obligatoriedad de estas normas, justificando el tratamiento distinto, ya sea a nivel sistemático interno ya sea a nivel conflictual, olvidó que, el deber de contribuir con las cargas domésticas puede ser modelado por los cónyuges, en los términos previstos en la ley, lo que le dota de alguna supletoriedad; por otro lado, asumiendo la contribución para las cargas domésticas de carácter general, con independencia de cuál sea el régimen de bienes del matrimonio — imponiendo una responsabilidad subsidiaria y solidaria, de cara al del patrimonio común, de los bienes propios de los cónyuges — siempre a medida del derecho de regreso entre los cónyuges va a diferir según estén casados en régimen de separación o de participación (caso en el que es inmediato) o en un régimen de bienes gananciales, en cuyo caso serán forzados a una moratoria hasta la disolución del régimen. Estas dudas se reflejan a nivel conflictual en la medida en que hay una separación entre las reglas de conflictos referentes a los regímenes de bienes del matrimonio (Convenio de la Haya de 1978) y las relativas a los efectos generales del matrimonio, previstas en el *Code*. La doctrina²⁰ y la jurisprudencia están de acuerdo en la necesidad de analizar y evaluar cada una de estas soluciones materiales individualmente. Además de que muchas de estas soluciones son consideradas *lois police* y normas de aplicación inmediata (son los casos de los arts. 215, §3, 217º, 219º, 220º a 223º) hay también diferencias en cuanto a la subsunción del art. 214º a el Convenio de La Haya de 1978 a la cual también se pone por hipótesis la (remisión) reconducción de los arts. 218º e 225º.

En relación a los contratos entre los cónyuges, y a pesar de su progresiva aceptación, la doctrina todavía tiende a calificarlos como normas reguladoras de los efectos del matrimonio (y no de los regímenes de bienes) por lo menos si sus restricciones se deben à la necesidad de protección de los propios cónyuges, sometiéndolos a la ley de los regímenes de bienes si el problema reside en el reparto de los patrimonios. Lo mismo sucede con la admisibilidad de donaciones entre cónyuges a veces vista como una cuestión de foro sucesorio. En relación à la mutabilidad de los regímenes de bienes, que en Francia todavía cuenta con algunas restricciones, estando sujeta a un control notarial, a una moratoria cuando es hecha fuera de los tribunales, la necesidad de homologación judicial en situaciones contadas y a un sistema de publicidad severo, hay unanimidad en su integración en el estatuto de los regímenes matrimoniales como pieza fundamental de su libre elección y modelación por las partes.

¹⁹ M. REVILLARD, *Droit international privé et pratique notariale*, Paris, Defrénois, 4ª ed., 1998; H. BATIFFOL Y P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, Paris, LGDJ, 7ªed., vol. 2, 1983; Y. LOUSSOUARN Y P. BOUREL, *Droit international privé*, Paris, Dalloz, 5ªed., 1996, pp. 344-351 e 437-451; J. MAURY (DIR.), *Les Régimes Matrimoniaux*, Paris, Lamy, 1995; F. BOULANGER, *Droit Civil de la Famille, Tome I. Aspects internes et internationaux*, Paris, Economica, 3ªed., 1997; B. ANCEL Y Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Paris, Dalloz, 4ª ed., 2001; A. COLOMER, *Droit Civil – Régimes matrimoniaux*, Paris, Litec, 11ª ed., 2002, pp. 752-755 ; D. BUREAU Y H. WATT, *Droit international privé*, Paris, PUF, 2007, 2º vol., p. 208; B. AUDIT, *Droit International Privé*, Paris, Economica, 4ª ed., 2006; H. GAUDEMET-TALLON, «Les conflits de lois en matière de régimes matrimoniaux : tendances actuelles en droit comparé», *Travaux du Comité Français de Droit International Privé*, 1969-1971, Paris, Dalloz, 1972.

²⁰ Cfr. G. WIEDERKEHR, an. C. Cass. (1ª Ch.civ.), 22.10.1985, *Journal du Droit International*, 1986, pp. 1005-1014, que comenta las dificultades de calificación en esta materia.

12. De una forma parecida, el derecho belga²¹ también regula en los arts. 212º a 224º de su código civil los efectos del matrimonio delegando para los arts. 1387º y ss. el tratamiento de los regímenes de bienes. Ya en el primer grupo de normas surgen las recurrentes dudas y divergencias de interpretación, habiendo, no obstante, alguna unanimidad en considerar como materia de régimen matrimonial primario las cuestiones relativas à la protección del domicilio conyugal (art. 215º), a la libertad de administrar y hacer movimiento en las cuentas bancarias (art. 217º), a la obligación de contribuir con las cargas domésticas (art. 221º), a la representación conyugal y solidaridad de las deudas (art. 222º) y a las sanciones para todos los actos que violen este régimen, estableciendo aún la prohibición general de donar y prestar garantías personales (art. 224º).

Pero en el derecho belga, en el cual el régimen matrimonial primario tiene un gran importancia garantizada por la detallada legislación, la doctrina alerta, de la imposibilidad de leer estas normas sin la visión de conjunto dada por la reglamentación de los regímenes de bienes y, en particular, por el hecho de las ilegitimidades impuestas sólo ser válidas en el ámbito del patrimonio propio de cada conjugue ya que, en relación a los bienes comunes, funcionan las reglas de los regímenes de bienes gananciales. Estas reticencias a la autonomía del régimen matrimonial primario frente a los regímenes de bienes encuentran mayor eco en el derecho internacional privado, a pesar del esfuerzo iniciado por el legislador conflictual en aclarar las cuestiones en la reciente codificación del derecho internacional privado belga de 2004. Se optó por la división de la materia de los efectos patrimoniales del matrimonio a través de la cláusula de la parte final del art. 48º que remite a las conexiones autónomas de los arts. 49º a 54º. De este modo, en el derecho internacional privado belga, el ámbito de los efectos del matrimonio está distribuido por las materias indicadas a modo de ejemplo en el artículo 48º — en que se identifican la mayor parte de las reglas del régimen matrimonial primario — y las indicadas en el art. 53º (regímenes de bienes). Además del principio da inmutabilidad de los regímenes de bienes (ya no la (in)admisibilidad de los contratos, en particular el contrato de compra y venta, entre cónyuges), también es parte de la materia subsumible a los arts. 53º (e 54º) del código de derecho internacional privado belga, la cuestión de la comunicabilidad de las deudas, incluso las contraídas para hacer frente a las cargas domésticos, materia que era calificada como régimen matrimonial primario. Además, podemos afirmar que la propia estructura del derecho de conflictos belga, en vez de armonizar, provoca divergencias de interpretación: hay quien entienda, por ejemplo, que dado el carácter residual del art. 48º, y en caso de duda, cualquier norma de régimen primario se debería subsumir al marco de los regímenes de bienes, así como permanece la contestación de la calificación personal del régimen primario al cual no se puede extender a *professio iuris* avalada para los regímenes de bienes en sentido estricto.

13. En el derecho alemán²², encontramos un elenco más reducido de normas generales sobre el estatuto personal y patrimonial de los cónyuges — los tradicionales deberes de asistencia material entre los cónyuges, poderes de representación doméstica, aquí sin mención a la solidaridad de las deudas contraídas, a la que se añade una presunción de la propiedad de los bienes muebles en favor del cónyuge deudor — destaca, desde luego, la ausencia de un marco protector de la vivienda conyugal, por lo menos en lo que respecta a un conjunto de ilegitimidades conjúgales respectivas. Hay también dudas en cuanto à la calificación y posterior reconducción a los arts. 14º e 15º da EGBGB, indicando respectivamente las leyes aplicables a los efectos del matrimonio y a los regímenes de bienes, dado que la obligatoriedad de algunas normas no es total: es el caso del poder de representación doméstico que puede ser apartado por las partes y la presunción de la propiedad de los muebles que es rebatible. Por otro lado, las normas sobre los contratos entre cónyuges son vistas alternativamente por la doctrina como normas del estatuto

²¹ Cfr. entre otros, F. RIGAUX Y M. FALLON, *Droit international privé*, Bruselas, Larcier, 2005, pp.537 e ss.; M. VERWILGEN, «Du neuf sur la loi régissent le régime matrimonial primaire», in *Homage a François Rigaux*, Bruselas, Bruyllant, 1993, pp.581-618; P. PAGE, *Le régime matrimonial*, Bruselas, Bruyllant, 2003; L. RAUCENT Y Y. LELEU, *Les régimes matrimoniaux, contrat de mariage et modification du régime matrimonial*, Bruselas, Larcier, 1999.

²² Cfr. entre otros, W. SCHLÜTER, *BGB: Familienrecht*, 9 Auflage, Heidelberg, C.F.Müller, 2001; F. FERRAND, *Droit privé allemand*, Paris, Dalloz, 1997; D. HENRICH, *Internationales Familienrecht*, Frankfurt, Verlag für Standesamtswesen, 1989; V. STOLL, *Rechtswahl im Namens-, Ehe-, und Erbrecht*, Munique, C.H.Beck, 1991; K. SIEHR, *Münchener kommentar zur BGB*, Bd. 10, 3 Auf., Verlag, Munich, C.H.Beck, 1998.

contractual o de los regímenes de bienes que también debería incluir el deber de información sobre el patrimonio.

Sin menospreciar el tema, la doctrina ha alertando que tal como en el derecho italiano, el problema pierda parte de su interés en la medida en que la conexión de las dos reglas de conflictos es común, permitiendo hasta la autonomía conflictual en los efectos generales del matrimonio, a pesar de ser más limitada de que en las materias de los regímenes de bienes y de los elementos de conexión estar inmovilizados en el tiempo.

14. Fuera del espacio comunitario, en el derecho suizo²³ asistimos al mismo aislamiento sistemático de las reglas del régimen matrimonial primario relativamente a los regímenes de bienes, tanto a nivel interno como conflictual, en el primero porque corresponden a normas agrupadas en títulos diferentes del código civil, en el segundo porque suscitan la intervención de normas de conflictos distintas.

En el derecho material suizo, existe un grupo de reglas generales que garantizan un mínimo de funcionalidad à la vida conyugal y doméstica y que se fundan en los mismos principios de obligación común de sustento de la familia, representación conyugal y solidaridad financiera en el cumplimiento de ese deber, protección del domicilio familiar (pero no, note-se, de sus enseres). Se adiciona además, un deber mutuo de dar informaciones sobre la situación patrimonial del agregado familiar.

Hay que destacar, no obstante, que la putativa generalidad de estas normas desaparece en algunos casos, véase el caso de la obligación de suportar las cargas domésticas cuja medida está depende directamente del concreto régimen de bienes en vigor en el matrimonio. Generalidad esa de la cual no se duda, por ejemplo, en relación a la solidaridad de los cónyuges frente a las obligaciones asumidas por uno de ellos en los límites de su poder de representación conyugal, aplicable tanto a los regímenes de separación de bienes o de participación, sin perjuicio de las mismas reglas presentes también en los regímenes de bienes gananciales, no siendo comprensible, no en tanto, la omisión del tipo de responsabilidad del patrimonio de los cónyuges (especialmente del cónyuge del deudor) al nivel de la subsidiariedad y del derecho de regreso.

En el derecho internacional privado suizo, el problema de la calificación, y con una excepción relativa à la naturaleza de la norma de aplicación inmediata de la protección del domicilio familiar, parece ser desvalorizado, acordando la doctrina en someter al art. 48º (efectos generales del matrimonio) las materias puramente personales y aquellas que presentan aspectos patrimoniales, e.j. las normas del régimen matrimonial primario del código civil y también las limitaciones à la libre capacidad de contratar entre los cónyuges (art. 226º b OR e 494º OR). Sorprendentemente el problema sólo aparece al leer el art. 57º que, al establecer un régimen de protección para los terceros que contratan con los cónyuges, presupone la aplicación de la ley indicada para regular los regímenes de bienes (prevista no art. 52º) y no aquella para la cual remite el art. 48º. A pesar de ello, se defiende la aplicación de esta protección à las situaciones en que existe una ilegitimidad conyugal opuesta a terceros o cuando estés invocan la garantía patrimonial ofrecida ya sea por el patrimonio común ya sea por el patrimonio del cónyuge del deudor.²⁴ La doctrina no parece estar muy preocupada con el problema en la medida en para el caso que las partes no escogen la ley, el domicilio aparece como elemento de conexión objetivo común, ya sea para los efectos generales del matrimonio ya sea para los regímenes de bienes.

15. Además de los problemas de delimitación y calificación, la fragmentación y especialización de las leyes de conflictos en materia de los efectos patrimoniales del matrimonio y la no inclusión de

²³ Véase entre otros, A. BUCHER, *Le couple en droit international privé*, Paris, L.G.D.J., 2004; H. HAUSHEER, R. REUSSER, y T. GEISER, *Kommentar zum Eherecht*, Band I, Berna, Verlag Stämpfli &AG, 1988; P. VOLKEN y A. HEINI, *Zürcher Kommentar zum IPRG*, Zurich, Schulthess, 2004; B. DUTOIT, *Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, Basilea, Helbing &Lichtenhahn, 4ªed., 2004.

²⁴ Presuponiendo así una tensión entre la aplicación de la ley reguladora de los regímenes de bienes (normalmente aplicable e invocada por los cónyuges) y la ley del domicilio invocada por el tercero. La aplicación de la ley de los regímenes de bienes como primera hipótesis (salvo, la buena fe de los cónyuges) se hace al abrigo del entendimiento consensual según el cual, tratándose de materias del régimen matrimonial primario, debería aplicarse el art. 48º y la ley del domicilio.

todas las materias con implicaciones patrimoniales en una única norma que crease un estatuto único del patrimonio de los cónyuges conduce a desajustes e incongruencias varias.

El equilibrio, pensado por el legislador de cada ordenamiento jurídico, entre las normas obligatorias y supletorias en este contexto se perdería si fueran aplicadas más de una ley al estatuto patrimonial del matrimonio. Además, se ignora que la aplicación de una ley única no desvirtúa la protección de los conjugues o de terceros o incluso el carácter institucional del matrimonio, en la medida en que en la mayoría de los ordenamientos existen normas con esos objetivos y que no serían descartadas por las partes solamente porque están al abrigo de una sola ley para regular todos los aspectos económicos de su matrimonio.

En resumen estas son, las mayores preocupaciones que tenemos tras la lectura y análisis de la Propuesta del Reglamento «Roma IV» en términos de su ámbito de aplicación material.

16. Dicha inquietud se extiende también a los trabajos preparatorios de esta propuesta: de hecho, en el Libro Verde relativo a la resolución de los conflictos de leyes en materia de régimen matrimonial, incluyendo la cuestión de la competencia y del reconocimiento mutuo, presentado, el 17.07.2006, por la Comisión de las Comunidades Europeas,²⁵ se formuló una pregunta esencial para la aclaración de este punto: «¿Se debe incluir en el futuro instrumento ciertos aspectos personales del régimen matrimonial no contemplados por los instrumentos anteriores arriba mencionados o solamente los efectos patrimoniales recurrentes del matrimonio? En caso afirmativo, ¿cuales y por qué?» Se explica, en el citado documento, el sentido de esta pregunta, exemplificando con el derecho de representación entre los cónyuges, la protección de la residencia familiar, la contribución para las cargas domésticas y a pesar del Libro Verde omitir la expresión «régimen primario», a ella se volvió en algunas de las respuestas a la pregunta formulada.

Vemos la respuesta que fue dada por el *Groupe Européen de Droit International Privé* (GEDIP), en Coímbra, en 16^a Sesión,²⁶ donde se defendió que el futuro instrumento debería tener una definición estricta de régimen matrimonial que lo distinguese del régimen primario. Para el GEDIP, este régimen primario se identifica con los «efectos generales del matrimonio» y que incluye, en una interpretación claramente copiada del derecho interno francés, materias como la contribución para las cargas domésticas, el deber de asistencia, y alimentos, la solidaridad entre los cónyuges en el cumplimiento de las deudas domésticas, las normas sobre el domicilio familiar, las normas sobre el ejercicio de la profesión de los cónyuges, y debería ser «*clairement exclu du règlement sur les régimes matrimoniaux*». Las razones presentadas son dos: estas tipos de normas son muchas veces *lois police*, por un lado, y están, por otro, sujetas a normas de conflictos especiales como, por ejemplo, la relacionada con la obligación de alimentos — aquí se deduce la remisión a el Convenio de la Haya de 1973 y al propio Reglamento (CE) núm. 44/2001 y también a la propuesta del reglamento de la Comisión relativa, a la ley aplicable en materia de obligación de alimentos (hoy, el Reglamento (CE) núm. 4/2009 del Consejo de 18.12.2008 relativo à la competencia, à la ley aplicable, al reconocimiento y la ejecución de las decisiones y la cooperación en materia de obligaciones alimenticias), cuestión esta, que por las razones aducidas, estaba ya excluida del campo de la aplicación de este nuevo instrumento por el propio Libro Verde (*cit., p.5*). En nuestra opinión, esta fundamentación era insuficiente y contradictoria con lo que fue dicho en el propio informe de la sesión²⁷ donde, relativamente al Libro Verde sobre los regímenes matrimoniales, o GEDIP admitía «*des avantages de la scission des règles de conflit de lois dans le domaine des effets du mariage — vu que les nouvelles règles se limiteront à la détermination des effets patrimoniaux du mariage*».

Sorprendentemente en esta respuesta no se vislumbra ninguna preocupación relativa a los continuos problemas de calificación y aplicación de las normas de conflictos que, en cada uno de los ordenamientos resultan claramente de la distinción material y conflictual de los efectos patrimoniales y personales del matrimonio.

²⁵ (COM (2006) 400 final in http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/pt/com/2006/com2006_0400pt01.pdf)

²⁶ (cfr. *Réponses au Livre Vert sur les régimes matrimoniaux. 16e session- Coimbra 2006* in <http://www.gedip-egpil.eu/documents/gedip-documents-26.html>)

²⁷ (cfr. *Seizième réunion, Coimbra, 22-24 sept. 2006, Compte rendu des sessions de travail* in <http://www.gedip-egpil.eu/reunionstravail/gedip-reunions-16t-fr.html>)

En otro sentido vemos, por ejemplo, la respuesta dada por el Conseil des Barreaux européens (CCBE)²⁸ que, sin perjuicio de admitir la dificultad de una respuesta unánime, especialmente por parte de los países de *common law* que no reconocen en su derecho interno normas de régimen primario, o CCBE entendió que siendo el objetivo común de las normas de régimen primario garantizar la seguridad cotidiana a los cónyuges y terceros, tal justificaría, por sí sólo, que el futuro instrumento no los ignorase.

La misma posición resulta de la aportación hecha por la Università degli Studi di Milano, por las profesoras Ilaria Viarengo y Stefania Bariatti²⁹, con una justificación que se aproxima mucho de nuestro modo de ver el tema: «*it would be advisable that personal and property relationships between spouses be governed by the same law or at least that harmonized solutions be found for both*», objetivo este que no se alcanzaría en pleno si los efectos personales del matrimonio quedaran fuera del ámbito del futuro instrumento. Esto es, las autoras, en nombre de la unidad del estatuto patrimonial, defendían la ley única y por ello la inclusión de los efectos personales del matrimonio en el futuro instrumento que determine la unificación, entre los países miembros, de la ley aplicable a estas materias. Y también apuntaron, coincidiendo con lo que defendemos, que esta solución iría implicar la extensión de la autonomía conflictual a los efectos personales del matrimonio, y por lo que se ve, admitieron, con muchas reservas por la mayoría de los sistemas. Para contornear esta dificultad, las autoras sugirieron que el futuro instrumento deberá definir por la negativa el conjunto de materias estrictamente personales, excluyéndolas de su ámbito de aplicación, ej. aquellas que no presenten ninguna incidencia patrimonial como los deberes de los cónyuges de fidelidad, cohabitación y asistencia (moral?). Por otro lado, aconsejaron que se admitiesen otras materias, como algunos contratos entre los cónyuges que presenten conexiones suficientes con el matrimonio para poder ser influenciados por su régimen y justificar su inclusión en estas normas de conflictos.³⁰

17. A pesar de estas opiniones disonantes, la verdad es que de las cerca de 40 respuestas dadas a las preguntas enunciadas por la Comisión en este Libro Verde³¹ fue elaborado un resumen³² en el cual se recogió, estas dos visiones contrarias relativas al problema de la inclusión o no del régimen primario en el futuro instrumento de reglamentación y fue mayoritariamente la visión adversa, esto es, la que defienden la exclusión de estas materias. No obstante, los argumentos explicados no eran contrarios a los esgrimidos por los primeros — de la necesidad de un estatuto matrimonial único — pero se limitaba a temer la excesiva interferencia de los derechos substantivos de cada Estado Miembro.

Todavía en lo que concierne el ámbito de aplicación del futuro instrumento sobre la ley aplicable al régimen de bienes, la pregunta núm.1 b) del Libro Verde era la de saber si el referido instrumento se aplicaría a los efectos patrimoniales consecuentes de las relaciones conyugales (o análogas) en el período de vida en común o sólo en el momento de la separación. El texto del Libro Verde aclaró que «las deudas resultantes de los actos comunes o individuales de los cónyuges deben ser imputadas al patrimonio común o individual de estos, de modo a repartir el respectivo peso entre estos y en relación a los terceros». Aparentemente olvidando que la cuestión de las deudas conjúgales (por lo menos parte de ellas), la solidaridad de su cumplimiento y las ilegitimidades conjúgales son también, en la mayoría de los ordenamientos, materias de régimen primario, o GEDIP (que había excluido el régimen primario del ámbito de aplicación de este instrumento) responde afirmativamente a esta cuestión: «*le futur règlement devrai absolument s'appliquer aussi bien pendant tout la durée de la vie commune que lors de la dissolution. La question du régime matrimonial peut en effet se poser pendant la vie en commune, par exemple à l'occasion de la acquisition ou de la vente d'un bien immobilier*».

²⁸ (*in* [*http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/matrimonial_property/contributions/others/ccbe_en.pdf*](http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/matrimonial_property/contributions/others/ccbe_en.pdf))

²⁹ [*http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/matrimonial_property/contributions/others/universita_degli_studi_milano_bariatti_viarengo_en.pdf*](http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/matrimonial_property/contributions/others/universita_degli_studi_milano_bariatti_viarengo_en.pdf))

³⁰ Véase S. BARIATTI Y I. VIARENGO, «I rapporti patrimoniali tra coniugi nel diritto internazionale privato comunitario», *RDIPP*, 2007, n.º 3, pp. 603-617.

³¹ (*cfr.*[*http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/matrimonial_property/news_contributions_matrimonial_property_en.htm*](http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/matrimonial_property/news_contributions_matrimonial_property_en.htm))

³² (*cfr.*[*http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/summary_answers_com_2006_400_en.pdf*](http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/summary_answers_com_2006_400_en.pdf))

4. Solución defendida

18. Compaginando estas consideraciones hechas durante la organización del Libro Verde sobre los conflictos de leyes en materia de regímenes matrimoniales y que están en el origen y fundamento de la Propuesta del Reglamento «Roma IV» que analizamos, con el carácter muy vago y lagunoso de la delimitación de su ámbito de aplicación material, concluimos que las dudas en esta materia son fundadas y deben ser esclarecidas por el texto del futuro Reglamento³³.

Se deberá referir en lo articulado o en la Exposición de motivos el criterio de delimitación e interpretación del concepto-marco «régimen de bienes» y esclarecer si está o no incluido el régimen matrimonial primario y si deben considerarse, al lado de la gestión cotidiana del patrimonio conyugal, las ilegitimidades conyugales, las limitaciones a la capacidad de negociar de los cónyuges, las deudas conyugales y todas las demás materias de contenido patrimonial del derecho matrimonial sean estas dependientes o independientes del régimen de bienes concreto, sean ellas, o no, normas de tipo obligatorias.

La sumisión de *todos* los efectos patrimoniales del matrimonio, sedimentando el criterio de calificación y delimitación en la naturaleza patrimonial y pecuniaria de las relaciones que están a regir, eliminando la distinción artificial e incierta entre el régimen matrimonial primario y el régimen de bienes, es la mejor solución conflictual en esta materia y la única que evita problemas de calificación, de fragmentación y coordinación y garantiza la coherencia en la regulación del estatuto patrimonial del matrimonio.

II. La ley aplicable a los regímenes matrimoniales en la propuesta del Reglamento «Roma IV»

1. El cambio de ley aplicable a los regímenes matrimoniales

A) El cambio de la ley elegida por las partes

19. La Propuesta del Reglamento «Roma IV» que acogió, en su art. 16º, la autonomía conflictual, en coherencia con la nueva tendencia ya revelada por los anteriores Reglamentos «Roma I» (art. 3º) y «Roma II» (art. 14º) y, en especial, en el ámbito del derecho de familia, el Reglamento «Roma III» (art. 5º), permite la elección, por los cónyuges, de la ley aplicable a su régimen matrimonial. Esta elección es, como ocurre también en materia de divorcio y separación, en el ámbito del Reglamento «Roma III», limitada. Según el art. 16º de la Propuesta, los cónyuges o futuros cónyuges podrán escoger la ley aplicable al régimen matrimonial si fuera: a) la ley del Estado de residencia habitual común de los cónyuges o futuros cónyuges o b) la ley del Estado de residencia habitual de uno de ellos en el momento de la elección o c) la ley del Estado de la nacionalidad de uno de ellos en el momento de la elección. Fueron escogidos elementos de conexión que permiten la elección de leyes relacionadas con la vida familiar y con implicaciones exclusivamente personales: nacionalidad y residencia habitual.

Esta elección de la ley puede ser, en la duración del matrimonio, modificada o alterada por las partes; en ese caso, su segunda (y siguientes) elección sólo podrá recaer, en los términos del art. 18º, sobre la ley del Estado de la residencia habitual o de la nacionalidad de uno de los cónyuges en el momento de la elección. Este cambio sólo producirá efectos para el futuro, salvo voluntad expresa de las partes en sentido contrario y, en este caso, la eficacia retroactiva no podrá perjudicar a los derechos de terceros resultantes de la ley anteriormente aplicable ni a la validez de los actos practicados anteriormente à la luz de esa ley.

20. Existen puntos oscuros en estas soluciones, en particular sobre la razón de la limitación de la segunda elección a la ley de la nacionalidad o residencia habitual de uno de los cónyuges en el momento de la elección (no se referendo entonces a la ley nacional común o a la ley de residencia común) y sobre la omisión, en el art. 16º, a), del «momento de elección», como punto de conexión inmovilizado.

³³ Véase sobre un mismo problema pero relativo a la exclusión de las obligaciones de alimentos del ámbito de aplicación del futuro Reglamento «Roma IV», C. NAGY, «El derecho aplicable a los aspectos patrimoniales del matrimonio: la ley rectora del matrimonio empieza donde el amor acaba», in *Anuario español de derecho internacional privado*, t.X, 2010, pp. 511-529.

Podríamos pensar que el art. 18º implícitamente, o por mayoría de razón, permite la escogida de la ley de la residencia habitual común (o mismo de la nacionalidad común)³⁴ pero es también de admitir que la limitación de autonomía conflictual a los dos supuestos tiene como objetivo no se permitir que la nueva ley escogida sea la ley indicada en lo art. 16º, i.e., la ley de la residencia habitual común no inmovilizada que puede ser, en concreto, la ley de la residencia común posterior a la celebración del matrimonio, diferente de la ley de residencia de los futuros esposos en el momento de elección.

B) El cambio de ley supletoria aplicable

21. A falta de ley escogida por las partes, la Propuesta indica supletoriamente, en el art. 17º, las leyes aplicables, utilizando conexiones subsidiarias, en una «escala de Kegel». Así, la ley aplicable será la ley del Estado de la primera residencia habitual común de los cónyuges después del matrimonio; subsidiariamente, y a falta de esta, la ley del Estado de la nacionalidad común de los cónyuges en el momento del matrimonio (salvo si, en este caso, los cónyuges tuvieran más de una nacionalidad común); en último lugar podrá aplicarse la ley del Estado con el cual los cónyuges tengan en conjunto vínculos más estrechos, atendiendo a todas las circunstancias, especialmente al lugar de la celebración del matrimonio.

En este elenco son valorizadas las conexiones de tipo personal — residencia habitual común y nacionalidad —, dándose prioridad a la primera aunque no se hace referencia en el texto de la Propuesta al concepto de residencia habitual, especialmente el seguido por la *lex causae* o por la *lex fori* o aún garantizándole una interpretación autónoma. Fue descartada, en nombre de la unidad del estatuto matrimonial, la posibilidad de aplicar se la *lex rei sitae* a los inmuebles, lo que se comprende, a pesar de ser siempre una opción viable desde que no hubiese, *in casu*, violación del art. 15º y de la aplicación de una única ley al conjunto dos bienes de los cónyuges.

Por otro lado, se evitó la dificultad que siempre conlleva la plurinacionalidad de los sujetos, optándose por la eliminación de esta conexión en el caso de existir más de una nacionalidad común (art. 17º, núm. 2) permaneciendo, no obstante la duda sobre si debería ser esta la ley aplicable cuando la nacionalidad común de los cónyuges plurinacionales no es la más efectiva. También se pretendió contornear la dificultad de determinar la ley cuando los cónyuges no tienen en el momento de casarse una residencia habitual común, optándose primero por la primera residencia conyugal. Por fin, con agrado nos hacemos eco de la inmovilización de las conexiones, contorneando así el conflicto móvil, especialmente a lo que respecta à la conexión mas móvil que es la residencia habitual y que tiene preferencia, como forma de integración, frente a la de la nacionalidad, tal como ya había sido decidido en materia de divorcio y separación en el Reglamento «Roma III».

De hecho, en la Exposición de motivos de la Propuesta (5.3) se dice, como comentario al art. 18º que «sólo es posible la alteración voluntaria de la ley aplicable a los cónyuges. Las disposiciones del Reglamento no prevén una alteración automática de la ley aplicable, sin la manifestación de la voluntad de las partes en ese sentido o desde que tomaron conocimiento de la alteración, con el fin de evitar cualquier fuente de inseguridad jurídica».

Por muy conveniente³⁵ que esta solución sea, la verdad es que no vemos que resulte claramente de ley una vez que la ley aplicada supletoriamente es posible de ser alterada: de hecho, la ley «más próxima» puede mudar durante la vigencia del matrimonio y también ahí se cuestiona sobre el carácter automático o voluntario de ese cambio.³⁶

³⁴ Así C. NAGY, «El derecho aplicable...., cit. pp. 511-529 y I. VIARENGO, «The EU proposal on matrimonial property regimes», *YPIL*, vol. XIII, 2011, pp. 199-215 (211) defendiendo que la hipótesis del art. 16º a) ya está consumida pelos preceptos siguientes y no debería ser autonomizada y que, por eso, el art. 18º no ayunta nada al art. 16º e no debería existir.

³⁵ Las ventajas y desventajas de una conexión móvil inmóvil o inmovilizada son variadas y no hay unanimidad de puntos de vista en esta materia a pesar de dar importancia, en todos los casos, al apelo de la voluntad expresa a través de la elección de ley que puede corregir una mutabilidad automática indeseable: así, cfr. A. BONOMI (a cura di), *Diritto internazionale privato e cooperazione giudiziaria in materia civile*, Turín, Giappichelli Editore, 2009, p. 510, A. BONOMI Y M. STEINER (ed.), *Les régimes matrimoniaux en droit comparé et en droit international privé*, Ginebra, Librairie Droz, 2006, pp. 71-74.

³⁶ En sentido coincidente, véase C. NAGY, «El derecho aplicable..., cit., pp. 511-529 y I. VIARENGO, «The EU proposal on matrimonial property regimes...., cit., pp. 199-215.

2. La omisión de indicación sobre la ley aplicable al cambio de régimen matrimonial como consecuencia del cambio de ley aplicable a los regímenes matrimoniales

22. A pesar de que muchos de los ordenamientos jurídicos de los Estados-Miembros permiten el cambio de ley aplicable a los regímenes matrimoniales durante la vigencia del matrimonio, ya sea un cambio voluntario, a través del ejercicio de la autonomía conflictual, ya sea un cambio automático, por la alteración de la concretización de los elementos de conexión móvil, ningún sistema de derecho internacional privado se preocupa excesivamente con el problema de la articulación entre la mutabilidad conflictual y material al nivel de los regímenes de bienes.

La misma omisión se verifica en la Propuesta del Reglamento «Roma IV».³⁷

Especialmente permitiéndose la elección de ley en el ámbito internacional como corolario lógico de la autonomía privada de los cónyuges en el momento de la definición y regulación de su estatuto patrimonial y que se expresa también por la posibilidad de cambiar de régimen de bienes durante el matrimonio, los distintos Derechos no tienen grandes dudas que los cónyuges puedan igualmente cambiar de ley aplicable a su régimen matrimonial; no obstante, omiten el problema de saber si el cambio de ley conlleva, intencionalmente o no, el cambio de régimen y cuáles son sus consecuencias.

La importancia de la cuestión, sabiendo que no todos los derechos sustantivos o materiales admiten, en los mismos términos, el cambio de un régimen matrimonial durante el matrimonio, es innegable.

Especialmente en un ámbito de elección universal aunque con conexiones limitadas (la ley de la residencia habitual escogida por uno de los cónyuges puede impedir, como la ley portuguesa, el cambio de régimen de bienes durante el matrimonio o puede incluso desconocer la libertad de establecerlo), saber si es la nueva ley (a aplicable) o a ley anterior (la aplicada) la que va definir las condiciones formales o sustantivas para el cambio material de régimen, la imposición de un régimen típico, la negación del acceso a un régimen convencional, entre otras cuestiones, es fundamental.

Y esto mismo aunque ya esté resuelto el problema de la calificación, ej., la sumisión de la cuestión à la regla de conflictos de los regímenes de bienes o a otra regla (como sería el caso del derecho portugués); además, el problema sólo tiene interés, en el ámbito legislativo actual, admitiendo que la cuestión de la modificación del régimen matrimonial se encuadra en la Propuesta del Reglamento «Roma IV»: también aquí sería útil este esclarecimiento, lo que no se hace en la Propuesta, además sabiendo que hay dudas sobre la inclusión del régimen matrimonial primario y el derecho portugués, por ejemplo, que mantiene la inmutabilidad de los regímenes de bienes, considera que la materia es pertinente a efectos generales del matrimonio o «relaciones entre los cónyuges» (art. 52º *ex vi* art. 54º) y no a los regímenes matrimoniales (art. 53º).

A) El ejemplo del Convenio de la Haya de 14 de marzo de 1978 sobre la ley aplicable a los regímenes matrimoniales

23. El problema fue, no obstante, discutido y resuelto parcialmente en el derecho francés que ratificó el Convenio de la Haya de 1978 sobre la ley aplicable a los regímenes de bienes.

El Convenio de la Haya permite el cambio de ley aplicable a los regímenes de bienes, ya resulte el cambio de un acto voluntario de las partes (art. 6º) ya, en el caso de no haber habido elección de ley y el derecho aplicable ser el del ordenamiento jurídico determinado por las conexiones objetivas, de un cambio automático fruto de la alteración de la residencia habitual o de la nacionalidad de los cónyuges que no está inmovilizada (art. 7º).

En relación al problema de identificación de la ley aplicable al cambio material de régimen que ocurra por el previsto y consagrado cambio de ley del régimen de bienes, el Convenio no se pronuncia al respecto.

³⁷ También criticada por C. GONZÁLEZ BEILFUSS, *op.cit.*, p. 1153, diciendo ser una sorpresa que la Propuesta solo se preocupa con los aspectos formales de los capítulos matrimoniales y olvida el carácter vinculante que es variable en derecho comparado.

Es decir, sabiendo que el derecho internacional privado francés califica la cuestión del cambio de los regímenes de bienes³⁸ durante el matrimonio (y que su derecho interno consagra de modo controlado, sujeto al control judicial) como una cuestión relacionada con la ley reguladora de los regímenes de bienes (y no a los efectos generales del matrimonio, por ejemplo) y existiendo simultáneamente, por voluntad de las partes, cambio de régimen y de la ley que le es aplicable, podremos preguntarnos si es la ley antigua (y preferida) o a ley nueva (y elegida) la que se aplicará à cuestión. Esta aclaración sería útil a fin de determinar qué ley autorizaría (o no) el cambio de régimen y cuales serían las condiciones (de forma y de fondo) que se establecerían al efecto. Surge legítimamente la duda sobre si será la ley actual, la ley transitoria o cualquier otra a autorizar, o no, a establecer condiciones o no, para efectuar un cambio material de régimen, que como vimos, coincidirá casi siempre con el mero cambio de ley.

24. Esta laguna, unida a la amplia concepción del principio de mutabilidad conflictual en materia de regímenes matrimoniales, voluntaria o automática, crea algunas dificultades de interpretación, especialmente en la articulación de aquel principio con la mutabilidad material de los regímenes de bienes³⁹. Así, podemos tener diferentes soluciones según estemos delante de una hipótesis de: a) cambio voluntario del régimen de bienes en el ámbito de la misma ley que le es aplicable; b) cambio voluntario de régimen de bienes y de la ley que le es aplicable; c) cambio voluntario de la ley aplicable al régimen de bienes y alteración automática del mismo; d) cambio automático de la ley aplicable al régimen de bienes con alteración automática del mismo también.

25. Como vimos, la hipótesis a) no se resuelve expresamente en el Convenio de la Haya que no designa la ley aplicable à la cuestión de la simple mutabilidad material de los regímenes matrimoniales⁴⁰ sino tan sólo al cambio de ley que les es aplicable.

Contrariamente, y para los matrimonios celebrados hasta 1992, en el derecho común francés de fuente jurisprudencial y doctrinal hoy es pacífica la calificación de esta cuestión como materia que integra el concepto-marco de la norma de conflictos que concierne a los regímenes matrimoniales. Es de destacar que esta opción fue tomada en un ámbito de derecho material opuesto al actual. Hasta la entrada en vigor de la ley de 13 de junio de 1965, estaba en vigor en Francia el principio de inmutabilidad de los regímenes de bienes, norma obligatoria que pretendía sobre todo la protección de los cónyuges. A pesar de esta visión de la figura, o *arrêt Zelcer* de 4 de junio de 1935 se pronunció en el sentido de que la regla de la inmutabilidad de los regímenes de bienes, común a todos los matrimonios independientemente de su concreto régimen de bienes, pertenecía al ámbito de la ley aplicable a los regímenes de bienes y, siendo así, sólo sería invocada si la ley francesa fuese la ley reguladora del régimen de bienes *sub iudice*. Es decir si, la opción de esta calificación en detrimento de la ley personal se desarrolló ante una norma material con estas características (obligatoriedad, institucionalidad, protección de los intereses de los conjungues e de terceros)⁴¹ nada habría que objetar a una calificación idéntica a la del art. 1397º del CC que solamente condiciona la libre alteración de los regímenes de bienes, por acuerdo de los conjungues, en la dependencia del matrimonio, a la verificación del interés de la familia y la homologación judicial⁴².

³⁸ Solución que podrá no ser la misma en los otros dos Estados — o Luxemburgo e os Países Bajos — que ratificaran el Convenio.

³⁹ Así cfr. M. REVILLARD, «Les changements de régimes matrimoniaux dans l'ordre international», *Travaux du Comité Français de DIP*, 1995-98, Paris, Pedone, 2000, pp. 265-295.

⁴⁰ En palabras de D. BUREAU Y H. WATT, *op.cit.*, p. 219: «en revanche, cette Convention est muette sur le changement du régime lui-même». También Y. LEQUETTE, «Le droit international privé de la famille à l'épreuve des conventions internationales», *Recueil des cours*, 1994, 246, Haya, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, pp. 172-3, aprecia negativamente este silencio.

⁴¹ Así H. BATTIFOL Y P. LAGARD, *op.cit.*, p.377, que aducen el argumento teleológico — la inmutabilidad es una característica, un « trait », esencial del régimen de bienes que no visa apenas la protección de los cónyuges — el sistemático, recordando que el art. 1395º (principio de la inmutabilidad de los regímenes de bienes) en su antigua redacción estaba incluido en el capítulo de las disposiciones generales del contrato de matrimonio y de los regímenes matrimoniales.

⁴² En una perspectiva diferente, Y. LOUSSOUARN, *op.cit.*, pp. 447, observan que esta calificación del principio de (i)mutabilidad de los regímenes de bienes se torna más dudosa precisamente después de la liberalización del sistema operado por la Ley de 13 de julio de 1965: « l'accueil fait par le droit français à la mutabilité rend moins supportable l'idée de « figer » une fois pour toute le statut matrimonial des époux».

Y además no crea problemas que el art. 1397º no es una norma de aplicación inmediata ni el principio de la mutabilidad debe integrar la reserva de orden pública internacional del Estado francés. Dado el silencio del Convenio sobre la cuestión, la solución de derecho común será la adoptada.

De este modo, en una relación privada internacional y siendo el derecho francés la *lex fori*, los conjugues podrán alterar materialmente el régimen de bienes en que viven se para tal fueran autorizados por la ley aplicable a su régimen de bienes; tal alteración, en el ámbito estricto de la autonomía material eventualmente concedida por esa ley, puede hacerse en favor de cualquier régimen de bienes previstos o por referencia a un régimen de una tercera ley en los límites imperativos de la primera; aquella ley será la indicada o por el Convenio de la Haya (para los matrimonios celebrados después de 1992) o por el derecho común francés (para los matrimonios celebrados antes de esa fecha). Significa esto también, que todas las condiciones impuestas por esa ley para la validez y eficacia de la alteración (necesidad de homologación judicial o administrativa, una determinada moratoria desde la celebración del matrimonio, la verificación del interés de la familia en el cambio o la ausencia de prejuicio para los acreedores, la eficacia retroactiva del cambio, etc.) tendrán que ser entendidas como verdaderas condiciones substanciales de la alteración efectuada.⁴³

26. En la hipótesis b) considerada, los cónyuges, al mismo tiempo que acuerdan en un cambio material del régimen de bienes, también optan por una nueva ley reguladora de esas relaciones patrimoniales. En esta situación, los cónyuges no se limitan, por hipótesis, a pasar de un régimen legal de la ley *x* para uno de sus regímenes convencionales u optar por un régimen de bienes de una 3.ª ley, en los límites de la autonomía material concedida por la ley *x*, permaneciendo esta como ley aplicable a su régimen de bienes; diferentemente, ahora, los cónyuges ejercen la autonomía conflictual que le es concedida por el derecho francés (*mutatis mutandis*, por el art. 16º de la Propuesta de Reglamento «Roma IV»), mudando simultáneamente de régimen de bienes y de la ley que le es aplicable. Esta posibilidad, prevista en el Convenio de la Haya (art. 6º) y de la que se benefician todos los cónyuges en Francia, independientemente de la fecha de celebración de su matrimonio, va a encontrar los límites propios del ejercicio de la autonomía conflictual en el ámbito del Convenio: los cónyuges sólo podrán optar por una de las leyes (y consecuentemente de sus regímenes) prevista en el art. 6º, con limitaciones impuestas por el Convenio al ejercicio de la autonomía conflictual, previstas en su art. 3º. Así, los cónyuges podrán, durante la vigencia de su matrimonio, escoger la ley de la nacionalidad o de la residencia habitual de uno de ellos y, en relación a los inmuebles, a *lex rei sitae*. No habrá otras condiciones impuestas al cambio de ley a no ser las derivadas de las exigencias en cuanto à la forma y al consentimiento de la elección inicial de ley (arts. 10º, 11º e 12º del Convenio)⁴⁴ y los requisitos impuestos por la ley de los regímenes de bienes (ahora preferida en favor de la nueva ley aplicable) la mutabilidad, a lo largo del matrimonio, del régimen matrimonial que lo regía, esto es, por la ley anterior: «*Le changement de loi applicable étant admis, le changement de régime matrimonial lui-même continuera de suivre la procédure requise par la loi du régime que les époux abandonnent*».⁴⁵

⁴³ Así, M. REVILLARD, *loc.cit.*, p.269, que critica algunas decisiones de los tribunales franceses que unas veces exigen la homologación judicial del cambio de régimen de bienes cuando la ley que regula el estatuto patrimonial de los cónyuges es una ley extranjera que desconoce tal condición, y otras veces la dispensan cuando es precisamente la ley francesa la indicada por la regla de conflictos. Las decisiones citadas por la Autora son doblemente criticables porque en los casos expuestos ni siquiera existe cambio de ley aplicable sino apenas cambio material del régimen eventualmente en favor de un régimen de bienes de una ley extranjera. En el mismo sentido, cfr. AUDIT, B., *op.cit.*, p.710, reafirmando que la necesidad de homologación debe ser considerada como una condición de fondo por aplicación, a ese título, de la ley del régimen inicial, así como A. LEUCK, «*Le statut matrimonial et la vie internationale*», *Rapport au 75º Congrès des Notaires de France*, 1978, vol. II, p.1064.

⁴⁴ B. AUDIT, *op.cit.*, p.712, considera que la autorización conferida por el Convenio de la Haya (art. 6º) para la alteración de la ley aplicable al régimen de bienes, sin consulta previa ya sea de la ley del régimen inicial ya sea de la del régimen actual, configura una norma material de derecho internacional privado.

⁴⁵ Por todos, véase M. REVILLARD, *loc.cit.*, p.271. En sentido contrario, cfr. D. BUREAU Y H. WATT, *op.cit.*, p.219, dejando constancia que, en desacuerdo con la doctrina dominante, son favorables a la aplicación de la nueva ley escogida para regular la cuestión de la admisibilidad y/o las condiciones para el cambio de régimen concomitante al cambio de ley. La misma visión, pero relativo al derecho belga, es defendido por F. BOUKAERT, «*Le nouveau code de droit international privé belge*», in *Mélanges en l'honneur de Mariel Revillard*, Paris, Défrenois, 2007, p. 47.

27. Aparentemente, la hipótesis c) considerada no debería diferir en nada de esta última. Si los cónyuges acuerdan un cambio de ley y de ella sobreviene, automáticamente, el cambio de régimen matrimonial, ya sea porque la ley nueva tiene un diferente régimen legal ya sea porque, a pesar de ser lo mismo, tiene una diferente organización, el carácter no voluntario de esta alteración no debería ser suficiente para abandonar el sistema adoptado: el cambio de ley se haría en los límites impuestos por el Convenio de la Haya que le es aplicable y, sobreviniendo un cambio de régimen, sería, según la doctrina dominante, la ley anterior reguladora de los regímenes de bienes (indicada por el Convenio de la Haya o por el derecho común francés) la que determinaría las condiciones o incluso la validez de esa alteración.

No es esta sin embargo, la interpretación de la doctrina y de la jurisprudencia francesa⁴⁶ para este caso. Valorizando la naturaleza conflictual del acuerdo de elección de ley, la doctrina considera que no hay lugar para la aplicación de la norma de conflicto de los regímenes de bienes y de la ley que autorizaría o no y en qué condiciones el cambio de régimen. El problema es visto estrictamente como un problema de cambio de ley aplicable, ignorándose deliberadamente el hecho que esa elección pueda visar, implícitamente, un cambio de regímenes. Este cambio puede ser tanto previsto como apenas tolerado pero no es ignorado por las partes.

Si los cónyuges escogieran, durante el matrimonio, otra ley para regular su régimen de bienes en los términos del art. 6º, el cambio de régimen de bienes que le sobreviniese no estará exento de cualquier medio de control (judicial o de otro tipo), ni dependerá de la aceptación del cambio por parte de la ley aplicable al régimen de bienes que, por hipótesis, puede consagrarse el principio da inmutabilidad: si un matrimonio portugués residente en Lisboa fuera a residir en Francia y decidiera elegir la ley francesa como ley reguladora de su régimen de bienes cambiándose también para el régimen legal de la ley francesa, podrá hacerlo a pesar de la ley aplicable al régimen de bienes anterior, en los términos del art. 4º del Convenio de la Haya — la ley portuguesa —, consagrarse el principio de inmutabilidad.

Mientras algún tiempo imperó la duda sobre el tipo de cambio de régimen, e.j si los cónyuges, para aprovechar esta simplificación del cambio de régimen, podrían solamente optar por el nuevo régimen legal de la ley nueva o también por cualquier régimen convencional previsto en ella o incluso pasar de un régimen convencional para otro régimen convencional de la nueva ley. O art. 1397º, núm. 3, del código civil francés, introducido por la Ley de 28 de octubre de 1997, vino a aclarar estas dudas y dar una interpretación más amplia del Convenio de la Haya en esta materia en armonía, con la interpretación hecha por los otros países signatarios⁴⁷. Así, según términos de esta norma: «*A l'occasion de la désignation de la loi applicable, avant le mariage ou au cours de celui-ci, les époux peuvent désigner la nature du régime matrimonial choisi par eux*».

En suma, ante el nuevo texto legal, el cambio de ley y la designación de un nuevo régimen no están, en el derecho francés, sujeto a ningún control por parte ya sea de la ley reguladora del régimen anterior ya sea del nuevo.⁴⁸

28. El Convenio de la Haya de 1978 admite otro tipo de mutabilidad conflictual (hipótesis d), aquella que resulta, automáticamente, de las diferentes concretizaciones en el espacio y en el tiempo de los elementos de conexión objetivos.

De hecho, el art.7º, a pesar de afirmar la idoneidad de la competencia de la ley designada por el Convenio por lo menos hasta el momento en que los cónyuges elijan otra y a pesar de que se den cambios en los elementos de conexión decisivos como la residencia habitual y la nacionalidad, admite, en el núm. 2, que, no existiendo ni contrato nupcial ni un único acuerdo de elección de ley, la ley del régimen matrimo-

⁴⁶ Cfr. G. DROZ, «Les nouvelles règles de conflits françaises en matière de régimes matrimoniaux», *RCDIP*, n.º4, 1992, t.8, pp. 631-935, p.658.

⁴⁷ Como fue el caso de los Países Bajos que en art. 8º de Ley de ratificación del Convenio declararon que la homologación judicial de las modificaciones del régimen económico matrimonial durante el matrimonio (necesaria en el derecho interno, según lo dispuesto no art. 119º del código civil holandés) no se aplica si los cónyuges designaran otra ley como aplicable a su régimen de bienes.

⁴⁸ Así, D. BUREAU Y H. WATT, *op.cit...*, p.222, recuerda que ante el riesgo que esta solución tiene para los terceros, el art. 9º del Convenio de la Haya condiciona la oposición de la ley aplicable y de su retroactividad al cumplimiento de formalismos y de medidas de publicidad o al conocimiento efectivo por los terceros de esa ley.

nial (la ley de la primera residencia habitual o la ley de la nacionalidad, en los términos del art. 4º) sea automáticamente substituida por la ley de la nueva residencia. Tal sucederá cuando la nueva residencia habitual de los cónyuges esté en el Estado de su nacionalidad común (o, por lo menos, a partir del momento en que los cónyuges adquieran esa nacionalidad), cuando fuese establecida una primera residencia conyugal (cuja ausencia justificaba la sumisión del régimen matrimonial a la ley de la nacionalidad, en los términos del art. 4º, §2 §§3) y por último cuando la nueva residencia conyugal, no siendo la primera, haya sido adoptada inmediatamente a la celebración del matrimonio y haya estado más de 10 años en el mismo Estado.

Este cambio automático e involuntario del régimen, muy criticado por la doctrina⁴⁹ no es, no obstante retroactivo⁵⁰, salvo voluntad contraria de los cónyuges, expresa en los términos del artículo 13º y sin prejuicio de los derechos de terceros eventualmente atingidos por la retroactividad voluntaria.

B) Solución defendida

29. Calificando la cuestión del cambio material de los regímenes de bienes como una cuestión relacionada con los efectos patrimoniales del matrimonio, debería ser la nueva ley elegida por los cónyuges la que estableciera las condiciones para ese cambio coincidiendo con el cambio de ley aplicable.

Una solución diferente, que implique la consideración de ley de los regímenes iniciales, no será coherente con la autonomía conflictual a considerar en esta materia; si es la ley escogida por las partes la que regirá, en el futuro, sus relaciones patrimoniales y su régimen de bienes, arbitrando a medida la autonomía material que las partes tienen en ese dominio — inclusivamente un segundo o tercer cambio de régimen —, también deberá ser esta ley la que decidirá del cambio de régimen contemporáneo a su propia aplicación.

Esto porque, por un lado, al ser escogidas por las partes, ella corresponde a las expectativas de estas, no produciéndose un fenómeno idéntico al que se verifica en las conexiones móviles en que es la ley reguladora de las relaciones entre cónyuges, eventualmente diferente de la ley aplicable en la fecha del matrimonio e desconocida o inesperada para los cónyuges, que decide del cambio de régimen; por otro lado, porque no se podrá alegar la intención fraudulenta de las partes (al elegir la nueva ley para evitar los condicionantes o restricciones impuestas por la ley actual, en el cambio de los regímenes de bienes) una vez que la hipótesis de fraude es, *de natura*, descartada en el ejercicio de la autonomía conflictual.

La previsión, del futuro Reglamento «Roma IV», de la ley aplicable al cambio material del régimen de bienes y demás efectos patrimoniales entre los cónyuges que ocurre en simultáneo con el cambio de ley aplicable a esta materia, es necesaria; de nuestro punto de vista, y por las razones expuestas, esa ley deberá ser la ley nueva, e.j la ley aplicable, en los términos de los arts. 16º e 18º de la Propuesta, a través del ejercicio de la autonomía conflictual entre los cónyuges.

Sólo de esta forma se armonizará la autonomía conflictual e material, sin la cual la primera no tendrá sentido y no cumplirá los objetivos que presiden su admisión en esta materia: la defensa de las expectativas de las partes, su integración en los nuevos contextos sociales y económicos, la seguridad jurídica e la movilidad en el seno del espacio comunitario.

⁴⁹ Así, cfr. M. REVILLARD, *loc.cit.*, p. 278, e D. BUREAU Y H. WATT, *op.cit.*, p. 224, que cuestionan de su redundancia dada la consagración de la mutabilidad voluntaria que libera a los cónyuges del inmovilismo de la ley aplicable y resuelve de igual modo el conflicto móvil. Los Autores recuerdan que en el ámbito notarial se coloca la cuestión de la defensa de los cónyuges frente a este cambio automático e que tal defensa se hace con el apoyo de la autonomía conflictual que, por mayoría de razón, puede resultar en la manutención de la ley hasta aquí aplicable. Los Autores llaman la atención de la necesidad de alertar a los cónyuges para que estés no dejen que se den las condiciones de aplicación del art. 7º, 2 (adquisición de la nacionalidad del país de la residencia habitual) porque la situación pasa a ser interna y el acceso al art. 6º da CH prohibido. También A. STRUYCKEN, *loc.cit.*, p.459, critica el abandono, por el Convenio de la Haya, del principio de inmutabilidad de la ley aplicable a los regímenes de bienes.

⁵⁰ Al contrario de que sucede en relación a los cambios a voluntarios de régimen ya que el art. 6º del Convenio establece que la nueva ley escogida se aplicará a todo el patrimonio de los cónyuges, presente o futuro, lo que significa que esa nueva ley tendrá eficacia retroactiva. Esta disposición choca con la solución del derecho francés común (art. 1397º, núm. 4 do código civil) que excluye expresamente la retroactividad cuando la designación de la ley aplicable se hiciera estando el matrimonio en vigor. Dejando constancia de la perplejidad con que la doctrina, los notarios y la jurisprudencia vieron la falta de armonía jurídica, cfr. M. REVILLARD, *loc.cit.*, pp. 273, e D. BUREAU Y H. WATT, *op.cit.*, p.223. Los notarios proponen la interpretación del art. 1397º, 4, como norma de derecho transitorio que apenas esclarece el momento a partir del cual la nueva ley designada produce efectos, no pronunciando se sobre su (i)retroactividad.

LA LIBRE CIRCULACIÓN DE MERCANCÍAS ENTRE LA UNIÓN EUROPEA Y TURQUÍA. ALGUNAS CONSIDERACIONES A PROPÓSITO DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE RECONOCIMIENTO MUTUO

JUAN JORGE PIERNAS LÓPEZ

*Profesor ayudante de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales
Universidad de Murcia*

Recibido: 22.07.2013 / Aceptado: 30.07.2013

Resumen: Este artículo trata sobre la libre circulación de mercancías entre la Unión Europea y Turquía establecida por el Acuerdo de Asociación de 1963, conocido como Acuerdo de Ankara, su desarrollo posterior y especialmente la Decisión 1/95 del Consejo de Asociación UE-Turquía. En concreto, el presente trabajo se propone analizar la base jurídica y la legalidad de la aplicación del principio de reconocimiento mutuo a mercancías en ámbitos no armonizados UE-Turquía, así como la necesidad (o no) de incluir cláusulas de reconocimiento mutuo UE-Turquía en las legislaciones nacionales, como recomienda la Comisión Europea, a la luz del Derecho de la Unión Europea y, especialmente, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Palabras clave: Acuerdo de Ankara, libre circulación de mercancías, principio de reconocimiento mutuo, cláusulas.

Abstract: This article is concerned with the free movement of goods between the EU and Turkey under the Association Agreement of 1963, known as the Ankara Agreement and its subsequent development, especially Decision 1/95 of the Association Council EU-Turkey. In particular, this paper analyzes the legal basis and the lawfulness of the application of the principle of mutual recognition to goods in the non-harmonized area EU-Turkey, and the need (or not) to include mutual recognition clauses EU-Turkey in national legislation, as recommended by the European Commission, in the light of European Union law and, especially, of the case-law of the Court of Justice of the European Union.

Key words: Ankara Agreement, free movement of goods, mutual recognition principle, clauses.

Sumario: I. Introducción. II. La Libre circulación de mercancías UE-Turquía. 1. Origen. 2. Regulación. III. La Libre circulación de mercancías UE-Turquía a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. 1. Integración en el ordenamiento jurídico de la UE y efecto directo del Acuerdo de Ankara, del Protocolo Adicional, y de la Decisión 1/95. 2. El contenido de la libre circulación de productos UE/Turquía. 3. Las cláusulas de reconocimiento mutuo a los productos UE/Turquía. IV. Conclusiones.

I. Introducción

1. El pasado 1 de enero de 2013 entró en vigor en Turquía el ‘Reglamento sobre la aplicación del principio de reconocimiento mutuo en el ámbito no armonizado’ (en adelante también «El Reglamento»).¹ Este Reglamento tiene por objeto favorecer la aplicación práctica del principio de re-

¹ Véase la Regulation on Mutual Recognition in the Non-Harmonised Area (publicada en el Diario Oficial de Turquía el 23 de Junio de 2012).

conocimiento mutuo a los productos provenientes de la Unión Europea en Turquía. En concreto, el Reglamento establece normas y procedimientos que deben seguirse cuando se adopten decisiones que pudieran obstaculizar la libre circulación de mercancías en los ámbitos no armonizados.² La finalidad del Reglamento es por tanto similar a la del Reglamento (CE) nº 764/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de julio de 2008, relativo a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo entre Estados miembros en el marco de la Unión Europea.³

2. El Reglamento aprobado por Turquía era una demanda desde hace años de la Comisión Europea en aras de reforzar la libre circulación de mercancías entre la UE y Turquía.⁴ Con el mismo fin, la propia Comisión recomienda desde 2003 la inclusión de cláusulas de reconocimiento mutuo UE-Turquía en las legislaciones de los Estados miembros sobre productos que no hayan sido objeto de armonización.⁵

3. En este marco, el presente trabajo se propone analizar la base jurídica y la legalidad del principio de reconocimiento mutuo de mercancías en ámbitos no armonizados UE-Turquía, así como la necesidad (o no) de incluir cláusulas de reconocimiento mutuo UE-Turquía en las legislaciones nacionales, tal y como recomienda la Comisión Europea, a la luz del Derecho de la Unión Europea y, especialmente, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión.

II. La libre circulación de mercancías UE-Turquía

1. Origen

4. El origen de la hoy vigente libre circulación de mercancías UE-Turquía radica en el denominado Acuerdo de Ankara, a saber, el Acuerdo por el que la República de Turquía, la Comunidad Económica Europea y sus Estados miembros crearon, el 12 de septiembre de 1963, una asociación entre la Comunidad Económica Europea y Turquía (en adelante también ‘el Acuerdo’).⁶

5. Este acuerdo de asociación es el fruto de largas negociaciones iniciadas, a petición de Turquía, en 1959.⁷ En el Preámbulo del Acuerdo las partes reconocen ‘el apoyo proporcionado por la Comunidad Económica Europea a los esfuerzos del pueblo turco para mejorar su nivel de vida facilitará ulteriormente la adhesión de Turquía a la Comunidad’,⁸ y se muestran resueltas a ‘consolidar la defensa

² Véase el artículo 1 del Reglamento de reconocimiento mutuo.

³ Reglamento persigue pues una finalidad similar a la del Reglamento (CE) nº 764/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de julio de 2008 por el que se establecen procedimientos relativos a la aplicación de determinadas normas técnicas nacionales a los productos comercializados legalmente en otro Estado miembro y se deroga la Decisión no 3052/95/CE (13.8.2008 L 218/21). Este Reglamento no es sin embargo aplicable a las relaciones UE-Turquía (véase al respecto, por ejemplo, la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo: Primer informe sobre la aplicación del Reglamento (CE) nº 764/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de julio de 2008, por el que se establecen procedimientos relativos a la aplicación de determinadas normas técnicas nacionales a los productos comercializados legalmente en otro Estado miembro y se deroga la Decisión nº 3052/95/CE (Bruselas, 15.6.2012 COM(2012) 292) final, página 7).

⁴ Véase a este respecto, por ejemplo, el documento de trabajo de la Comisión relativo al progreso de las negociaciones de adhesión de Turquía en la Unión Europea Brussels, 10.10.2012 SWD(2012) 336 final, página: ‘As a major step in alignment, Turkey adopted a long-awaited regulation on mutual recognition in the non-harmonised area. The regulation will enter into force on 1 January 2013. It is expected that this will remove a number of technical barriers to the free movement of goods.’

⁵ Véase a este respecto la Comunicación interpretativa de la Comisión «Simplificación del acceso de productos al mercado de otro Estado miembro: aplicación práctica del reconocimiento mutuo» (DO nº C 265 de 4 de noviembre de 2003, página 2). Esta Comunicación incluye también varios modelos de cláusula de reconocimiento mutuo.

⁶ Véase a este respecto la Decisión 64/732/CEE del Consejo, de 23 de diciembre de 1963 por la que la entonces Comunidad Económica Europea concluyó, aprobó y confirmó el Acuerdo de Ankara. DO 1964, 217 de 29 diciembre 1964, p. 3685.

⁷ Para una visión histórica y general del acuerdo véase E. LENSKI, «Turkey and the EU: On the Road to Nowhere?», *ZaōRV* nº 63 (2003), pp. 77-102.

⁸ Acuerdo por el que se crea una Asociación entre la Comunidad Económica Europea y Turquía, DO nº 217 de 29/12/1964 p. 3687 - 3688, Preámbulo.

de la paz y de la libertad mediante la prosecución común del ideal que ha inspirado el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea.⁹

6. El Acuerdo establece como objetivo ‘promover el fortalecimiento continuo y equilibrado de las relaciones comerciales y económicas entre las Partes, teniendo plenamente en cuenta la necesidad de garantizar el desarrollo acelerado de la economía de Turquía y la elevación del nivel de empleo y de las condiciones de vida del pueblo turco’.¹⁰ Para alcanzar estos objetivos, el Acuerdo prevé, junto con ayuda económica por parte de la Comunidad Económica Europea a Turquía, el establecimiento de tres fases, una preparatoria, otra transitoria y otra definitiva.

La fase preparatoria debía durar, de conformidad con el artículo 3(2) del Acuerdo, 5 años y efectivamente los primeros años de la asociación fructificaron en 1970 con la firma en Bruselas del Protocolo Adicional y del segundo protocolo financiero, que sentaron las bases para la segunda fase, la transitoria, y para la creación de la unión aduanera. No obstante, la segunda fase, cuya duración prevista con arreglo al Acuerdo era de 12 años,¹¹ se prolongó durante más de dos décadas debido, *inter alia*, a razones políticas, primero en Turquía –que incluyeron la problemática anexión de la parte norte de Chipre y un golpe de estado– y posteriormente en la Unión Europea, inmersa y concentrada en el ambicioso proyecto de alcanzar el mercado interior en el año 1992.¹² Finalmente, en 1995, el Consejo de Asociación, un órgano bilateral creado por el artículo 6 del Acuerdo y que cuenta con capacidad para adoptar decisiones que las Partes deben observar, adoptó la decisión 1/95 que desbloqueó el proyecto mediante la creación progresiva de una unión aduanera entre Turquía y la UE.¹³ Cabe recordar a este respecto que, de conformidad con el artículo 22, apartado 1 del Acuerdo, cada una de las Partes estará obligada a adoptar las medidas necesarias para la ejecución de las decisiones acordadas por el Consejo de Asociación. La fase definitiva prevista por el Acuerdo comienza pues su andadura a finales del año 1995.

2. Regulación

7. El artículo 10 del Acuerdo de Ankara recoge lo esencial de la libertad de circulación de mercancías UE-Turquía. Según este artículo la unión aduanera se extenderá al conjunto de los intercambios de mercancías y ‘supondrá: la prohibición, entre los Estados miembros de la Comunidad y Turquía, de aplicar a la importación y a la exportación, derechos de aduana y exacciones de efecto equivalente y restricciones cuantitativas, así como cualquier otra medida de efecto equivalente tendente a garantizar a la producción nacional una protección contraria a los objetivos del Acuerdo’.

Este artículo fue desarrollado por el Protocolo Adicional al Acuerdo de Ankara, firmado como se ha expuesto en 1970,¹⁴ que establecía las condiciones, modalidades y ritmos de realización de la fase transitoria prevista por el Acuerdo de Ankara. En concreto, el Protocolo, obligaba a las Partes a abstenerse de establecer entre sí nuevos derechos de aduana y exportación o exacciones de efecto equivalente y de incrementar los que ya estuvieran en vigor, salvo autorización expresa del Consejo de Asociación.¹⁵ Además, en virtud del artículo 9 del Protocolo, la Comunidad se comprometía a suprimir los derechos de aduana y las exacciones de efecto equivalente aplicables a las importaciones procedentes de Turquía, y ésta se comprometía a reducir dichos derechos y exacciones progresivamente. Asimismo, las Partes se

⁹ Ibid.

¹⁰ Id. artículo 2.

¹¹ Artículo 4(2) del Acuerdo.

¹² Sobre las causas de la ralentización de la asociación UE-Turquía véase E. LENSKI, «Turkey and the EU: On the Road to Nowhere?», *ZaöRV* nº 63 (2003), pp. 79-80.

¹³ Decisión nº 1/95 del Consejo de asociación CE-Turquía, de 22 de diciembre de 1995, relativa al establecimiento de la fase final de la Unión Aduanera (DO L 35 de 13.2.1996, p. 1/46).

¹⁴ Véanse el Protocolo adicional y Protocolo financiero, firmados el 23 de noviembre de 1970, anejos al Acuerdo por el que se crea una asociación entre la Comunidad Económica Europea y Turquía y relativo a las medidas que deben adoptarse para su entrada en vigor, DOUE L 293 de 29/12/1972 p. 0004 - 0056.

¹⁵ Protocolo adicional, cit. Supra, artículo 7.

comprometían a no introducir entre sí nuevas restricciones cuantitativas y medidas de efecto equivalente a la importación, si bien también en este caso Turquía lo haría sólo progresivamente.¹⁶

8. Finalmente, la Decisión nº 1/95 del entonces Consejo de asociación CE-Turquía, relativa al establecimiento de la fase final de la Unión Aduanera (en adelante también ‘la Decisión’), completa el proceso al suprimir enteramente las restricciones cuantitativas y de las medidas de efecto equivalente.¹⁷ En concreto, los artículos 5 y 6 de la Decisión prohíben las restricciones cuantitativas a la importación y a la exportación entre las Partes contratantes, así como todas las medidas de efecto equivalente. Estos artículos recogen pues, de forma prácticamente literal, el contenido de los artículos 34 y 35 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

9. Por otra parte, el artículo 7 de la Decisión establece lo siguiente: ‘Las disposiciones de los artículos 5 y 6 no serán obstáculo para las prohibiciones o restricciones a la importación, exportación o tránsito justificadas por razones de orden público, moralidad y seguridad públicas, protección de la salud y de la vida de las personas y de los animales, preservación de los vegetales, protección del patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional o protección de la propiedad industrial y comercial. No obstante, estas prohibiciones o restricciones no deberán constituir un medio de discriminación arbitraria, ni una restricción encubierta del comercio entre las Partes contratantes.’. Este artículo recoge pues literalmente el contenido del artículo 36 TFUE.

10. Por último, el artículo 8 de la Decisión prevé la incorporación progresiva en el ordenamiento jurídico interno de Turquía de los actos comunitarios relativos a la eliminación de los obstáculos técnicos al comercio.

III. La libre circulación de mercancías UE-Turquía a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

1. Integración en el ordenamiento jurídico de la UE y efecto directo del Acuerdo de Ankara, del Protocolo adicional, y de la Decisión 1/95

11. El Acuerdo de Asociación UE-Turquía es un acuerdo internacional válidamente celebrado por la Comunidad, hoy Unión, Europea. Estos acuerdos, de conformidad con el artículo 216(2) TFUE y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, priman sobre el derecho derivado.¹⁸ A este respecto, cabe recordar que el ordenamiento jurídico de la Unión es monista (art. 216(2) TFUE). Por tanto, un acuerdo internacional suscrito por la Unión surtirá sus efectos en el ordenamiento jurídico comunitario sin necesidad de acto alguno de transposición. El Tribunal de Justicia ha precisado también que la cuestión de los efectos que las disposiciones de un acuerdo internacional deben surtir en el ordenamiento jurídico de las Partes de dicho acuerdo, si no se regularon en el propio acuerdo, constituyen cuestiones de interpretación que deberán ser resueltas por el Tribunal de Justicia.¹⁹

En este sentido, ‘Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, una disposición de un acuerdo celebrado por la Comunidad con terceros países debe considerarse directamente aplicable cuando, a la vista de su tenor, de su objeto, así como por la naturaleza del acuerdo, contiene una obligación clara y precisa, que en su ejecución o en sus efectos, no se subordina a la adopción de acto ulterior

¹⁶ Id., artículos 21 y 22.

¹⁷ Decisión nº 1/95 del Consejo de asociación CE-Turquía, de 22 de diciembre de 1995, relativa al establecimiento de la fase final de la Unión Aduanera, DOUE L 035 de 13/02/1996 p. 0001 – 0047.

¹⁸ Véase, por ejemplo, la STJUE de 10 de septiembre de 1996, Comisión/Alemania, C-61/94, Rec. p. I-3989, apartado 52, o la STJUE de 1 de abril de 2004, Bellio F.Ili, C-286/02, Rec. p. 1-3465, apartado 33.

¹⁹ Véase a este respecto, por ejemplo, la STJUE de 23 de noviembre de 1999, Portugal/Consejo, C-149/96, Rec. p. I-8395, apartado 34.

alguno'.²⁰ Lo anterior es cierto, tanto en el caso de acuerdos mixtos como en el caso de acuerdos sobre materias de competencia exclusiva comunitaria.²¹

12. Aplicando esta jurisprudencia al Acuerdo de Ankara, el Tribunal de Justicia ha concluido que este acuerdo, toda vez que ha sido válidamente concluido por una institución de la Unión, forma parte del ordenamiento jurídico comunitario.²² El Tribunal también ha analizado la posibilidad de que alguna de las disposiciones del Acuerdo de Ankara tenga efecto directo. En este sentido, en la sentencia Demirel antes citada, el Tribunal concluyó que el artículo 12 del Acuerdo, en virtud del cual las Partes contratantes acordaron basarse en los artículos relativos a la libre circulación de trabajadores del Tratado constitutivo de la Comunidad para llevar a cabo gradualmente la libre circulación de trabajadores entre la UE y Turquía, revestía un alcance esencialmente programático y no constituía por tanto una disposición lo suficientemente precisa e incondicional como para poder regular directamente la circulación de los trabajadores.²³

13. Asimismo, el Tribunal de Justicia ha analizado el artículo 7 del Acuerdo de Ankara a la luz de la jurisprudencia sobre el efecto directo de las disposiciones de acuerdos internacionales. El artículo 7, que supone una aplicación concreta del tradicional principio de buena fe, establece lo siguiente: 'Las Partes Contratantes tomarán todas las medidas generales o particulares adecuadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones que se deriven del Acuerdo. Las Partes Contratantes se abstendrán de adoptar cualquier medida que pueda poner en peligro la realización de los fines del Acuerdo.' El Tribunal determinó que este artículo establecía una obligación muy general de colaboración entre las Partes, insuficiente para tener efecto directo.²⁴

14. A la luz de lo anterior cabría preguntarse si el artículo 10 del Acuerdo mencionado en el capítulo anterior, y que constituye el origen de la libre circulación de mercancías UE-Turquía, tiene efecto directo. Recordemos que, con arreglo al segundo apartado de este artículo: 'La unión aduanera supondrá: - la prohibición, entre los Estados miembros de la Comunidad y Turquía, de aplicar a la importación y a la exportación, derechos de aduana y exacciones de efecto equivalente y restricciones cuantitativa, así como cualquier otra medida de efecto equivalente tendente a garantizar a la producción nacional una protección contraria a los objetivos del Acuerdo.'

15. En estas condiciones, no parece que los ciudadanos puedan ampararse en esta disposición para obligar a un Estado miembro a permitir la entrada de un producto de origen turco habida cuenta del carácter claramente programático del artículo 10, que recoge el objetivo último de la unión aduanera como suele ser el caso en Tratados-marco como el de Ankara, unión que sólo se conseguiría más de treinta años después, como hemos visto, con la decisión 1/95.

16. No obstante, como se mencionó también en el primer capítulo, el Acuerdo de Ankara fue complementado años después por un protocolo adicional. El Protocolo introdujo una cláusula de las denominadas de 'standstill' en su artículo 7, obligando a las Partes a abstenerse de establecer entre sí nuevos derechos de aduana y exportación o exacciones de efecto equivalente y de incrementar los que ya estuvieran en vigor a la fecha de entrada en vigor del Protocolo, salvo autorización expresa del Consejo de Asociación. Además, como se expuso anteriormente, el artículo 9 del Protocolo incluía el compromiso de la Comunidad de suprimir los derechos de aduana y las exacciones de efecto equivalente aplicables a las importaciones procedentes de Turquía, y el de Turquía de hacer lo propio progresivamente. Por último, los artículos 21 y 22 del Protocolo recogían el compromiso de la Comunidad de no introducir nuevas restricciones cuantitativas y medidas de efecto equivalente a la importación de pro-

²⁰ Véase a este respecto, por ejemplo, la STJUE de 30 de septiembre de 1987, Demirel, 12/86, Rec. p. 3719, apartado 14.

²¹ Véase en este sentido, por ejemplo, la STJUE de 19 de marzo de 2002, Comisión/Irlanda, C-13/00, Rec. p. I-2943, apartado 14.

²² STJUE de 30 de septiembre de 1987, Demirel, 12/86, Rec. 1987, p. 3719, apartado 7.

²³ STJUE de 30 de septiembre de 1987, Demirel, 12/86, Rec. 1987, p. 3719, apartado 23.

²⁴ Id., apartado, 24.

ductos de origen turco a la fecha de entrada en vigor del Protocolo. Turquía se comprometía a hacer lo propio progresivamente.

17. El Tribunal de Justicia ha tenido ocasión de pronunciarse sobre algunas disposiciones de este protocolo, similares a las mencionadas en el párrafo anterior en relación con la libre circulación de mercancías. Así, por ejemplo, en el asunto Savas,²⁵ el Tribunal analizó el posible efecto directo del artículo 41, apartado 1, del Protocolo Adicional. En virtud de este artículo ‘Las Partes Contratantes se abstendrán de introducir entre sí nuevas restricciones a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios.’ El Tribunal concluyó que esta disposición establece en términos claros, precisos e incondicionales ‘una cláusula inequívoca de «standstill», que prohíbe a las Partes Contratantes introducir nuevas restricciones a la libertad de establecimiento a partir de la fecha de entrada en vigor del Protocolo Adicional.’ El Tribunal recordó asimismo que su jurisprudencia había reconocido el efecto directo de una cláusula casi idéntica, recogida en el artículo 53 del Tratado CE, lo que justificaba seguir el mismo criterio en el caso del artículo 41,1 del Protocolo adicional.

18. Por último, el reconocimiento del efecto directo, continuó el Tribunal, no podía quedar desvirtuado por el examen del objeto y de la finalidad del Acuerdo de Asociación, ambos coherentes con dicho reconocimiento. Conviene recordar en este punto que la jurisprudencia exige no sólo analizar el tenor de la disposición controvertida (el artículo 41,1 del Protocolo adicional) sino también el objeto y la naturaleza del acuerdo internacional en el que se inserta.²⁶ A este respecto, el Tribunal subrayó que el objetivo del Acuerdo de Ankara es el de crear una Asociación ‘destinada a promover el desarrollo de las relaciones comerciales y económicas entre las Partes Contratantes, [...] para mejorar el nivel de vida del pueblo turco y facilitar la ulterior adhesión de la República de Turquía a la Comunidad.’²⁷

19. A la luz de lo anterior, el artículo 7, párrafo 1, del Protocolo Adicional, relativo a la libre circulación de mercancías, y según el cual ‘Las Partes Contratantes se abstendrán de establecer entre sí nuevos derechos de aduana de importación y exportación o exacciones de efecto equivalente y de incrementar los que ya estén aplicando en sus relaciones comerciales recíprocas en la fecha de entrada en vigor del presente Protocolo’, cumpliría con los requisitos necesarios para tener efecto directo, tanto por su tenor (claro, preciso e incondicional), como por el objeto y naturaleza del Acuerdo de Ankara.

20. Por último, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal, no sólo el Acuerdo de Ankara y el Protocolo Adicional pueden desplegar efecto directo, también pueden hacerlo las decisiones del Consejo de Asociación. En efecto, los artículos 7 de la Decisión n. 2/76 del Consejo de Asociación, de 20 de diciembre de 1976, relativa a la aplicación del artículo 12 del Acuerdo de Ankara y 10 y 13 de la Decisión n. 1/80 del Consejo de Asociación, de 19 de septiembre de 1980, relativa al desarrollo de la Asociación, tienen efecto directo entre los Estados miembros.²⁸ Asimismo, el Tribunal ha afirmado que las disposiciones de la Decisión 1/95, la más pertinente a los efectos de este trabajo, pueden desplegar efecto directo pues forman parte de la cooperación establecida originalmente por el Acuerdo de Ankara si cumplen con los requisitos de claridad, precisión e incondicionalidad exigidos y los relativos a la naturaleza y el objeto del acuerdo internacional en cuestión.²⁹ A este respecto, por ejemplo, en el asunto Asda Stores el Tribunal analizó y finalmente rechazó que los artículos 44, 45 y 46 de la Decisión n° 1/95 tuvieran efecto directo.³⁰

²⁵ STJUE de 11 de mayo de 2000, *The Queen and Secretary of State for the Home Department ex parte: Abdulnasir Savas*, 37/98, Rec. 2000, p. I-02927, apartado 46.

²⁶ Véase, junto con la jurisprudencia citada al inicio de esta sección, la STJUE de 4 de mayo de 1999, *Sürül*, C-262/96, Rec. p. I-2685, apartado 60.

²⁷ STJUE de 11 de mayo de 2000, *The Queen and Secretary of State for the Home Department ex parte: Abdulnasir Savas*, 37/98, Rec. 2000, p. I-02927, apartado 52.

²⁸ STJUE de 20 de septiembre de 1990, *Sevinc*, C-192/89, Rec. p. I-3461, apartados 18 y 26. Véase también la STJUE de 8 de mayo de 2003, *Wählergruppe Gemeinsam*, C-171/01, Rec. 2003, I-04301, apartados 54-67.

²⁹ STJUE de 13 de diciembre de 2007, *Asda Stores*, C-372/06, Rec. p. I-11223, apartados 82-83 y jurisprudencia allí citada.

³⁰ Id., apartado 91.

21. En este contexto, cabe recordar que los artículos 5 a 7 de la Decisión 1/95 recogen de forma prácticamente idéntica el contenido de los artículos 34 a 36 TFUE. Lo anterior, unido al objeto y naturaleza del Acuerdo de Ankara, esto es, a ‘promover el desarrollo de las relaciones comerciales y económicas entre las Partes Contratantes, [...] para mejorar el nivel de vida del pueblo turco y facilitar la ulterior adhesión de la República de Turquía a la Comunidad’,³¹ nos lleva a concluir, con base en la jurisprudencia del Tribunal, y especialmente en la sentencias recaídas en los asuntos *Demirel* y *Savas*, que estos artículos tendrían efecto directo en los Estados miembros de la Unión.

2. El contenido de la libre circulación de productos UE/Turquía

22. A tenor de lo discutido en la sección anterior, tanto el Acuerdo de Ankara, como el Protocolo Adicional y las Decisiones del Consejo de Asociación, incluida la más pertinente a los efectos de este artículo –la Decisión 1/95– forman parte del ordenamiento jurídico de la Unión y pueden, en función de su tenor, y del objeto y naturaleza del Acuerdo de Ankara, tener efecto directo en los Estados miembros de la Unión. Conviene por tanto estudiar su contenido y alcance.

23. La Decisión 1/95 entró en vigor el 31 de diciembre de 1995. El objetivo de las disposiciones relativas a la eliminación de obstáculos al comercio mencionadas en el capítulo anterior es similar al perseguido en el marco de la Unión Europea, y similar es también su funcionamiento.

24. En primer lugar, los obstáculos técnicos al comercio que han sido identificados por las instituciones europeas y objeto de legislación a nivel de la Unión deberán ser eliminados por Turquía de conformidad con la legislación aprobada por las instituciones de la Unión Europea. Dicho de otra forma, de conformidad con el artículo 8 de la Decisión, Turquía debe incorporar dichos actos de derecho derivado a su ordenamiento jurídico, y hacerlos cumplir.

25. En segundo lugar, los obstáculos al comercio que no hayan sido objeto de armonización a nivel de la Unión Europea deberán ser eliminados mediante la aplicación de los artículos 5 a 7 de la Decisión mencionados en el capítulo anterior, tal y como dichos obstáculos deben ser eliminados en virtud de los artículos 34 a 36 TFUE dentro de la Unión Europea.

26. De este modo, los artículos 5 a 7 se aplican a mercancías cubiertas por la Unión Aduanera comercializadas legalmente en alguno de los Estados miembros de la Unión y Turquía, que no podrán ser objeto de restricciones cuantitativas a la importación o a la exportación en el espacio UE-Turquía, ni de regulaciones sobre, por ejemplo, forma, medida, presentación o etiquetaje que tengan el mismo efecto que una restricción cuantitativa. Asimismo, como se ha mencionado en el epígrafe anterior, la Decisión, en su artículo 7, como el TFUE en su artículo 36, prevé la posibilidad de justificar restricciones al comercio UE-Turquía por razones de interés público si son necesarias para proteger el interés público en cuestión (*e.g.* protección de la salud) y proporcionadas al mismo.

27. Dicho esto, si bien las disposiciones de la Decisión mencionadas son esencialmente idénticas a las correspondientes normas del TFUE, cabría preguntarse si han de ser interpretadas de la misma forma que los correspondientes artículos del Tratado. Esta pregunta es especialmente importante en relación con las disposiciones del TFUE en cuestión, habida cuenta de que éstas han sido objeto de una amplia y expansiva jurisprudencia por parte del Tribunal de Justicia de la UE, que incluye asuntos tan conocidos para el proceso de integración europea como *Dassonville*, *Cassis de Dijon* o *Keck*.³²

³¹ STJUE de 11 de mayo de 2000, The Queen and Secretary of State for the Home Department ex parte: Abdulnasir Savas, 37/98, Rec. 2000, p. I-02927, apartado 52.

³² STJUE de 11 de julio de 1974, *Dassonville*, C-8/74, Rec. P. 00837; STJUE 20 febrero 1979, *Cassis de Dijon*, 120/78, Rec. 1979, p. 649 o STJUE de 24 de noviembre de 1993, *Keck* y *Mithouard*, Asuntos acumulados C-267/91 y C-268/91, Rec. 1993, I-06097.

28. A esta cuestión responde el artículo 66 de la Decisión 1/95, según el cual ‘Para la ejecución y aplicación a los productos contemplados en la Unión Aduanera, y en la medida en que son fundamentalmente idénticas a las normas correspondientes del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, las disposiciones de la presente Decisión serán interpretadas con arreglo a la pertinente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.’

Esta disposición es crucial, pues permite conocer el verdadero alcance de las disposiciones de la Decisión 1/95, tanto a los jueces turcos como a los de los Estados miembros de la Unión. El artículo 66 plantea sin embargo algunos interrogantes, precisamente por transponer, de forma vinculante para los jueces nacionales de la Unión, una de las líneas jurisprudenciales más expansivas del Tribunal de Justicia a los productos provenientes de un Estado no miembro de la UE como Turquía. El mejor ejemplo de esta problemática lo constituye probablemente la posible transposición del denominado principio de reconocimiento mutuo, establecido por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en relación con el artículo 34 TFUE, a los productos provenientes de Turquía, con base en la lectura conjunta de los artículos 5 a 7 y 66 de la Decisión 1/95.

29. En efecto, como es sabido, el principio de reconocimiento mutuo deriva de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.³³ El principio consiste, en esencia, en que un Estado miembro no puede prohibir la venta en su territorio de productos comercializados y/o fabricados legalmente en otro Estado miembro, incluso si dichos productos han sido fabricados conforme a estándares técnicos distintos a los que se exigen para sus propias mercancías, salvo en condiciones estrictas que deberán ser justificadas. El principio de reconocimiento mutuo solo se aplica a productos, o a aspectos de productos, que no hayan sido armonizados a nivel de la Unión Europea.

30. En los términos de una reciente comunicación de la Comisión Europea, ‘el principio de reconocimiento mutuo en el ámbito no armonizado consiste en una norma y una excepción:

- la norma general de que, pese a la existencia de una norma técnica nacional en el Estado miembro de destino, los productos legalmente fabricados y/o comercializados en otro Estado miembro gozan de un derecho fundamental a la libre circulación garantizado por el TFUE;
- la excepción de que los productos legalmente fabricados y/o comercializados en otro Estado miembro no gozan de este derecho si el Estado miembro de destino puede demostrar que resulta esencial imponer su propia norma técnica a los productos de que se trate basándose en las razones recogidas en el artículo 36 del TFUE (protección de la moralidad y la seguridad públicas, protección de la salud y vida de las personas y animales, preservación de los vegetales, etc.) o en los requisitos obligatorios [los también denominados *mandatory requirements* o *exigencias imperativas* como la protección del consumidor] desarrollados en la jurisprudencia del Tribunal y sujetos al cumplimiento del principio de proporcionalidad.’³⁴

Mediante el establecimiento de este principio, fundamental para la consecución del mercado interior, se impone pues a los Estados miembros la obligación de permitir la entrada en sus mercados de productos fabricados o comercializados en otros Estados miembros bajo estándares técnicos o cualitativos distintos. Cabría pues preguntarse si también este principio jurisprudencial debe transponerse automáticamente a la relación UE-Turquía. Dicho de otro modo, la pregunta es si un Estado miembro de la Unión debe, en principio, permitir la entrada de un producto fabricado y/o comercializado legalmente en Turquía bajo estándares técnicos o cualitativos distintos. O viceversa, si Turquía no se puede oponer, en principio, a la entrada en su territorio de productos fabricados y/o comercializados legalmente en la Unión Europea.

³³ En concreto de la STJUE 20 febrero 1979, Cassis de Dijon, 120/78, *Rec.* 1979, p. 649.

³⁴ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, Primer informe sobre la aplicación del Reglamento (CE) nº 764/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de julio de 2008, por el que se establecen procedimientos relativos a la aplicación de determinadas normas técnicas nacionales a los productos comercializados legalmente en otro Estado miembro y se deroga la Decisión nº 3052/95/CE, Bruselas, 15.6.2012 COM(2012) 292 final, página 5, aclaración sobre requisitos obligatorios añadida.

31. La Comisión Europea ha dado una respuesta positiva a esta pregunta con base en la lectura conjunta de los artículos 5 a 7 y 66 de la Decisión 1/95 comentados *supra*. En efecto, de conformidad con la Comisión Europea: ‘En los artículos 5 a 7 de la Decisión no 1/95 del Consejo de asociación CE-Turquía, de 22 de diciembre de 1995, relativa al establecimiento de la fase final de la Unión Aduanera (DO L 35 de 13 de febrero de 1996, p. 1), se contempla la supresión de las medidas de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas entre la Unión Europea y Turquía. Del artículo 66 de la Decisión no 1/95 se desprende que los artículos 5 a 7, para su ejecución y aplicación a los productos contemplados en la Unión Aduanera, serán interpretados con arreglo a la pertinente jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Por consiguiente, los principios que se derivan de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre las cuestiones relacionadas con los artículos 28 y 30 del Tratado, en particular la jurisprudencia «Cassis de Dijon», se aplican a los Estados miembros y a Turquía.’³⁵ También así ha respondido Turquía, con referencia a la postura y argumentos de la Comisión en la Comunicación citada.³⁶

32. La Comisión Europea ha ido incluso más lejos en dicha Comunicación al recomendar la inclusión de cláusulas de reconocimiento mutuo UE-Turquía en las legislaciones nacionales. Esto es, de cláusulas destinadas a recordar a los operadores jurídicos y económicos nacionales que el principio de reconocimiento mutuo se aplica a los productos relacionados con la legislación en cuestión que hayan sido fabricados o comercializados legalmente en otros países de la UE o en Turquía. Algunas de estas cláusulas las podemos encontrar en la legislación española,³⁷ así como en las legislaciones de otros Estados miembros de la Unión Europea.³⁸

33. En consecuencia, tanto la guardiana de los Tratados como Turquía afirman que el principio de reconocimiento mutuo, como parte de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE relativa a

³⁵ Comunicación interpretativa de la Comisión «Simplificación del acceso de productos al mercado de otro Estado miembro: aplicación práctica del reconocimiento mutuo» (DOUE C 265 de 4 de noviembre de 2003, página 2), nota al pie 18. Véase también la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, Primer informe sobre la aplicación del Reglamento (CE) nº 764/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de julio de 2008, cit., nota al pie.

³⁶ Véase a este respecto la información facilitada por el Ministerio de Economía de Turquía en su página web: <http://www.economy.gov.tr/index.cfm?sayfa=C7088DBB-076F-5596-7E4AF137AB9B191A>

³⁷ Véase, por ejemplo, el Real Decreto 2060/2008, de 12 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de equipos a presión y sus instrucciones técnicas complementarias. «BOE» núm. 31, de 5 de febrero de 2009, páginas 12297 a 12388, cuya disposición adicional segunda, titulada ‘Equipos a presión usados procedentes de otro Estado miembro de la Unión Europea o asimilados’ señala que Para poder utilizar los equipos a presión usados, no sujetos a lo establecido en el Real Decreto 769/1999, de 7 de mayo, o a lo dispuesto en el Real Decreto 1495/1991, de 11 de octubre, por el que se dictan disposiciones de aplicación de la Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas 87/404/CEE, sobre recipientes a presión simples, y que procedan de un Estado miembro de la Unión Europea, así como de Turquía o hayan sido fabricados legalmente en un Estado de la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC) parte contratante del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (EEE), deberá acreditarse ante el órgano competente de la comunidad autónoma en que se instalen lo siguiente. Véase también, por ejemplo, la Disposición adicional única cláusula de reconocimiento mutuo, del Real Decreto 650/2011, de 9 de mayo, por el que se aprueba la reglamentación técnico-sanitaria en materia de bebidas refrescantes, «BOE» núm. 119 de 19 de Mayo de 2011. A nivel autonómico, el Decreto 35/2005, de 10 de marzo, del Consejo de Gobierno, por el que se regulan las prácticas de tatuaje, micropigmentación, perforación cutánea (‘piercing’) u otras similares de adorno corporal, BOCM 8 de abril de 2005, que prevé en su artículo 21 lo siguiente: ‘Los requisitos de la presente normativa no se aplican a los productos fabricados legalmente o comercializados en otro Estado miembro de la Unión Europea o Turquía, o fabricados legalmente en otro Estado de la AELC, parte contratante del Acuerdo sobre el EEE.’

³⁸ Véase por ejemplo, en Alemania, el Reglamento de 13 de enero de 2010 que modifica el Reglamento sobre las condiciones generales aplicables al suministro de agua (AVBWasserV) : «Únicamente podrán utilizarse productos y aparatos que sean conformes con las normas técnicas generalmente reconocidas. Se presume el cumplimiento del requisito de la primera frase si se dispone de un marcado CE para su uso expreso en el sector del agua destinada al consumo humano. Cuando no se exija dicho marcado CE, también se presupondrá que dicho requisito se cumple si el producto o el aparato llevan la marca de un organismo de certificación acreditado del sector, en particular la marca DIN-DVGW o la marca DVGW. Los productos o aparatos que: 1. hayan sido fabricados legalmente en otro Estado firmante del Tratado sobre el Espacio Económico Europeo, o 2. hayan sido fabricados o comercializados legalmente en otro Estado miembro de la Unión Europea o en Turquía, y no cumplan las especificaciones técnicas de la marca a que se refiere la tercera frase, incluidos los ensayos e inspecciones realizados en los citados Estados, se considerarán equivalentes a condición de que el nivel de protección exigido en Alemania se consiga igualmente de forma duradera.» La referencia y traducción provienen de la STJUE de 12 de julio de 2012, Fra.bo SpA contra Deutsche Vereinigung des Gas- und Wasserfaches eV (DVGW) - Technisch-Wissenschaftlicher Verein, C-171/11, no publicada aún, apartado 5.

los artículos 34-36 TFUE, se aplica a los productos UE-Turquía con base en los artículos 5 a 7 y 66 de la Decisión 1/95.

34. Para analizar la legalidad de estas afirmaciones conviene hacer referencia a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa al artículo 6 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo,³⁹ una disposición, como veremos, similar a la del artículo 66 del Acuerdo CEE/Turquía. De conformidad con el artículo 6 del Acuerdo EEE, ‘Sin perjuicio de la evolución futura de la jurisprudencia, las disposiciones del presente Acuerdo, en la medida en que sean idénticas en sustancia a las normas correspondientes del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea y del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero y de los actos adoptados en aplicación de estos dos Tratados, se interpretarán, en su ejecución y aplicación, de conformidad con las resoluciones pertinentes del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas dictadas con anterioridad a la fecha de la firma del presente Acuerdo.’

35. El artículo 66 de la Decisión 1/95 es, por tanto, muy similar al artículo 6 del Acuerdo EEE, e incluso va más allá que éste, habida cuenta de que no está limitado temporalmente, a diferencia del mencionado artículo 6, a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia dictada con anterioridad a la fecha de la firma de la Decisión 1/95. No obstante, en lo que concierne a este trabajo, la jurisprudencia más importante del Tribunal de Justicia en relación con el principio de reconocimiento mutuo ya había sido dictada en 1992, fecha de la firma del Acuerdo EEE, por lo que ambas disposiciones son en este sentido del todo similares.

36. El Tribunal de Justicia ha observado en ocasiones la literalidad del artículo 6 del Acuerdo EEE a la hora de interpretar disposiciones del Acuerdo EEE a la luz de la jurisprudencia relativa a los correspondientes artículos del TFUE.⁴⁰ No obstante, en su Dictamen 1/91, relativo precisamente al Acuerdo EEE, el Tribunal afirmó que incluso disposiciones idénticas recogidas en el Acuerdo EEE no podían ser interpretadas de la misma forma que las correspondientes disposiciones incluidas en los Tratados, y ello a pesar de la existencia del artículo 6 del Acuerdo EEE.

En efecto, el Tribunal concluyó que ‘El hecho de que el tenor de las disposiciones del Acuerdo sea idéntico al de las normas comunitarias correspondientes no significa necesariamente que hayan de ser interpretadas de manera idéntica.’⁴¹ El Tribunal tuvo en cuenta para llegar a esta conclusión la diferencia entre los objetivos del Acuerdo y los establecidos en los Tratados. A este respecto, el Tribunal constató que el Acuerdo tenía por objeto ‘la aplicación de un régimen de libre comercio y de competencia en las relaciones económicas y comerciales entre las partes contratantes.’ Estos objetivos, aún cuando eran compartidos por los Tratados, pues también éstos establecían normas de libre circulación y competencia, eran menos ambiciosos que los objetivos fijados en los Tratados de Roma. Así, como subrayó el Tribunal, las normas sobre libre circulación y competencia establecidas en 1957 no son fines en sí mismos, sino instrumentos para alcanzar fines más ambiciosos como el establecimiento de un mercado interior y de una unión económica y monetaria, y el progreso de la Unión Europea.⁴² El Tribunal tuvo también en cuenta el contexto, a saber, la diferencia entre un Tratado internacional, como el Acuerdo EEE, y los Tratados que, a través de la jurisprudencia del Tribunal habían dejado de ser simples acuerdos internacionales y que, tras sucesivas cesiones de soberanía constituían una carta constitucional fundada en los principios de primacía y efecto directo.

37. Además, en relación con el artículo 6 EEE, el Tribunal afirmó que su inclusión en el Acuerdo no podía variar la conclusión alcanzada ni por tanto certificar la homogeneidad jurídica entre las disposiciones del Acuerdo y las de los Tratados constitutivos de la Comunidad. El Tribunal apuntó dos

³⁹ Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, de 2 de mayo de 1992 (DO 1994, L 1, p. 3; en adelante, «Acuerdo EEE»).

⁴⁰ Véase, por ejemplo, la STJUE 26 de octubre de 2006, Comisión/Portugal, 345/05, *Rec.* 2006, p. I-10633, apartado 39.

⁴¹ Dictamen del Tribunal de Justicia de 14 de diciembre de 1991, Dictamen 1/91, *Rec.* 1991 p. I-06079, apartado 14.

⁴² Dictamen del Tribunal de Justicia de 14 de diciembre de 1991, Dictamen 1/91, *Rec.* 1991 p. I-06079, apartados 15-18.

razones para motivar esta conclusión: (i) la limitación del artículo 6 a la jurisprudencia anterior a 1992, y (ii) la falta de reconocimiento de principios esenciales de la jurisprudencia del Tribunal, como los de primacía y efecto directo.⁴³

38. Esta jurisprudencia del Tribunal de Justicia no es, por lo demás, aislada, sino que había sido ya acuñada en un sentido similar en la famosa sentencia Polydor, anterior al Dictamen 1/91, y ha sido repetida con frecuencia desde entonces en numerosas sentencias. De conformidad con esta jurisprudencia, ‘la similitud o incluso la identidad del tenor de las disposiciones de un Acuerdo con un Estado tercero y las disposiciones correspondientes de los Tratados de la Unión no son suficientes, por sí solas, para aplicar la jurisprudencia sobre los Tratados de la Unión a un Acuerdo con un Estado tercero. Antes bien, tal aplicación depende, en el sentido propio del artículo 31 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, del objeto y fin de los respectivos tratados.’⁴⁴

39. En consecuencia, y a la luz de la jurisprudencia citada, el artículo 66 de la Decisión 1/95, entendido como parte de la colaboración establecida por un acuerdo internacional celebrado por la Comunidad, hoy Unión, no parece suficiente base para establecer una obligación de interpretación jurídica homogénea de las disposiciones del Acuerdo CEE-Turquía (incluidas las de la Decisión 1/95) y las de los Tratados constitutivos de la Unión. Será por tanto necesario analizar, a la hora de interpretar una disposición de la Decisión 1/95, el objetivo, la finalidad y el contexto del Acuerdo CEE y contrastar éstos con los de los tratados de Roma.

40. A la luz de lo anterior, para determinar el alcance del artículo 66 de la Decisión 1/95 es preciso tener en cuenta los objetivos y finalidad del Acuerdo de Ankara. Como se ha afirmado previamente, este acuerdo crea una asociación ‘destinada a promover el desarrollo de las relaciones comerciales y económicas entre las Partes Contratantes, [...] para mejorar el nivel de vida del pueblo turco y facilitar la ulterior adhesión de la República de Turquía a la Comunidad.’⁴⁵ El objetivo es por tanto primordialmente económico, promover las relaciones económicas y comerciales, si bien el Acuerdo de Ankara recoge con igual claridad el objetivo de mejorar el nivel de vida del pueblo turco y favorecer la adhesión de Turquía a la Comunidad, adhesión que recibió un impulso significativo en 1999 con el reconocimiento oficial de la condición de candidato en el Consejo Europeo de Helsinki.

41. En nuestra opinión, el objetivo de mejorar las relaciones económicas y comerciales entre la Unión y Turquía, concretado y profundizado por el Protocolo adicional y la Unión aduanera, creada por la Decisión 1/95, unido al tenor prácticamente idéntico de las disposiciones relativas a la libre circulación de mercancías, establecidas en los artículos 5 a 7 de la Decisión 1/95, hacen que estas disposiciones deban ser interpretadas de la misma forma que los artículos 34 a 36 TFUE. Es decir, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a dichos artículos deberá ser observada con carácter general al interpretar los artículos 5 a 7. Esto refleja, además, la voluntad de las partes pues así lo dispusieron en el artículo 66 de la Decisión 1/95.

42. Sin embargo, en nuestra opinión, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia mencionada, en concreto la jurisprudencia Polydor y especialmente el Dictamen 1/91, conduce a una conclusión distinta

⁴³ Id. apartados 26-28.

⁴⁴ STJUE de 9 de febrero de 1982, Polydor y RSO Records, 270/80, *Rec.* p. 329, apartados 14 a 19; de 26 de octubre de 1982, Kupferberg, 104/81, *Rec.* p. 3641, apartado 30; de 1 de julio de 1993, Metalsa, C-312/91, *Rec.* p. I-3751, apartados 10 a 12; de 29 de enero de 2002, Pokrzepowicz-Meyer, C-162/00, *Rec.* p. I-1049, apartados 32 y 33; de 12 de noviembre de 2009, Grimme, C-351/08, *Rec.* p. I-10777, apartados 27 y 29; de 11 de febrero de 2010, Fokus Invest, C-541/08, *Rec.* p. I-1025, apartados 28 y 29; y de 15 de julio de 2010, Hengartner y Gasser, C-70/09, *Rec.* p. I-7233, apartados 41 y 42. Véase la cita reproducida y la referencia a la jurisprudencia citada en la muy reciente opinión del AG Cruz Villalón de 11 de abril de 2013, Demirkan, C-221/11, no publicada aún en la recopilación, apartado 62 y nota al pie nº 40.

⁴⁵ STJUE de 11 de mayo de 2000, The Queen and Secretary of State for the Home Department ex parte: Abdulnasir Savas, 37/98, *Rec.* 2000, p. I-02927, apartado 52.

en relación con la aplicación de una parte de dicha jurisprudencia, a saber, la relativa al principio de reconocimiento mutuo establecido en la sentencia *Cassis de Dijon*, y esto por varias razones.

43. En primer lugar, porque dicho principio responde a unos objetivos y una finalidad que van más allá de los objetivos económicos establecidos en el marco de la cooperación UE-Turquía, a saber, la mejora de las relaciones comerciales y la unión aduanera. En efecto, el principio de reconocimiento mutuo ha sido decisivo para la consecución de uno de los principales objetivos del Tratado de Roma, la creación de un verdadero mercado interior entre los Estados miembros,⁴⁶ y la posterior creación de una unión económica y monetaria.⁴⁷ Además, recientemente se ha añadido la protección y reconocimiento de las personas, más allá de la actividad económica, como parte integrante de un verdadero mercado interior, subrayando la ciudadanía de la Unión, y la libertad de circulación asociada a ella como otro elemento diferenciador entre los Tratados constitutivos de la Unión y el Acuerdo de Ankara.⁴⁸

44. Por otro lado, como ha observado recientemente el Abogado General Cruz Villalón con base en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el hecho de que un acuerdo internacional celebrado por la Comunidad se oriente a una integración progresiva y tenga por objetivo último la adhesión del Estado tercero a la Unión, como es el caso de Turquía con base en el Acuerdo de Ankara, no cambia sustancialmente la jurisprudencia citada en el apartado anterior, habida cuenta de que tampoco en este caso cabe aplicar automáticamente la jurisprudencia sobre los Tratados al Acuerdo en cuestión.⁴⁹

45. En segundo lugar, no sólo los objetivos sino también, como en el caso del Acuerdo EEE, el contexto en el que se insertan disposiciones similares a las de los tratados constitutivos es diferente. A este respecto, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a los principios de primacía y efecto directo no se extiende automáticamente a Turquía por obra del Acuerdo de Ankara, como no lo hacía en el caso del Acuerdo EEE, algo que probablemente el Tribunal de Justicia tendría en cuenta, con base en el Dictamen 1/91, a la hora de considerar la aplicación automática del principio de reconocimiento mutuo a los productos UE-Turquía.

46. De esta forma, la determinación del posible efecto directo de un acuerdo internacional en el territorio de Turquía se debe realizar conforme al derecho constitucional de dicho país y, en el caso del efecto directo de la Decisión 1/95 en Turquía, la opinión de la doctrina no es pacífica, siendo el objeto principal de las divergencias el hecho de que en el caso de la Decisión 1/95 no hubo ratificación por parte del Parlamento turco, como exige la Constitución, sino simplemente aprobación por parte de los representantes de Turquía en el Consejo de Asociación.⁵⁰ La cesión de soberanía de Turquía con base en el Acuerdo es, pues, muy limitada si los contenidos del mismo han de ser ratificados por la legislación

⁴⁶ Véase a este respecto, por ejemplo, la Opinión del AG Cruz Villalón de 11 de abril de 2013, Demirkan, C-221/11, no publicada aún en la recopilación, apartado 67: ‘Los objetivos y la estructura del Acuerdo de Asociación se encuentran en oposición a los objetivos y la estructura de los Tratados de las Comunidades o de la UE. Como ha reiterado la jurisprudencia, el fin de éstos es, entre otras cosas, la creación de un mercado interior, esto es, la fusión de los mercados nacionales en un mercado único, mediante la supresión, entre los Estados miembros, de todos los obstáculos a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales. ‘En cuanto a la jurisprudencia, véanse, por ejemplo, las Véanse las sentencias de 5 de mayo de 1982, Gaston Schul, 15/81, *Rec.* p. 1409, apartado 33; de 25 de febrero de 1988, Drexel, 299/86, *Rec.* p. 1213, apartado 24.

⁴⁷ Véase en cuanto al objetivo de la Unión económica y monetaria el Dictamen del Tribunal de Justicia de 14 de diciembre de 1991, Dictamen 1/91, *Rec.* 1991 p. I-06079, apartado 17.

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ Opinión del AG Cruz Villalón de 11 de abril de 2013, Demirkan, C-221/11, no publicada aún en la recopilación, apartado 63. Véanse también las sentencias del Tribunal de Justicia a las que hace referencia el AG: Sentencias de 29 de abril de 1982, Pabst & Richarz KG, 17/81, *Rec.* p. 1331, apartados 26 y 27, y de 27 de septiembre de 2001, Glosczuck, C-63/99, *Rec.* p. I-6369, apartados 49 a 52.

⁵⁰ Véase a este respecto la opinión y la discussion doctrinal citada por J. DREXL, ‘Competence of the European Community in the Field of International Trade Law: Limitations on Foreign Policy of the Member States and Turkey?’, *Ankara Law Review* Vol.3 No.2 (Winter 2006), pp.99-127, p. 106. Cabría preguntarse si esta situación cambiará tras la aprobación del Reglamento sobre reconocimiento mutuo aprobado por Turquía y mencionado al inicio de este trabajo.

nacional.⁵¹ De hecho, como se ha afirmado, el Artículo 66 podría ir más bien dirigido a los jueces turcos, para que éstos aceptaran y siguieran la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión.⁵²

En otras palabras, parecería desproporcionado y carente de reciprocidad que en el seno de la Unión los productos provenientes de Turquía se beneficiaran del principio de reconocimiento mutuo, que además debe ser aplicado por los jueces nacionales dentro de la Unión con observancia de los principios de efecto directo y de primacía –primacía en este caso no sólo sobre el derecho nacional contradictorio sino también sobre el derecho derivado de la Unión en virtud del rango jerárquico ‘intermedio’ del que gozan los acuerdos internacionales celebrados por la Comunidad–,⁵³ si dichos principios no son observados de la misma forma en Turquía. A este respecto, cabe recordar que el Tribunal de Justicia ha observado en otros ámbitos la importancia del principio de reciprocidad en relación con la eficacia que los socios comerciales de la Unión otorgan a normas internacionales ratificadas también por la Unión.⁵⁴

47. En este contexto, a pesar de que la Comunicación de la Comisión donde se defendía la viabilidad del principio de reconocimiento mutuo UE-Turquía, y se recomendaba la inclusión de cláusulas de reconocimiento mutuo estandarizadas en las legislaciones nacionales, es del año 2003,⁵⁵ Turquía ha introducido dicho principio en su legislación interna solo en 2012 a través del Reglamento mencionado en la introducción de este trabajo, lo que la Comisión ha aplaudido en su informe de 2012 relativo al proceso de adhesión de Turquía, al igual que reprochaba en todos sus informes anteriores a ese año el retraso de Turquía en introducir dicho principio.⁵⁶

En el mismo sentido, en su documento de estrategia en relación con Turquía para 2012-2013 la Comisión afirma que ‘Se han efectuado algunos avances en el ámbito de la libre circulación de bienes. Turquía ha introducido el principio de reconocimiento mutuo en su ordenamiento jurídico por lo que respecta al ámbito no armonizado. Turquía se ha convertido en miembro de pleno derecho del CEN y el CENELEC. No obstante, siguen existiendo obstáculos técnicos al comercio, que impiden la libre circulación de bienes en algunas zonas, violando las obligaciones de Turquía con arreglo a la Unión Aduanera.’⁵⁷ En suma, la Comisión da la bienvenida a la nueva regulación turca, si bien recuerda que aún existen obstáculos al comercio que impiden la libre circulación de mercancías en 2012, lo que po-

⁵¹ Ibid.

⁵² Véase A. F. TATHAM, ‘Ensuring compliance? Enhancing judicial application of the aquis communautaire before accession’ CLEER Working Papers, 2009/5, p. 8: ‘Article 66 of Decision 1/95 is a very clear direction to Turkish courts to follow and apply ECJ case-law in cases before them within the ambit of the subject matter addressed in the Association Council Decision. As a further step, it might be that a reading together of Article 7 AA and Article 66 of Decision 1/95 could establish a sound basis for Turkish judges to evolve a more dynamic approach to the use of EC law and ECJ rulings in domestic cases within the entire area covered by the Ankara Agreement, its Protocols, the Customs Union and beyond.’

⁵³ Véase sobre la noción rango intermedio la Opinión de la Abogado General Kokott de 20 de enero de 2005 en el asunto Ikegami, C-467/03, Rec. 2005, I-02389, apartado 31. ‘Los acuerdos internacionales celebrados por la Comunidad gozarán de un «rango intermedio», es decir, se hallarán por debajo del Derecho originario, pero tendrán un rango superior al Derecho comunitario derivado.’

⁵⁴ STJUE de 23 de noviembre de 1999, Portugal/Consejo, C-149/96, Rec. 1999, p. I-8395, apartados 43 a 45. Véase también la STJUE de 26 de octubre de 1982, Kupferberg, 104/81, Rec. p. 3641, apartado 18, donde el Tribunal de Justicia concluyó que la diferente eficacia que los órganos jurisdiccionales de distintas partes de un acuerdo internacional otorguen a las normas del acuerdo no puede constituir, por sí solo, una falta al principio de reciprocidad. No obstante, el Tribunal de Justicia tuvo en cuenta la mencionada diferencia de eficacia para concluir que las normas de la OMC carecían de efecto directo en el ordenamiento jurídico comunitario en la sentencia Portugal/Consejo citada en esta nota.

⁵⁵ Comunicación interpretativa de la Comisión «Simplificación del acceso de productos al mercado de otro Estado miembro: aplicación práctica del reconocimiento mutuo» (DO nº C 265 de 4 de noviembre de 2003, página 2).

⁵⁶ Commission Staff Working Document Turkey 2012 Progress Report accompanying the document communication from the Commission to the European parliament and the Council Enlargement Strategy and Main Challenges 2012-2013 {COM(2012) 600 final}, página 44: ‘As a major step in alignment, Turkey adopted a long-awaited regulation on mutual recognition in the non-harmonised area. The regulation will enter into force on 1 January 2013. It is expected that this will remove a number of technical barriers to the free movement of goods.’ Como ejemplo de las críticas de la Comisión en años anteriores puede consultarse el Commission Staff Working Document Turkey 2010 Progress Report accompanying the document communication from the commission to the European parliament and the council Enlargement Strategy and Main Challenges 2010-2011 {COM(2010) 660 final}, página 46.

⁵⁷ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo Estrategia de ampliación y retos principales 2012-2013 {SWD(2012) 331 final}, página 69.

dría contribuir a cuestionar la aplicación automática y estricta del principio de reconocimiento mutuo en la Unión a productos provenientes de Turquía con arreglo al principio de reciprocidad antes mencionado, especialmente en los años que han transcurrido entre la Comunicación de la Comisión proponiendo dicha vigencia (2003) y su efectiva introducción en Turquía (la entrada en vigor del reglamento es enero de 2013).

48. Por otro lado, en nuestra opinión el principio de reconocimiento mutuo está basado, en último término, en el principio de confianza recíproca entre los Estados miembros de la Unión, una confianza basada en el ambicioso proyecto de integración materializado en los Tratados de Roma, que no se puede extender automáticamente a territorios fuera de la Unión por obra de una disposición como el artículo 66 de la Decisión 1/95. El propio Tribunal de Justicia ha hecho referencia a la confianza recíproca como fundamento del principio de reconocimiento mutuo. Así, en el asunto Bouchara, el Tribunal afirmó que ‘si bien no está prohibido que un Estado miembro exija la aprobación previa de determinados productos, aunque dichos productos ya hayan sido aprobados en otro Estado miembro, las autoridades del Estado importador no están facultados, sin embargo, para exigir innecesariamente análisis técnicos o químicos o pruebas de laboratorio, cuando los referidos análisis y pruebas hayan sido efectuados ya en otro Estado miembro y sus resultados estén a disposición de las citadas autoridades. Esta norma constituye una expresión específica del principio más general de la confianza recíproca entre las autoridades de los Estados miembros y deberá, pues, aplicarse asimismo cuando la comprobación corresponda al propio importador.’⁵⁸

En el mismo sentido se ha expresado el Abogado General La Pergola, con referencia a la doctrina y a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia,⁵⁹ y el Profesor Mattera, Consejero Especial del Presidente de la Comisión Europea y uno de los principales expertos en materia de libre circulación de mercancías, quien ha afirmado que la adopción por el Tribunal de Justicia del principio de reconocimiento mutuo como expresión del principio de confianza recíproca supone un elemento de cohesión e integración entre Estados que, aun manteniendo sus tradiciones y legislaciones propias, comparten tradiciones culturales y científicas, y pertenecen a la misma Comunidad, una Comunidad que se mantiene fuertemente unida a través una legislación común, de unas instituciones comunes y de la jurisdicción supranacional y vinculante del Tribunal de Justicia. Estas garantías, concluye el profesor Mattera, hacen que incluso en ámbitos donde no existe legislación común (ámbitos no armonizados) los Estados miembros puedan confiar en el resto de Estados de la Comunidad.⁶⁰ Además, la Comisión Europea también ha hecho referencia a la confianza recíproca (*mutual confidence* o *mutual trust*) entre Estados Miembros, como base para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo en ámbitos distintos a la libre circulación de bienes, como el de reconocimiento de cualificaciones profesionales.⁶¹

49. Por razones similares, en otros ámbitos, la doctrina ha defendido que el Tribunal de Justicia tendría serias dudas para extender la jurisprudencia sobre el efecto directo horizontal, una jurisprudencia dirigida a reforzar las obligaciones recíprocas de los Estados y la uniformidad del Derecho

⁵⁸ STJUE de 11 de mayo de 1989, C-25/88, Bouchara, *Rec.* 1989 p. 01105, apartado 18.

⁵⁹ Opinión del Abogado General La Pergola en el C-184/96, Foie Gras, *Rec.* 1998, p. I-06197, apartados 28 y 31.

⁶⁰ A. MATTERA: ‘The Principle of Mutual Recognition and Respect for National, Regional and Local Identities and Traditions’, en F. K. PADOA SCHIOPPA (ed.), ‘The Principle of Mutual Recognition in the European Integration Process’, New York, Palgrave Macmillan, p. 11. En el original inglés: ‘The adoption of those principles constitutes an exceptional element of cohesion and integration between States which, in spite of their different traditions and legislations, have common cultural and scientific roots and belong to the same Community, which is held together by links stemming from a common-body legislation, common institutions and a supranational jurisdiction within which rulings apply to all states. Hence, the ‘guarantees offered’ are such that, even in the absence of common rules and regulations, they justify the need for each Member State to exhibit confidence in its ‘neighbour’ and in its legislation, administrative structures, control bodies and procedures.’

⁶¹ Véase ‘Sistema general de reconocimiento de los diplomas de enseñanza superior’, Boletín de las Comunidades Europeas, Suplemento 8/85, Exposición de motivos, p. 7: ‘La puesta en práctica de un procedimiento de intercambios de informaciones y de colaboración [...] tanto entre los Estados miembros como con la Comisión, solo tendría un alcance limitado y a la larga solo aportaría algunas pocas ventajas concretas a los ciudadanos europeos, si su aplicación no estuviera dirigida por la idea de confianza reciproca.’

de la Unión, a ciudadanos de terceros países contra instituciones privadas sobre la base de acuerdos internacionales.⁶² En otros términos, como afirmara Cremona en relación con el Dictamen 1/91 del Tribunal sobre el Acuerdo EEE ‘These substantive distinctions point to two legal orders with essentially different structures. If specific sectors are extracted from the organic whole of the Community legal order, we should not expect the extracted elements to operate in an identical way outside the Community framework.’⁶³

50. Por último, la aplicación del principio de reconocimiento mutuo a los productos provenientes de Turquía podría ser incluso contrario al Derecho internacional, en concreto al Derecho de la Organización Mundial del Comercio. En efecto, como han afirmado distintos autores,⁶⁴ la aplicación del principio de reconocimiento mutuo en el territorio de la Unión a los productos provenientes de Turquía confiere a éstos una ventaja otorgada por la Unión, miembro de la OMC al igual que sus Estados miembros, que no se extiende al resto de Estados partes de la OMC, lo que podría suponer una violación del principio de la nación más favorecida recogido en el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio («GATT») de 1994.

En efecto, según el artículo I del GATT ‘Con respecto a los derechos de aduana y cargas de cualquier clase impuestos a las importaciones o a las exportaciones, [...], con respecto a todos los reglamentos y formalidades relativos a las importaciones y exportaciones, y con respecto a todas las cuestiones a que se refieren los párrafos 2 y 4 del artículo III, cualquier ventaja, favor, privilegio o inmunidad concedido por una parte contratante a un producto originario de otro país o destinado a él, será concedido inmediata e incondicionalmente a todo producto similar originario de los territorios de todas las demás partes contratantes o a ellos destinado.’ La ventaja concedida por la extensión del principio de reconocimiento mutuo a Turquía podría ser justificada, con base en el artículo XXIV del GATT, sólo si se considerase necesaria para el establecimiento de una unión aduanera o de una zona de libre comercio, lo que parece discutible a la luz de otras uniones aduaneras donde no se ha incluido dicho principio. Dicha ventaja podría también ser justificada, con base en el artículo XX GATT, si se considerase necesaria para alcanzar alguno de los fines previstos en dicho artículo, como la protección de la salud, lo que es también discutible jurídicamente pues el establecimiento de dicho principio elimina, precisamente, controles fronterizos destinados en ocasiones a comprobar que los productos responden a los estándares sanitarios exigidos en el estado importador.

3. Las cláusulas de reconocimiento mutuo a los productos UE/Turquía

51. Como hemos mencionado anteriormente, en su comunicación interpretativa titulada «Simplificación del acceso de productos al mercado de otro Estado miembro: aplicación práctica del reconocimiento mutuo»,⁶⁵ la Comisión Europea defiende las ventajas de incluir cláusulas de reconocimiento mutuo en las legislaciones nacionales. La Comisión constata que, a pesar del efecto directo de los artículos 28 y 30 CE (hoy 34 y 36 TFUE), la presencia de normas técnicas distintas en otro país de la Unión disuaden a los operadores económicos a la hora de comercializar sus productos en países distintos al suyo de origen. Asimismo la Comisión observa que los operadores jurídicos y las administraciones competentes albergan dudas sobre la aplicación del principio de reconocimiento mutuo en

⁶² S. PEERS, ‘Towards Equality: Actual and Potential Rights of Third-country Nationals in the European Union’ (1996) 33 CML Rev, 30: ‘No EU international agreement has ever been held to apply against a private party, for the Court has not yet had to answer this question. However, the ECJ will likely be reluctant to grant third-country nationals a remedy which was initially designed to enforce Member States’ obligations to one another and to ensure the uniformity of EU law.’

⁶³ M. CREMONA, «The «Dynamic and Homogeneous» EEA: Byzantine Structures and Variable Geometry», EL Rev. (1994) 19, p. 520.

⁶⁴ L. BARTELS, ‘The legality of the EC mutual recognition clause under WTO law’, Journal of International Economic Law 8(3), pp. 691-720 o J.P. TRACHTMAN, ‘Toward Open Recognition? Standardization and Regional Integration Under Article XXIV of GATT’ Working Draft dated April 22, 2002 Prepared for WTO Seminar on The Changing Architecture of the Global Trading System: Regionalism and the WTO’, pp. 20-36.

⁶⁵ Comunicación interpretativa de la Comisión «Simplificación del acceso de productos al mercado de otro Estado miembro: aplicación práctica del reconocimiento mutuo». (DO nº C 265 de 4 de noviembre de 2003, página 2).

ausencia de una mención explícita al mismo en la legislación nacional. Por estas razones la Comisión aconseja y ‘trata de que’ en las legislaciones nacionales se incluyan cláusulas de reconocimiento mutuo en relación con los productos provenientes del Espacio Económico Europeo y de Turquía (productos EEE/Turquía).

52. En las siguientes líneas nos preguntamos si existe base jurídica suficiente, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, para exigir, más allá de recomendar, la inclusión de dichas cláusulas en las legislaciones nacionales, teniendo además en cuenta que las mismas no se circunscriben a los productos fabricados o comercializados legalmente en un Estado miembro de la Unión, sino que se extienden a los productos fabricados en otros países del Espacio Económico Europeo y a Turquía.

53. La Comunicación de la Comisión menciona como fundamento para aconsejar la inclusión de cláusulas de reconocimiento mutuo EEE/Turquía la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto *foie gras*.⁶⁶ En aquel asunto la Comisión interpuso un recurso por incumplimiento contra Francia con base en un decreto notificado por el gobierno francés a la Comisión con arreglo a la Directiva Directiva 83/189/CEE.⁶⁷ El Decreto controvertido prohibía la posesión con vistas a su venta o a su distribución gratuita bajo las denominaciones previstas en el Decreto de preparados a base de foie gras que no se atuvieran a los requisitos de contenido de foie gras o de procedimiento de fabricación previstas en el propio decreto. En el marco del procedimiento previsto por la Directiva citada, la Comisión comunicó a Francia que, en su opinión, el Decreto vulneraba los artículos 28 y 30 CE, tanto en relación con los requisitos de contenido y procedimiento de fabricación recogidos en el Acuerdo como por no prever ninguna cláusula de reconocimiento mutuo para los productos legalmente comercializados en los demás Estados miembros. Francia se negó a modificar el Decreto en el sentido propuesto por la Comisión, negándose asimismo a incluir una cláusula de reconocimiento mutuo.

54. Finalmente, el Tribunal de Justicia concluyó que «El riesgo de que un preparado a base de foie gras procedente de un Estado miembro y que cumpla las normas establecidas por dicho Estado lleve una denominación contemplada en el Decreto, sin observar de forma exacta los requisitos relativos al contenido de foie gras o, tan siquiera, al procedimiento de fabricación fijados en dicho Decreto no puede justificar, por sí solo, una prohibición total de comercializar tal clase de producto en el territorio francés con el fin de impedir los fraudes. [...] De ello se desprende que el Decreto no puede considerarse proporcionado en relación con la exigencia de la represión de los fraudes. [...] Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede declarar que la República Francesa ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 30 del Tratado, al haber aprobado el Decreto sin incluir en él una cláusula de reconocimiento mutuo para los productos procedentes de un Estado miembro y que se ajusten a las normas establecidas por éste»⁶⁸.

55. La sentencia del Tribunal en este asunto, contraria a la opinión del Abogado General La Pergola, para quien ‘la no inserción en el Decreto de la cláusula de reconocimiento mutuo no puede considerarse contraria al Derecho comunitario’, es de una relevancia relativa para los productos provenientes de Turquía, objeto de este trabajo, por varias razones.

56. En primer lugar porque la sentencia ratifica el petitum de la Comisión en este caso sin exponer los argumentos que llevarían a la conclusión de que existe una obligación de incluir una cláusula de reconocimiento mutuo en las legislaciones nacionales so pena de vulnerar los artículos 34 a 36 TFUE. Este hecho ha llevado a algunos autores a afirmar que la sentencia foie gras no incluye dicha obligación

⁶⁶ STJUE de 22 de octubre de 1998, C-184/96, Foie Gras, *Rec.* 1998, p. I-06197, véanse en particular los apartados 26-28.

⁶⁷ Directiva 83/189/CEE del Consejo, de 28 de marzo de 1983, por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas (DO L 109, p. 8; EE 13/14, p. 34).

⁶⁸ STJUE de 22 de octubre de 1998, C-184/96, Foie Gras, *Rec.* 1998, p. I-06197, véanse en particular los apartados 26-28.

ni modifica por tanto sustancialmente la jurisprudencia existente sobre libre circulación de mercancías.⁶⁹ Otros autores, incluyendo a Mattera y Gutiérrez Fons, sostienen lo contrario.⁷⁰

57. En segundo lugar, la sentencia se refería a productos provenientes exclusivamente de otros Estados miembros de la Unión, no a productos del EEE o productos de Turquía. Esto se deduce tanto de la fecha del procedimiento de infracción previo al recurso de incumplimiento interpuesto por la Comisión (que transcurrió entre 1992 y 1994), anterior a la Decisión 1/95 y por tanto a la posible extensión del principio de reconocimiento mutuo a los productos procedentes de Turquía por obra del artículo 66 de dicha Decisión, como del texto de la sentencia, y, especialmente, de la cláusula de reconocimiento mutuo propuesta por la Comisión en este caso, citada por el Abogado General en su opinión, la cual se circunscribía a los productos fabricados o comercializados legalmente en otro país de la entonces Comunidad.⁷¹

58. En tercer lugar, y sobre todo, porque la jurisprudencia ha matizado considerablemente la sentencia foie gras, desdibujando la obligación de incluir una cláusula de reconocimiento mutuo que parecía desprenderse de la misma. Así, en tres sentencias dictadas el mismo día Comisión/Francia, Greenham y Abel, y Comisión/ Italia, el Tribunal rechazó tácita pero necesariamente la existencia de una obligación de incluir cláusulas de reconocimiento mutuo en las legislaciones nacionales con arreglo a los hoy artículos 34 y 36 TFUE.⁷²

Los asuntos eran similares por cuanto que se trataba de casos donde el Estado, Francia e Italia respectivamente, había condicionado la venta de determinados productos a su inclusión en una lista aprobada por el Gobierno, o a autorización previa. En uno de los asuntos iniciados por la Comisión Europea,⁷³ ésta había solicitado del Tribunal la constatación del incumplimiento de las obligaciones del Tratado por la mera negativa del gobierno a incluir una cláusula de reconocimiento mutuo. En los términos recogidos por el propio Tribunal en el asunto Comisión/Francia ‘Según la Comisión, en aplicación de la sentencia de 22 de octubre de 1998, Comisión/Francia (C-184/96, Rec. p. I-6197) [foie gras], la falta de una cláusula de reconocimiento mutuo en la normativa francesa basta para demostrar la existencia de un incumplimiento.’⁷⁴

La sentencia del Tribunal de Justicia en este asunto no recoge el argumento de la Comisión sino que, citando jurisprudencia anterior, afirma que se puede supeditar la comercialización de un producto a autorización previa sin vulnerar las normas sobre libre circulación de mercancías siempre que se respeten una serie de condiciones: ‘dicha normativa debe prever un procedimiento que permita a los operadores económicos obtener la inclusión de la referida sustancia nutritiva en la lista nacional de sustancias autorizadas. Dicho procedimiento debe ser fácilmente accesible y debe poderse concluir dentro de un plazo razonable y, si desemboca en una decisión denegatoria, ésta debe ser recurrible judicialmente [y] Por otra parte, las autoridades nacionales competentes únicamente pueden denegar una solicitud de inclusión de una sustancia nutritiva en la lista nacional de sustancias autorizadas si dicha sustancia constituye un verdadero riesgo para la salud pública.’⁷⁵

⁶⁹ Véanse M.A. JARVIS, ‘Cases C-24/00, Commission v France, C-95/01 Greenham and Abel and C-270/02 Commission v Italy, judgments of the Court of Justice of 5 February 2004. Sixth and Third Chamber », CMLR nº 41 2004, p.1404’, y A. RIGAUX Y D. SIMON ‘La guerre du foie-gras aura-t-elle lieu?’, Europe. Jurisclasseur. Fascicule 550. Diciembre 1998, p 14. Ambos autores aparecen citados por J.A. GUTIERREZ FONS, ‘Las cláusulas de reconocimiento mutuo: la perspectiva comunitaria del Derecho nacional’ Revista Electrónica de Estudios Internacionales, Número 10, diciembre 2005, pp. 1-43.

⁷⁰ J.A. GUTIERREZ FONS, ‘Las cláusulas de reconocimiento mutuo: la perspectiva comunitaria del Derecho nacional’ op. cit.; A. MATTERA ‘L’Arrêt « Foie Gras » du 22 octobre 1998 : Porteur d’une nouvelle impulsion pour le perfectionnement du Marché unique européen’, RMUE, nº 4 /1998, pp. 113-124.

⁷¹ Opinión del Abogado General La Pergola en el C-184/96, Foie Gras, Rec. 1998, p. I-06197, nota al pie nº 6: ‘Según los documentos que obran en autos, el texto de la cláusula propuesta por la Comisión era el siguiente: «Podrán comercializarse en el territorio francés los preparados a base de foie gras elaborados de manera constante y leal de acuerdo con procedimientos tradicionales existentes en otros Estados miembros de la CEE.»’

⁷² STJUE 5 febrero 2004, Comisión/Francia, C-24/00, Rec. 2004, p. I-01277; STJUE 5 febrero 2004, Comisión/Italia, C-270/02, Rec. 2004, p. I- 01559; y STJUE 5 febrero 2004, Greenham y Abel, C-95/01, Rec. 2004, p. I- 01333.

⁷³ En concreto en el asuntos STJUE 5 febrero 2004, Comisión/Francia, C-24/00, Rec. 2004, p. I-01277.

⁷⁴ Id., apartado 17.

⁷⁵ Id., apartados 26-27.

Asimismo, en el tercer asunto mencionado *supra*, el único de los tres resueltos por el Tribunal el mismo día que no tenía su origen en un recurso interpuesto por la Comisión, una de las partes también planteó el mismo argumento al Tribunal con base en la sentencia foie gras, obteniendo la misma respuesta de éste. Así, como recogió el Abogado Mischo en su opinión relativa a este asunto ‘los Sres. Greenham y Abel, refiriéndose a la sentencia de 22 de octubre de 1998, Comisión/Francia, solicitan al Tribunal de Justicia que declare que la República Francesa no introdujo en su normativa ninguna cláusula de reconocimiento mutuo que habría permitido comercializar en territorio francés los complementos alimenticios libremente comercializados por otros Estados miembros.’⁷⁶

59. La opinión del Abogado General Mischo, tanto en el asunto Comisión/Francia como en el asunto Greenham y Abel, fue contundente y contraria a la existencia de una obligación de incluir cláusulas de reconocimiento mutuo en legislaciones nacionales. De los argumentos expuestos en su opinión en el asunto Comisión/Francia se deducen las condiciones establecidas por el Tribunal y reproducidas *supra* en esta sección: ‘no puede mantenerse que la necesidad de incluir tal cláusula derive de la lógica inherente a los artículos pertinentes del Tratado, ni tampoco que sea precisa para que esos artículos resulten plenamente eficaces. Estas disposiciones son autosuficientes. El artículo 30 del Tratado establece una regla clara: la prohibición de las medidas de efecto equivalentes, y el artículo 36 del Tratado autoriza determinadas excepciones. A mi juicio, basta por tanto estar a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, según la cual incumbe al Estado miembro importador demostrar, mediante argumentos adecuados e informes científicos, en qué consisten a su entender los riesgos para la salud resultantes de la utilización de una determinada sustancia, o explicar, con una motivación detallada, la razón por la que el consumidor puede ser inducido a error sobre la naturaleza precisa de las propiedades o de los efectos del producto alimenticio de que se trate. Es necesario además que el importador pueda impugnar la decisión de la autoridad competente. Es todo cuanto se precisa para garantizar la libre circulación de mercancías.’⁷⁷

60. Cabe recordar también en este punto que la opinión del Abogado General La Pergola sobre la compatibilidad de las cláusulas de reconocimiento mutuo con la legislación comunitaria fue igualmente contraria a la existencia de la obligación de introducción de estas cláusulas alegada por la Comisión Europea. No obstante, autores como González Vaqué y Gutiérrez Fons niegan el abandono total de la jurisprudencia foie gras, existiendo a disposición de los legisladores nacionales varios opciones según el primero, y una obligación a cargo de los Estados miembros de incluir cláusulas de reconocimiento mutuo en las legislaciones nacionales cuando éstas supongan un obstáculo desproporcionado o injustificado a la libre circulación de mercancías según el segundo.⁷⁸

61. En todo caso, el Tribunal de Justicia ha vuelto a rechazar recientemente la existencia de una obligación de incluir cláusulas de reconocimiento mutuo en las legislaciones nacionales con arreglo a los artículos 34 y 36 TFUE. En concreto, en un asunto contra Francia, la Comisión volvió a solicitar del Tribunal que sancionase la negativa de Francia a incluir una cláusula de reconocimiento mutuo, que por lo que se desprende de los autos estaría limitada a los productos provenientes de otros Estados miembros (no al EEE o a Turquía).⁷⁹ El Abogado General en este asunto, el Sr. Mazak, consideró que la inclusión de una cláusula de reconocimiento mutuo constituía uno de los medios adecuados para dar cumplimien-

⁷⁶ Opinión del Abogado General Mischo en el asunto Greenham y Abel, C-95/01, *Rec.* 2004, p. I- 01333, apartado 78.

⁷⁷ Opinión del Abogado General Mischo en el asunto Comisión/Francia, C-24/00, *Rec.* 2004, p. I-01277, apartados 54-56.

⁷⁸ L. GONZALEZ VAQUE, ‘la libre circulación de productos alimenticios en la Unión Europea : tres opciones para asegurar la protección de la salud de los consumidores’, REDU nº 11 Julio-Septiembre 2004. pp. 393-415, opinión recogida en el trabajo de J.A. GUTIERREZ FONS, ‘Las cláusulas de reconocimiento mutuo: la perspectiva comunitaria del Derecho nacional’ op. cit., p. 31; y J.A. GUTIERREZ FONS, ‘Las cláusulas de reconocimiento mutuo: la perspectiva comunitaria del Derecho nacional’ op. cit. p. 33.

⁷⁹ STJUE de 28 de enero de 2010, C-333/08, Comisión/Francia, *Rec.* 2010, p. I-00757, apartado 64: ‘[Según la Comisión] la cláusula de reconocimiento mutuo debería limitarse a establecer que las disposiciones de la normativa nacional pertinente no obstaculizan el principio de libre circulación de productos alimenticios en cuya preparación se hayan utilizado AT que no se ajustan a lo dispuesto en dicha normativa pero que proceden de otros Estados miembros de la Comunidad en los que se fabrican o comercializan legalmente.’

to al mandato del artículo 34 TFUE, en línea pues con los autores que sugieren que los legisladores nacionales disponen de varias opciones para hacer efectivo el principio de reconocimiento mutuo.⁸⁰

62. El Tribunal, sin embargo, reprodujo lo esencial del contenido de la sentencia Comisión/Francia mencionada supra al afirmar que ‘En lo que atañe a las alegaciones de la Comisión sobre la naturaleza de las cláusulas de reconocimiento mutuo que un Estado miembro está obligado a incorporar a su normativa nacional relativa a un régimen de autorización previa como el controvertido en el caso de autos, recuérdese que [...] una normativa nacional que supedita a autorización previa los productos alimenticios en cuya preparación se hayan empleado [auxiliares tecnológicos] fabricados y/o comercializados legalmente en otros Estados miembros no es contraria, en principio, al Derecho comunitario si se cumplen los requisitos enumerados en los apartados 81 y 82 de la presente sentencia [la jurisprudencia citada igualmente en el asunto Comisión/Francia C-24/00 reproducido supra]. Por lo tanto, no cabe admitir la alegación de la Comisión [...] sobre la naturaleza de la cláusula de reconocimiento mutuo necesaria para dar cumplimiento al Derecho comunitario.’⁸¹

63. El Tribunal explicó, además, el fundamento de esta jurisprudencia en términos inequívocos: ‘exigir en una normativa nacional que establece un procedimiento de autorización previa la inclusión de una cláusula de reconocimiento mutuo [...] sería contrario a la propia razón de ser de dicho procedimiento, ya que el Estado miembro de que se trate estaría obligado a aceptar que se comercializaran en su territorio [auxiliares tecnológicos] y productos alimenticios que se beneficien de dicha cláusula sin poder comprobar que no existen riesgos reales para la salud pública.’⁸² La negativa del Tribunal a la obligación de incluir cláusulas de reconocimiento mutuo es por tanto rotunda.

64. Por último, en un asunto reciente originado en una cuestión prejudicial elevada por el Tribunal Supremo español,⁸³ el Tribunal de Justicia ha tenido ocasión de pronunciarse sobre una legislación que incluía una cláusula de reconocimiento mutuo en la que se mencionaba directamente a los productos provenientes de Estados firmantes del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo e indirectamente a los productos provenientes de Turquía.⁸⁴ Sin embargo, el Tribunal ha resuelto el asunto haciendo caso omiso de estas menciones, refiriéndose por tanto al principio de reconocimiento mutuo exclusivamente en relación con los productos provenientes de otros Estados miembros, y ello sin estar justificado por la cuestión prejudicial emitida por el órgano nacional que era abierta en este sentido.⁸⁵

Así, en la sentencia el Tribunal afirma que ‘se desprende de una reiterada jurisprudencia que el artículo 34 TFUE refleja la obligación de respetar los principios de no discriminación y de reconocimiento mutuo de los productos legalmente fabricados y comercializados en otros Estados miembros, así como la de garantizar a los productos de la Unión el libre acceso a los mercados nacionales[...]’

⁸⁰ Opinión del Abogado General Mazak en el asunto C-333/08, Comisión/Francia, *Rec.* 2010, p. I-00757, apartados 59-62.

⁸¹ STJUE de 28 de enero de 2010, C-333/08, Comisión/Francia, *Rec.* 2010, p. I-00757, apartados 106-107.

⁸² Id., apartado 109.

⁸³ STJUE de 1 de marzo de 2012, C-484/10, Ascafor y Asidac, *Rec.* 2012, no publicada aún. El asunto, tras ser devuelto al Tribunal Supremo, fue resuelto por STS 27 septiembre 2012, RCA 53/2008.

⁸⁴ Véase el artículo 4.1 del Real Decreto 1247/2008, de 18 de julio, por el que se aprueba la instrucción de hormigón estructural (EHE-08), publicado en BOE núm. 203 de 22 de Agosto de 2008: ‘En el ámbito de aplicación de esta Instrucción, podrán utilizarse productos de construcción que estén fabricados o comercializados legalmente en los Estados miembros de la Unión Europea y en los Estados firmantes del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, y siempre que dichos productos, cumpliendo la normativa de cualquiera de dichos Estados, aseguren en cuanto a la seguridad y el uso al que están destinados un nivel equivalente al que exige esta Instrucción. [...] Lo dispuesto en los párrafos anteriores será también de aplicación a los productos de construcción fabricados o comercializados legalmente en un Estado que tenga un Acuerdo de asociación aduanera con la Unión Europea, cuando ese Acuerdo reconozca a esos productos el mismo tratamiento que a los fabricados o comercializados en un Estado miembro de la Unión Europea.’

⁸⁵ La cuestión prejudicial formulada decía así: «¿Puede entenderse que la exhaustiva regulación contenida en el Anejo 19 del Real Decreto 1247/08, de 18 de julio, en relación con el artículo 81 para la obtención del reconocimiento oficial de los distintivos de calidad resulta excesiva, desproporcionada a la finalidad perseguida e implica una limitación injustificada que dificulta el reconocimiento de la equivalencia de los certificados y un obstáculo o restricción a la comercialización de los productos importados contraria a los artículos [34 TFUE] y [36 TFUE]?».

las exigencias controvertidas pueden restringir el acceso al mercado español del acero para armaduras fabricado y certificado en un Estado miembro distinto del Reino de España, [...] Como de este modo se disuade a las empresas establecidas en el Reino de España de importar acero para armaduras producido en otro Estado miembro [...] la normativa nacional controvertida debe considerarse una medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa a la importación en el sentido del artículo 34 TFUE.⁸⁶

65. Naturalmente, del silencio del Tribunal no se pueden obtener conclusiones definitivas en relación con la aplicación del principio de reconocimiento mutuo a productos distintos a los originarios de Estados miembros de la Unión. El Tribunal ha considerado que no necesitaba analizar dicha aplicación a la luz de la cuestión formulada por el juez nacional. No obstante, en nuestra opinión el silencio del Tribunal se suma al resto de elementos esbozados en la sección anterior en el sentido de plantear serias dudas a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo a los productos provenientes de Turquía por obra de la Decisión 1/95 y, en concreto, de su artículo 66.

IV. Conclusiones

66. En suma, a la luz de las consideraciones anteriores, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en relación con los artículos 34 a 36 TFUE debe ser observada a la hora de interpretar los artículos 5 a 7 de la Decisión 1/95 sobre prohibición de restricciones cuantitativas a la importación y exportación o medidas de efecto equivalente, habida cuenta de que el tenor de dichos artículos es prácticamente idéntico al de los artículos del TFUE, y de que así lo desean las partes, como evidencia el artículo 66 de la Decisión 1/95.

No obstante, lo anterior no se extiende, en nuestra opinión, a la jurisprudencia sobre el principio de reconocimiento mutuo y ello con base, por un lado, en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, y, por otro, en que dicho principio se basa, también con base en dicha jurisprudencia y en la doctrina más autorizada, en último término en el principio de reconocimiento mutuo entre Estados miembros de la Unión, un principio que no cabe extender automáticamente a otros Estados.

Por último, y relacionado con lo anterior, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia posterior a la sentencia foie gras evidencia que el derecho de la Unión, y en concreto el artículo 34 TFUE, no exige la inclusión de cláusulas de reconocimiento mutuo en las legislaciones nacionales. Lo anterior se deduce, además, de la jurisprudencia relativa a cláusulas de reconocimiento mutuo aplicables a productos fabricados o comercializados legalmente en otros países de la Unión. Con mayor razón, y a tenor de las dudas expuestas en el apartado anterior en relación con la aplicabilidad de la jurisprudencia sobre el reconocimiento mutuo a los productos provenientes de Turquía, dichas cláusulas no son necesarias para cumplir con lo dispuesto en el Acuerdo de Ankara y su desarrollo posterior, incluyendo la Decisión 1/95 del Consejo de Asociación UE-Turquía.

⁸⁶ STJUE de 1 de marzo de 2012, C-484/10, Ascafor y Asidac, Rec. 2012, no publicada aún, apartados 53 a 57.

LA PROPUESTA DE REGLAMENTO DE COMPRAVENTA EUROPEA: CUESTIONES GENERALES, EN ESPECIAL SU ÁMBITO DE APLICACIÓN*

LUIS ANTONIO VELASCO SAN PEDRO

*Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad de Valladolid (España)*

Recibido: 10.06.2013 / Aceptado: 14.06.2013

Resumen: El presente artículo realiza una primera aproximación a la propuesta de Reglamento de normativa común de compraventa europea, presentado por la Comisión Europea a finales de 2011, para lo que hace una exposición de las razones que la han motivado y examina la situación actual de diversidad normativa en Europa. Posteriormente se examina críticamente el sentido general de la propuesta y su estructura. Finalmente se considera su ámbito de aplicación y los principales problemas que se plantean en relación con esta cuestión.

Palabras clave: compraventa europea, CESL, Derecho de los consumidores, Derecho contractual, Derecho europeo.

Abstract: This article realizes a first approximation to the proposed Common European Sales Law (CESL), presented by the European Commission at the end of 2011. In order to do so, it analyzes, in the first place, the reasons underlining this proposal and the current situation of regulatory diversity in Europe. The general sense and structure of the proposal are examined afterwards. Finally, it is considered the scope of the proposal and the main problems that this question may raise.

Key words: European sales, CESL, consumer law, contracts law, European law.

Sumario: I. La diversidad normativa como barrera al mercado único. II. La situación actual de diversidad normativa en materia contractual. III. La propuesta de Reglamento. 1. Su sentido y estructura. 2. Su ámbito de aplicación. A) Ámbito de aplicación material: contratos que pueden y no pueden someterse. B) Ámbito de aplicación territorial: contratos transfronterizos. C) Ámbito de aplicación personal: comerciantes y consumidores. D) El presupuesto para la aplicación: el acuerdo de las partes.

I. La diversidad normativa como barrera al mercado único

1. La crisis económica que comenzó en 2007-2008 no acaba de abandonar a muchos de los Estados miembros del Unión Europea (UE), algunos de los cuales siguen sumidos en una profunda recesión económica, y son bastantes las voces que ponen en cuestión el funcionamiento de las instituciones europeas, en particular de las que sirven a la Unión Económica y Monetaria (la llamada *zona euro*), al señalar su incapacidad para superar esta situación. Sería un error, sin embargo, olvidar todo lo que ha venido suponiendo la integración europea en los más de 60 años transcurridos desde que se fundó la primera de las Comunidades Europeas¹, y las altas cotas de bienestar social alcanzadas por sus miembros más antiguos y a las que aspiran, obvio es decirlo, los Estados del este europeos recientemente incorporados y los que restan aún por incorporar.

* Este trabajo forma parte del Proyecto del Ministerio de Ciencia e Innovación del Gobierno de España DER2011-28722 “Distribución y competencia: nuevos escenarios y nuevos marcos legales y jurisprudenciales”.

¹ La Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA), fundada en 1951.

Todo esto se ha debido en buena parte a la creación de un gran mercado europeo, al que primero se llamó *común* y, a partir del Acta Única Europea de 1986, *interior*, para resaltar que lo que se pretendía a todos los efectos era que funcionase como los mercados propiamente nacionales², con libre circulación de bienes y factores de producción, en un marco de competencia no falseado³.

2. Con todo, aunque el mercado único europeo hoy en día es una realidad incuestionable, sigue presentando notables zonas de resistencia –proteccionismos nacionales, persistencia de barreras técnicas, prácticas de empresas anti integracionistas, etc.– e imperfecciones varias, que obligan a una permanente vigilancia de las autoridades europeas y a la adopción de nuevos instrumentos de integración⁴.

3. Precisamente, uno de los sectores en el que queda todavía mucho por hacer, es el de la integración de los *instrumentos contractuales*. Paradójicamente las transacciones económicas –un *mercado* no es otra cosa, en el fondo, que un conjunto de transacciones sobre bienes y/o servicios– se siguen basando todavía principalmente en normas contractuales nacionales aunque, como luego se dirá, haya algunos elementos de internacionalización o armonización de legislaciones, particularmente en relación con la protección de los consumidores.

4. En este mismo sentido, la reciente Comunicación de la Comisión sobre *Una normativa común de compraventa europea para facilitar las transacciones transfronterizas en el mercado único*, de 11 de octubre de 2011⁵, resalta que «*pese a estos éxitos abrumadores (del mercado único), siguen existiendo barreras entre los Estados miembros de la UE. Los ciudadanos y las empresas no siempre pueden aprovechar todo el potencial que encierra el mercado único y, más en concreto, el comercio transfronterizo. Muchas de estas barreras estriban en las disparidades que existen entre los ordenamientos jurídicos nacionales. Las diferencias entre los regímenes contractuales de los veintisiete Estados miembros de la UE constituyen uno de los principales escollos al comercio transfronterizo*»⁶.

Esta Comunicación cuantifica, además, los *costes de transacción* que la disparidad normativa supone para empresas y consumidores. Para las PYMES que quieran exportar sus mercancías a otro Estado, tales costes se estiman en torno al 7 % de su volumen de negocios anual, llegando al 26 % cuando pretenden hacerlo en cuatro Estados miembros. También se valora el lucro cesante –intercambios no realizados por las empresas como consecuencia de las disparidades normativas– en 26.000 millones de € por año. Respecto a los *consumidores*, estudios demoscópicos ponen de relieve que el 44 % considera que las incertidumbres sobre los derechos que les asisten ejercen efectos disuasorios a la hora de efectuar compras en otros países de la UE, y que un tercio se plantearía hacerlas si se aplicaran normas uniformes. En la actualidad, dice la Comunicación, únicamente lo hace el 7 %. A ello se añade que los consumidores que proactivamente intentan contratar fuera de su Estado miembro, se encuentran frecuentemente con que los comerciantes les deniegan la venta o la entrega. Unos 3 millones de consumidores tuvieron experiencias de este tipo en un año⁷.

² El éxito del *mercado interior* es una demostración empírica de las *ventajas comparativas del comercio internacional*, que ya defendieron economistas clásicos como David Ricardo. Para una primera aproximación a estos planteamientos, véanse BUSTOS GISBERT, A.: «Fundamentos económicos de la integración europea», en VEGA MOCOROA, I. (coord.): *La integración económica europea*, 2^a ed., Lex Nova, Valladolid 1998, pp. 45 y ss. y GARCÍA VILLAREJO, A.: «Los retos fundamentales de la integración económica», en VELASCO SAN PEDRO, L.A. (coord.): *MERCOSUR y la Unión Europea: Dos modelos de integración económica*, Lex Nova, Valladolid 1998, pp. 69 y ss.

³ Son las cuatro clásicas libertades de circulación: mercancías, personas (libertad de establecimiento y de circulación de trabajadores), servicios y capitales. Como obras de referencia en la materia así como del Derecho de la competencia europeo, en castellano, véanse MATTERA, A.: *El mercado único europeo. Sus reglas de funcionamiento*, trad. castellana, Civitas, Madrid 1991; CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Mercado único y libre competencia en la Unión Europea*, Colex, Madrid 2003 y VELASCO SAN PEDRO, L.A. (coord.): *Derecho Europeo de la competencia. Antitrusts e intervenciones públicas*, Lex Nova, Valladolid 2005.

⁴ La construcción de este mercado ha avanzado en gran medida a impulso de la jurisprudencia progresiva del Tribunal de Justicia, a partir de su sentencia de 20 de febrero de 1979, en el célebre asunto del *Cassis de Dijon*.

⁵ COM(2011) 636 final.

⁶ Comunicación cit., p. 2.

⁷ Comunicación cit., p. 3.

Por otro lado, señala asimismo la Comunicación, que la experiencia empírica pone de relieve cómo el comercio bilateral entre países con sistemas jurídicos con un origen común —como el Derecho consuetudinario o la tradición jurídica escandinava— es un 40 % superior a los intercambios comerciales entre países que no cuentan con ese acervo común⁸.

En cualquier caso, en la actualidad el comercio transfronterizo es todavía relativamente escaso, ya que sólo el 9,3 % de las empresas europeas realizan este tipo de actividad⁹.

5. Todo ello es lo que finalmente ha propiciado la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo *relativo a una normativa común de compraventa europea* (conocida por las siglas en inglés CESL: *Common European Sales Law*), presentada por la Comisión asimismo el 11 de octubre de 2011, de forma paralela a la citada Comunicación¹⁰, y a cuyo contenido vamos a realizar una primera aproximación, para centrarnos posteriormente en su ámbito de aplicación, aunque no sin antes examinar brevemente su finalidad y justificación.

II. La situación actual de diversidad normativa en materia contractual

6. Como se acaba de indicar, en la actualidad las transacciones se realizan en el mercado único europeo con base principalmente en las distintas legislaciones nacionales. Esta disparidad, por otro lado, se acrecienta en la medida en que las culturas jurídicas de los Estados miembros eran y siguen siendo distintas: sistemas de tradición romano-germánica o de *Civil Law*, sistemas de tradición anglosajona o de *Common Law*, etc.¹¹

7. Con todo, hay elementos significativos que contribuyen a paliar en parte esta diversidad. Entre los de origen legal, y por referirnos a los más significativos, hay que resaltar la existencia de normas europeas de *Derecho internacional privado* sobre competencia judicial internacional y conflictos de leyes establecidas, respectivamente, en el Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, 22 de diciembre del 2000, *relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil* (Bruselas I) y el Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, *sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales* (Roma I).

El *Reglamento Bruselas I* establece que, en materia contractual, las personas domiciliadas en un Estado miembro podrán ser demandadas en otro ante el tribunal del lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirva de base a la demanda (cuando se trate de una compraventa de mercaderías, se considerará como tal el lugar en el que, según el contrato, hubieren sido o debieran ser entregadas las mercaderías) (art. 5º). Los consumidores, por su parte, podrán demandar, a su elección, ante el tribunal del domicilio del demandado o ante el tribunal del lugar en que estuviere domiciliado el consumidor (art. 16).

El *Reglamento Roma I*, por su parte, determina la Ley aplicable a las obligaciones contractuales en materia civil y mercantil en las situaciones que impliquen un conflicto de leyes (art. 1º), concediendo primacía a la elección que hagan las partes dentro de los parámetros que establece (art. 3º)¹².

⁸ Comunicación cit., p. 4.

⁹ Este dato es aportado por ESTEBAN DE LA ROSA, F. y OLARIU, O.: «La aplicación de la Normativa Común de Compraventa Europea (CESL) a los contratos de consumo: nuevos desafíos para el sistema de Derecho internacional privado europeo», en *InDret* 1/2013, p. 11.

¹⁰ COM(2011) 635 final.

¹¹ Entre la literatura más reciente que se refiere a estas divergencias entre las dos culturas jurídicas, véanse RUBINO-SAMMARTANO, M.: «Civil law e common law: differenze anche profonde», en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, vol. 63, nº extra 4, pp. 121 y ss. y PELLOSO, C.: «El concepto de «bargain» y la (in-)superable distancia entre Common Law y Civil Law: algunas observaciones históricas sobre la Europeización del Derecho de los Contratos», en *Revista General de Derecho Romano*, nº 19, 2009.

¹² Para una primera aproximación a ambos reglamentos, véase CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: «Contratos internacionales (I): Competencia judicial y Ley aplicable», en CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (dir.): *Derecho del comercio internacional*, Colex, Madrid 2012, pp., 478 y ss..

8. En cuanto a normas de *Derecho material*, existen tanto disposiciones que afectan a los consumidores, como otras que se refieren específicamente a los empresarios. Entre las primeras deben destacarse las numerosas directivas que se han ido produciendo en materia de *defensa de los consumidores*, así como ciertos reglamentos, que en su conjunto diseñan un cuadro relativamente completo de protección desde un punto de vista contractual de los consumidores, proscribiendo determinadas prácticas (prácticas desleales con consumidores, publicidad engañosa y comparativa), y concediéndoles determinados estándares de protección y derechos (frente a condiciones abusivas, ventas fuera de establecimiento y a distancia, crédito al consumo, multipropiedad, viajes combinados, transporte aéreo, garantías en venta de bienes, acciones de cesación, etc.)¹³.

9. Respecto a los *empresarios*, merecen asimismo resaltarse, entre otras disposiciones, las directivas sobre el contrato de agencia –Directiva 86/653/CEE del Consejo, de 18 de diciembre de 1986, *relativa a la coordinación de los derechos de los Estados Miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes*– y la morosidad en las operaciones comerciales –Directiva 2011/7/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011, *por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales*–. Asimismo, aunque no sea una norma europea sino internacional, la Convención de Viena *sobre contratos de compraventa internacional de mercancías*, de 11 de abril de 1980; convención que ha sido ratificada por la mayoría de los Estados miembros de la UE, aunque no por el Reino Unido, Irlanda, Portugal y Malta¹⁴, y que en todo caso no es excesivamente utilizada en la práctica por las empresas¹⁵.

10. De manera paralela –aunque con un alcance internacional– deben también mencionarse los modelos contractuales convencionales (contratos y cláusulas tipo) surgidos de la praxis empresarial y codificados por organismos empresariales internacionales como la Cámara de Comercio Internacional –lo que se ha venido denominando la nueva *Lex mercatoria*¹⁶–, debiendo destacarse, por lo que ahora interesa, los llamados *Incoterms*, así como las reglas uniformes sobre *créditos documentarios y garantías a primer requerimiento*¹⁷.

11. En la UE, además de impulsarse la legislación que se ha indicado, en los ámbitos de consumo o específicamente empresarial, se han dado determinados pasos que, de alguna manera han servido de precedente y han acabado conduciendo a la propuesta de Reglamento de 2011¹⁸. El primer hito lo constituyó la Comunicación de la Comisión *sobre Derecho contractual europeo*, al Consejo y al Parlamento Europeo, de 11 de julio de 2001¹⁹, que sirvió de base para abrir una consulta sobre los problemas que originaba la diversidad de sistemas contractuales entre los Estados miembros.

¹³ Para una aproximación actualizada al contenido material de este Derecho del consumo, y sus líneas de desarrollo en el futuro más inmediato, véanse CÁMARA LAPUENTE, S. (dir.): *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Colex, Madrid 2011; REBOLLO PUIG, M. e IZQUIERDO CASADO, M. (dir.), *La defensa de los consumidores y usuarios*, Iustel, Madrid 2011 y CÁMARA LAPUENTE, S. (dir.) y ARROYO AMAYUELAS, E. (coord.): *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores*, Civitas, Pamplona 2012.

¹⁴ Comunicación de la CE de 2011, cit., p. 6.

¹⁵ Así lo indican ILLESCAS ORTIZ, R. y PERALES VISCASILLAS, P.: «El Reglamento Opcional en materia de compraventa en el ámbito de la Unión Europea (CESL): crítica a su ámbito de aplicación», en *Derecho de los Negocios*, nº 265/266, noviembre-diciembre 2012, p. 2.

¹⁶ En relación con el contenido de esta Convención, y como obra de referencia en castellano, véase DÍEZ PICAZO, L. (dir.): *La compraventa internacional de mercaderías. Comentarios de la Convención de Viena*, Civitas, Madrid 1998.

¹⁷ En expresión de C. SCHMITHOFF («The Unification of the Law of International Trade», en *The Journal of Business Law*, 1968, pp. 105 y ss.).

¹⁸ Las últimas versiones para los *Incoterms* y las garantías a primer requerimiento (URDG 758), son de 2010. La de los créditos documentarios de 2007 (UCP 600).

¹⁹ Da cuenta resumida de estos hitos la cit. Comunicación de la CE, pp. 6 y ss. Para otros antecedentes, véase VALPUESTA GASTAMINZA, E.: «La propuesta de normativa común de compraventa europea (CESL), un paso más hacia la unificación del Derecho de contratos en la Unión Europea, lastrado por la protección del consumidor», en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo de 2013, vol. 5, nº 1, pp. 200 y ss.

¹⁹ COM(2001) 398.

Como resultado de esta consulta, se publicó la Comunicación de la Comisión *Un derecho contractual Europeo más coherente - Plan de acción*, de 12 de febrero de 2003²⁰, en la que se propuso establecer un marco común de referencia sobre Derecho contractual, con principios, términos y reglas comunes, a tener en cuenta por la UE a la hora de adoptar o reformar textos legales que afectasen a la materia²¹.

Más recientemente, la Comisión realizó una nueva consulta sobre estos aspectos en forma de un Libro verde *sobre opciones para avanzar hacia un Derecho contractual europeo para consumidores y empresas*, publicado el 1 de julio de 2010²², y donde se planteaban diversas alternativas, entre las que destacan las de establecer una caja de «herramientas común», con definiciones, principios y modelos de reglas coherentes en materia contractual; un reglamento con una legislación común, o un instrumento facultativo. Asimismo se establecían como opciones los contratos entre empresas y consumidores (B2C) y los contratos entre empresas (B2B). La propuesta de CESL, a la que nos referiremos seguidamente, acoge ambas opciones y se decanta por la alternativa de establecer un instrumento opcional²³.

III. La propuesta de Reglamento

1. Su sentido y estructura

12. La propuesta de Reglamento supone, ante todo, un cambio de orientación en la manera en que, hasta la fecha, se había venido abordando el problema que, para el funcionamiento del mercado único, representa la diversidad normativa en el ámbito del Derecho civil y mercantil (del Derecho privado)²⁴. Si hasta ahora se ha seguido un sistema de intervención puntual, de armonización de determinadas figuras contractuales²⁵, o de aspectos concretos de su régimen²⁶, ahora lo que se pretende es diseñar un régimen completo de la llamada *compraventa europea*, desde los aspectos precontractuales y de formación del consentimiento, pasando por su contenido e interpretación, hasta llegar a los remedios en caso de incumplimiento o cumplimiento defectuoso²⁷.

Esta impresión de generalidad se acrecienta, además, no sólo por la superación en el ámbito de la propuesta de lo que *stricto sensu* cabe considerar como *compraventa*, sino porque de hecho buena parte de sus artículos son en realidad una *parte general* aplicable a todos los contratos sinalagmáticos²⁸. En todo caso, algo de esto era esperable, porque como señalaba el Maestro Garrigues, «*elevado este contrato al rango de contrato tipo de los contratos bilaterales, las normas propias de la compraventa se han extendido a todos los contratos de prestaciones recíprocas, cuyos problemas, en su mayoría, despuntaron primero en la compraventa como contrato bilateral el más antiguo y frecuente*»²⁹.

²⁰ COM(2003) 68.

²¹ Aunque con un valor más académico, deben también resaltarse, por un lado, el Proyecto de marco común de referencia de 2008, que fue realizado por un grupo de académicos con financiación de la UE, y por otro los *Principes Contractuels Communs*, realizados en 2008 por la Asociación *Henri Capitant* y la *Société de Legislation Comparé*. Véase Comunicación de la CE 2011 cit., p. 7.

Asimismo, aunque excede del ámbito europeo, tienen relevancia en la materia los *Principios Unidroit sobre los contratos internacionales*, cuya última versión es de 2010 (<http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2010/blackletter2010-spanish.pdf>).

²² COM(2010)348 final.

²³ Previamente la Comisión había nombrado en 2010 de un Grupo de expertos constituido por antiguos jueces y académicos. Véase Comunicación de la CE de 2011, cit., pp. 7 y 8.

²⁴ No debe olvidarse, no obstante, que la intervención legislativa europea también ha venido motivada por la finalidad de establecer un alto estándar de protección a los consumidores.

²⁵ Por ejemplo, del contrato de agencia.

²⁶ Por ejemplo, del derecho de desistimiento como mecanismo de protección de los consumidores (en ventas a distancia, fuera de establecimientos mercantiles, etc.).

²⁷ Destacan oportunamente este cambio de orientación, que se remonta a la primera Comunicación de la Comisión en materia contractual del año 2001, GÓMEZ POMAR, F. y GILI SALDAÑA, M.: «El futuro instrumento opcional del Derecho contractual europeo: una breve introducción a las cuestiones de formación, interpretación, contenido y efectos», en *InDret* 1/2012.

²⁸ En sentido semejante VALPUESTA GASTAMINZA, E.: ob. cit., p. 211, señala que los primeros 86 artículos son una «teoría general» aplicable a cualquier contrato.

²⁹ GARRIGUES, J.: *Tratado de Derecho Mercantil*, III, 1º, Revista de Derecho Mercantil, Madrid 1963, p. 230.

13. En cuanto a su *estructura*, la propuesta de Reglamento presenta cuatro partes bien diferenciadas. La primera es la *exposición de motivos*, que da cuenta, como es habitual en este tipo de textos, de las motivaciones y objetivos de la propuesta, y explica sus antecedentes, principios y principales aspectos. La segunda el *Reglamento* propiamente dicho, con 16 artículos que se ocupan principalmente de establecer las definiciones (art. 2º), su carácter facultativo (arts. 3º y 8º), y su ámbito de aplicación territorial (art. 4º), material (arts. 5º y 6º) y personal (art. 7º). La tercera el *anexo I*, donde se establece el conjunto de reglas del régimen jurídico que se establece para la llamada *compraventa europea* y que contempla a su vez 8 partes, estructuradas en diversos capítulos o secciones [Disposiciones preliminares, carácter vinculante de un contrato, celebración del contrato, vicios de consentimiento, obligaciones y remedios de las partes (IV y V), indemnización de daños y perjuicios e intereses, restitución y prescripción]. En total este anexo I comprende 186 artículos. Finalmente un *anexo II*, que contiene una *ficha informativa* estándar que los empresarios deben suministrar a los consumidores en la fase precontractual.

14. Como *observaciones críticas* de carácter general, a mi juicio habría que hacer al menos las siguientes. En primer lugar, la extensión desmesurada de la propuesta. Si lo que se quiere es dar certidumbre de régimen jurídico, particularmente a los consumidores, no tiene mucho sentido establecer una propuesta tan compleja y minuciosa, máxime cuando, como enseña la experiencia, los casos patológicos a los que se aplicarían muchas de esas disposiciones (por ejemplo vicios de consentimiento), van a ser en la práctica más bien escasos. Lo que podría conducir, de salir adelante la propuesta tal como está, a desalentar la opción por el nuevo instrumento y a que se sigan prefiriendo los modelos nacionales, en general más simples.

En segundo lugar, la técnica utilizada para la regulación. Ya hemos señalado que en Europa conviven al menos dos grandes tradiciones jurídicas. La prolividad de las soluciones, frente a la utilización de cláusulas más generales y menos casuísticas, hasta la misma terminología [*remedios* (del inglés *remedies*), no *acciones*, etc.], creo que apuntan hacia modelos más bien de *Common Law* que de *Civil Law*, como ya sucedió en su momento con la Convención de Viena, muy influenciada por el *Article 2 - Sales* del *Uniform Commercial Code* (UCC) de los Estados Unidos³⁰. Por otro lado, la forma de redacción, empezando por la larga lista de definiciones del art. 2³¹, que emula la de los §§ 2- 103, 2- 104, 2-105 y 2- 106 del UCC, y que recuerda a las fórmulas rituarias de la praxis contractual anglosajona, brillantemente parodiadas por Groucho Marx en la célebre escena del contrato de «Una noche en la ópera»³². Por tanto, no sólo demasiado apego al *anglosajónico modo*, sino a prácticas manifiestamente mejorables procedentes de aquel ámbito. Asimismo, qué decir de la solución de llevar a un anexo, lo que realmente es el contenido sustancial de la propuesta CESL. Esta forma de legislar, ensayada por cierto en otros textos europeos, como alguna de las directivas de consumo (p. ej., la de prácticas comerciales desleales), recuerda a la *adicionalitis*³³ que padece desde hace años nuestro legislador, y merece cuando menos igual censura.

Finalmente, también cabe dudar de que la elección de la alternativa del *instrumento opcional*, sea la más adecuada para resolver el problema de raíz existente (la diversidad de legislaciones), pues nada impide que se siga optando por legislaciones nacionales. Por otro lado, pudiera aquí reproducirse el conocido problema de *competencia entre legislaciones a la baja*, muy presente en el ámbito del Derecho de sociedades (de la mano de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en los casos *Centros*, *Überseering*, *Inspire Art*, *Cartesio* y otros³⁴), que podría decantarse a favor de la que incorpore menores

³⁰ GARRIDO, J. M.: «Estudio Introductorio» de su traducción al castellano del *Código Uniforme de Comercio de los Estados Unidos*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona 2002, p. 47.

³¹ En algunas definiciones se bordea el ridículo al definir lo obvio: acreedor, deudor, obligación... En cambio, parece valorar positivamente estas definiciones, como forma de entroncar con la tradición jurídica que compartimos los europeos, CASTRESANA, A.: «Las definiciones de la propuesta de Reglamento relativo a una normativa común de compraventa europea», en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Marzo de 2013, vol. 5, nº 1, pp. 103 y ss.

³² «La parte contratante de la primera parte, será considerada como la parte contratante de la primera parte...», etc.

³³ Como contribución personal a un futuro diccionario sobre el arte de legislar: *dícese de la costumbre que tienen algunos legisladores de situar los contenidos más sustanciales de una Ley en sus disposiciones adicionales o finales*.

³⁴ Véase al respecto VELASCO SAN PEDRO, L.A. y SÁNCHEZ FELIPE, J. M.: «La libertad de establecimiento de las sociedades en la UE. El estado de la cuestión después de la SE», en *Revista de Derecho de Sociedades*, nº 19, 2002., págs. 15 a 38.

estándares de protección de los consumidores³⁵. Con todo, hay que reconocer que la propuesta se ha esforzado por incorporar el acervo comunitario en la materia, introduciendo además en algunos aspectos mayores niveles de protección que los hasta ahora existentes³⁶.

15. Como *aspectos positivos* de la propuesta, hay que resaltar el trabajo serio que se ha hecho para construir un acervo común –hasta el momento inexistente– en materia de Derecho de obligaciones y contratos, y que además, por encima de las deficiencias que se han criticado, ofrece soluciones materiales a todos los problemas relevantes y cuando menos actualizadas³⁷. También que se intente hacer una propuesta que contemple tanto las relaciones entre empresarios o comerciantes –aunque, como luego se verá, de forma algo limitada–, como las relaciones entre estos y los consumidores, ya que los problemas de protección de los contratantes son esencialmente los mismos (vicios de consentimientos, saneamiento por vicios o defectos de las cosas, etc.)³⁸. No obstante, por la existencia de normas específicas de protección de los consumidores, vía directivas integradas en las legislaciones nacionales, se ha incurrido para ello en un casuismo excesivo, tratando además, como ya se ha dicho, de incrementar los estándares de protección de los consumidores que ya ofrecen tales directivas³⁹.

Las empresas, en todo caso, parecen haber valorado positivamente la iniciativa, ya que un 70 % se han mostrado dispuestas a utilizar el futuro instrumento opcional⁴⁰.

2. Su ámbito de aplicación

16. El ámbito de aplicación de la CESL, como ya se ha indicado, se contempla en la parte articulada del Reglamento propiamente dicho. Las condiciones para que resulte aplicable esta normativa, basculan en torno a los cuatro aspectos que se indican a continuación.

A) Ámbito de aplicación material: contratos que pueden y no pueden someterse

17. La CESL, pese a las numerosas disposiciones que contempla que podrían considerarse de aplicación general, está prevista únicamente para los contratos definidos en el art. 5º y que son los que a continuación se señalan.

En primer lugar y principalmente aparecen los *contratos de compraventa*, pues no en vano son los que titulan la propuesta. En virtud de la definición que se aporta en el precedente art. 2.k), por tal hay que entender «*todo contrato en virtud del cual el comerciante («el vendedor») transfiere o se compromete a transferir a otra persona («el comprador») la propiedad de los bienes*⁴¹, y el comprador paga o se

³⁵ Un apunte de esta crítica, en ESTEBAN DE LA ROSA, F. y OLARIU, O.: ob. cit., p. 12.

³⁶ Estudia en detalle estos aspectos SCHULTE-NÖLKE, H.: «El derecho de consumo en la propuesta de Reglamento sobre un Derecho común europeo de la compraventa», en CÁMARA LAPUENTE, S. (dir.) y ARROYO AMAYUELAS, E. (coord.): ob. cit., pp.68 y ss.

Lo cual no obsta, para que la propuesta haya sido mal acogida por los representantes de los consumidores. Véase el informe sumamente crítico del EUROPEAN CONSUMER CONSULTATIVE GROUP, *Opinion on the Commission's proposal for a regulation on a Common European Sales Law COM(2011) 635 final*, adoptado el 30 de marzo de 2012 por su plenario (disponible en Internet http://ec.europa.eu/consumers/empowerment/docs/eccg_opinion_commissions_proposal_regulation_common_european_sales_law_com_2011_635_en.pdf).

³⁷ La falta de actualización del Derecho contractual codificado de alguno de los Estados miembros es evidente; p. ej. en materia de saneamiento por vicios o defectos de las cosas.

³⁸ En sentido contrario, por entender que con ello se desplaza indebidamente la aplicación de la Convención de Viena, a la que se estaría haciendo una suerte de competencia desleal, disponiéndose además en este ámbito de otros instrumentos opcionales como los *Principios Unidroit* o los *Principios de Derecho Contractual Europeo* (PECL), ILLESCAS ORTIZ, R. y PERALES VISCASILLAS, P: ob. cit., p. 3.

³⁹ Un apunte crítico en relación con la compleja imbricación de las normas B2C y B2B, en ILLESCAS ORTIZ, R. y PERALES VISCASILLAS, P: ob. cit., p. 4, y VALPUESTA GASTAMINZA, E.: ob. cit., p.214.

⁴⁰ Según el Eurobarómetro 320, *apud* ILLESCAS ORTIZ, R. y PERALES VISCASILLAS, P: ob. cit., p. 2.

⁴¹ La disyuntiva que aquí se introduce obedece, sin duda, a los distintos sistemas de adquisición del dominio que se siguen en los Estados miembros. España, como es bien sabido, sigue el sistema del título y del modo (art. 609 del Código civil), pero otros ordenamientos siguen un sistema de transmisión consensual de la propiedad.

compromete a pagar su precio; se incluyen los contratos de suministro de bienes que se deban fabricar o producir, pero se excluyen los contratos de compraventa judicial o los contratos que impliquen, de cualquier otra manera, el ejercicio de autoridad pública⁴². En definitiva, no sólo la figura prototípica de la *compraventa* –cambio de cosa por precio–, sino también el llamado *suministro con fabricación*, en realidad contrato de naturaleza mixta, combinación de arrendamiento de obra y venta⁴³. El objeto, en cualquier caso, tienen que ser *bienes* en el sentido con que son definidos en el art. 2.h); es decir, *artículos muebles materiales*, con exclusión de la electricidad y el gas natural; así como del agua y otros tipos de gases a menos que estén envasados para la venta en un volumen delimitado o en cantidades determinadas. Ello excluirá no sólo la compraventa de inmuebles, sino también la de valores o instrumentos financieros, al carecer estos últimos de la materialidad exigida por el precepto.

18. En segundo término, también está prevista para los «*contratos de suministro de contenidos digitales, independientemente de que se suministren o no en un soporte material, que puedan ser almacenados, tratados y reutilizados por el usuario, o a los que este pueda tener acceso, tanto si los contenidos digitales se suministran a cambio del pago de un precio como si no*44. En este punto, la norma parece tener el objetivo de reconducir a esta normativa principalmente a las «*ventas de contenidos digitales*, entendiendo por tales, como señala el art. 2.j) «*los datos producidos y suministrados en formato digital... incluidos los contenidos videográficos, sonoros, fotográficos o escritos; los juegos digitales; los programas informáticos; y los contenidos digitales que permitan personalizar equipos o programas informáticos existentes*45. Normalmente estas «*ventas*» cuando se hagan sin soporte material se realizarán por Internet o a través de otras plataformas electrónicas (teléfonos móviles, televisión por cable, TDT con codificación, *pay per view*, etc.)⁴⁶. Cuando se efectúen sobre soportes materiales, en realidad se producirá un solapamiento con el supuesto de compraventa antes contemplado, al suponer normalmente la venta del soporte material propiamente dicho: CDs, vinilos, cintas de video, etc.

Se ha planteado doctrinalmente la duda de si las condiciones requeridas por la propuesta, cuando habla de datos digitales («*que puedan ser almacenados, tratados y reutilizados por el usuario, o a los que este pueda tener acceso*») son acumulativas o alternativas, advirtiéndose de que si sucediera lo primero, el *suministro instantáneo de contenidos digitales* –p. ej., visionado de una película *on line*– quedarían fuera de la CESL⁴⁷. Sin perjuicio de que parezca razonable optar por la segunda interpretación, pues no hay motivo para descartar este supuesto, no descubro un ejemplo de datos que no puedan ser reutilizados, ya que en el caso señalado, aunque se prohíba por el suministrador la reutilización e incluso se adopten medidas para evitar el copiado digital de la película, se puede recurrir a sistemas más artesanales para ello⁴⁸: p. ej. grabando en video la pantalla reproductora.

⁴² La exclusión de estos últimos contratos es redundante, ya que el art. 7.1 solo permite recurrir a la CESL cuando el vendedor es un comerciante, condición que obviamente no tendrán las autoridades públicas, judiciales o administrativas.

⁴³ Sobre este suministro, no regulado legalmente en nuestro Derecho vigente, me remito al tratamiento clásico de GARRIGUES, J.: ob. cit., p. 416.

⁴⁴ Aquí la CELS tiene un ámbito mayor que los de la Convención de Viena y los *Principios Unidroit*, que no se refieren expresamente a estos contenidos digitales, como advierten ILLESCAS ORTIZ, R. y PERALES VISCASILLAS, P: ob. cit., p. 5.

⁴⁵ El art. 2.j) excluye los servicios financieros, incluidos los servicios bancarios en línea, el asesoramiento jurídico o financiero prestado por vía electrónica, los servicios sanitarios electrónicos, los servicios y redes de comunicaciones electrónicas y los recursos y servicios asociados, los juegos de azar y la creación o modificación de contenidos digitales por los consumidores o cualquier otra forma de interacción. Como advierten ILLESCAS ORTIZ, R. y PERALES VISCASILLAS, P: ob. cit., p. 7, la articulación de la propuesta en este punto es criticable al excluir sólo en algunas modalidades las formas electrónicas y no las presenciales, cuando la razón de su exclusión estriba más bien en su consideración como servicios y no en la forma en que éstos se acaben prestando.

⁴⁶ Jurídicamente, no obstante, es dudoso que estos contratos puedan calificarse como *ventas* o, como apunta la norma comentada, *suministros*. Pudieran calificarse quizás como contratos de prestación de servicios (digitales), y quizás por ello se reconduce a esta normativa, como se verá a continuación, a los llamados *servicios relacionados*, que en muchos casos son inescindibles de la propia «*venda*» de los contenidos digitales. Con todo, también hay que reconocer que aquí lo más importante es el bien inmaterial que es su objeto (obras protegidas mediante derechos de autor).

⁴⁷ ILLESCAS ORTIZ, R. y PERALES VISCASILLAS, P: ob. cit., p. 6, quienes ponen también como ejemplo la adquisición de entradas no reutilizables para un espectáculo, sin reparar que en este caso no hay suministro alguno de contenidos digitales.

⁴⁸ Sin perjuicio de que, según las circunstancias del caso, pudieran estimarse ilegales.

La CESL se va a aplicar también en este ámbito de los contenidos digitales, a los *contratos gratuitos* en los que el cliente no paga un precio por ellos. No obstante, en muchos casos lo que parece gratuito realmente no lo es⁴⁹, bien porque lleve aparejada algún tipo de contraprestación por el usuario, aunque ésta no sea un precio⁵⁰ –en este sentido es frecuente que estas cesiones impliquen una obligación de registro que supone una cesión de datos personales–, bien porque los contenidos se suministran en el marco de un previo contrato oneroso –p. ej., se vende un libro electrónico y por el mismo vendedor del soporte se pone gratuitamente a disposición del cliente determinadas ediciones electrónicas– o se venden inescindiblemente con otro bien –p. ej., venta de ordenador con programas preinstalados⁵¹.

19. Finalmente, también resulta aplicable a los «*contratos de servicios relacionados, tanto si se había acordado un precio separado para esos servicios como si no*». Debe tenerse en cuenta que el art. 2.m) considera como tales «*cualesquiera servicios relacionados con bienes o contenidos digitales, como la instalación, el mantenimiento, la reparación o cualquier otro tratamiento, prestados por el vendedor de los bienes o el proveedor de los contenidos digitales en virtud del contrato de compraventa, el contrato de suministro de contenidos digitales o un contrato de servicios relacionados separado celebrado en el mismo momento que el contrato de compraventa de los bienes o el contrato de suministro de los contenidos digitales*», excluidos no obstante los servicios de transporte, formación, apoyo a las telecomunicaciones y financieros.

Sorprende la exclusión del transporte como contrato de servicios relacionado del ámbito de la CESL, ya que de ordinario la entrega del bien al comprador requerirá de su transporte. En razón a ello, la propuesta debería ser modificada para considerar como contrato auxiliar al transporte cuando el vendedor se obligue a dicho transporte, bien lo preste con medios propios o recurriendo a un tercero⁵².

20. Obsérvese que nada se dice sobre la *forma de celebrar* estos contratos, a la hora de definir el ámbito material de la CESL. Lo que permitirá su aplicación no sólo en los contratos celebrados a distancia, particularmente de comercio electrónico –y que será el campo de aplicación más frecuente en la práctica–, sino también a los celebrados entre presentes, dentro o fuera de establecimientos mercantiles. Aplicación general que luego queda confirmada por la CESL, que contempla reglas específicas para estas distintas modalidades de contratación.

21. Este ámbito material se complementa en el art. 6º con dos exclusiones. En primer lugar, la de «*los contratos mixtos que incluyan cualquier elemento que no sea la venta de bienes, el suministro de contenidos digitales y la prestación de servicios*», en los términos que acaban de examinarse; aunque lógicamente habría que incluir el suministro con fabricación por lo ya dicho. En segundo lugar los contratos entre comerciante y consumidor (B2C) en que se conceda a éste «*un crédito en forma de pago aplazado, préstamo o cualquier otra facilidad de financiación similar*»; contratos que, no obstante, caerían en muchos casos en el ámbito de la *Directiva de crédito al consumo* (2008/48/CE, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE)⁵³. Lo cual implica, por otro lado, que los contratos entre empresarios de este tipo (B2B), sí pueden someterse a la CESL.

22. En todo caso, el art. 5.2 aclara que «*se podrá recurrir a la normativa común de compraventa europea para regular los contratos entre un comerciante y un consumidor en los que se suministran o se prestan bienes, contenidos digitales o servicios relacionados del mismo tipo de forma continuada y*

⁴⁹ Una observación semejante se hace por YANGUAS GÓMEZ, R.: «El principio de conformidad y su aplicación a los contenidos digitales», en CÁMARA LAPUENTE, S. (dir.) y ARROYO AMAYUELAS, E. (coord.): ob. cit., p. 489.

⁵⁰ El art. 2.i) considera como precio «*el dinero pagadero a cambio de bienes vendidos, contenidos digitales suministrados o servicios relacionados prestados*».

⁵¹ Véase el considerando 18 de la exposición de motivos de la Propuesta.

⁵² En similar sentido, ILLESCAS ORTIZ, R. y PERALES VISCAILLAS, P: ob. cit., p. 7.

⁵³ Véase su art. 2º.

el consumidor paga por ellos de manera escalonada mientras dura dicho suministro o prestación del Consejo». Esto abarcaría la venta con entregas fraccionadas, el suministro⁵⁴ y la prestación de servicios continuados con contenidos digitales.

23. ¿Puede ampliarse la aplicación de la CESL a otros contratos por voluntad de las partes? El tenor de los dos preceptos que acabamos de examinar parece excluirlo, pero eso es contradictorio con la naturaleza facultativa del instrumento, con su propia generalidad –idónea en muchos aspectos para regular, como ya hemos dicho, cualquier tipo de contrato sinalagmático–, y con el *principio de autonomía de la voluntad* (consagrado en nuestro Derecho en el art. 1255 del Código civil). Por ello, seguramente lo más apropiado es entender que las partes podrían someter voluntariamente cualesquiera otros contratos a esta normativa, en sus aspectos de alcance general, salvo que estén implicadas cuestiones de orden público o resulte de preceptiva aplicación una legislación imperativa. Es más, la última exclusión de los contratos que impliquen concesión de crédito a los consumidores, puede perfectamente explicarse en esta última clave, ya que la regulación sobre crédito al consumo es, como en general toda la de protección de los consumidores, imperativa.

B) Ámbito de aplicación territorial: contratos transfronterizos

24. El objeto de la CESL, como aclara el art. 1.1 de la propuesta de Reglamento, es «mejorar las condiciones para el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior, estableciendo para ello un conjunto uniforme de normas de Derecho contractual («la normativa común de compraventa europea»)». En este contexto, el art. 4º limita en principio su aplicabilidad a la regulación de los «contratos transfronterizos».

25. Este mismo precepto determina qué debe considerarse, a estos efectos, como *transfronterizo*. En los contratos entre comerciantes (B2B), se considera como tales aquellos en que «las partes tienen su residencia habitual en países diferentes, de los cuales uno, al menos, es un Estado miembro». Por tanto, no sólo a los contratos intraeuropeos, sino también a contratos internacionales entre comerciantes de la UE y de fuera de ella⁵⁵.

26. En los contratos entre comerciantes y consumidores (B2C), el carácter transfronterizo viene dado por la concurrencia de dos circunstancias: 1º, «la dirección indicada por el consumidor, la dirección de entrega de los bienes o la dirección de facturación están localizadas en un país distinto de aquel en el que el comerciante tiene su residencia habitual», y , 2º, «al menos uno de dichos países es un Estado miembro». En definitiva, ya no se trata (sólo) de que el consumidor resida o declare residir en un país distinto, sino de que la ejecución de las obligaciones principales dimanantes del contrato (entrega del bien y pago del precio), impliquen a un país distinto de aquél en el que el comerciante tenga su residencia. De nuevo, en todo caso, la normativa será aplicable a contratos internacionales dentro de la UE y con países de fuera de ella. En este punto, podrá ser asimismo utilizada por comerciantes extraeuropeos, que comercien con consumidores europeos.

27. Ha sido ampliamente criticado que la ECSL no pueda ser aplicable a contratos puramente nacionales, habida cuenta de que los empresarios preferirán utilizar un mismo régimen para todas sus ventas, nacionales o transfronterizas, por el ahorro de costes de transacción que ello supone⁵⁶, por más

⁵⁴ Para estas figuras, reconducibles a la compraventa, me remito de nuevo a la obra de J. GARRIGUES, cit., pp. 414 y ss.

⁵⁵ La aplicación, en todo caso, de la CESL, en relación con las normativas nacionales y la de la Convención de Viena, y en conexión, además, con lo dispuesto en el *Reglamento Roma I*, plantea complejas cuestiones de Derecho internacional privado, no resueltas de manera convincente por la propuesta CESL. Véase a este respecto, FERNÁNDEZ MASIÁ, E.: «Optando por la normativa común de compraventa europea», en [23] *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2012 y ESTEBAN DE LA ROSA, F. y OLARIU, O.: ob. cit., pp. 17 y ss.

⁵⁶ Si se usa Internet, ello obligaría además a configurar al menos dos plataformas distintas, con diferentes condiciones de contratación, etc.

que la propuesta lo justifique en la exposición de motivos sobre la base de principios generales del Derecho europeo como son los de *subsidiariedad* y *proporcionalidad*⁵⁷.

Con todo, el art. 13.a) permitirá que los Estados miembros decidan que se pueda recurrir a la normativa común de compraventa europea para regular «*los contratos en los que la residencia habitual de los comerciantes o, en caso de un contrato entre un comerciante y un consumidor, la residencia habitual del comerciante, la dirección indicada por el consumidor, la dirección de entrega de los bienes o la dirección de facturación estén localizadas en dicho Estado miembro*». Esto es, su posible aplicación a contratos puramente nacionales y, en principio, sometidos a la legislación interna.

Aunque no es probable que los Estados miembros renuncien a la aplicación de su propia legislación en estos casos, bastaría con que uno solo de ellos lo haga, para que automáticamente se pueda aplicar en los demás países, ya que el art. 3.3. del *Reglamento Roma I* permite la elección de la legislación de otro país, excluyendo solamente los aspectos de *ius cogens*⁵⁸.

C) Ámbito de aplicación personal: comerciantes y consumidores

28. Como ya se ha señalado, la CESL optó por resultar aplicable –en los términos que se examina seguidamente– tanto a contratos celebrados entre empresarios o comerciantes (B2B), como entre éstos y consumidores (B2C); aunque no entre particulares cuando ninguno de ellos es empresario (C2C)⁵⁹. A estos efectos, el art. 2º mantiene los conceptos habituales de empresario o *comerciante* (éste último es el término que se utiliza) y *consumidor* que se emplean en las directivas de consumo, entendiendo por tales, respectivamente, a «*toda persona física o jurídica que actúa con fines relacionados con su actividad comercial, negocio, oficio o profesión*» (letra e), y «*a toda persona física que actúa con fines ajenos a su actividad comercial, negocio, oficio o profesión*» (letra f).

En cualquier caso, la diferenciación que hacen algunos Derechos de los Estados miembros entre contratos civiles y mercantiles, como sucede en muchos de los Estados de cultura de *Civil Law* (entre ellos España), es indiferente, de manera que la CESL desplazaría a la normativa nacional aplicable, sea ésta de la naturaleza que fuere.

29. Con todo, esta aplicación se matiza en el art. 7º que señala que «*solo se podrá recurrir a la normativa común de compraventa europea si el vendedor de bienes o el suministrador de contenidos digitales es un comerciante*». En el caso de que ambas⁶⁰ partes del contrato sean comerciantes, «*la normativa común de compraventa europea podrá utilizarse si al menos una de las partes es una pequeña o mediana empresa («PYME»)*», condición que define el propio precepto a continuación⁶¹. Obsérvese que la condición de PYME puede aquí tenerla cualquiera de las partes, el vendedor o el comprador, a diferencia de lo que sucede con el consumidor, que siempre tendrá que ser el comprador, como además es lógico.

¿Cuál es la razón de que se exija esa condición de PYME? ¿Podría convencionalmente acordarse la aplicación de la CESL entre empresarios que no sean PYMEs? En cuanto a la primera pregunta, creo que la razón estriba en que se hace una cierta asimilación de las PYMEs a los consumidores, en la medida en que por su menor poder económico, pueden estar en una situación de inferioridad semejante frente a otros empresarios o comerciantes de mayores dimensiones. En este sentido, se les está también

⁵⁷ Propuesta de Reglamento, pp. 10 y 11 de la exposición de motivos. Sobre el particular véase FAUVARQUE-COSSON, B.: «Hacia un Derecho común europeo de la compraventa», en CÁMARA LAPUENTE, S. (dir.) y ARROYO AMAYUELAS, E. (coord.): ob. cit., p. 46, que refiere las críticas que en este mismo sentido han hecho diversas entidades.

⁵⁸ Así lo entiende también FAUVARQUE-COSSON, B.: ob. cit. p. 46.

⁵⁹ Puede ofrecer dudas, a este respecto, qué sucede cuando se realizan las transacciones a través de plataformas de contratación dispuestas por profesionales (tipo *eBuy* y similares). Con independencia de la responsabilidad que le puede corresponder a estos organizadores de mercados, me inclino por la negativa.

⁶⁰ La norma habla de «*todas las partes*», pero en el marco de los contratos sometidos a esta normativa, obviamente sólo cabe hablar de dos partes: vendedor y comprador.

⁶¹ El Art. 7.2 establece dos condiciones para ser considerado PYME: «*(a) emplea a menos de doscientas cincuenta personas; y (b) tiene un volumen de negocios anual no superior a 50 millones EUR o un balance anual no superior a 43 millones EUR, o, para las PYME que tengan su residencia habitual en un Estado miembro cuya moneda no sea el euro o en un tercer país, las cantidades equivalentes en la moneda de ese Estado miembro o ese tercer país*

protegiendo por el régimen establecido en la CESL. Con todo, hay disposiciones de la CESL que, como ya se ha apuntado, únicamente se aplicarán a consumidores. P. ej. el *derecho de desistimiento* en contratos a distancia y fuera de establecimientos mercantiles, contemplado en el art. 40 de la CESL, y que sólo se reconoce a consumidores.

Respecto a la segunda pregunta, la respuesta inicialmente debería ser negativa, máxime cuando se deja en manos de los Estados miembros en el sucesivo art. 13.b), el permitir que se recurra a la CESL cuando «*todas las partes sean comerciantes pero ninguno de ellos sea una PYME*». Ahora bien, no encuentro explicación satisfactoria a esta solución, por lo que, de igual manera que se argumentó en relación con el ámbito de aplicación material, entiendo que voluntariamente empresarios que no sean PYME podrían acordar someterse a la CESL, si las normas aplicables directamente tienen carácter dispositivo.

D) El presupuesto para la aplicación: el acuerdo de las partes

30. Como ya se ha dicho repetidamente, la propuesta de la CESL se ha encauzado por la vía del *instrumento facultativo*. El art. 3º señala, a este respecto que «*las partes podrán acordar que la normativa común de compraventa europea regule sus contratos transfronterizos de compraventa de bienes, de suministro de contenidos digitales y de prestación de servicios relacionados que entren dentro de su ámbito personal, material y territorial, tal como se establece en los artículos 4 a 7*».

Esta opción facultativa, como también se ha indicado, tiene aspectos positivos y otros no tanto. En todo caso, según se ha visto al comentar los diferentes ámbitos previstos en la propuesta, el mantener sólo la opción dentro de los mismos, además de criticable, creo que podría en parte superarse con una interpretación adecuada en los términos indicados.

31. El acuerdo de aplicación de la CESL, tiene que cumplir las condiciones establecidas en el art. 8º de la Propuesta de Reglamento. En las relaciones entre comerciante y consumidor (B2C), el acuerdo «*solo será válido si el consentimiento del consumidor se expresa mediante una declaración explícita independiente de la declaración por la que se indica el acuerdo para celebrar un contrato*». A estos efectos, se exige además, que el comerciante facilite al consumidor «*una confirmación de dicho acuerdo en un soporte duradero*» (art. 8.2), después de haberle enviado la ficha estándar del anexo II en la forma contemplada en el art. 9. Lo establecido en este precepto, no obsta a que la iniciativa de acogerse a la CESL parta del comerciante, formando incluso parte de sus condiciones generales, como además será lo más habitual en la práctica, con tal de que por el consumidor se preste un consentimiento separado para la aplicación de esta normativa (tipo doble firma, si se contrata por escrito, o doble clic si se hace por Internet) previa facilitación de la señalada ficha estándar. Es obvio que cuando la aplicación de la CESL forme parte de las condiciones generales del comerciante, si el consumidor se niega a aceptar dicha aplicación, el contrato no se llegará a celebrar, salvo que el comerciante acceda a negociar individualmente con él⁶².

Asimismo se puntualiza que en estos casos B2C «*no se podrá recurrir a la normativa común de compraventa europea parcialmente, sino únicamente en su integridad*». Regla que esta vez sí que nos parece conveniente, para otorgar una mayor seguridad a los consumidores sobre el régimen aplicable, y conseguir la integra protección que les va a dispensar la CESL⁶³.

De ello se infiere que en las relaciones entre empresarios (B2B), cabe sumisiones *parciales*; razón de más para entender en estos casos que, pese a la dicción literal del Reglamento, cabría también su aplicación, lógicamente parcial, a otros contratos distintos de los contemplados en el ámbito objetivo y personal, en los términos expuestos anteriormente.

En todo caso, en estas relaciones B2B hay que tener en cuenta que en la mayoría de los Estados miembros de la UE rige la Convención de Viena sobre compraventa internacional, por lo que, conforme se establece en el art. 6 dicha Convención, para aplicar el régimen opcional de la CESL no bastaría con

⁶² Así lo entiende también FAUVARQUE-COSSON, B.: ob. cit. p. 55.

⁶³ Esa es también función de la ficha informativa del anexo II.

acordar dicha aplicación (*opting in*), sino que también sería preciso excluir la aplicación de aquella Convención (*opting out*). Así lo advierte el considerando 25 de la propuesta de Reglamento, cuando señala que «cuando sea aplicable a un contrato la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, la elección de la normativa común de compraventa europea debe requerir un acuerdo de las partes contratantes para excluir la aplicación de dicha Convención»⁶⁴.

⁶⁴ ILLESCAS ORTIZ, R. y PERALES VISCASILLAS, P: ob. cit. , p. 2, señalan que eso es un «contrasentido», pero parece difícilmente evitable salvo que se modifique la Convención o se denuncie su aplicabilidad por los Estados miembros de la UE.

EL SISTEMA DE NOTIFICACIONES EN LA UNIÓN EUROPEA EN EL MARCO DEL REGLAMENTO 1393/2007 Y SU APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL*

ALFONSO YBARRA BORES

*Profesor Contratado Doctor de Derecho internacional privado
Universidad Pablo de Olavide*

Recibido: 07.03.2013 / Aceptado: 14.03.2013

Resumen: La práctica de las notificaciones en el marco de los litigios transfronterizos resulta con frecuencia compleja. Sin embargo la práctica de las notificaciones de manera correcta es esencial para conseguir una resolución judicial que pueda producir efectos en el extranjero. El Reglamento (CE) 1393/2007, de 13 de noviembre de 2007, constituye actualmente en la Unión Europea la piedra angular en materia de notificaciones judiciales y extrajudiciales en el ámbito civil y mercantil. El objeto del presente estudio es abordar las posibilidades que en materia de notificación se contemplan en el citado Reglamento, planteándose los variados problemas que resultan de su aplicación, muchos de ellos sometidos a la consideración del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Palabras clave: Reglamento (CE) 1393/2007, notificación, resoluciones judiciales, resoluciones extrajudiciales, organismos transmisores, organismos receptores.

Abstract: Serving documents in the context of cross-border litigation is often complex. However, serving documents correctly is essential to enable a judgment to be binding on abroad. Regulation (EC) 1393/2007, of 13th November 2007, constitutes nowadays the cornerstone in the field of judicial and extrajudicial serving system in civil and commercial matters in the European Union. The purpose of this paper is to address the possibilities for serving referred in that Regulation, considering the various problems resulting from their application, many of which were submitted for consideration by the Court of Justice of the European Union.

Key words: Regulation (EC) 1393/2007, service, judicial documents, extrajudicial documents, transmitting agencies, receiving agencies.

Sumario: I. Aspectos generales. 1. El iter hasta el Reglamento 1393/2007. 2. Los objetivos del Reglamento. 3. El ámbito de aplicación. 4. La relación con otros instrumentos internacionales. II. La transmisión y notificación de documentos en el Reglamento 1393/2007. 1. La transmisión de documentos entre autoridades judiciales. 2. La notificación o traslado de los documentos a los destinatarios finales. 3. Notificación e incomparecencia del demandado en el procedimiento de origen. III. Valoración final.

I. Aspectos generales

1. El iter hasta el Reglamento 1393/2007

1. Es un hecho notorio que cada día aumentan los litigios transfronterizos, en los cuales se ven afectados intereses de sujetos que tienen relación con diferentes Estados, y parece que como consecuen-

* El presente trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de I+D *La europeización del Derecho de familia* (DER2008-05299/JURI).

cia de la imparable internacionalización de las relaciones humanas y económicas, este fenómeno seguirá creciendo en los próximos años¹. En la litigación internacional la asistencia judicial internacional constituye un elemento de primer orden, pues sin una organizada cooperación internacional los litigios internacionales difícilmente podrían tramitarse sin una mínima garantía de éxito. Y dentro de la asistencia judicial internacional, la práctica de notificaciones al extranjero es a su vez una de las instituciones más a tener en cuenta².

2. La construcción de un verdadero espacio judicial en la Unión Europea no puede llevarse a cabo sin la articulación de un adecuado mecanismo de notificación y traslado de documentos entre las autoridades y ciudadanos de los Estados que conforman aquélla. Este elemento resulta imprescindible, por una parte, para proveer la generalidad de las comunicaciones generadas en el ámbito del proceso judicial y, por otra parte, para garantizar ciertos derechos a los justiciables en caso de ser destinatarios de un pronunciamiento contrario a sus intereses que requiriera de un proceso de reconocimiento y/o ejecución sobre su persona o sobre sus bienes.

3. Consciente de ello, una vez iniciada con el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 la ingente obra de construcción del espacio judicial europeo en materia civil y mercantil, el legislador comunitario apreció con prontitud la necesidad de establecer un mecanismo de notificación y traslado de documentos judiciales y extrajudiciales entre los países comprometidos a establecer entre sí una estrecha cooperación judicial en materia de Derecho privado. Se acometieron pues distintas iniciativas para alcanzar este objetivo, que fructificaron en el Convenio relativo a la notificación o traslado en los Estados miembros de la Unión Europea de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil, adoptado por el Consejo mediante Acto de 26 de mayo de 1997 sobre la base de lo establecido en el artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea³. Si bien el Consejo recomendó la adopción del Convenio y del Protocolo por los Estados miembros según sus normas constitucionales respectivas, los mismos nunca llegaron a entrar en vigor por cuanto el Tratado de Ámsterdam de 2 de octubre del mismo año, que alteró sustancialmente la construcción europea en este punto al comunitarizar la cooperación judicial en materia civil, daría pie a la promulgación del Reglamento (CE) 1348/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judi-

¹ Sobre los problemas que desde una perspectiva procesalista plantea con carácter general la litigación internacional véase G. CAMPEIS Y A. DE PAUL, *La procedura civile internazionale*, 2ª ed., Cedam, Padua, 1996; W. FRISCH PHILIPP, J.A. GONZÁLEZ QUINTANILLA Y J.A. GONZÁLEZ ELIZONDO, *Derecho internacional privado y Derecho procesal internacional*, México, 1993; A. HELDRICH Y T. KONO (eds.), *Herausforderungen des internationalen Zivilverfahrensrecht*, C.B. Mohr, Tubinga, 1994; R. HIGGINS, *Problems and Process. International Law and how We Use it*, Clarendon Press, Oxford, 1994; D. McCLEAN, *International Co-operation in Civil and Criminal Matters*, Londres, 2002; M. VIRGÓS SORIANO Y F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2007 y G. CAMPEIS Y A. DE PAUL, *Il processo civile italiano e lo straniero (Lineamenti di diritto processuale civile internazionale)*, Giuffrè, Milán, 1996.

² En relación a la asistencia judicial internacional, véase con carácter general R. ARENAS GARCÍA, «Fundamento, condiciones y procedimiento de la asistencia judicial internacional», en Cooperación jurídica internacional, monográfico nº 5 de la Colección de la Escuela Diplomática, Madrid, 2001, pp. 69-124; A. BONOMI (dir.), *Diritto internazionale privato e cooperazione giudiziaria in materia civile*, Giappichelli, Turín, 2009; D. McCLEAN, *International Judicial Assistance*, Clarendon Press, Oxford, 1992 y M. TULIBACKA, «Europeanization of Civil Procedures: In Search of a Coherent Approach», *CMLR*, 2009, nº 5, pp. 1527-1565. Más concretamente, sobre notificaciones internacionales, véase J. PÉREZ MILLA, *La notificación judicial internacional*, Comares, Granada, 2000 y P. RIDDER, *La signification à l'étranger en matière civile et commerciale*, 2ª ed., 1993.

³ DOUE C 261 de 27 de agosto de 1997, pp. 2-16; en este mismo ejemplar se publicaron tanto el Protocolo sobre la interpretación del Convenio por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (págs. 18-25) como sendos Informes explicativos del Convenio (págs. 26-37) y del Protocolo (págs. 38-40) que sirven de referente esencial para la exégesis auténtica de estos textos. Sobre el Convenio de 1997, y lo que supuso en la articulación del germen de la creación de un espacio judicial europeo, véase A. BORRÁS RODRÍGUEZ, «El nuevo Convenio relativo a la notificación o traslado en los Estados miembros de la Unión Europea de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil, hecho en Bruselas el 26 de mayo de 1997», *REDI*, 1997, nº 1, pp. 346-348; R. GARCÍA GALLARDO Y J. HERNÁNDEZ OBELART, «Notificación y traslado de documentos judiciales y extrajudiciales en la Unión Europea», *La Ley (Unión Europea)*, nº 4296, 27 de mayo de 1997, pp. 1-3 y M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, «La notificación de documentos en el extranjero», *Boletín Informativo del Ministerio de Justicia*, nº 1929 (15 de septiembre de 1998), pp. 5-46.

ciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil⁴, que integraría en buena medida los planteamientos y soluciones que ya se contemplaban en el citado Convenio de 1997.

4. Efectivamente, con posterioridad, entre las Conclusiones que llegaron los Jefes de Estado y de Gobierno en la Cumbre de Tampere celebrada el 15 y 16 de octubre de 1999, fue de primer orden el facilitar a los ciudadanos de los Estados miembros el ejercicio de sus derechos y, entre los objetivos establecidos a tal fin se encontraba el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales (Apartado VI), que fue considerada como piedra angular de la cooperación judicial. En dicho marco se procedió a comunitarizar el Convenio de Bruselas de 1968, pasando a convertirse en el Reglamento 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil⁵. Del mismo modo, el conocido como Convenio Bruselas II pasó a ser el Reglamento 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental⁶. Pues bien, en este marco se aprobaron asimismo el Reglamento 1206/2001 del Consejo, de 28 de mayo, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil y mercantil⁷ y el Reglamento 1348/2000, relativo a la notificación y traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil⁸, el cual fue antecedente inmediato al Reglamento 1393/2007, que constituirá eje central de nuestro estudio.

5. En efecto, en virtud de lo dispuesto en el artículo 24 del Reglamento 1348/2000, la Comisión adoptó un informe con fecha 1 de octubre de 2004 acerca de la aplicación del mismo que concluyó que este texto había mejorado y acelerado en general la transmisión, notificación y traslado de documentos entre Estados miembros, desde su entrada en vigor, si bien con un carácter no de una manera plenamente satisfactoria respecto de ciertas de sus disposiciones⁹. Ello justificó la promulgación de un nuevo instrumento comunitario que resultó ser el Reglamento (CE) 1393/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de noviembre de 2007 relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documento judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil y por el que se deroga el Reglamento (CE) 1348/2000 del Consejo¹⁰, siendo aplicable desde 13 de noviembre de 2008.

⁴ DOUE L 160 de 30 de junio de 2000, pp. 37-52; este instrumento entraría en vigor el 31 de mayo de 2001. En relación al Reglamento 1348/2000, véase L.F. CARRILLO POZO, «La aplicación en España del Reglamento 1348/2000 sobre notificaciones internacionales: una mirada desde la LEC», *La Ley*, nº 6947 (16 de mayo de 2008); N. Marchal ESCALONA, «Algunas reflexiones en torno al Reglamento (CE) nº 1348/2000 de 29 de mayo», *La Ley* (Unión Europea), nº 5320 (31 de mayo de 2001) y *El nuevo régimen de la notificación en el espacio judicial europeo*, Comares, Granada, 2002; L. DANIELE Y S. MARINO, «Momento perfezionativo e regime linguistico delle notificazioni: dalla sentenza Leffler alla proposta di modifica del Regolamento 1348/2000», *RDIPP*, 2007, pp. 964-994; M. FRIGO, «Problemi applicativi della normativa comunitaria in materia di notificazioni di atti giudiziari», *RDIPP*, 2006, pp. 5-22; B. HESS, «Nouvelles techniques de la coopération judiciaires transfrontière en Europe», *RCDIP*, 2003-2, pp. 215-237 y J.M. SUÁREZ ROBLEDO, «La cooperación de autoridades judiciales: notificaciones y obtención de pruebas en el extranjero. Los instrumentos comunitarios en perspectiva del programa para la puesta en práctica del principio de reconocimiento mutuo», en A. BORRÁS RODRÍGUEZ (dir.), *Cooperación jurídica internacional en materia civil. El Convenio de Bruselas*, CGPJ, Madrid, 2001, pp. 53-88.

⁵ Cuya versión inicial se publicó en el DOUE L 012, de 16 de enero de 2001, habiendo sido con posterioridad objeto de diversas modificaciones, la última publicada en el DOUE L 93, de 7 de abril de 2009.

⁶ DOUE L 338, de 23 de diciembre de 2003. Este instrumento derogó a su vez al Reglamento 1347/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000 (Diario Oficial de la Unión Europea L 160, de 30 de junio de 2000), el cual se ocupaba de la misma materia, y tuvo una breve vida, y que a su vez tomó el modelo del Convenio de 28 de mayo de 1998, el cual nunca llegó a entrar en vigor por falta de las ratificaciones necesarias.

⁷ DOUE L 74, de 27 de junio de 2001.

⁸ DOUE L 160, de 30 de junio de 2000.

⁹ Primer informe de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la aplicación del Reglamento (CE) nº 1348/2000 del Consejo relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil [COM (2004) 603 final-, no publicado en el DOUE].

¹⁰ DOUE L 324 de 10 de diciembre de 2007, pp. 79-120. En general, sobre el Reglamento 1393/2007, véase, L.F. CARRILLO POZO y M.J. ELVIRA BENAYAS, *Instrumentos procesales de la UE, los reglamentos sobre notificaciones y obtención de pruebas*, Comares, Granada, 2012; L.F. CARRILLO POZO, «La reforma del régimen de las notificaciones internacionales (Reglamento 1393/2007)», *Noticias de la UE*, nº 204 (2009), pp. 11-25 y J. CASADO ROMÁN, «Análisis del Reglamento (CE) 1393/2007 sobre

2. Los objetivos del Reglamento

6. El primer y principal objetivo del Reglamento 1393/2007 es la mejora y aceleración de la transmisión entre los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil a efectos de su notificación o traslado entre ellos. Se trata de una medida propia de la cooperación judicial en materia civil y necesaria para el buen funcionamiento del mercado interior, que redunda a su vez en beneficio de la conclusión del más amplio objetivo perseguido por la Unión Europea de mantener y desarrollar un espacio de libertad, seguridad y justicia en el que se halle garantizada la libre circulación de personas. Ha de tenerse en cuenta que el derecho a ser debidamente notificado constituye un elemento esencial en la configuración del derecho de defensa y de la tutela judicial efectiva, y ello es así también con igual intensidad en los litigios transfronterizos. Y en tal sentido nuestro Tribunal Constitucional ha considerado un proceder totalmente fuera de lugar, por vulnerador de los derechos indicados, el realizar emplazamientos edictales bajo la falsa excusa de desconocerse el domicilio del demandado en el extranjero, cuando dicho domicilio es perfectamente conocido para el demandante, colocándose a aquél en una situación de real y efectiva indefensión al no poder personarse en el proceso para defender sus derechos e intereses¹¹.

7. Desde una perspectiva más concreta, con el Reglamento 1393/2007 se persigue el objetivo específico del establecimiento de un sistema de transmisión directa y célere de los documentos judiciales y extrajudiciales que, en todo caso, no menoscabe las condiciones de legibilidad y fidelidad del documento recibido, esto es, la seguridad de la transmisión.

8. Dado que los objetivos reseñados no pueden ser alcanzados de manera suficiente por los Estados que integran la Unión Europea de forma aislada y que, por consiguiente, pueden lograrse mejor a nivel comunitario debido a las dimensiones o efectos de la acción pretendida, se justifica plenamente la promulgación de un Reglamento como el que es materia de este estudio de acuerdo con el principio de subsidiariedad consagrado en el artículo 5 del Tratado de la Unión Europea (versión consolidada tras el Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007). Y de conformidad con el principio de proporcionalidad enunciado en el mismo artículo, como tendremos ocasión de comprobar, este Reglamento no excede de lo necesario para alcanzar este objetivo.

3. El ámbito de aplicación

9. Desde una perspectiva territorial, inicialmente el Reglamento vinculó a todos los países de la Unión Europea salvo a Dinamarca (artículo 1.3)¹². Sin embargo el 10 de diciembre de 2008 se publicó en el DOUE la notificación oficial de Dinamarca, de fecha 20 de noviembre de 2007, relativa a su de-

la notificación y traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil», *La Ley*, nº 7124 (27 de febrero de 2009). En particular, sobre las razones de la promulgación del nuevo Reglamento, véase M. HOYOS SANCHO, «Notificación y traslado de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil en la UE: el Reglamento 1348/2000 y la propuesta de modificación», *Revista de Estudios Europeos*, nº 43 (2006), pp. 73-98.

¹¹ Sentencias del Tribunal Constitucional 65/2000, de 13 de marzo, 268/2000, de 13 de noviembre, 214/2005, de 12 de septiembre de 2005 y 124/2006, de 24 de abril de 2006, entre otras. Sólo cabe la notificación por edictos al amparo del artículo 156.4 de la Ley de enjuiciamiento civil si no consta el domicilio del demandado en España o en el Extranjero pese a los intentos del tribunal por localizar tal domicilio (véase STJUE de 17 de noviembre de 2011, asunto *Hypotecni banka a.s./Udo Mike Lindner*, C-32/10, apartado 57 y STJUE de 15 de marzo de 2015, asunto *G./Cornelius de Visser*, C-292/10, apartado 48-50, 56 y 59). Véase al respecto N. MARCHAL ESCALONA, *Garantías procesales y notificación internacional*, Comares, Granada, 2001; M. ECHEZARRETA FERRER, «Regularidad material de la notificación como instrumento de protección de los derechos de defensa: el control de oficio de la competencia como elemento esencial de la notificación», en *La Unión Europea ante el siglo XXI: los retos de Niza*, Actas de las XIX Jornadas de la AEPDIRI (Santander, 20 y 21 de septiembre de 2001), BOE, Madrid, 2003, pp. 195-205 y I. MILANS DEL BOSCH PORTOLÉS, «La protección de los derechos de defensa del demandado en rebeldía en el extranjero por una deficiente notificación. Nuevas perspectivas en el espacio judicial europeo», VII Jornadas de Profesores de Derecho internacional privado: «La reforma del sistema español de cooperación jurídica internacional en materia civil» (Burgos, 4 y 5 de junio de 1998), AEDIP, tomo 0 (2000), pp. 367-386.

¹² Como es sabido el citado país nórdico no participó en la construcción del espacio judicial europeo según lo establecido en los artículos 1 y 2 del Protocolo sobre la posición de Dinamarca anejo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea.

cisión de aplicar el contenido del Reglamento 1393/2007 en su territorio, razón por la cual desde el 13 de noviembre de 2008 dicho país también aplica el Reglamento¹³. En cambio, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3 del Protocolo sobre la posición del Reino Unido e Irlanda anejo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, ambos Estados confirmaron desde un principio su participación en la adopción y aplicación del presente instrumento.

10. Más concretamente, el Reglamento 1393/2007 se aplica a la transmisión de documentos judiciales o extrajudiciales entre autoridades de los Estados miembros aludidos así como a la notificación o traslado de los mismos a personas físicas o jurídicas con domicilio o sede, respectivamente, en dichos Estados¹⁴. De ahí que el artículo 1.2 del Reglamento 1393/2007, establezca que el mismo no se aplicará cuando el domicilio de la persona a la que haya de notificarse o trasladarse el documento sea desconocido¹⁵. Según se indica en el citado Informe explicativo sobre el Convenio de 26 de mayo de 1997¹⁶, la finalidad de este precepto es eximir al Estado miembro requerido de toda responsabilidad por la notificación o traslado de un documento a un destinatario cuyo domicilio sea desconocido, lo que no significa que la entidad del Estado miembro requerido que reciba una solicitud de notificación o traslado de un documento a un destinatario cuya dirección sea incompleta o inexacta pueda dispensarse de tratar de hallar dicha dirección por los medios de que disponga; sólo si pese a tales gestiones no puede determinarse la dirección del domicilio del destinatario, el documento deberá ser devuelto, a la mayor brevedad, al organismo de origen.

11. Desde una óptica temporal las normas del Reglamento, que entró en vigor el 1 de enero de 2008, se aplican desde el 13 de noviembre de tal año con excepción de su artículo 23¹⁷, que lo es desde el 13 de agosto de 2008. A ello se debe añadir que, según lo dispuesto en el artículo 24 del Reglamento, a más tardar el 1 de junio de 2011, y a continuación cada cinco años, la Comisión debía presentar al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo un informe sobre la aplicación del presente instrumento, en el que se prestará especial atención a la eficacia de los organismos designados de conformidad con lo establecido en el artículo 2, así como sobre la aplicación práctica del artículo 3.c y del artículo 9; de ser necesario, dicho informe irá acompañado de propuestas de adaptación del Reglamento acordes con la evolución de los sistemas de notificación¹⁸.

12. Desde un ángulo material el instrumento que venimos analizando delimita su ámbito de aplicación mediante diversos criterios.

13. a) En primer término, en cuanto al objeto abordado el Reglamento se refiere a los documentos judiciales o extrajudiciales. Si bien no se incluye una definición de éstos sí que procede acudir al Informe del aludido referente al Convenio de 1997, según el cual:

«Por documentos judiciales deben entenderse, por supuesto, los documentos en relación con un procedimiento judicial. En cuanto a los documentos extrajudiciales, no parece posible definirlos con precisión. Puede considerarse que se trata de documentos redactados por un funcionario ministerial, tales como actas notariales o de agente judicial,

¹³ El Reglamento 1348/2000, antecedente del Reglamento 1393/2007 sí se llegó a aplicar a Dinamarca en virtud del Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca relativo a la notificación y el traslado de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil, (DOUE L 300, de 17 de noviembre de 2005) y la previa Decisión del Consejo, de 27 de abril de 2006, relativa a la celebración del Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca relativo a la notificación y al traslado de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil (DOUE L 120, de 5 de mayo de 2006).

¹⁴ Y ello con independencia de cuál sea su nacionalidad por cuanto con ello se pretende una verdadera integración que pueda evitar cualquier discriminación según se prevé en los artículos 10 y 18 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

¹⁵ Véase al respecto la STJUE de 15 de marzo de 2012 (asunto *G./Cornelius de Visser*, C-292/10, apartado 39).

¹⁶ Véase nota 1.

¹⁷ Relativo a los deberes de información que los Estados han de proporcionar a la Comisión respecto a lo dispuesto en los artículos 2, 3, 4, 10, 11, 13, 15 y 19 del mismo y de publicación de tal información que ésta ha de hacer.

¹⁸ Finalmente dicho informe no ha sido presentado dentro de la fecha prevista, habiéndose incluido dentro del Programa de Trabajo de la Comisión para 2012. Véase al efecto COM(2011) 777 final/2, de 5 de diciembre de 2012, no habiendo sido presentado el mismo a la fecha de terminación del presente estudio.

o documentos establecidos por una autoridad del Estado miembro, o bien documentos que por su naturaleza e importancia justifican ser transmitidos y comunicados a sus destinatarios según un procedimiento oficial»¹⁹.

14. El Reglamento no define ninguna de ambas categorías de documentos. En lo que concierne a los de carácter judicial, a modo de indicación el artículo 4.2 hace referencia de manera no exhaustiva a «demandas, certificaciones, resguardos [o] fes públicas», en tanto que el formulario incluido en el anexo I al Reglamento (infra) alude a citaciones, sentencias o recursos. Por otra parte, y según se ha podido apreciar, en la delimitación de la categoría «documentos extrajudiciales» el legislador comunitario es asimismo deliberadamente flexible pues permite incluir en la misma cualquier tipo de documento dotado de oficialidad bien en su origen (es decir, emitido por autoridad pública), bien respecto de su comunicación (pudiendo tratarse pues de un documento privado que precise ser transmitido y/o trasladado por vía oficial).

15. En este sentido el Tribunal de Luxemburgo ha establecido que la notificación y el traslado de documentos extrajudiciales al margen de la existencia de un procedimiento judicial, en el caso concreto de unas cartas privadas posteriormente elevadas a actas notariales, se encuentra incluida en el ámbito de aplicación del Reglamento 1348/2000 (antedecedente inmediato del Reglamento 1393/2007), no bastando una interpretación literal del considerando sexto del Reglamento para sustraer de su ámbito de aplicación a todo documento que no tenga conexión con un procedimiento judicial. Además, ha concluido el Tribunal, no conteniendo el Reglamento una definición exacta y precisa de lo que ha de entenderse por documento extrajudicial (a diferencia, por ejemplo, de lo que sucede en el Convenio de La Haya de 1965 -*infra*-), el concepto es propio de Derecho comunitario y autónomo dentro del marco del Reglamento 1348/2000²⁰.

16. b) En segundo lugar, en lo que atañe a la naturaleza de la sustancia regulada, el Reglamento de notificaciones se ciñe a la «materia civil o mercantil» (artículo 1.1), esto es, al Derecho privado *lato sensu*, con lo cual dentro de ella se ubicaría asimismo el ámbito laboral: a modo de ejemplo, el Reglamento se aplica a la notificación de un Juzgado de lo Social español en la que se contuviera una demanda por despido improcedente de un empleado español contra su empleador con sede en Lisboa. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, desde las primeras sentencias que dictó en relación al Convenio de Bruselas de 1968, sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (y posteriormente sobre su sustituto, el Reglamento 44/2001), ha mantenido de una manera constante que la referencia a la materia civil y mercantil tiene un carácter autónomo dentro del propio instrumento. Así, constituye un concepto que debe ser interpretado refiriéndose, por una parte, a los objetivos y fines del convenio y, por otra, a los principios generales comunes que se deducen de todos los sistemas jurídicos nacionales²¹.

¹⁹ *Op. cit.*, p. 28.

²⁰ Sentencia del TJCE de 25 de junio de 2009, *Roda Golf & Beach Resort* (C-14/08), apartado 57. Véase en relación a esta sentencia, N. MARCHAL ESCALONA, «Quid de la interpretación autónoma del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el ámbito procesal (A propósito de la sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de junio de 2009: Roda Golf & Beach Resort)», *Diario La Ley*, nº 7273, 30 de octubre de 2009, pp. 4-5 y J. MASEDA RODRÍGUEZ, «Reglamento (CE) 1348/2000 relativo a la notificación y traslado de documentos judiciales y extrajudiciales en el ámbito de la Unión Europea: concepto de documento extrajudicial y admisibilidad de la cuestión prejudicial. (A propósito de la STJCE de 25 de junio de 2009, As. Roda Golf & Beach Resort SL)», *Noticias de la UE*, nº 309 (2010), pp. 141-156.

²¹ Efectivamente, el Informe aludido indica (p. 28) que, para garantizar la coherencia entre los distintos instrumentos celebrados en el marco de la Unión Europea, sería útil referirse a este respecto a la interpretación del concepto de materia civil y mercantil dada por el Tribunal de Luxemburgo, que establece el principio de una definición autónoma teniendo en cuenta los objetivos y la economía del instrumento en cuestión, así como los principios generales que se desprenden del conjunto de los sistemas jurídicos nacionales; y añade que en la concreción de la materia civil o mercantil en materia de notificación o traslado de documentos judiciales y extrajudiciales no hay por qué circunscribirse exclusivamente a al ámbito de aplicación material del Convenio de Bruselas de 1968. Así, entre otras, Sentencias del TJCE de 14 de octubre de 1976 (*LTU/Eurocontrol*, C-29/76, considerando 5), de 22 de febrero de 1979 (*Gourdain/Nadler*, C-133/78, considerando 3), de 16 de diciembre de 1980 (*Países Bajos/Rüffer*, C-814/79, apartado 7), de 21 de abril de 1993 (*Sonntag/Waidmann*, C-172/91, apartado 18) y de 14 de noviembre de 2002 (*Gemeente Steembergen/Baten*, C-271/00, apartado 28).

17. Este criterio implica, como consecuencia lógica, la proscripción del ámbito de aplicación sustantivo del Reglamento de la notificación o traslado de documentos de Derecho público representado por las ramas penal, fiscal, aduanera o administrativa, o por la responsabilidad del Estado por acciones u omisiones en el ejercicio de su autoridad (esto es, los actos denominados *iure imperii*).

18. El Reglamento se puede aplicar asimismo a los documentos en cuanto se refieran a pronunciamientos de Derecho privado dictados en el marco de un proceso del que conociera un órgano judicial de lo criminal o de lo contencioso-administrativo²², lo que acredita -como en el resto de instrumentos comunitarios que conforman el espacio judicial europeo- que la naturaleza del órgano judicial que ha dictado un acto no incide en la transmisibilidad del mismo a través del Reglamento 1393/2007, siendo lo único trascendente la naturaleza del propio documento.

19. c) Finalmente, en lo que atañe a la acción proyectada sobre los documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil el Reglamento se refiere a dos posibilidades: la transmisión por una parte y la notificación o traslado por otro. Tratándose de términos que pueden prestarse a confusión es preciso tener en consideración, de entrada, que el Informe del Convenio de 1997 explicaba que el instrumento «se refiere a la transmisión, a efectos de la notificación o traslado, de documentos judiciales y extrajudiciales», con lo cual se distinguen claramente las dos acciones²³. En efecto, en el Reglamento 1393/2007 la transmisión concierne al envío entre autoridades estatales de los documentos judiciales (artículo 4) y extrajudiciales (artículo 16) en tanto que la notificación o traslado se refiere, con distintas modalidades, a la comunicación del documento transmitido a su destinatario final, esto es, a la persona física o jurídica a la que se quiere hacer llegar aquél para su conocimiento y efectos (artículo 7).

20. En lo que hace a la aplicación del Reglamento desde su perspectiva material, hemos de tener en cuenta la reciente STJUE de 19 de diciembre de 2012. En la misma un matrimonio de alemanes con residencia en Alemania demandaron en Polonia a un matrimonio polaco con domicilio en dicho país. Según el artículo 1135⁵ del Código de procedimiento civil polaco, la parte del procedimiento cuyo domicilio, residencia habitual o sede se encuentre en el extranjero (como acontecía con el matrimonio alemán) y no hubiere nombrado un representante procesal en Polonia deberá designar en este Estado un representante autorizado a recibir notificaciones. Los demandantes no hicieron tal designación, con lo cual, siguiendo lo indicado en la disposición referida, en caso de no designarse un representante autorizado a recibir notificaciones, los documentos dirigidos a dicha parte se incorporarán a los autos y se considerará que ha tenido lugar la notificación de los mismos. De esta forma se tramitó el procedimiento en Polonia sin practicarse notificación alguna a Alemania y se dictó una sentencia en la cual la demanda fue desestimada.

21. El Sąd Rejonowy w Koszalinie preguntó al Tribunal de Luxemburgo, en esencia, si el artículo 1, apartado 1, del Reglamento 1393/2007, debe interpretarse en el sentido de que se oponen a la normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el caso referido que establece que, cuando una parte con domicilio o residencia habitual en otro Estado miembro no haya designado un representante autorizado a recibir notificaciones domiciliado en el primer Estado, en el que está pendiente el procedimiento judicial, los documentos judiciales destinados a esa parte se incorporarán a los autos y se considerará que han sido notificados. En primer lugar, y frente a la pretensión del Gobierno polaco de que el caso quedaba fuera del ámbito del Reglamento al no disponer el Derecho procesal polaco en esta caso de la necesidad de tener que notificar en el extranjero, para el Tribunal una interpretación sistemática del Reglamento resulta que éste contempla únicamente dos circunstancias en las que la notificación o el traslado de un documento judicial entre los Estados miembros quedan excluidos de su ámbito de aplicación: cuando el domicilio o el lugar de residencia habitual de la persona a la que haya

²² El citado Informe sobre el Convenio de 1997 planteaba, no obstante, que era preciso interpretar estos términos de forma flexible para preservar los derechos de las partes implicadas y, en particular, los derechos de la defensa (p. 28).

²³ *Op. cit.*, p. 28.

de notificarse o trasladarse el documento sea desconocido, o cuando esta última ha nombrado un representante autorizado en el Estado en el que tiene lugar el procedimiento. Y siendo por lo tanto aplicable el Reglamento, éste no contempla en absoluto la posibilidad y, por tanto, se opone a un procedimiento de notificación o traslado ficticio como el que está en vigor en Polonia en virtud del artículo 1135⁵ del Código de procedimiento civil.

22. En definitiva, en atención a las circunstancias expuestas el Tribunal falló que el artículo 1, apartado 1, del Reglamento 1393/2007 debe interpretarse en el sentido de que se opone a la normativa polaca que establece que, cuando una parte con domicilio o residencia habitual en otro Estado miembro no haya designado un representante autorizado a recibir notificaciones domiciliado en el primer Estado, en el que está pendiente el procedimiento judicial, los documentos judiciales destinados a esa parte se incorporarán a los autos y se considerará que han sido notificados²⁴.

4. La relación con otros instrumentos internacionales

23. Como consecuencia de las lógicas disparidades en los compromisos asumidos por los Estados de la Unión Europea en este ámbito material, era preciso articular unas reglas que disciplinasen las relaciones entre el Reglamento 1393/2007 con otros instrumentos en que se reflejen los citados compromisos. Tales reglas, que se desprenden en parte del artículo 20 de aquél, son las que se exponen a continuación.

24. a) En primer término, el Reglamento prevalece sobre las disposiciones de los acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales celebrados por los Estados miembros, en particular el artículo IV del Protocolo anexo al Convenio de Bruselas de 1968²⁵ y el Convenio de La Haya de 15 de noviembre de 1965²⁶.

25. b) Seguidamente el Reglamento no se opone a que algunos Estados miembros mantengan o celebren acuerdos o arreglos dirigidos a acelerar o simplificar en mayor medida la transmisión de do-

²⁴ STJUE de 19 de diciembre de 2012 (Asunto *Krystyna Alder y Ewald Alder / Sabina Orlowska y Czeslaw Orlowski*, C-325/11, apartados 19 a 32). Frente al supuesto en cuestión, donde el Tribunal de Luxemburgo no ha dudado en aplicar el Reglamento 1393/2007 frente a lo que disponía el Derecho polaco, véase la Sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de 15 de junio de 1988, en el asunto *Schlunk v. Volkswagen*, donde se decidió que en un caso donde la demandada -con domicilio en Alemania- tenía una sociedad filial en territorio del Estado del foro (en el caso, los Estados Unidos), no era necesario notificar al extranjero (en el caso a Alemania) a través del Convenio de La Haya de 1965 (*infra*), dado que dicho Convenio (que se entendía de aplicación por la demandada) no contiene una definición de la «notificación al extranjero», correspondiendo al Estado del foro determinar en cada caso cuando es necesaria una notificación al extranjero. Sobre este caso en particular véase H. KOCH, «Haager Zustellungsbereinkommen oderZustellungsduurchgriff auf Muttergesellschaften? (Zur Entscheidung des US-Supreme Court in *Schlunk v. Volkswagen*)», *IPRax*, 1989, pp. 313-314.

²⁵ Téngase presente que el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 ha dejado de ser aplicado a las relaciones entre Dinamarca y el resto de países comunitarios por cuanto desde el 1 de julio de 2007, fecha en que entró en vigor el Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil, hecho en Bruselas el 19 de octubre de 2005 (DOUE L 299, de 16 de noviembre de 2005), a las citadas relaciones se aplican las disposiciones del Reglamento 44/2001 (Bruselas I) y sus normas de desarrollo.

²⁶ Se trata del Convenio relativo a la notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y comercial, en el que en el momento de redacción de estas líneas son parte los siguientes países de la Unión Europea: Alemania, Bélgica, Bulgaria, Chequia, Chipre, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España (el instrumento de ratificación se publicó en el BOE nº 203, de 25 de agosto de 1987, y su corrección de errores en el nº 88, de 13 de abril de 1989), Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Países Bajos, Polonia, Portugal, Rumanía, Reino Unido y Suecia (esto es, todos salvo Austria y Malta). Sobre el Convenio de La Haya de 1965, véanse, entre otros, Conférence de La Haye de Droit international privé, *Manuel pratique sur le fonctionnement de la Convention de La Haye du 15 du noviembre 1965 relative à la signification des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale*, 3^a ed., Montreal, Wilson & Lafleur, 2006; J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, «La cooperación judicial en los convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado», *Revista Española de Derecho Internacional*, nº 1, 1993, pp. 81-100; A. FERRÍ, *La notifica all'estero*, Padua, Cedam, 1989; COHEN-TANUGI, «Les juridictions américaines face aux lois étrangères interdisant la communication de renseignements économiques», *RCDIP*, 1983, pp. 213-247 y M. REQUEJO ISIDRO, «Punitive damages y su notificación en el contexto del Convenio de La Haya de 15 de octubre de 1965», *Revista Española de Derecho Internacional*, nº 2, 1996, pp. 71-97.

cumentos, siempre que éstos sean compatibles con las disposiciones de aquél. A estos efectos los países que hayan celebrado o vayan a celebrar estos acuerdos o arreglos deben transmitir a la Comisión una copia tanto de los mismos como de toda denuncia o modificación de tales acuerdos o arreglos²⁷.

26. c) Finalmente, y en virtud del principio de especialidad, prevalecen sobre las reglas del propio Reglamento las normas específicas que en materia de notificación se contienen en determinados instrumentos comunitarios: en concreto, en los artículos 13 a 15 del Reglamento 805/2004, de 21 de abril de 2004, por la que se crea un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados²⁸, en los artículos 13 a 15 del Reglamento 1896/2006, de 12 de diciembre de 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo²⁹ y en el artículo 13 del Reglamento 861/2007, de 11 de julio de 2007, por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía³⁰.

II. La transmisión y notificación de documentos en el Reglamento 1393/2007

1. La transmisión de documentos entre autoridades judiciales

A) Organismos y entidades para articular la transmisión de documentos judiciales y extrajudiciales

27. A fin de articular la necesaria cooperación en materia de transmisión de documentos judiciales o extrajudiciales, el Reglamento 1393/2007 consagra la designación tanto de organismos competentes para la transmisión y recepción de los documentos judiciales y extrajudiciales, como de entidades centrales para facilitar la cooperación en este campo³¹.

28. a) Los organismos transmisores y receptores son funcionarios públicos, autoridades u otras personas designadas por cada Estado -durante un período de cinco años renovable por períodos iguales- con una misión complementaria entre sí: en tanto que los organismos «transmisores», como su nombre indica, son los competentes para transmitir a otro Estado miembro los documentos judiciales y extrajudiciales que deban ser notificados o trasladados allí, los organismos «receptores» son los competentes para recibir los documentos judiciales y extrajudiciales procedentes de otro Estado miembro para ser notificados o trasladados en el suyo³². Una vez designados los organismos pertinentes, cada

²⁷ España tiene suscritos con Estados miembros los siguientes convenios bilaterales que afectan a la materia objeto del Reglamento 1393/2007: Convenio entre España y Gran Bretaña sobre mutua asistencia en procedimientos civiles y comerciales, de 27 de julio de 1929 (*Gaceta de Madrid* de 10 de abril de 1930); Convenio sobre asistencia judicial y reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil entre España e Italia, hecho en Madrid el 22 de mayo de 1973 (BOE de 15 de noviembre de 1977); Convenio sobre asistencia jurídica, reconocimiento y ejecución de sentencias en asuntos civiles, entre España y Checoslovaquia, hecho en Madrid el 4 de mayo de 1987 (BOE de 3 de diciembre de 1988); Convenio de asistencia judicial en materia civil entre el Reino de España y la República de Bulgaria, hecho en Sofía el 23 de mayo de 1993 (BOE de 30 de junio de 1994) y Convenio entre el Reino de España y la República Portuguesa relativo a la cooperación judicial en materia penal y civil, hecho en Madrid el 19 de noviembre de 1997 (BOE de 21 de enero de 1999).

²⁸ DOUE L 143/15, de 30 de abril de 2004.

²⁹ DOUE L 399, de 30 de diciembre de 2006.

³⁰ DOUE L 199, de 31 de julio de 2007.

³¹ Esta cooperación se hace tanto más necesaria en cuanto que en la Unión Europea las normas procesales siguen siendo competencia de cada Estado miembro, por lo que la coordinación entre autoridades para vehiculizar debidamente las notificaciones se muestra indispensable a día de hoy. Sobre la cuestión relativa a las consecuencias de la diversidad de regulaciones procesales en el marco comunitario y los efectos de una eventual armonización en dicho campo véase L. PELLIS, «All Roads lead to Brussels: Towards a Uniform European Civil Procedure», *NILR*, 1990, nº 3, pp. 372-396; M. STORME, «Procedural Consequences of a Common Private Law for Europe», A. HARTKAMP y otros (eds.), *Towards an European Civil Code*, Martinus Nijhoff, Dordrecht/Boston/Londres, 1994 (sig. 48.828), pp. 83-95; M. STORME (ed.), *Rapprochement du Droit judiciaire de l'Union européenne / Approximation of Judiciary Law in the European Union*, Kluwer, Deventer, 1994 (sig. 124.514) y G. TARZIA, «Prospectiva di armonizzazione delle norme sull'esecuzione forzata nella Comunità Economica Europea», *Scintillae Iuris*, Studi in memoria di Gino Gorla, tomo II, Giuffrè, Milán, 1994 (sig. 48814/2), pp. 1519-1537.

³² El citado precepto prevé que los países de la Unión puedan designar bien un organismo transmisor y un organismo receptor, bien un único organismo encargado de ambas funciones; de igual modo concede a los Estados federales, los Estados en los

Estado miembro debe facilitar a la Comisión información acerca de los nombres y direcciones de los organismos receptores, del ámbito territorial en el que sean competentes, de los medios de recepción de documentos a su disposición, así como de las lenguas que puedan utilizarse para llenar el formulario normalizado del anexo I al Reglamento³³.

29. b) La entidad central de cada Estado miembro es la encargada de facilitar información a los organismos transmisores; de hallar soluciones a cualquier dificultad que suscite la transmisión de documentos a efectos de notificación o traslado; y de cursar, en casos excepcionales y a petición de un organismo transmisor, una solicitud de notificación o traslado al organismo receptor competente³⁴.

30. En general, las funciones de la entidad central en el Reglamento 1393/2007 son de menor relevancia en el desarrollo del procedimiento de cooperación previsto en dicho instrumento que la que goza, por ejemplo, la autoridad central en el marco del Convenio de La Haya de 15 de noviembre de 1965. En efecto, en éste instrumento dicha autoridad es quien se encarga directamente de proceder a la notificación o traslado del documento, competencia que con carácter general le es desconocida a las entidades centrales en el marco del Reglamento 1393/2007, pues sólo en casos muy excepcionales y siempre a petición de un organismo transmisor, cursará la entidad central una solicitud de notificación o traslado al organismo receptor competente³⁵.

B) Fórmulas de transmisión de documentos judiciales y extrajudiciales

31. Del análisis del articulado del Reglamento 1393/2007 se desprende la existencia de dos fórmulas diferentes de comunicación de documentos judiciales y extrajudiciales entre los organismos transmisores y receptores designados al efecto por los países de la Unión Europea.

que ríjan varios ordenamientos jurídicos y los Estados que cuenten con entidades territoriales autónomas la facultad de designar más de uno de los organismos mencionados. En España son los Secretarios Judiciales de los distintos Juzgados y Tribunales los organismos transmisores; y los Secretarios Judiciales del Juzgado Decano de cada partido judicial los organismos receptores. Sobre el papel del Secretario judicial en relación a sus funciones en el marco del Reglamento 1393/2007, véase J. CASADO ROMÁN, «Análisis del Reglamento (CE) 1393/2007 sobre la notificación y traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil», *Diario La Ley*, nº 7124, año 2009, p. 7.

³³ La Decisión 2001/781/CE de la Comisión, de 25 de septiembre de 2001 (*DOCE L* 298 de 15 de noviembre de 2001), y en relación al precedente Reglamento 1348/2000, aprobó un Manual -que aparecía como anexo I- de organismos receptores y un léxico de los documentos transmisibles o notificables. Toda esa información, y sus modificaciones, puede consultarse detalladamente en el sitio Web del Atlas Judicial Europeo en Materia Civil: http://www.europa.eu.int/comm/justice_home/judicialatlascivil. Al margen del Atlas Judicial Europeo, es de sumo interés la información facilitada por la Red Judicial Europea (creada por Decisión de 28 de mayo de 2001 -*DOUE L* 174/25, de 27 de junio-), que tiene atribuidas, entre otras competencias, el sistema de información para los miembros de la Red a fin de facilitar la cooperación, y continuamente ha ido ampliando su base de datos en relación a la regulación de la materia probatoria en cada uno de los Estados miembros. Además cuenta con la ayuda de los Puntos de Contacto de cada país, que en España tienen además el apoyo de la Red Judicial Española de Cooperación Judicial Internacional (véanse artículos 81 y ss. del Reglamento 1/2005, sobre aspectos accesorios de las actuaciones judiciales, aprobado por acuerdo del CJPJ de 15 de septiembre de 2005 -*BOE* de 27 de septiembre de 2005-). En parecidos términos, también resulta de mucha utilidad en esta materia la consulta al Prontuario de Auxilio Judicial Internacional elaborado por el Consejo General del Poder Judicial: <http://www.poderjudicial.es/eversuite/Templates/comunidadesREJUE/prontuarioCivil.pdf>

³⁴ Al igual que lo establecido para los organismos transmisores y receptores, el Reglamento admite que en los Estados federales, en los Estados plurilegislativos y en los Estados que cuenten con unidades territoriales autónomas quepa designar más de una entidad central. La información sobre las autoridades centrales designadas por cada Estado puede consultarse en la citada Web del Atlas Judicial Europeo en materia civil. En concreto en España se trata de Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional del Ministerio de Justicia, sita en la calle San Bernardo nº 62, E-28015 Madrid, con fax (34) 913 90 44 57.

³⁵ Sobre las diferencias entre la competencias de la autoridad central en el Convenio de La Haya de 1965 y el Convenio europeo de 1997 (precedente del Reglamento 1348/2000 y del vigente Reglamento 1393/2007), véase J. PÉREZ MILLA, *La notificación judicial internacional*, Comares, Granada, 2000, pp. 160-161 y, en general, sobre la superación y modernización de los mecanismos de cooperación internacional, incluido el sistema de autoridades centrales, S. GARCÍA CANO, «Evolución de las técnicas de cooperación internacional entre autoridades en el Derecho internacional privado», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nº 112 (enero-abril de 2005), pp. 75-109.

32. a) Por un lado, la transmisión directa se caracteriza en primer término, por su ubicación sistemática en el Reglamento, por considerarse la vía ordinaria de comunicación; seguidamente por la recomendación de ser utilizada con la mayor agilidad posible («los documentos se transmitirán (...) lo antes posible», establece su apartado 1); en tercer lugar por asentarse sobre la base del principio de confianza mutua entre autoridades al permitirse su uso siempre que el contenido del documento recibido sea fiel y conforme al del documento expedido; y por último por atender a la mayor simplicidad al requerirse para su uso únicamente que todas las indicaciones que contenga el citado documento sean legibles sin dificultad³⁶.

33. Técnicamente la transmisión directa consiste en la remisión del documento en cuestión acompañado de una solicitud conforme al formulario normalizado que figura en el anexo I al Reglamento rubricado «Solicitud de notificación o traslado de documentos»³⁷. El citado formulario se ha de cumplimentar por el organismo transmisor en la lengua oficial del Estado miembro requerido³⁸ o en otra lengua que tal Estado haya indicado que puede aceptar habida cuenta de que cada país vinculado por el Reglamento debe indicar la lengua o las lenguas oficiales de las instituciones de la Unión Europea distintas de la suya o de las suyas en que aceptará que se complete dicho formulario³⁹. Es importante no confundir la lengua de redacción del formulario normalizado del anexo I al Reglamento, a la que ahora nos estamos refiriendo, con la lengua de redacción del documento o documentos objeto transmitidos con objeto de su notificación o traslado, cuestión a la que se refiere el artículo 5 y que se halla en conexión directa con las especiales reglas previstas en el trascendental artículo 8 del Reglamento acerca de la negativa por la persona requerida a aceptar tal notificación o traslado (*infra*), una de las cuestiones que en la práctica se ha evidenciado como más compleja en el funcionamiento de este instrumento comunitario⁴⁰.

Por último, si el organismo transmisor del Estado requirente desea que se le devuelva una copia del documento transmitido acompañado del certificado al que se refiere el artículo 10 del Reglamento en sede de notificación o traslado (*infra*), deberá enviar el citado documento por duplicado.

34. b) Por otro lado, la segunda vía de comunicación por la que cabe transmitir documentos judiciales o extrajudiciales entre los organismos competentes de los Estados miembros, al margen de la vía directa, es la diplomática o consular. En efecto, el Reglamento consagra para cada Estado miembro la facultad, en circunstancias excepcionales, de utilizar esta clásica fórmula jurídica de transmisión de documentos. Ello implica, como tendremos ocasión de apreciar, que los agentes diplomáticos o autoridades consulares de un Estado de la Unión debidamente acreditados en otro Estado comunitario

³⁶ A mayor abundamiento, el apartado 4 del artículo 5 del Reglamento exime a todos los documentos transmitidos de legalización o de cualquier trámite equivalente. La remisión de documentos se deberá hacer directamente entre las entidades designadas por cada Estado miembro, siempre por la vía que se considere más adecuada atendiendo a la naturaleza del documento a transmitir, debiendo respetarse la concordancia fiel con el documento original y que las indicaciones que contenga sean legibles sin dificultad (*vid. J. CASADO ROMÁN, «Análisis del Reglamento (CE) 1393/2007 sobre la notificación y traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil», op. cit., p. 2.*)

³⁷ Se trata de un extenso documento donde han de hacerse constar determinados datos en relación a cada una de las siguientes circunstancias: organismo transmisor, organismo receptor, requirente, destinatario, modo de notificación o traslado y documento que debe notificarse.

³⁸ Cuando haya varias lenguas oficiales en el Estado requerido, el formulario se redactará en la lengua oficial o en una de las lenguas oficiales del lugar en el que deba efectuarse la notificación o el traslado.

³⁹ La información sobre el particular puede hallarse también en la Web del Atlas Judicial Europeo; en ella se indica que nuestro Reino acepta que el formulario normalizado del anexo I sea recibido cumplimentado en inglés, francés o portugués, además, naturalmente, de en español. En el caso del portugués, ello es consecuencia de lo dispuesto en el artículo 1 del Convenio bilateral existente entre ambos países sobre cooperación judicial en materia penal y civil, hecho en Madrid el 19 de noviembre de 1997 (BOE núm. 18, de 21 de enero de 1999).

⁴⁰ Establece no obstante el apartado 1 del citado artículo 5 que el organismo transmisor debe comunicar al requirente que el destinatario de la notificación o traslado del documento (o documentos) puede negarse a aceptarlo de no estar en una de las lenguas previstas en el artículo 8. De ahí que si el requirente desea evitar este problema deba asumir en esta fase los posibles gastos de traducción previa a la transmisión del documento (sin perjuicio de una posible decisión posterior, en su caso, del tribunal o autoridad competentes sobre la responsabilidad de dichos gastos). Sobre la cuestión relativa a la lengua de la notificación, véase N. MARCHAL ESCALONA, «La fecha y el idioma en la notificación internacional: perspectivas de futuro», VII Jornadas de Profesores de Derecho internacional privado: «La reforma del sistema español de cooperación jurídica internacional en materia civil» (Burgos, 4 y 5 de junio de 1998), AEDIP, tomo 0 (2000), pp. 299-310.

puedan notificar o trasladar documentos judiciales y extrajudiciales a personas que residan en aquél⁴¹. Sin embargo, ha de indicarse que en la práctica hoy en día esta forma de notificación se encuentra prácticamente en desuso en el ámbito comunitario en favor del resto de procedimiento que ahora tratamos, en particular la notificación directa.

C) Recepción de los documentos judiciales y extrajudiciales transmitidos

35. La transmisión de los documentos judiciales y extrajudiciales por el competente organismo transmisor del Estado remitente se completa con su recepción por el competente organismo del Estado destinatario, aspecto que puede provocar distintas situaciones que pasamos a exponer.

36. a) Si la información proporcionada y los documentos incluidos en la transmisión resultasen correctos, para que quedara constancia de la citada recepción en aras de la seguridad jurídica una vez recibido el documento el organismo receptor del país requerido remitiría al organismo transmisor del país requirente un acuse de recibo por el medio más sencillo posible y a la mayor celeridad (en todo caso en un plazo de siete días), para lo cual debería utilizar el formulario normalizado que figura bajo la rúbrica «Acuse de recibo» en el ya citado anexo I al Reglamento.

37. b) En el supuesto de que concurrieran deficiencias en la información proporcionada o en los documentos transmitidos que impidieran dar curso a la solicitud de notificación o de traslado, el organismo receptor del Estado requerido se pondrá en contacto, por el medio más rápido posible (y hay que advertir que en este caso el Reglamento no dispone de formulario alguno al efecto), con el organismo transmisor del Estado requirente con el fin de que sean subsanadas dichas deficiencias relacionadas con la información o los documentos transmitidos.

38. c) Si la solicitud de notificación o traslado se hallara manifiestamente fuera del ámbito de aplicación del Reglamento o si el incumplimiento de las condiciones formales exigidas hiciera imposible la notificación o el traslado, el organismo receptor del Estado requerido devolvería al organismo transmisor del Estado requirente la solicitud y los documentos transmitidos en cuanto se recibieran, junto el formulario normalizado rubricado «Comunicación de la devolución de la solicitud y del documento», que figura en el reiterado anexo I al instrumento comunitario analizado en este capítulo, debidamente cumplimentado⁴².

39. d) Si un organismo receptor del Estado requerido recibiera un documento para cuya notificación o traslado careciera de competencia territorial, debería expedirlo, junto con la solicitud de notificación o traslado, al organismo receptor territorialmente competente del mismo Estado miembro. Pero ello siempre que la solicitud recibida reuniese las condiciones establecidas en el artículo 4.3, esto es, que se hubiese cumplimentado el formulario «Solicitud de notificación o traslado de documentos» del anexo I al Reglamento en la lengua oficial del Estado requerido o en una de las lenguas distintas de las suyas que hubiera aceptado a estos fines (*supra*)⁴³.

⁴¹ En el caso de España, según puede apreciarse en la información vertida en la Web del Atlas Judicial Europeo, únicamente se admite esta fórmula si son efectuadas por los servicios consulares o diplomáticos del Estado requirente a un nacional de este último Estado que sea residente en nuestro territorio nacional.

⁴² Los motivos concretos de devolución que para este supuesto se recogen en el referido formulario son los siguientes: a) que la solicitud esté «manifiestamente» fuera del ámbito de aplicación del Reglamento; b) que el documento no sea de naturaleza civil ni mercantil; c) que la notificación o el traslado no se pida por un Estado miembro a otro Estado miembro; d) que el incumplimiento de las condiciones de forma requeridas imposibilite la notificación o el traslado del documento; e) que el documento sea difícil de leer; f) que la lengua utilizada al cumplimentar el formulario no sea alguna de las admitidas en el Estado requerido; o g) que el documento recibido no sea una copia fiel y conforme.

⁴³ En este supuesto el organismo receptor territorialmente incompetente debe informar de ello al organismo transmisor del Estado requirente utilizando el formulario normalizado denominado «Comunicación de retransmisión de la solicitud y el documento al organismo receptor territorialmente competente» que figura en el anexo I al Reglamento. A su vez, este último comunicaría la recepción de la solicitud de notificación o traslado al organismo transmisor del Estado requirente, enviándole

2. La notificación o traslado de los documentos a los destinatarios finales

40. Tras la fase de transmisión propiamente dicha entre los organismos competentes del documento cuya notificación o traslado se solicita, se ha de proceder a la notificación o traslado al destinatario final del documento en el Estado requerido, a cuyo fin el Reglamento prevé cuatro fórmulas diferentes, si bien con algunos aspectos comunes entre ellas. Ambas cuestiones las abordamos a continuación.

A) Fórmulas de notificación o traslado de documentos

41. El Reglamento prevé cuatro diferentes vías de notificación o traslado de documentos judiciales y extrajudiciales, siendo las tres últimas de ellas vías directas de comunicación entre las autoridades del Estado requirente y las personas destinatarias de tales documentos⁴⁴. Veamos:

42. a) La vía ordinaria de notificación, que es la prevista en el artículo 7, implica que el organismo receptor del Estado requerido proceda bien a efectuar directamente la notificación o traslado, bien a dar instrucciones para que ésta se efectúe. A estos efectos, la notificación o traslado del documento de que se trate se podrá practicar de una doble forma: o de conformidad con lo establecido en el ordenamiento interno del propio Estado requerido⁴⁵, atendiendo a la clásica regla *Lex fori regit processum*, que será lo habitual; o mediante una forma particular que sea expresamente solicitada por el organismo transmisor, y siempre que ésta forma de practicar la notificación no sea incompatible con el Derecho interno del Estado requerido⁴⁶.

43. El organismo receptor del Estado requerido debe realizar todas las diligencias necesarias para efectuar la notificación o el traslado del documento en el más breve plazo posible y, en cualquier caso, dentro de un mes contado a partir de la recepción de la solicitud de notificación o traslado. A este respecto ha de tenerse en cuenta que caben dos hipótesis, las cuales se derivan del juego combinado de los artículos 4.5, 7 y 10 del Reglamento: Por un lado, que hubiera sido posible cumplir los trámites de notificación o traslado del documento en el Estado requerido en dicho plazo o, por otro, que no hubiera sido posible hacerlo⁴⁷. En ambos supuestos (si bien en el segundo se recalca que «de inmediato») se expedirá, con el sentido que corresponda, el «Certificado de cumplimiento o incumplimiento de los trá-

cumplimiento del formulario normalizado titulado «Acuse de recibo del organismo receptor territorialmente competente al organismo transmisor» que se contiene, de igual modo, en el anexo I al Reglamento 1393/2007.

⁴⁴ Al hilo de las diferentes vías de notificación, la doctrina en España se ha cuestionado sobre el carácter imperativo en cuanto a su aplicación del Reglamento 1393/2007. Caso de que no lo fuese la notificación con destino a otro Estado miembro se podría practicar también mediante las vías judiciales y extrajudiciales recogidas en el Derecho nacional del Estado miembro notificante. Al respecto ha de indicarse que los términos del Reglamento no son claros sobre dicho particular, aunque el hecho de que en los artículos 12 a 15 se admitan otras formas de notificación paralelas a la notificación directa y no se realice ninguna alusión a las normas de notificación recogidas en el Derecho nacional de los Estados miembros, es un argumento de peso a favor de la aplicación imperativa del Reglamento (véase A.L. CALVO-CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZALEZ, *Derecho internacional privado*, 13^a ed., Comares, Granada, 2012), decantándose en tal sentido también la Resolución de la DGRN de 27 de febrero de 2012.

⁴⁵ En el caso de que España sea Estado requerido, la notificación o traslado del documento se llevará a efecto según lo dispuesto en los artículos 149 y siguientes de la Ley de enjuiciamiento civil.

⁴⁶ Esta posibilidad (que constituye en la práctica una excepción a la citada regla *Lex fori regit processum*) se reconoce también de manera similar en el Reglamento 1206/2001 en relación a la práctica de prueba en el extranjero. En efecto, en dicho Reglamento se permite al órgano jurisdiccional requirente solicitar que la diligencia de prueba se practique conforme a alguno de los procedimientos especiales previstos en su propio ordenamiento (artículo 10.3). En tal caso el órgano jurisdiccional requerido, informando al requirente, sólo podrá denegar la petición en dos supuestos: Por un lado, cuando el procedimiento solicitado sea incompatible con su Derecho, debiendo existir una manifiesta incompatibilidad y no procediendo en todo caso la denegación por la mera inexistencia en su seno de la forma solicitada. Por otra parte, cuando existan graves dificultades de hecho para la práctica de la diligencia probatoria mediante el procedimiento solicitado, debiéndose tratar de dificultades prácticas de suficiente entidad y que resulten insalvables para el órgano jurisdiccional requerido.

⁴⁷ Como motivos posibles que cabe invocar para no haber notificado o trasladado el documento (o documentos) en plazo, el anexo I al Reglamento recoge de manera no exhaustiva el desconocimiento de la dirección del destinatario, el hallarse éste en paradero desconocido o el haberse excedido del plazo transcurrido el cual ya no se requiere notificación o traslado.

mites de notificación o traslado de documentos» al que se refiere el anexo I al Reglamento, certificado que se cumplimentará en la lengua oficial o en una de las lenguas oficiales del Estado miembro de origen o en otra lengua que éste haya indicado que puede aceptar⁴⁸.

44. No obstante, en ambos casos se dan también importantes diferencias: Por un lado, si la notificación o traslado se hubiera cumplido en el plazo previsto, hay que remitir al organismo transmisor del Estado requirente -si éste así lo hubiese querido- un certificado relativo al cumplimiento de dichos trámites mediante el formulario normalizado que figura en el anexo I al Reglamento al final del documento titulado «Solicitud de notificación o traslado de documentos» junto con una copia del documento notificado o trasladado. Por otro lado, si no hubiera sido posible proceder a efectuar la notificación o traslado en el plazo señalado, y como novedad frente a lo que se disponía en el Reglamento 1348/2000, el organismo receptor del Estado requerido debe continuar realizando todas las diligencias necesarias para efectuar la notificación o el traslado del documento si ello pareciera posible hacerlo, a menos que el organismo transmisor del Estado requirente estableciera otra cosa.

45. Finalmente, en relación a esta forma de transmisión, la notificación o traslado de documentos procedentes de un Estado miembro requirente no dará lugar al abono o reembolso de tasas o costas por los servicios prestados por el Estado miembro requerido. No obstante, el requirente abonará o reembolsará (en su caso cumulativamente) los gastos ocasionados bien por la intervención de un funcionario judicial o de una persona competente conforme a lo establecido en la legislación del Estado miembro requerido⁴⁹, bien por la utilización de un método especial de notificación o traslado solicitado por el organismo transmisor, al que antes nos hemos referido.

46. b) Una segunda vía de notificación o traslado de documentos judiciales y extrajudiciales admitida por el Reglamento 1393/2007 es la efectuada, en el Estado requerido, por medio de agentes diplomáticos o consulares del Estado requirente acreditados en aquél. Se trata de una fórmula que obedece a dos caracteres muy concretos: En primer término se configura como una facultad del Estado requirente frente a cuyo ejercicio cabe la oposición del Estado requerido (comunicada a la Comisión conforme a lo previsto en el artículo 23.1 del Reglamento)⁵⁰, salvo que la notificación o traslado de los documentos en cuestión se efectúe a nacionales de aquél residentes en éste⁵¹. En segundo lugar se considera una vía directa de comunicación para la que, no obstante -y como no podría ser de otro modo en atención al respeto a la soberanía estatal- no cabe «coacción alguna» por los agentes diplomáticos o consulares extranjeros⁵².

⁴⁸ Al igual que vimos en páginas precedentes, si un Estado miembro acepta el uso de una o varias lenguas oficiales de las instituciones de la Unión Europea distintas de la suya para recibir estas comunicaciones deberá indicarlo a la Comisión; dicha información se contiene actualizadas en la Web del Atlas Judicial Europeo reiteradamente señalada, en la que se señala que España acepta que el certificado de cumplimiento le sea remitido en inglés, francés o portugués, además de, lógicamente, en español.

⁴⁹ En este supuesto los gastos ocasionados por la intervención de un funcionario judicial o de una persona competente conforme al Derecho interno del Estado miembro requerido corresponderán a una tasa fija única establecida por adelantado por ese Estado miembro que respete los principios de proporcionalidad y de no discriminación (artículo 11.2, *in fine*). El deber de comunicación de dicha tasa por los países comunitarios a la Comisión se halla concretado en la información contenida al respecto en la Web del Atlas Judicial Europeo que, en el caso de nuestro Reino, se limita en la actualidad a establecer lo que sigue: «El coste será el que prevea la normativa española aplicable la cuál, de momento, no fija importe alguno».

⁵⁰ Dicha información comunicada a la Comisión por parte de los Estados miembros de conformidad con lo dispuesto en el referido artículo 23, fue ya realizada en relación al precedente Reglamento 1348/2000, de 29 de mayo de 2000, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil, siendo publicada por primera vez en el DOUE C 151, de 22 de mayo de 2001 (corrección de errores en DOCE C 65, de 19 de marzo de 2003), habiendo sido objeto de posteriores modificaciones, pudiéndose consultar el estado actual de las informaciones en la Web del Atlas Judicial Europeo.

⁵¹ Según consta en la Web del Atlas Judicial Europeo, España se opone a notificaciones en su territorio provenientes de otros Estados miembros realizadas a través de los servicios consulares o diplomáticos de éstos.

⁵² Los términos usados por «coacción» en las versiones inglesa («compulsion»), francesa («contrainte»), alemana («Anwendung») o italiana («coercizione») atienden más correctamente a la idea que pretende el legislador comunitario: la imposibilidad de uso de medidas coercitivas para practicar la notificación o el traslado.

47. c) A las dos vías de notificación o traslado de documentos judiciales y extrajudiciales antes expuestas cabe añadir una tercera que, al igual que la anterior, goza de un carácter directo: la efectuada por correo postal desde las autoridades del Estado requirente a las personas que residan en otro Estado miembro, siempre que se lleve a efecto mediante carta certificada con acuse de recibo o equivalente. Se trata de una facultad de cada Estado miembro de la cual podrá hacer uso si así lo estima conveniente, sin tener que haber realizado previamente a tal fin comunicación alguna a la Comisión, como sí sucede en el caso del supuesto de notificaciones por agentes diplomáticos o consulares, o el supuesto que veremos a continuación⁵³.

48. Un supuesto curioso fue el resuelto por la STJUE de 9 de febrero de 2006, en un caso en el cual se produjo una acumulación de notificaciones en relación a una sentencia dictada por un tribunal belga que fue notificada al demandado (una sociedad mercantil con domicilio en Portugal) por dos vías: una a través de los organismos contemplados al efecto en el Reglamento, y otra a través de correo (Portugal había aceptado las notificaciones por correo siempre que se efectuaran mediante carta certificada y con acuse de recibo y fueran acompañadas de una traducción), discutiéndose sobre cuándo debería comenzarse a computar el plazo para la interposición del correspondiente recurso. El Tribunal declaró, en primer término que no existe jerarquía alguna entre las formas de notificación contempladas en el Reglamento, por lo que cabe notificar un documento mediante cualquier de las formas previstas, o bien de una manera acumulativa. Y, así las cosas, en caso de una eventual acumulación de notificaciones, el punto de partida de un plazo procesal vinculado a una notificación debe tomarse de la primera de las notificaciones debidamente realizadas⁵⁴.

49. d) Finalmente, este instrumento admite en su artículo 15 una cuarta vía de notificación o traslado de documentos judiciales y extrajudiciales, igualmente de índole directa, consistente en la posibilidad de que cualquier persona interesada en un proceso judicial pueda efectuar la notificación o traslado de los documentos en cuestión por medio de los agentes judiciales, funcionarios u otras personas competentes del Estado miembro requerido, cuando tal notificación o traslado directos estén permitidos conforme al Derecho interno de ese Estado miembro. De nuevo se prevé que los países comunitarios hayan de comunicar a la Comisión si admiten o no esta vía, hallándose la información publicada en la Web del Atlas Judicial Europeo⁵⁵.

B) Aspectos comunes a las distintas vías de notificación o traslado de documentos

a) Negativa a aceptar un documento

50. Dispone el artículo 8 del Reglamento que el organismo receptor tiene obligación de informar al destinatario de la notificación o traslado del documento, que puede negarse a aceptarlo si el mismo no se encuentra redactado -o va acompañado de una traducción-, bien en una lengua que el destinatario entienda, bien en la lengua oficial del Estado miembro requerido (o a la lengua oficial o alguna de las

⁵³ A diferencia de la regulación actual sobre esta cuestión contenida en el artículo 14 del Reglamento 1393/2007, en la versión del precedente Reglamento 1348/2000 se establecía la posibilidad de que los Estados miembros pudieran especificar las condiciones en las que aceptarían la notificación o el traslado por correo de documentos judiciales. No obstante ha de tenerse en cuenta también que en la actual redacción del artículo 14 se exige que el correo debe ser mediante carta certificada con acuse de recibo o equivalente, si bien permite que se puedan utilizar servicios postales «privados» y no solamente el servicio público de correos, como ocurría en el Reglamento 1348/2000. El Convenio de La Haya de 1965 también admite en su artículo 10 la notificación directa a través de la vía postal, pero únicamente si el Estado receptor no se opone a ello (véase Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 1 de marzo de 2002 y Auto del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2002).

⁵⁴ STJUE de 9 de febrero de 2006 (Asunto *Plumex/Young Sports NV*, C-473/04, apartado 2), que si bien se refería al Reglamento 1348/2000, su solución sigue siendo válida a efectos del Reglamento 1393/2007.

⁵⁵ En el caso concreto de nuestro Reino se «declara que esta vía de notificación no está prevista en nuestro ordenamiento jurídico por lo que no se acepta la misma».

lenguas oficiales del lugar en que deba practicarse la notificación o el traslado, en el caso de que existieran varias lenguas oficiales en tal Estado)⁵⁶.

51. El origen de la redacción de este importante precepto lo encontramos en la STJUE de 8 de noviembre de 2005. En la misma se estableció, en relación a lo dispuesto en el entonces artículo 8 del Reglamento 1348/2000, que si bien el Reglamento no contemplaba expresamente las consecuencias jurídicas que se derivaban de la negativa del destinatario a aceptar un documento por no estar redactado en una lengua oficial del Estado miembro requerido (o en una lengua del Estado miembro de origen que el destinatario comprenda), sin embargo, tanto el resto de disposiciones del Reglamento, como el objetivo de asegurar la rapidez y la eficacia de la transmisión de los documentos (y el efecto útil que debe reconocerse a la posibilidad de no tener que traducir el documento a la lengua oficial del Estado requerido), justificaban que se excluyera la nulidad del documento en tales casos y, por el contrario, se aceptase la posibilidad de subsanar la falta de traducción. Por lo que respecta a la forma para subsanar la falta de traducción, se precisó entonces que correspondía a los tribunales de los Estados miembros aplicar su derecho procesal nacional al mismo tiempo que debían velar por garantizar la plena eficacia del Reglamento, teniendo en cuenta siempre su finalidad⁵⁷.

52. En tales supuestos previstos en el artículo 8 del Reglamento el destinatario podrá negarse a aceptar el documento, bien en el mismo momento en que se lleve a cabo la notificación o el traslado, o bien mediante la devolución del documento al organismo receptor en el improrrogable plazo de una semana.⁵⁸

53. Respecto a la necesidad de traducir los documentos objeto de notificación contenida en el artículo 8 -en su versión del Reglamento 1348/2000-, y en concreto en relación a los posibles «anexos» que se acompañen a una demanda, es de gran interés la STJUE de 8 de mayo de 2008⁵⁹. En esta interesante sentencia se hace un detallado análisis al respecto en relación a tres cuestiones:

54. En primer término se establece que el destinatario de un escrito de demanda no tiene derecho a negarse a aceptar el documento por el hecho de que la misma vaya acompañada de anexos constituidos por documentos acreditativos que no estén redactados en la lengua del Estado miembro requerido o en alguna lengua del Estado miembro de origen que entienda el destinatario. Para ello se debe tratar de documentos meramente probatorios y que no resulten indispensables para comprender el objeto y la causa de la demanda, esto es, el destinatario debe estar en condiciones de hacer valer sus derechos en el marco del procedimiento judicial en el Estado miembro de origen y la determinación de la verificación de tal extremo corresponde al juez nacional.

⁵⁶ En esta delicada materia, donde claramente se encuentra en juego la defensa del derecho de defensa del demandado, este artículo 8 ha sufrido una importe modificación en relación a la versión contenida en el anterior Reglamento 1348/200 en cuanto, como se indica en su apartado 1, letra b, el documento a notificar puede ir redactado también en cualquier idioma que el destinatario entienda, frente a la redacción anterior, que limitaba dicha posibilidad únicamente a un lengua del Estado miembro de transmisión que el destinatario entendiese. Parecía absurdo que, con la anterior versión, una demanda presentada en España contra un nacional británico residente en Alemania exigiera notificar la misma en español (o en cualquier otro idioma oficial en España), si el demandado conociese dicha lengua, o en alemán, por ser la lengua oficial del Estado miembro requerido, no pudiéndose notificar el documento en la propia lengua del demandado, el inglés. Además, en el considerando duodécimo del Reglamento se dispone que la norma del artículo 8 debe aplicarse asimismo a la notificación o traslado subsiguientes una vez que el destinatario haya ejercido su derecho a negarse a aceptar el documento. Además, el documento a notificar puede estar redactado en una lengua no recogida en el artículo 8 siempre que vaya acompañado de una traducción a una de las lenguas contempladas en el mismo.

⁵⁷ STJUE de 8 de noviembre de 2005 (asunto *Götz Leffler/Berlin Chemie AG*, C-443/03, apartados 49 a 53). Frente al silencio guardado sobre el particular en el Reglamento 1348/2000, se ha recogido ahora expresamente en el Reglamento 1393/2000 que los defectos de traducción del documento puedan subsanarse con arreglo a lo dispuesto en el mismo Reglamento.

⁵⁸ Pero si la notificación se realiza por vía postal directa siguiendo las prescripciones contempladas en el artículo 14, entonces no será necesario que el documento transmitido se envíe traducido y en tal caso el destinatario no posee el derecho a rechazar la notificación por dicho motivo (Auto de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 30 de marzo de 2009).

⁵⁹ En relación a los efectos de esta Sentencia sobre la eventual necesidad de traducir los documentos que se adjuntan a la demanda, véase L.F. CARRILLO POZO y M.J. ELVIRA BENAYAS, *Instrumentos procesales de la UE, los reglamentos sobre notificaciones y obtención de pruebas*, op.cit., pp. 97-100.

55. En segundo lugar, el hecho de que el destinatario de un documento objeto de notificación haya acordado en el ejercicio de su actividad profesional en un contrato con el demandante que la lengua utilizada en la correspondencia entre ellos sería la del Estado miembro de origen, no constituye de por sí una presunción de conocimiento de la lengua, aunque sí un indicio que el juez puede tomar en consideración cuando verifica si el destinatario entiende la lengua del Estado miembro de origen.

56. Finalmente, el destinatario de un escrito de demanda no puede invocar el citado artículo 8, apartado 1, para negarse a aceptar los anexos de un documento que no estén redactados en lengua del Estado miembro requerido o en una lengua del Estado miembro de origen que el destinatario entienda cuando, en el ejercicio de su actividad profesional, ha celebrado un contrato en el que se acordó que la lengua utilizada en la correspondencia sería la del Estado miembro de origen. Ello será así cuando se trate de anexos transmitidos que se refieren a dicha correspondencia y que están redactados en la lengua acordada⁶⁰.

57. Una vez el organismo receptor tenga constancia de que el destinatario se ha negado a aceptar el documento, deberá informar con carácter inmediato al organismo transmisor a través del certificado previsto en el artículo 10 (*supra*), procediendo a devolverle tanto la solicitud como el documento cuya traducción se requiere. Si esto acontece, podrá subsanarse el inconveniente mediante la notificación o traslado al destinatario del documento acompañado de una traducción en una de las lenguas indicadas, siendo entonces la fecha de notificación o traslado la fecha en que el documento acompañado de la traducción haya sido finalmente notificado o trasladado conforme al Derecho interno del Estado miembro requerido⁶¹.

58. Es importante tener en cuenta que si la notificación o traslado se practica a través de agentes diplomáticos o consulares o por medio de correo, los agentes diplomáticos o consulares o la persona o autoridad que participe en la notificación o traslado, serán quienes deban informar al destinatario de la posibilidad de negarse a aceptar el documento y, de producirse el rechazo del documento, deberá el destinatario remitirlo a dichos agentes, autoridad o persona, respectivamente.

b) Fecha de notificación o traslado

59. Si la notificación o traslado de documentos se ha realizado conforme al procedimiento previsto en el artículo 7 del Reglamento, la fecha de notificación o traslado será aquella en la cual el documento ha sido notificado o trasladado de conformidad a lo dispuesto en el Derecho interno del Estado miembro requerido (artículo 9), y ello sin perjuicio de la situación que se pudiera plantear en relación a lo que acabamos de indicar respecto al artículo 8.

60. Nuevamente se indica que si conforme al Derecho interno de un Estado miembro debe notificarse o trasladarse un documento dentro de un plazo determinado, la fecha a tenerse en cuenta en relación al requirente será la establecida por el Derecho interno de tal Estado miembro.

3. Notificación e incomparecencia del demandado en el procedimiento de origen

61. En el supuesto de notificaciones transfronterizas, dispone como regla general el artículo 19 del Reglamento que cuando un escrito de demanda -o documento equivalente- haya sido remitido a

⁶⁰ STJUE de 8 de mayo de 2008 (*Ingenieurbüro Michael Weiss und Partner GvR/IHK Berlin*, C-14/07, apartados 40 a 92). De la referida sentencia se deduce que el hecho de que el destinatario de un documento objeto de notificación haya acordado en un contrato celebrado con el demandante que la lengua utilizada en la correspondencia será la del Estado miembro de origen no constituye una presunción de conocimiento de la lengua, pero sí un indicio que el Juez podrá tomar en consideración cuando verifique si el destinatario entiende la lengua del Estado miembro de origen.

⁶¹ No obstante, dispone el artículo 8.3 que cuando de acuerdo con el Derecho interno de un Estado miembro, un documento deba ser notificado o trasladado dentro de un plazo determinado, la fecha a tener en cuenta respecto del requirente será la de la notificación o traslado del documento inicial determinada según lo dispuesto en el artículo 9.2 (*infra*).

otro Estado miembro para ser notificado o trasladado por los cauces establecidos en el Reglamento, si el demando no compareciera en el procedimiento de origen, el Juez deberá aguardar para proveer hasta que: bien le conste que el documento ha sido notificado o se ha dado traslado del mismo de una forma prescrita por el Derecho interno del Estado miembro requerido, o bien que haya sido efectivamente entregado al demandado o a su residencia según otro procedimiento previsto en el Reglamento. Y en ambos casos se exige que la notificación o entrega se haya producido en tiempo oportuno para que el demandado haya podido defenderse.

62. Sin embargo, cada Estado miembro puede admitir, mediante comunicación a la Comisión *ex artículo 23.1* del Reglamento, que sus jueces puedan proveer a pesar de no haberse recibido comunicación alguna acreditativa de la notificación, traslado o entrega. Pero para que ello sea factible será necesario: a) bien que el documento haya sido remitido según alguno de los modos admitidos por el Reglamento, b) bien que desde la fecha de envío del documento haya transcurrido un plazo de al menos seis meses, c) bien que a pesar de las diligencias realizadas ante las autoridades competentes o entidades del Estado miembro requerido, no se haya podido obtener certificación alguna.

63. En el caso de que el demandado no haya comparecido a pesar de haberse llevado a cabo la notificación según los términos del Reglamento, y se hubiere dictado en su contra resolución (siempre que ésta no sea relativa al estado o capacidad de las personas), el juez tendrá la facultad de eximirle de la preclusión resultante de la expiración de los plazos del recurso. Ello podrá acontecer siempre y cuando el demandado, sin mediar culpa por su parte, no hubiera tenido conocimiento en tiempo oportuno de dicho documento para defenderse o de la resolución para interponer recurso y, además, sus alegaciones aparezcan provistas -en principio- de algún fundamento⁶².

64. El artículo 19 del Reglamento 1393/2007 viene a suponer un complemento natural a lo dispuesto en el artículo 26 del Reglamento 44/2001, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, en cuanto en éste se dispone que cuando una persona domiciliada en un Estado miembro fuere demandada ante un tribunal de otro Estado miembro y no compareciere, dicho tribunal se declarará de oficio incompetente en el caso de que su competencia no estuviere fundamentada en alguna de las disposiciones del propio Reglamento 44/2001. Y dicho tribunal estará obligado a suspender el procedimiento en tanto no se acredite que el demandado ha podido recibir el escrito de demanda con tiempo suficiente para defenderse, o que se ha tomado toda la diligencia a tal fin. Pues bien, en el caso de que la demanda hubiere de ser remitida de un Estado miembro a otro, la acreditación de la recepción de la demanda en los términos indicados se realizará precisamente a través del procedimiento contemplado en el comentado artículo 19⁶³.

⁶² A tenor del artículo 19.4, la demanda tendente a la exención de la preclusión únicamente será admisible si se formula dentro de un plazo razonable desde el momento en el que el demandado tenga conocimiento de la resolución. Pero cada Estado miembro tiene la facultad de establecer que tal demanda no se admitirá si se formula después de la expiración de un plazo de tiempo que habrá de precisar, siempre que dicho plazo no sea inferior a un año, que será computado desde la fecha de la resolución. En relación a la incomparecencia del demandado, España ha comunicado a la Comisión, por una parte que los jueces podrán levantar la suspensión acordada en el proceso y proveer a pesar de lo establecido en el apartado 1 del artículo 19, si concurren todos los requisitos previstos en el apartado 2 y, por otra, respecto a la facultad del Juez de eximir de la preclusión, que la demanda tendente a la exención de ésta no será admisible si se formula después de la expiración del plazo de un año a partir de la fecha de la resolución.

⁶³ El artículo 26 del Reglamento 44/2001, al margen de tener por objeto principal la cuestión de comprobación de la competencia judicial, tiene al mismo tiempo una clara finalidad de velar por salvaguardar el respeto del derecho de defensa del demandado al obligar al juez del Estado del foro a comprobar que en el caso de tener el demandado su domicilio en otro Estado miembro la notificación de la demanda se ha realizado correctamente. Sobre la trascendencia de una notificación en regla en el ámbito de los litigios transfronterizos en la Unión Europea, y ello conectado con la cuestión del reconocimiento y ejecución de sentencias en el marco del Reglamento 44/2001, es de destacar la amplia jurisprudencia existente al efecto, pudiéndose consultar, entre otras, la STJUE de 13 de octubre de 2005 (asunto *Scania Finance France/Rockinger Spezialfabrik*, C-522/03), de 16 de febrero de 2006 (asunto *Gaetano Verdoliva/J.M. Van der Hoeven BV*, C-3/05) y, en particular, sobre los efectos de la falta de notificación de la cédula de emplazamiento, la reciente STJUE de 6 de septiembre de 2012 (asunto *Trade Agency Ltd/Seramico Investments Ltd*, C-619/10).

65. Finalmente, y en lo que respecta a la posibilidad de disfrutar del derecho a la justicia gratuita en el ámbito de los litigios internacionales, conviene saber que el Reglamento no afecta a la aplicación, en las relaciones entre Estados miembros que sean Estados partes, del artículo 23 del Convenio de 17 de julio de 1905 relativo al procedimiento civil, del artículo 24 del Convenio de 1 de marzo de 1954 relativo al procedimiento civil, ni del artículo 13 del Convenio de 25 de octubre de 1980 tendente a facilitar el acceso internacional a la justicia.

III. Valoración final

66. El Reglamento 1393/2007 ha supuesto la consolidación en la Unión Europea de un efectivo sistema de traslado y notificaciones de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil en el marco de la configuración de un espacio judicial europeo.

67. Los mecanismos de traslado y notificación de documentos previstos en el Reglamento 1393/2007 han venido a constituir una clara superación de los medios contemplados al efecto en los tradicionales convenios internacionales aplicables en esta materia por la práctica totalidad de los Estados miembros: Convenio de La Haya de 1 de marzo de 1954 y Convenio de La Haya de 15 de noviembre de 1965. Frente a las carencias o la discutible regulación contenida en los citados instrumentos, se ha venido a establecer un ágil procedimiento de comunicación directa entre autoridades judiciales sin intervención de intermediarios, se ha establecido un sistema basado en torno a la utilización de formularios válidos en todos los Estados miembros; se han dispuesto formas alternativas de transmisión de los documentos -dejando en un segundo plano la tradicional pero compleja vía diplomática o consular-; se ha establecido un modo uniforme para la validez de la notificación por correo postal, exigiéndose que se lleve a cabo mediante carta certificada con acuse de recibo o equivalente; y, en fin, se ha abandonado el lento sistema de las clásicas autoridades centrales para dar paso a entidades centrales con un papel totalmente novedoso en cuanto a sus funciones y sin una intervención directa en los procedimientos de notificaciones.

68. En cuanto a la trascendental cuestión de las lenguas en que han de ser redactados o traducidos los documentos a notificar, el Reglamento ha supuesto un avance significativo en cuanto a una mejor regulación. En efecto, a) se ha creado un nuevo formulario normalizado para informar al destinatario de la posibilidad de negarse a aceptar la notificación en los casos en los que no vaya en una de las lenguas admitidas por el Reglamento, lo supone un reforzamiento de la posición jurídica del demandado; b) Se admite que el documento a notificar vaya en una lengua no prevista en el Reglamento, pero siempre que vaya acompañado de una traducción a una de tales lenguas; c) Por primera vez se ha establecido que los defectos de traducción del documento pueden ser subsanados en los términos recogidos en el Reglamento; d) Se ha previsto que el documento pueda ser rechazado de manera inmediata o en el plazo de una semana; e) Es suficiente con que el demandado entienda la lengua en la cual le es notificado el documento, sea cual sea ésta; f) Y, en cuanto a la traducción de los anexos acompañados a una demanda, en principio la traducción de los mismos no es exigible *ex artículo 8*, salvo que sean indispensables para comprender el objeto y la causa de la demanda (STJUE 8 de mayo de 2008).

69. Al margen de ello, y frente a lo que se disponía en la ya avanzada regulación que se contenía en el precedente Reglamento 1348/2000, se ha establecido la obligación de realizar la notificación por parte del organismo receptor en el plazo máximo de un mes contado a partir de la recepción, estableciéndose que aunque no se haya podido notificar en dicho plazo, el organismo receptor debe continuar realizando todas las diligencias necesarias para realizar la notificación o traslado del documento, a menos que el organismo transmisor indique otra cosa, y ello siempre que la notificación o el traslado parezcan ser posibles en un plazo razonable. Del mismo modo se ha dispuesto que para calcular los períodos y plazos relativos a las notificaciones es de aplicación el Reglamento 1182/71 de 3 de junio de 1971, por el que se determinan las normas aplicables a los plazos, fechas y términos, por lo que tales plazos –frente

a lo que antes acontecía con el Reglamento 1348/2000– han dejado de ser regulados por las leyes nacionales, evitándose con ello problemas en cuanto a su determinación y posibilitándose una aplicación uniforme del Reglamento.

70. Aun así, el sistema debe estar sometido a un perfeccionamiento constante. En tal sentido se estableció la obligación de presentación de un informe por parte de la Comisión sobre la aplicación del Reglamento, el cual debe ser presentado cada cinco años ante el Parlamento Europeo, el Consejo y el Comité Económico y Social Europeo. Aunque el primer informe debería haberse presentado antes del 1 de junio de 2011, lo cierto es que a fecha de hoy todavía no ha tenido lugar dicha presentación, esperándose que la misma se produjera a lo largo del año 2012, cosa que finalmente no ha acontecido a pesar de haberse incluido dentro del Programa de Trabajo de la Comisión para el citado año. De ser necesario, el referido informe deberá ir acompañado de propuestas de adaptación del Reglamento acordes con la evolución de los sistemas de notificación. En dicho informe la Comisión se propone como objetivos básicos estudiar la posibilidad de emplear medios modernos de comunicación electrónica para propiciar una correspondencia segura así como evaluar la necesidad de establecer unos estándares mínimos aplicables a todos Estados miembros o unas normas comunes de procedimiento civil para la notificación y el traslado de documentos.

71. En definitiva, con el Reglamento 1393/2007, principalmente mediante la agilización de los procedimientos judiciales en materia civil y mercantil al establecerse unos mecanismos de transmisión de documentos ágiles y eficaces, y al mismo tiempo seguros y garantistas, mediante la comunicación directa entre organismos designados por los Estados Miembros, la Unión Europea ha dado un sólido paso en su objetivo de mantener y desarrollar un auténtico espacio de libertad, seguridad y justicia en el que esté garantizada de la mejor manera posible la libre circulación de personas.

LONG-TERM TRENDS IN WORLD BANK RULE-BASED SUPERVISION: OVERCOMING THE YES-MEN CULTURE

PABLO ZAPATERO MIGUEL

*Professor of international law
Carlos III University of Madrid*

Recibido: 12.07.2013 / Aceptado: 29.07.2013

Abstract: The World Bank lending policies and procedures are under increasing social pressure. Local communities and civil society activists demand transparency and accountability in development projects. The establishment of the Inspection Panel is a critical policy change in this direction, transforming the inner dynamics of the Bank's decision-making processes. Notwithstanding this significant advance, additional reforms are required in order to mainstream human rights law in policies and procedures.

Key words: World Bank, Inspection Panel, projects, transparency, accountability, rules and procedures.

Resumen: Las políticas y procedimientos del Banco Mundial están sometidas a una creciente presión social. Comunidades locales y activistas de la sociedad civil demandan transparencia y responsabilidad en los proyectos de desarrollo. El establecimiento del Panel de Inspección es un cambio crítico de políticas en este sentido, que transforma las dinámicas internas de los procesos de adopción de decisiones en el Banco. Aun siendo importante este avance, aún es necesario incorporar los derechos humanos en las políticas y procedimientos.

Palabras clave: Banco Mundial, Panel de Inspección, proyectos, trasparencia, responsabilidad, reglas y procedimientos.

Sumario: I. No to yes-men. II. Institutional learning. III. The rules are ours. IV. The Panel's impact.

I. No to yes-men

1. The architecture of global governance is under social pressure to increase social participation, accountability and transparency. The Bretton Woods institutions, including the World Bank, do not escape this distinct trend towards improving accountability and democratisation in global governance. During the nineteen eighties, programmes and projects of the World Bank were challenged by local communities and civil society organizations. The critics (*50 Years is Enough campaign*, etc) questioned both the objectives and efficiency of the Bank's operations and programmes for delivering sustainable development and reducing world poverty.

2. Consequently the World Bank's Board of Executive Directors began to seek new ways of improving the implementation and accountability of its projects¹. To this effect, the Inspection Panel

¹ For the first critical approach to the Bank with respect to its own projects, see the results of the independent commission on the Sardar Sarovar project in India: B.MORSE and TH. BERGER, *Sardar Sarovar- Report of the independent review*, Resource Future International, Otawa, 1992. For the full documentation on the process involved in this project, *Sardar Sarovar Project: A Compendium of Documents*, P. Cullet (ed), Ashgate Publishing, 2007.

was created in 1993². This mechanism, unique of its kind, is a constructive response by the Bank to the increasing tensions and criticisms from local communities affected by its projects, which are further amplified world-scale by global activists and communications media³.

3. This article explores the salient features of this innovative institution (section 1), the milestones and dilemmas during its first steps of institutional learning (section 2), the controversy surrounding the relative weight given to human rights law in its procedures (section 3) and finally, the progress made by the Panel and the challenges it faces ahead (section 4).

4. The Inspection Panel is the first independent body with investigative powers to be created within the Bretton Woods system⁴. In the wake of this initiative, the Inter-American Development Bank set up its own mechanism on 1 August 1994. Following this example, an Ombudsman has now competences over the International Finance Corporation and the Multilateral Investment Guarantee Agency, both of which belong to the World Bank Group⁵. Finally, the IMF created its Independent Evaluation Office (IEO) in April 2000.

5. Thus, the idea has spread within international financial institutions as a response to the increasing social pressure for greater transparency and accountability in global economic governance.

6. The World Bank Inspection Panel firmly links local to global. Its operating procedures express a mandate in this respect: «The Panel has been established for the purpose of providing people directly and adversely affected by a Bank-financed project with an independent forum through which they can request the Bank to act in accordance with its own policies and procedures».

7. The purpose is to review Bank-funded projects that have an adverse local effect⁶. The mechanism is embedded in the institutional structure of the Bank, although its integrity and independence is protected from conflicts of interest with the Bank's administrative branch.

8. Therefore, the Panel responds directly to the Board of Executive Directors, and its reports are not reviewed by other Bank bodies or departments. On this point, the Panel secretariat also stands out, as it is not part of the Bank Management and is only answerable to that authority.

9. In essence, the mechanism acts as a direct liaison between local communities / civil society and the Bank without other intermediaries. By enabling them to submit complaints or claims, circumventing the Bank's layers of bureaucracy, these communities are certainly empowered. In this respect, the Panel breaks the dynamic of the so-called «approval culture», and ensures that feet are kept on the ground, in the design and implementation of Bank projects⁷.

² See the respective Resolutions BIRF 93-10 and AIF 93-6 (1 September 1993). Better known as «The Resolution», it applies to the Bank and the International Development Association but not to the International Finance Corporation or the Multinational Investment Guarantee Agency.

³ For some first criticisms from alter-globalization groups, see L. UDALL, «The World Bank's Revised Information Policy and New Inspection Panel: Public Accountability or Public Relations?», J.Cavanagh, D.Wysham, and M.Arruda (eds), *Beyond Bretton Woods—Alternatives to the Global Economic Order*, Pluto Press, 1994, pp.145-153.

⁴ I.F.I. SHIHATA, «The World Bank Inspection Panel—Its Historical, Legal and Operational Aspects», *The Inspection Panel of the World Bank: A Different Complaints Procedure*, G. Alfredsson and Rolf Ring (eds), Martinus Nijhoff Publishers, 2001, pp.7-46 (available online). See also, for a general view, I.F.I. SHIHATA, *The World Bank Inspection Panel in Practice*, Oxford University Press, 2000.

⁵ For a clear explanation see A. RIGO SUREDA, «Process Integrity and Institutional Independence in International Organizations: The Inspection Panel and the Sanctions Committee of the World Bank». *International Organizations and International Dispute Settlement*, Laurence Boisson de Chazournes, Cesare P. R. Romano, and Ruth Mackenzie (eds), Transnational Publishers, 2002, pp.165-193.

⁶ See *Accountability at the World Bank: the Inspection Panel 10 Years On*, World Bank, 2003.

⁷ See E. BROWN WEISS, P. L. LALLAS, and A. S. HERKEN, «The World Bank Inspection Panel: Participation and Accountability», *Envisioning Reform: Enhancing UN Accountability in the Twenty-first Century*, United Nations University Press, 2009.

10. In short, the Panel provides with serious incentives to ensure that the financial institution operates in a more responsible manner. In technical terms, it evaluates Management's compliance (design, evaluation and implementation of projects) with the Bank's policies and procedures (*operational policies and procedures*)⁸.

11. In practice, this «independent accountability mechanism», in the Bank's terminology, operates as a «magnifying glass», focusing on projects for which inspection requests have been made. Certainly, its contribution to improve transparency and accountability in projects means bad news for the yes-men culture⁹.

12. It goes without saying that cooperation and collaboration between the three entities (Panel, Management and Board) is, at times, particularly tense. In fact, gradual adjustments have been made to the functions of the Management, but also the Board of Directors and the Panel itself, as part of the Bank's learning curve with regards to this new accountability vehicle¹⁰. As a result, for example, the 1996 and 1999 Clarifications restated some of the functions allocated to the Panel under the terms of the Resolution¹¹.

13. The procedures are relatively simple and straightforward. Once inspection requests are registered, the Management has a period of time (21 working days) within which to submit evidence attesting to its compliance with policies and procedures. Subsequently, the Panel analyses this response, makes the appropriate enquiries and, should it consider it appropriate, issues a report proposing that an inspection should be authorised.

14. The Board of Executive Directors decides by consensus on whether or not to approve the inspection: only if the decision is positive, will the project be investigated by the Panel. The Panel employs a two stage system in its administrative procedures: an initial phase to gauge eligibility of the inspection request, and a second phase involving the inspection itself. The report submitted to the Board as a result of its investigation can lead to corrective measures which, in all cases, are designed and implemented by Management through so-called *Action Plans*.

15. The criteria for eligibility of requesters require these to be «a community of persons such as an organization, association, society or other grouping of individuals ...», residing in the borrower's territory¹². The 1996 Clarification specifies that they may be «any two or more persons who share some common interests or concerns»¹³. Furthermore, they should be affected as a result of a failure of the Bank to follow its operational policies and procedures with respect to the design, appraisal and/or implementation of a project financed by the Bank¹⁴.

16. The requests can be freely formulated, although the Bank recommends that they be simple and concise, and requires requesters both (1) to determine that they are or could be adversely affected by

⁸ See in particular F. ANDRIA NAUDE, «The World Bank Inspection Panel's normative potential: a critical assessment, and a restatement», 59 *Netherlands International Law Review* 2 (2012): 199-234 and L. BOISSON DE CHAZOURNES, «Compliance with International Standards—The Contribution of the World Bank Inspection Panel». (G. Alfredsson and Rolf Ring, eds.), *The Inspection Panel of the World Bank: A Different Complaints Procedure*, Martinus Nijhoff Publishers, 2001, pp.67-86 (available online).

⁹ For documentation on claims, see www.inspectionpanel.org.

¹⁰ On the design of the Panel and its first institutional developments, see D. HUNTER, «Using the World Bank Inspection Panel to Defend the Interests of Project Affected People», 4 *Chicago Journal of International Law* 1 (2003) pp.201-211 and L. UDALL, «The World Bank and Public Accountability: Has Anything Changed?», *The Struggle for Accountability: The World Bank, NGOs, and Grassroot Movements*, J.Fox and D.Brown (eds), MIT Press, 1998, pp.391-436.

¹¹ See Res BIRF 93-10 and AIF 93-6 (1 September 1993).

¹² See paragraph 12 of the Resolution BIRF 93-10.

¹³ For the drafting the second review see, D. BRADLOW, «Lessons from the NGO Campaign against the Second Review of the World Bank Inspection Panel: A Participant's Perspective», *ILSA Journal of International and Comparative Law* 7 (2001), pp.247-57.

¹⁴ See paragraph 12.

the Bank's activities and (2) to describe the adverse effects experienced or which will be experienced as a result of actions or omissions by the Bank administration.

17. The Panel's interpretation of the term «project» has proved to be quite extensive and covers a wide range of loans lent by the institution (investment loans, structural/sector adjustment loans etc). Similarly, the mandate is extended to projects for which the Bank acts as guarantor, not just those which are directly funded.

18. The Resolution establishing the Panel only authorizes inspection for requests alleging harm resulting from non-compliance of the Bank's *policies and procedures* «with respect to the design, appraisal and/or implementation of a project» (paragraph 12)¹⁵. Determining the causal link is thus essential: the requester has to demonstrate that its rights or interests have been or are likely to be directly affected by an action or omission of the Bank «as a result of a failure of the Bank to follow its operational policies and procedures», as well as that this failure «has had or threatens to have a *material adverse effect*».

19. The requirements are accompanied by the further condition that the alleged breach of policies or procedures is «serious»¹⁶. At the same time, the 1999 Clarification specifies that the inspection request should be able to confirm «substantially» that «a serious violation by the Bank» of its operational policies and procedures has (or is likely to have) a material adverse effect on requesters¹⁷.

20. In order to determine a *material adverse effect*, the Panel should take into consideration what the requesters' status would have been in the absence of the project: «*non-accomplishments and unfulfilled expectations that do not generate a material deterioration* compared to the without-project situation will not be considered as a material adverse effect for this purpose»¹⁸.

21. Similarly, restrictions to the exercise of authority include «complaints with respect to actions which are the *responsibility of other parties, such as a borrower, or potential borrower*, and which do not involve any action or omission on the part of the Bank»¹⁹; these complaints are excluded from eligibility.

22. Finally, the Resolution provides for a strictly regulated frame within which the Panel is authorized to exercise its powers. As a result, it cannot exercise its inspection authority on finished or closed projects, as this task corresponds to the Bank's Operational Assessment Department.

23. In addition, authority to act is directly related to loan repayments: that is, power to inspect does not end with expiry of a term, but when repayments amount to more than 95% of the loan granted. Beyond this repayment level, the panel is not authorised to register investigation requests.

24. At times, mismatches may occur when projects in the implementation stage are operating on the basis of a series of loans or tranches of credit: for example, those cases in which some repayments have exceeded the 95% threshold prior to submitting the request (such as the *Itaparica* case, where 96% of one loan and 92% of the other had been repaid).

25. However, this limitation is partially compensated by the possibility of *ex ante* inspection. In this regard, all the projects under study or in the approval phase come under the supervision of the Panel. In fact, several projects have been already inspected in their preparatory phase.

¹⁵ See I.F.I. SHIHATA, *The World Bank Inspection...*op.cit.

¹⁶ See paragraph 9b and paragraph 13 of the 99 Clarification.

¹⁷ See paragraph 9b.

¹⁸ See paragraph 14 of the Clarification.

¹⁹ See paragraph 14a.

II. Institutional learning

26. Implementing a culture of transparency and accountability in the Bank inevitably leads to internal tensions, conflicts and readjustments. In establishing the Panel, a remarkable institution was incorporated to the structures and activities of the Bank. This change set in motion a collective learning process, seeking compromise and balance in obtaining compliance with the rules of the game, namely, the Bank's policies and procedure. The process of revising the Panel's functions, which led to the 99 Clarification, provides an example in this regard²⁰.

27. Logically, one of the most sensitive and complex questions addressed by the Panel in those years was its relation with Management. There is no question that defining and demarcating the Panel and Management's different functions was not an easy task. In practice, even though they understood its rationale, Bank personnel found it hard to swallow that a new independent body would be taking a very close look at its projects.

28. In the first years, in fact, Management tried to communicate directly with the Board of Executive Directors as much as possible, informing it in advance of the corrective action plans agreed on with the borrowers without the Panel's participation, and frequently, even without its prior knowledge. Thus, some action plans were deliberately presented shortly before the Board meeting and in the same meeting in which the Panel submitted recommendations. In this way, Management directly included in its responses corrective measures (eg. the *NTPC case*) in order to avoid a full investigation²¹. Using these tactics, potential investigation authorizations were pre-empted.

29. This state of affairs reached a turning point in 1997, when the Board of Executive Directors contested an investigation authorization vote, failed to adopt the decision, and instead decided to merely authorize an action plan to be controlled by the Panel over the next 12 months. In that meeting of the Board, it became obvious that a review was needed to spell out the Panel's functions. Thus, the review led to the Clarification of 1999, which to some extent ameliorated relations between the Panel and Management. Between 1996 and 1999, the Executive Board only authorized 1 of the 4 investigations recommended by the Panel. Following the Clarification, the system began to operate in a less restrictive manner.

30. The *Yacyreta* project is particularly illustrative in this context. The request, dealing with resettlement and environmental conservation, exemplifies the tensions inherent in the entry into play of the new mechanism and the need to rebalance.

31. In this case, Management questioned the eligibility of the request, making a quite narrow interpretation of the Resolution (eg. the scope of the expression «in the borrower's territory»). In essence, it denied that it was feasible for a group of people residing in Paraguay to submit a request in respect of a project in Argentina, which was the actual borrower. In order to question eligibility, it also contested the representation of non-governmental organisations, as well as the related non-disclosure of requesters' names.

32. As a result, the Panel responded to these allegations, explaining the grounds for the requesters' eligibility in the particular case. The specific grounds alleged in defence of eligibility were detailed: (1) the project was a joint venture involving two countries, (2) the Paraguayan government had assumed legal obligations through agreements between the Bank, Argentina and Paraguay, (3) the loans had been transferred to an institution created by both countries and, finally, (4) the Bank had granted a loan, part of which was to be allocated to resettlement of the Yacyreta inhabitants. In short, although the Panel

²⁰ For a summary of the controversial case from the perspective of the World Bank's legal adviser, see I.F.I. SHIHATA, *The World Bank Inspection Panel in Practice*, Oxford University Press. 2000, pp.173-203.

²¹ See *Accountability...* op.cit.p.43-47.

had a clear competence to interpret eligibility, its members were somehow compelled to defend those grounds in detail.

33. Added to this, sometime later, Management submitted two action plans which had been agreed with the Argentinean and Paraguayan authorities just before the Executive Board meeting which was about to discuss the report recommending an investigation. At a critical time when the Panel's practices were still consolidating, it was clear to its members that Management was undermining their functions and authority. In fact, the Board even decided to disregard the Panel's recommendation in this case, and ordered it to review issues such as the suitability of the action plans.

34. This final outcome, as expected, led to considerable criticism²². In any case, subsequently, the Board of Executive Directors required the Panel to review compliance with *procedures*, and excluded the review of compliance with the Bank's *policies*. Faced with this constraint, the Panel members resisted, as they considered that it was not easy to distinguish between them. Therefore, it requested a clarification from the Board of Executive Directors, which was not forthcoming.

35. In sum, the restrictions imposed by the Board of Executive Directors and Management on the Panel in different cases have not prevented its members from seeking for compromise to inspect the projects without overstepping the mandate. The Panel conveyed its message in these cases in various ways. Thus, for example, its inspection of the Yacyreta project determined that the mere fact of drawing up two plans amounted to implicit confirmation *per se* of non-compliance with regard both to resettlement and environmental provisions. At the same time, the disclosed information called into question the Bank's own Environmental Department which was promoting the Yacyreta Project as a sustainability model.

36. This particular case showed both Management and the Board of Executive Directors the power exercised by the new institution through the disclosure of information. The Yacyreta Project inspection procedure revealed how the tasks granted to the Panel were difficult to neutralize. The new policy of transparency and accountability was beginning to have concrete effects on the Bank's everyday activities.

37. A simple event exemplifying the Bank's difficulties in adapting to the new rules of the game, was the public statements made by the then Bank Vice President for Latin America and the Caribbean, claiming in a press conference that the Panel had certified that Management complied with the Bank's policies and procedures in this project: these declarations caused a wave of protests by civil society organizations that had been following the procedure. Finally, the Bank's President ended by issuing a public apology for the «erroneous» treatment of the Panel's information.

38. This type of outcomes helps to clarify (disputed) procedural issues. Clearly, civil society has played and continues to play an important role in the evolving functions of the mechanism. In practice, the Panel's operations were under the intense scrutiny of a decentralized network of civil society organizations with direct access to global media.

39. Ultimately, the establishment of the Panel is a «triumph» for critical activists; this is to say, those who first organised themselves in order to change and upgrade the Bank programmes and projects from the nineties onwards. Therefore, it is obvious that civil society empathizes with the mechanism, despite being critical with respect to its structural limitations with regard to its mandate and resources²³. In fact, to date, their relations with the Panel are reasonably fluid and cordial.

²² See, in particular, the public letter to World Bank President Wolfensohn from 25 NGOs led by the Center for International Environmental Law (CIEL) in January 31, 1997.

²³ See, for example, D. L. CLARK, *A Citizen's Guide to the World Bank Inspection Panel*, CIEL, Washington D.C. 1999.

40. Finally, another controversial issue which merits attention is the limits on disclosure of operational information associated with private sector activities. That is, the extent to which the Panel is able to gain access to this information. As is known, the Bank implements its projects by collaborating with the private sector in a number of ways, often through public-private partnerships. In consequence, it is important to control business activity carried out under the auspices of the Bank projects.

41. The Bujagali Project is particularly illustrative in this regard, and exemplifies the challenges and cultural changes that the Panel is bringing about in the Bank's practices. In this case, during the mid nineteen nineties, the Ugandan government invited several large scale enterprises to study the possibility of participating in a state energy development programme. The AES Corporation was interested in taking part, and began negotiations for power production in the Bujagali Falls area. In this case, the increasing spread of social criticism of this venture targeted the lack of transparency of the conditions of an energy sale agreement.

42. In brief, in order to proceed with building the infrastructure, the parties agreed to set up AES Nile Power Ltd (AESNP), as a subsidiary of the AES Corporation. The Bank expected to fund the Bujagali project with the capital contribution of over 100 million dollars from AES, in addition to the amounts contributed by finance institutions such as the African Development Bank (50 million dollars) and export credit institutions (200 million dollars). Thus, AESNP would build the hydroelectric plant and would sell electricity to the state company UETC²⁴ through a 30 year energy sale contract²⁵.

43. Logically, public access to the legal terms and conditions of this energy sale agreement was important for an overall assessment of the project. However, the Inspection Panel was unable to analyse the agreement, nor was Ugandan society able to discuss it. In this respect, not only did the government fail to properly inform society, but the Bank did not inform the Panel either: Management argued that Bank Procedure BP 15.70 on information disclosure did not cover information on agreements between third parties.

44. Inevitably, the lack of access to this critical information obstructed the investigation. Thus, the Panel felt obliged to mention in its report that, although there are no rules in place requiring Management to disclose information on *agreements to which it is not party*, access to such agreement would have been crucial for Ugandan society to participate in a public (and informed) debate on the suitability or advisability of the project.

45. Last but not least, the Panel also formally requested the Board of Executive Directors to clarify the policy on disclosure of operational information, in relation to activities in the private sector linked to Bank projects.

III. *The rules are ours*

46. The Inspection Panel has the ability to improve Bank's projects. However, the rules employed in its work are restricted to Bank's policies and procedures. On this point, it is necessary to address an issue which is especially important for the performance of future operations: this is to say, the critical technical issue of *applicable rules* (i.e. whether or not human rights provisions should be taken into account in its procedures).

47. Currently, the Resolution regulating the Panel leads to legal *self containment*: in essence, this body is required to analyse harm resulting from *non-compliance with its own regulations and stand-*

²⁴ UETC (Uganda Electricity Transmission Company Limited).

²⁵ BOOT Contract (Build, Own, Operate, Transfer).

ards (*operational policies and procedural norms*). In consequence, the Panel's own *applicable* rules are basically restricted to the Bank's rules²⁶.

48. In this regard, constraints are evident: the Panel's interpretations of the Resolution are subject to review by the Board of Executive Directors. Lacking its own legal services, in addition, it is obliged to use those provided by the Office of the General Counsel²⁷.

49. The Bank authorities do not consider it compulsory to apply other relevant international legal rules (read human rights law) on a regular basis. Unfortunately, this institutional practice is neither new nor unique in current rule-based global governance. Specialized international regimes tend to operate self-referentially generally, and thus do not apply other international legal rules on an equal footing to the 'their rules'.

50. Nowadays, it is reasonable to mainstream human rights law in the rule-based programmes and projects of international economic institutions; particularly, if we take into account the deep social impact of their policies²⁸. Notwithstanding this fact, it is clear that the Directors of the financial institutions are reluctant to incorporate the human rights legal *acquis* in their everyday activities.

51. Both the Bank and the Fund's legal advisers Shihata and Gianviti addressed this crucial and controversial issue with cautious²⁹. Roberto Dañino, successor of Shihata, also addressed the issue in a formal legal opinion³⁰. The approach to the issue taken by all three is clearly restrictive. Essentially, they attempt to design minor solutions, given the pressure exerted on the Bank by human rights institutions, local groups and activists.

52. For the World Bank, the primary rules are what they are: the articles of the Bank's constitutive agreement. As such, these rules function as the 'terms of reference' for all the Bank's policies and procedures adopted by the Board of Executive Directors (eg. safeguard policies).

53. The Panel is subject to those rule-based parameters. As a direct result, its applicable rules do not pay due deference to the current global standards of individual rights (read human rights). Such state of affairs has a direct impact on inspection activity: the Panel members cannot openly (and easily) apply human rights law in their procedures.

54. At the same time, inspection requesters are required to allege breaches or infringements of the Bank's policies and procedures in order to maximize the chances for their requests to be registered. In sum, allegations of human rights issues are (at most) strictly complementary. Under this logic, therefore, the Bank's applicable rules define on what issues it is accountable and according to which criteria.

²⁶ See P. ZAPATERO, «Modern International Law and the Advent of Special Legal Systems», 23 *Arizona Journal of International and Comparative Law* 1 (2006): 55-75.

²⁷ See paragraph 15 of the Resolution. For a critique of the weight of the Office of the General Legal Counsel from the perspective of civil society, see D. HUNTER, «Using the World Bank Inspection...op.cit.p.208.

²⁸ For the first studies on this issue see, in particular, see D. BRADLOW, «The World Bank, the IMF, and Human Rights», 6 *Transnational Law and Contemporary Problems* (1996):47-90 and RAJAGOPAL,B. «Crossing the Rubicon: Synthesizing the Soft International Law of the IMF and Human Rights», 11 *Boston University International Law Journal* (1993): 81-107.

²⁹ See I.H.I. SHIHATA, «The World Bank and Human Rights: An Analysis of the Legal Issues and the Record of Achievements», 17 *Denver Journal of International Law and Policy* (1988): 39-66 and F. GIANVITI, *Economic, Social and Cultural Rights and the International Monetary Fund*, 2002. From the perspective of both institutions, see also *The World Bank: Development and Human Rights*, 1998 (a document published to celebrate the Universal Declaration of Human Rights) as well as S. PEREIRA LEITE, «Human Rights and the IMF», 38 *Finance & Development* (2001).

³⁰ See I.H.I. SHIHATA, *Issues of «governance» in borrowing members: the extent of their relevance under the Bank's Articles of Agreement: Legal memorandum of the General Counsel*, World Bank (21 December 1990), I.H.I. SHIHATA, *Prohibition of Political Activities in the Bank's Work: Legal Opinion by the Senior Vice President and General Counsel*, World Bank (12 July 1995) and R. DAÑINO, *Legal Opinion on Human Rights and the Work of the World Bank by the Senior Vice President and General Counsel*, World Bank (27 January 2006).

55. Interestingly, the IBRD Articles of Agreement establishes that only *economic considerations* are to be taken into account in the World Bank decision-making:

The Bank and its officers shall not interfere in the political affairs of any member; nor shall they be influenced in their decisions by the political character of the member or members concerned. Only economic considerations shall be relevant to their decisions, and these considerations shall be weighed impartially in order to achieve the purposes stated in Article I³¹.

Choosing to make decisions under such a restricted approach equals to do things with a limited rationality. The phenomenon is fully encapsulated by a particularly clear term: *self containment*.

56. In short, the Panel basically supervises compliance with Bank standards. As a result, local communities and groups of individuals tend to target the non-compliance of (a) articles of the Bank agreement, (b) loan agreements, (c) *Operational Directives* (eg: OD.401 on environmental assessment), (d) *Operational Policies* (eg: OP 4.09 on plague control), (e) *Bank Procedures* (eg: BP 4.10 on indigenous peoples), (f) *Good practices* (eg: GP 14.70 on Involving Nongovernmental Organizations in Bank-Supported Activities), (g) etc. Other international rules are excluded beforehand, despite being alleged by the requesters.

57. Probably, Panel members would prefer to do their job under a more open rule-based rationale. In any case, the degree of openness to other international rules is a controversial issue; and one which inevitably continues to persist, as witnessed by the criticism and social pressures to which the Bank is subject.

58. At first glance, human rights law can be more easily incorporated in the Panel's procedures through the operation of interpretation: this is to say, «taking into account» other rules of international law (article 31.3c of the Vienna Convention of the Law of the Treaties) when interpreting the Bank's rules³².

59. Beyond this, however, *direct applicability* of human rights provisions is not easy. The *standard form* for inspection requests illustrates the structural limitations imposed in relation to the application to other rules of international law. These points are particularly noteworthy:

- Issue 1: «We understand that the Bank has the following policies and/or procedures [list or describe] : _____»
- Issue 2: «Our rights/interests are [describe] : _____»
- Issue 3: «The Bank has violated its own policies/procedures in this way: _____»

60. Finally, the form ends by stating: «We therefore believe that *the above actions/omissions which are contrary to the above policies or procedures* have materially and adversely affected our rights/interests and request the Panel to recommend to the Bank's Executive Directors that an investigation of these matters be carried out in order to resolve the problem».

61. In short, the Bank aspires to apply international human rights law in its procedures only insofar as it is reflected or incorporated by reference in its own policies and procedures.

62. As a result, the functional design of these *applicable rules* makes it difficult for the Inspection Panel to *directly apply* human rights law in its procedures. In the light of this evidence, requests tend to be based on allegations of non-compliance with the World Bank's *safeguard policies* (environmental

³¹ See Article IV, Section 10.

³² On the limits of this approach, see P. ZAPATERO, «Modern international law...op.cit.

assessment/compulsory resettlement/indigenous peoples, cultural heritage/forestry/natural habitats/dam safety /pest control).

63. The widening of the Bank's applicable rules is a critical challenge for World Bank reform³³. In the meantime, paradoxically, the requesters and their representatives (often human rights activists) have strong incentives to become genuine experts in the Bank's rules. In this respect, civil society activists have no other option if they aspire (in terms of registration and eligibility criteria) to change a given Bank project.

64. The case for human rights law within the Panel's procedures is self-evident: mainstreaming human rights law into the procedures would secure the positive social effects and inhibit the negative effects of projects. However, the difficulties of proceeding in this respect have led the Panel to address a wide variety of (basic) human rights issues with other legal language: as a result, the Panel often addresses human rights issues... but using *other words*.

65. The failure *to pay due deference* to human rights law (granting legal relevance within procedures) does no good to the Bank in the long-term. Ultimately, it ignores the possibility of tensions and conflicts with the rules of other international regimes (eg: UN Covenant on Economic Social and Cultural Rights), or their authoritative interpretations (eg: General Comment 14).

66. Such institutional behaviour is not sustainable, given the fact that global governance amplifies rule-based interdependence: acts and rules from one international regime may well have adverse effects on the functioning of other. In sum, the issue of whether or not human rights law is applied by the Inspection Panel is a crucial issue for it to operate properly³⁴.

67. A project which clearly illustrates the difficulties and dysfunctions faced by the Panel in this area is the Bujagali Hydroelectric Project. In this case, a significant part of the inspection request addressed issues directly concerning cultural rights and religious rights. However, the Panel was unable to apply related UN human rights law and thus to deal with these adequately.

68. The Project had a direct impact on the Bujagali Falls which had religious and cultural significance for the Ugandan Busoga people, who professed the belief that their spirits resided in its rapids³⁵. It goes without saying that this belief was equally worthy of protection to those professed towards sacred places such as the Basilica of Saint Peter, or the Wailing Wall...

69. In this case, the Inspection Panel confirmed that Management had made efforts to consult the local communities and religious leaders, attempting to seek formulas for addressing the religious and cultural consequences of the demise of the falls (!).

70. The project had a clear human rights impact. However, the structural limitations of its applicable rules with regard to human rights law placed the Panel in the awkward position of addressing the issue by raising mere «concerns» with respect to «spiritual» issues which were outside the Bank's own policies and procedures. As a result, the Panel had to address human right issues without explicitly applying human rights provisions in this area.

³³ See *World Bank Operational Manual* (online document).

³⁴ For studies on this issue see G.A. SARFATY, *Values in translation: human rights and the culture of the World Bank*, Stanford University Press, 2012, FUJITA, S., «The Challenges of Mainstreaming Human Rights in the World Bank», 15 *The International Journal of Human Rights*, 3 (2011):374-396, and G.A. SARFATY, «Why Culture Matters in International Institutions: the Marginality of Human Rights at the World Bank», 103 *American Journal of International Law* 4 (2009): 647-683.

³⁵ For the legal position of a Ugandan activist representing groups critical of the project, see F.C. OWEYEGA-AFUNADUULA, «Bujagali as Ethnocide: Cultural and spiritual death of the Indigenous community of Basoga, Uganda», NAPE/SBC Occasional Paper on «Linking Culture, Spirituality and Rights in Sustainable Development», NAPE/SBC-CSR-SD-1/2005, Kampala, 2005.

71. Obviously, there are other projects raising similar human rights concerns. As a general rule, they are addressed without applying human rights law. That said, on some occasions, human rights issues have begun to be laterally considered in some Panel procedures.

72. The Chad-Cameroon Oil pipeline Project is a notable example. The case is noteworthy not only because of its innovations and breadth, but also due to the fact that it was most clearly concerned with the so-called *human rights situations*³⁶. The investigation report on the first request submitted (in March 2001) entered territory hitherto unexplored by the Bank. In fact, it is the first time that the Board of Executive Directors came up against human rights issues formally framed in a specific project: the request intelligently alleged that the Bank had violated its directives on appropriate governance and/or human rights.

73. Interestingly, prior to this case, the Bank's legal adviser, Ibrahim Shihata, had issued two interpretative opinions (1990/1995). In the first of these, he emphasized that the prohibition on carrying out «political activities» as part of the Bank's tasks was a *prohibition on interfering with the way in which a country addressed political type human rights*, insofar as this does not have a demonstrable effect on the economy of that country. At the same time, in any case, he suggested that human rights considerations could have a role in evaluating the «net effect» of development projects and programs on social welfare³⁷.

74. These legal opinions closed ranks around what was considered to be acceptable (and convenient) by the World Bank's 'epistemic community'³⁸. Therefore, the Panel faced a dilemma in that while holding these legal opinions, civil society was exerting pressure to ensure that its inspection activities were in line with human rights standards. In sum, it actually had scant manoeuvrability between the two stools. Interestingly, the Panel ended by considering the *effect* of the human rights situation on *appropriate governance* and, accordingly, on the project itself, as *human rights situations which affect the implementation of projects*.

75. Consequently, information gathered in this matter led the panel to express, not without carefully choosing its terms, that the situation with regard to human rights issues/appropriate governance was relevant for the specific project, and «far from ideal».

76. The then Panel president, Edward Ayensu's clearly stated this fact. The president recalled that the actual requester, among other allegations, claimed to have been tortured for his opposition to the Bank's Project, and that as a result, «the Panel was obliged to examine the situation of human rights and governance in the light of Bank policies».

77. At the same time, Ayensa emphasized the Panel's team position: «We are convinced that the approach taken in our Report, which finds human rights implicitly embedded in various policies of the Bank, is within the boundaries of the Panel's jurisdiction».

78. Caution is evident. The Panel expressly welcomed the fact that Management concurs at least in general terms, with the approach to this «sensitive subject» and recalls that Management has

³⁶ On the evolution of this case see in particular SHARP, D. N., «Requiem for a Pipedream: Oil, the World Bank, and the Need for Human Rights Assessments», 25 *Emory International Law Review* 1 (2011): 379-410, M. A. BEKHECHI, «The Chad-Cameroon Pipeline Project: some Thoughts about the Legal Challenges and Lessons Learned from a World Bank-financed Large Infrastructure Project», *Energy Networks and the Law: Innovative Solutions in Changing Markets*, Oxford University Press, 2012 and A. M. LEIBOLD, «Aligning Incentives for Development: the World Bank and the Chad-Cameroon Oil Pipeline», 36 *Yale Journal of International Law* 1 (2011):167-205.

³⁷ See I.H.I. SHIHATA, *Issues of «Governance» in Borrowing Members...* op.cit and I.H.I. SHIHATA, *Prohibition of Political Activities in the Bank's Work...* op.cit.

³⁸ See P. HAAS, «Introduction: epistemic communities and international policy coordination», 46 *International Organization* 1(1992):1-35.

pledged to continue to monitor the developments in this area within the context of the applicable Bank policies»³⁹. It also adds some statements that are particularly significant to be reproduced here:

The Panel agrees and believes that the situation in Chad exemplifies the need for the Bank to be more forthcoming about articulating its role in promoting rights within the countries in which it operates. [...] Mr. Chairman, perhaps this case should lead the Board to study the wider ramifications of human rights violations as these relate to the overall success or failure of policy compliance in future Bank-financed projects.

79. The Chad-Cameroon case is certainly a critical one. At the same time, it shows that the Bank has a way to go in joining the legal culture of human rights. And here, it is clear that the Panel can help, provided that the Board of Executive Directors supports such outcome.

80. Interestingly, for example, the Senior Vice President and General Counsel of the World Bank Group from 2003 to 2006, Roberto Dañino, closed his legal opinion on human rights and Bank activities with this statement:

The articles of agreement permit, and in some cases require, the Bank to recognize the human rights dimensions of its development policies and activities since it is now evident that human rights are an intrinsic part of the Bank's mission⁴⁰.

81. Currently, there is a very slow incremental policy trend within the Bank to incorporate some human rights concerns in its institutional practices. If such trend is steady, something which remains to be seen in the long-term, the Panel would enjoy greater powers to do a better job.

IV. The Panel's impact

82. However, there is no doubt that the Panel faces significant challenges ahead. This new institution resulted from a desire to develop more efficient approaches to institutional accountability in the global policy arena; an arena in which local community groups affected by the Bank's policies are voicing their grievances through a increasing variety of formal and informal channels.

83. Nevertheless, the institution is faced with several structural limitations, such as the above mentioned issue of its applicable rules but also the fact that it cannot modify or cancel projects, nor it is able to determine compensation for private individuals.

84. In essence, the most critical effect of the Inspection Panel on the Bank's activities consists of the detailed data it compiles, which is used to support the Management's Action Plans submitted to the Board of Executive Directors in response to the Panel's findings.

85. In this respect, its function basically consists of redirecting projects (either at their draft stage or those which are in progress) through information disclosure, although it has no input at all in drawing up those plans.

86. From the perspective of comparative international law, this interesting institution lies in a no-man's land, by using information disclosure to promote internal policy change. The Inspection Panel reveal crucial information for redirecting the Bank's activities. However, its decision-making procedure

³⁹ E. AYENSU, *Remarks of the Chairman of the Inspection Panel to the Board of Executive Directors on the Chad-Cameroon Pipeline Projects*, World Bank Inspection Panel (12 September 2002).

⁴⁰ R. DAÑINO, *Legal Opinion on Human Rights...op.cit.*

does not correct institutional errors, or inappropriate practices in the Bank's Projects. This task instead falls directly on the Bank Management, which recommends corrective measures in the Action Plans.

87. The Panel is therefore an information-based mechanism. In the absence of any such information, its effectiveness is handicapped. This is why compliance with Bank Procedure BP 17.50 (on the disclosure of operational information) is critical to the Panel's task.

88. In this respect, the Bank's failure to adequately comply with Bank Procedure BP 17.50 makes it difficult to inspect the project's compliance with other policies and procedures. In this regard, this procedure is structurally instrumental for the proper functioning of the Inspection Panel.

89. As mentioned, the Panel does not focus on the behaviour of public and private domestic institutions operating in projects under inspection: the ability to investigate governments themselves, and domestic public authorities as well as companies, is excluded from its mandate. In essence, the Panel is not allowed to investigate performance of the borrowing country in any project. The Resolution itself excludes «complaints with respect to actions which are the responsibility of other parties, such as a borrower, or potential borrower, and which do not involve any action or omission on the part of the Bank» (paragraph 14a).

90. Similarly, the public contracting of goods and services is excluded from the Panel's mandate: «procurement decisions by Bank borrowers from suppliers of goods and services financed or expected to be financed by the Bank under a loan agreement, or from losing tenderers for the supply of any such goods and services,» (paragraph 14b).

91. However, the mechanism inevitably discloses some critical information on the practices of private sector bodies associated with the Bank, as well as irregular and/or ineffective state practices. Interestingly, this information may play an (indirect) role in the domestic policy (and judicial) arena.

92. The Panel's information disclosure is having critical unintended effects on the functioning of the Bank itself. For example, the development of the technical part of Bank projects (construction, infrastructures of large scale public works etc) frequently fails to advance on a par with (or prior to) strengthening of the borrowers' institutional capability. However, capacity-building tends to take place subsequently at times, as a result of corrective measures taken following the Panel's intervention.

93. In sum, the establishment of this inspection body has made Management accountable for its behaviour, albeit through the restrictive prism of compliance or non-compliance with the Bank's own policies and procedures. The fact that both the Washington offices, and the headquarters of projects in the field, are accountable is, in itself, a substantial breakthrough.

94. Obviously, some of the Panel investigations have been restricted by the Board of Executive Directors or hindered by Management, as has been mentioned. It is nonetheless evident that these limitations have not prevented the Panel from modifying the Bank's behaviour and conduct, and at times this has occurred even prior to submission of its own reports. This fact clearly indicates how the institution makes use of, and wields considerable *soft power*⁴¹.

95. There are a number of cases exemplifying this phenomenon. The Nepal-Aron project is a typical case in point, in which the Bank opted to dismiss the Project following the Panel's report, along with another separate review commissioned by the President from an independent group. Leaving aside the fierce debate engendered by this decision, it is clear that the Panel's activity in this case was crucial to cancellation of the Project in question.

⁴¹ J. NYE, *Soft Power: The Means to Success in World Politics*, Public Affairs, 2004.

96. But there are other examples; a simple illustration being the *Pro Huerta* programme in Argentina (the case of Argentina-Structural Adjustment Loan): in essence, conserving this programme (aimed at promoting small scale crops for home consumption or subsistence) was expressly included in the Bank's loan agreement with the country as one of the programmes to be protected from domestic budgetary cuts.

97. However, due to a number of administrative difficulties, the budget allocated to the programme was under threat prior to the Panel's visit. Interestingly, it was the Panel's field visit to Argentina which defused the situation; only then did the Economy Ministry understand the seriousness of not sending to Congress the statutory act for executing the budgetary allocation undertaken. It is just a small example which, however, shows the Panel's capacity for modifying state conduct in the field.

98. In consequence, the mere involvement of the Panel may have significant effects on internal policies and decisions of borrowing countries in some cases.

99. Another interesting example of the Panel's soft power is the Bugajali Hydroelectric project addressed earlier. In this case, the project took the form of a *joint-venture* between the International Development Association and the International Finance Corporation. The Panel's impact on Bank tasks was critical in this case, as an inspection request was sent by various local organizations with respect to several projects related to the Bujagali Hydroelectric Project (registered on 7 August 2001) some months prior to the Executive Director analysing the issue of financial assistance.

100. Following Management's approval of authorization to investigate this request (26 October 2001), there was a period of considerable uncertainty and discussion within the Bank itself: the debate focused on the advisability and appropriateness of approving the project in the light of this open procedure. Unquestionably, the possibility of eventual information disclosure by the Panel had an effect on the viability of the project.

101. The Yacyreta Project also provides another example of soft-power in which eventual information disclosure by the Panel was an incentive for management ranks to act preemptively. In this case, the Board of Executive Directors excluded the Panel from its supervisory functions when executing Management's action plan.

102. However, although the Panel was excluded, the Board of Executive Directors was compelled to create a special committee for the project, as a control device to watch its back in the absence of the Panel functioning. Interestingly, in consequence, although the Board of Executive Directors may feel uncomfortable about the Panel at times, its members are also aware of the structural value of independent control in their activities.

103. Unquestionably, there are some changes in the Bank's accountability culture. At the same time, the case shows how the professionals working on the Panel began to assume a degree of autonomy, even publicly questioning the reasonability and efficacy of some of the Board's decisions to distance it from the cases.

104. Interestingly, a second inspection request was made regarding this same project. In this regard, the Panel's ten year report itself (openly) asks the extent to which such a request could have been avoided if the Board had allowed the Panel to remain in control of implementation of the Action Plan⁴².

105. A final case worthy of mention is the Quinghai Project. This controversial Bank Project led to concerns about resettlement of ethnic Han Chinese in the Tibetan zone. The project was at an

⁴² See *Accountability* ... op.cit.p.62-73.

advanced stage of approval when a non-local NGO (ICT: International Campaign for Tibet) requested an inspection (16 June 1999).

106. Given the uncertainties surrounding the project, following submission of this request to the Inspection Panel, the Board of Executive Directors took an unprecedented decision, and, much to the surprise and perplexity of many observers, it approved it with a caveat. The condition was that «that no work be done and no funds be disbursed for the \$40 million Qinghai component of the project *until the Board decides on the results of any review by the independent Inspection Panel.*»

107. This measure was a surprise to everyone. The Bank and the borrower even made amendments in order to include this repayment condition, and they agreed to incorporate the eventual modifications, following the Panel's inspection. As is clear, the shadow of the Panel and its procedures indubitably fell on the Project. Therefore, the mechanism was crucial for that outcome to be produced.

108. But the case goes further. In this respect, the level of detail in dealing with this controversial Project (linked to the Tibet question) shows a greater institutional sensitivity within the Bank towards structural global policy issues related to its traditional projects on large infrastructures.

109. Interestingly, a formal letter of compromise by the Chinese government was incorporated to the instruments negotiated for executing the project, in an attempt to respond to the susceptibilities of local communities with regard to the administrative organization of the area following the population resettlement: «Borrower hereby states that implementation of the respective part of the project concerning Qinghai [...] will not affect the Mongol and Autonomous Tibetan nature of the Haixi prefecture in Qinghai.»⁴³.

110. In addition, the Panel's President requested a legal opinion from the Bank's legal adviser with respect to the scope of the Chinese guarantees on the preservation of the administrative status of said prefecture. Finally, the political and social difficulties of the project led to the Board of Executive Directors withdrawing its definitive support for the project (July 2000).

111. Therefore, the Panel is fulfilling a critical function with regard to World Bank's accountability. However, its functioning inevitably leads to some internal tensions, confusion and even concerns within the managing structures of the Bank itself. In the internal context, the Inspection Panel's presence is perceived as a double-edged sword. That is, it is seen as a guarantee for preventing inappropriate practices and errors while at the same time it poses a threat to the viability of some projects.

112. In this regard, the Chad-Cameroon project referred to above is a defining example of the new context in which projects are to be designed and implemented. With this flagship project of the Wolfensohn era he attempted to explore a change of direction in the Bank's approach to development programmes. However, events showed that things were viewed in a different light outside the Bank, and once again the Inspection Panel ended by getting involved. In fact, the project generated two inspection requests, the first from Chad (March 2001) and the second from Cameroon (September 2002).

113. The project aimed to transform income from the extraction and distribution of oil in Chad into social investment and infrastructures, through the Chad government's commitment to allocate the appropriate budget in this respect. The goal was to exploit oil reserves in the Doba valley, under conditional allocation of the benefits resulting to the implementation of development programmes by domestic authorities.

114. In order to achieve this, the national parliament was required to approve a law regulating such a scheme, which included precise targets and indicators for reducing poverty. For example, it was

⁴³ On safeguard policies for disputed areas see *Operational Policy 7.60: Projects in Disputed Areas* and *Bank Procedure 7.60: Projects in Disputed Areas*.

determined that 10% of net income assigned to Chad would be placed in a trust fund for future generations and 5% would be spent on regional development in the production zone. At the same time, funding was also allocated to social, environmental and infrastructure services.

115. Similarly, investments in the private sector were a central pillar of the project. In fact, the World Bank was only going to contribute 4% of total costs. The private allocation would be covered by an international consortium of oil companies (ExxonMobil, Petronas and Chevron...) which would develop the oil fields, drilling approximately three hundred oil wells and building an underground oil pipeline extending over a thousand kilometres to the loading facility on the Cameroon coast. Under this new scheme, the Bank granted loans to the Chad and Cameroon governments to pay for a stake in the joint-venture which was to build the oil pipeline.

116. The purpose of these credits was to strengthen Chad and Cameroon's institutional capability to manage the whole process. Thus, the International Finance Corporation would grant a loan to this joint-venture on a par with the syndicated loans for oil transport services. In turn, the International Development Association would grant credits for the Projects for Strengthening Management Capability in the Oil Sector on one hand, and on the other, for Management of the Oil Economy.

117. However, controversies proliferated, spurred on by a series of events. Probably, the tipping point was the breaking news on a purchase of arms by the Chad government with premiums disbursed by Chevron and Petronas. As was to be expected, this information was a tough blow for the then Bank President's flagship project. The finance institution reacted by freezing the external debt programme and conditioning its reactivation to guarantees from the government that those funds would be used for development. At the same time, a fierce internal discussion within the World Bank was focusing on the under-evaluated environmental aspects of the project, under the pressure from multiple civil society groups targeting human rights, corruption and environmental concerns⁴⁴.

118. Indubitably, the Bank had embarked on a very ambitious project without paying due attention to its human right challenges⁴⁵. As a result, some measures had to be taken along the way. At one point, for example, Wolfensohn successfully mediated with the Chad government to release the Member of Parliament Ngarlejy Yorongar, in prison because of his political activities related to this project (see Amnesty International Campaign).

119. Ironically, Yorongar submitted the first inspection request for the project right after his release. The request, which was registered in April 2001, was made on behalf of the communities living in the Doba oil fields area. As a result, the Board of Executive Directors soon had to analyse a Panel report in September 2002.

120. The findings provided evidence that Management had not given the Panel relevant information on the budgetary distribution of oil income for Chad, thus depriving it of documentation explaining organization and distribution of income. The issue was openly addressed in the Board of Executive Directors' meeting, with the participation of the general legal adviser, who indicated that the Panel's task to supervise compliance entitled it to a right to access pertinent confidential information.

121. The case is also relevant because the Bank also enlisted two further institutions to assist with complementary supervision of the whole project. The Bank decided to provide guarantees to local communities and civil society during the implementation of the project.

⁴⁴ For initial critical positions see S. NGUIFFO, and S. BREITKOPF, *Broken Promises: The Chad Cameroon Oil and Pipeline Project; Profits at any cost?*, Friends of the Earth-Milieudefensie, Amsterdam, 2001.

⁴⁵ On the activities of the Bank with regard to extractive industries see in particular D. DEVAL, and J. MICHAEL, «Governance and Accountability in Extractive Industries : Theory and Practice at the World Bank», 30 *Journal of Energy and Natural Resources Law* 2 (2012):101-128.

122. As a direct result, in February 2001, an international advisory group was set up, comprising 5 members of national parliaments (a Canadian, a Dutch national, two Senegalese and a Norwegian) along with an anthropologist (a US national). This advisory group was in charge of making *in loco* visits on a six monthly basis, and submitting direct reports to the President and the Board of Executive Directors⁴⁶. At the same time, the Bank contracted the Italian company D'Appolonia as External Compliance Monitoring Group (ECMG).

123. This particular development *ad hoc* shows how the Panel role is producing a culture change within the Bank with regard to accountability and independent supervision. Certainly, independent supervision contributes to reinforce compliance with the Bank's policies and procedures in the implementation phase. Apart from the suitability of these new schemes, it is reasonable to argue that these are by-products of a new era in which the Panel is having a leading role within the Bank in implementing a culture of increased transparency and accountability.

124. In conclusion, it is fair to say that the increasing social pressures to improve transparency and accountability in international finance institutions obtained one victory with the establishment of the World Bank Inspection Panel.⁴⁷

125. Nowadays, the Presidency and the Board of Executive Directors probably perceive to have lost some control over its own processes as a result of the social dynamics and pressures attempted to channel through the Panel. However, society cannot be channelled through a mere inspection mechanism, notwithstanding the critical role that the Panel currently plays.

126. Unquestionably, in any case, setting up the Inspection Panel has been a critical and positive development for both local communities and the Bank itself. Since the establishment of the Panel, the design and execution of projects has been inextricably linked to its procedures. In this respect, its procedures have attained a further level playing field for local communities with regard to human right to development generally.

127. However, civil society activism has a major agenda. Therefore, it is highly likely that their participation in Panel procedures will not inhibit their legitimate aspirations for structural reform of international economic institutions.

128. Participation is a fact of (social) life. Essentially, social aspiration to a better life tend to conceive democracy (read also democratization) as an open ongoing process⁴⁸. In consequence, it is easy to predict that society will continue to act both within and outside the Inspection Panel procedures in order to promote major structural policy change in economic global governance.

⁴⁶ See «Report of Mission to Cameroon and Chad, July 19-August 3, 2001», *International Advisory Group, Chad-Cameroon Petroleum Development and Pipeline Project*, IAG Secretariat, Montreal (28 September 2001).

⁴⁷ For the link between public participation and right to development in this regard, see L. BOISSON DE CHAZOURNES, «Public Participation in Decision-Making: The World Bank Inspection Panel», *The World Bank, International Financial Institutions, and the Development of International Law*, Edith Brown Weiss, Andres Rigo Sureda, and Laurence Boisson de Chazournes (eds), *Studies in Transnational Legal Policy*, American Society of International Law, 1999, pp.84-94.

⁴⁸ See for example, T. FRANCK, «The emerging right to democratic governance», 86 *American Journal of International Law* 1 (1992): 46-91.

MADE ON EARTH: ENVIRONMENTAL EXTERNALITIES OF GLOBAL SUPPLY CHAINS

PABLO ZAPATERO MIGUEL

*Professor of international law
Carlos III University of Madrid*

Recibido: 12.07.2013 / Aceptado: 26.07.2013

Abstract: Three decades of trade and environment debate have delivered minor advances in the quest for world sustainable development. Nowadays, trade liberalization is delinked from sustainable global standards of production, distribution and consumption. As a result, process and production methods (PPMs) in global supply-chains are not legally relevant in the trade-based development equation. Solutions to achieve global sustainable development are certainly not easy: however, constructing a global market in which environmental costs are 100% legally irrelevant (like product distinction) does not help.

Key words: process and production methods, trade, externalities, like product, sustainable development.

Resumen: Tres décadas de debate sobre el comercio y el medioambiente han producido avances menores para el desarrollo sostenible. Actualmente, la liberalización del comercio se encuentra desconectada de estándares globales de producción, distribución y consumo. A resultas, los métodos y procesos de producción (MPP) en las cadenas globales de suministro no son relevantes legalmente en la actual ecuación del desarrollo basada en el comercio. Las soluciones para alcanzar el desarrollo sostenible mundial no son ciertamente sencillas: ahora bien, construir un mercado global en el que los costes medioambientales son 100% irrelevantes en términos legales (*distinción de producto similar*) no ayuda.

Palabras clave: métodos y procesos de producción, comercio, externalidades, producto similar, desarrollo sostenible.

Sumario: I. Trading environment. II. The regulatory hub. III. Variable legal optics. IV. TREMs and tests. V. Global supply-chains.

I. Trading environment

Trade opening and reducing trade barriers, has been, is and will remain, essential to promote growth and development, to improve standards of living and to tackle poverty reduction. The World Trade Organization remains the most efficient and most legitimate forum to open and regulate world trade. The most efficient because it works at the service of all the participants and because of its modern system to solve trade disputes. The most legitimate, because it is the fairest system of all, as all the decisions are taken by all the members, large or small, strong or weak.

But although the opening up of markets produces benefits to many, it also creates adjustments costs which we cannot ignore. These adjustments must not be relegated to the future: they must be an integral part of the opening-up agenda.

1. The paragraph transcribed above is taken from a speech made by French social democrat Pascal Lamy who, until recently, was Director General of the WTO (2005-2013). This rare bird of pro-

gressive global politics, who also was chief of staff for Jacques Delors, during a critical decade for the European Commission (1985-1994), termed the view expressed above as the *Geneva consensus*: «a belief that trade opening works for development but only if we address the imbalances it creates between winners and losers, imbalances that are all the more dangerous the more fragile the economies, societies or countries».

2. To paraphrase this ‘pragmatic practitioner’, *this is the only way to ensure that the opening up of markets will produce real benefits to all people in their everyday lives*. Certainly, it is difficult not to agree with such a vision. The challenge, however, lies in just how that consensus is to be achieved.

3. Environmental externalities present a dilemma for world trade¹; this article analyses how and to what extent those *adjustments* are handled within world trade regulatory structures.

4. One of the challenges faced by global governance nowadays is how to reconcile environmental protection with the liberalization of trade². In fact, achieving a balance between the two has been formally recognized as a major critical policy issue since the final years of the last millennium³. Two decades later, however, no world policy transformation has taken place.

5. Developing a workable balance in this field is certainly not easy. Critics target the world trading system, for obvious reasons. However, the WTO cannot be held directly responsible for environmental degradation worldwide. The greenhouse effect, erosion, pollution, extinction of species, over-exploitation of natural resources, to name some critical issues, are not the result of its system of rules, but of the absence of global environmental standards on production, distribution, and consumption.

6. The lack of global environmental standards, which neither this institution nor any other global institution are regulating at present have led, by default, to a development model which is structurally (read environmentally) inefficient.

7. Currently, the environmental externalities of global supply chains providing global consumers with goods and services, are not multilaterally regulated. The pertinent question is, to what extent does free trade promote social efficiency, when the price of those goods and services does not reflect the environmental costs of producing, distributing and consuming them?.

8. Conventional ideas on the efficiency of free trade are thus oversimplified, as non-repairable environmental degradation cannot be quantified in monetary terms; reasonably, *price* systems cannot determine value when costs are incommensurate (read, the survival of our species). In this vein, free trade regulatory structures contribute to an inefficient development model.

9. Transforming this *status quo* is anything but easy. On one hand, traditional political cycles in parliamentary democracies do not tend to govern issues with the «very» *long term* in mind (as in centuries, not decades). Essentially, environmental conservation is not a critical issue of the global public agenda because the citizens of the future cannot vote, nature has no standing⁴. Generally, public leaders have little incentive to make global environmental governance the rules of the game and, in consequence, we trade the environment.

¹ J.H. JACKSON, «World Trade Rules and Environmental Policies: Congruence or Conflict», 49 *Washington and Lee Law Review*, Symposium: Environmental Quality and Free Trade: Interdependent Goals or Irreconcilable Conflict? (1992):1227-1277.

² For one of the first fine work on the links between the multilateral trade system and the environment see, in particular, D. ESTY, *Greening the GATT. Trade, Environment, and the Future*, Institute for International Economics, 1994. More recently, see J.K. WATSON. *The WTO and the environment: development of competence beyond trade*, Routledge, 2013.

³ J. BHAGWATI, «Trade and the Environment: The False Conflict?», *Trade and the Environment: Law, Economics, and Policy*, Durwood Zaelke et al (eds), Island Press, p.159.

⁴ See CH. STONE, *Should trees have standing?: law, morality, and the environment*, Oxford University Press, 2010.

10. In practice, environmental policies depend very much on the degree of social awareness and pressure in developing and developed countries alike. While this lack of awareness endures, development policies will continue to free-ride on the environment. As a result, setting up standards for production, distribution and consumption is not a priority in the short or medium-term for developed societies, and less so for developing societies, as their legitimate priority tends to be improving the living conditions of their population.

11. However, the genuine public agenda for *pareto efficiency* in global governance is *intergenerational equity*, as this would maximize the preservation of both the Earth and our own species⁵.

12. Under this rationale, what makes markets (and market transactions) possible is the environment itself: in the absence of such a ‘medium’, markets and market-mechanisms (prices) do not function, as they simply don’t exist (read, no life).

13. As some environmental damages can never be internalized (monetization, remediation, etc), approaching efficiency through the mere prism of *alternative uses* is macro-inefficient. Sustainable development is the optimum efficiency criterion for our species, or the ‘most *efficient criterion of efficiency*’: at least while we fail to develop further technologies enabling us to migrate elsewhere. While such technologies remain unavailable, *sustainable development* should reasonably govern the functioning of the current rule-based global marketplace.

14. The concept, originally coined by the so-called Brundtland Report of the UN World Commission on Environmental and Development (*Our Common Future*) in 1987, has some ‘penumbras of doubt’ but nevertheless also a lucidly captured ‘core of certainty’: «sustainable development is *development that satisfies current needs without endangering the capacity of future generations to satisfy their own needs*». The problem is how we operationalize sustainable development in practice.

II. The regulatory hub

15. By simply reading the Preamble to the WTO Agreement, it is easy to conclude that sustainable development is an end-goal of the world trading system). In fact, the first decision of the Appellate Body sustained that in both the Preamble and the WTO Decision on Trade and Environment «there is specific acknowledgement to be found about the importance of coordinating policies on trade and environment»⁶. WTO *panels* have also defined sustainable development as «one of the objectives of the WTO agreement»⁷. However, the regulatory structures of world trade do not integrate sustainable development.

16. Currently, trade representatives promote progressive liberalization by practicing, as they see fit, a complex game of «trade-offs» in which environmental dilemmas are embedded. In essence, these representatives concentrate on feverishly negotiating better market access at world-scale.

⁵ On intergenerational ethics see, in particular, C. WOLF, «Environmental Ethics, Future Generations and Environmental Law», *The Routledge Companion to Philosophy of Law*, Andrei Marmor (ed), Routledge, 2012, pp.397-414; C. WOLF, «Intergenerational Justice», *Blackwell Companion to Applied Ethics*, R. Frey and C. Wellman (eds), Blackwell, 2003, pp. 279-294 as well as the fine monograph of E. BROWN WEISS, *In fairness to future generations: International Law, Common Patrimony and Intergenerational Equity*, Transnational publisher, 1989.

⁶ WT/DS2/AB/R, *United States-Standards for Reformulated and Conventional Gasoline* (20 May 1996), par 30. See also J.H. JACKSON, «Justice Feliciano and the WTO Environmental Cases: Laying the Foundations of a ‘Constitutional Jurisprudence’ with implications for Developing Countries», *Law in the Science of human Dignity*, Cambridge University Press, 2005.

⁷ See WTDS58/R/W *United States-Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp products (recourse to article 21.5)*, paragraph 5.54.

17. Protection of the environment is subject to the vicissitudes of a cacophonous scenario in which multiple special and general interest groups coincide in one thing only, namely, endeavouring to ensure that the world trade regulatory structures reflect their interests.

18. As a result, trade negotiations are carried out to the sound of intense background noise: a complex network of companies, industry associations, civil society organizations propose, claim, suggest, whisper in the ear of the masters of the game (ministers of economy).

19. It is no accident that environmental ministers have no seat at the negotiating table. The world trading system (WTO) is in itself a regulatory by-product of the values of those who manage it. Reconciling the value of «free trade» with the value «environment» within such a rule-based system is thus a responsibility of those public representatives who manage and control the inner evolution of this *functionalist* institution, namely, the ministers of economy.

20. The failed Havana Charter in which the GATT of 1947 was embedded, had a more open and multi-functional approach⁸. After its demise, trade representatives adopted a long-term functionalist regulatory objective, mainly based on the liberalization of trade. As a result, social issues relating to trade, including environmental conservation, were addressed from a firm pro-liberalization (read functional) legal stance.

21. Nowadays, this functionalist approach permeates not only the world trading system but an increasing number of complementary trade regulatory structures (bilateral, regional, etc). Certainly, it is not easy to refute the criticisms of those who denounce the restrictive (or self-contained) rationality of these regimes.

22. The foundations for greater environmental awareness and sensitivity were laid with the advent of ecology groups in developed countries during the nineteen sixties. But it was not until the eighties that the first conservationist voices were heard in political circles and the media, pointing their finger at the GATT. Before that, in the seventies, the GATT Secretariat made a small contribution to the UN Stockholm Conference on Human Environment (1972)⁹, and provided technical assistance to the drafters of the Convention on International Trade and Endangered Species (CITES) on issues of legal compatibility with GATT rules (1973).

23. From then on, and during the first half of the nineties in particular, a climate of concern arose among conservation organizations (particularly in the United States¹⁰) with respect to the (pervasive) *development model* promoted by the GATT: a model based purely on progressive liberalization of trade, and functioning without any sustainability criteria.

24. The shortcomings of this model, but also the functioning of the GATT itself, laid the foundations for a long-lasting negative attitude towards the world trading system among the environmental community in general. In this regard, the problems of transparency, the panels functioning behind closed doors, and the pro-trade bias of their case law (in particular the second report of 1991 in the *Tuna case*) contributed to consolidating a climate of concern.

25. The cultural origins of that situation are embedded in the historically complex evolution of the world trading system. Following the adoption of GATT in 1947, and until the Tokyo Round was

⁸ C.A. WILCOX, *A Charter for world trade*, Macmillan, 1949.

⁹ See *Industrial Pollution Control and International Trade*, GATT Studies in International Trade 1, GATT Secretariat, 1971.

¹⁰ See for example the advertisement by Greenpeace, Friends of the Earth, Sierra Club and Public Citizen, entitled «Sabotage», published in various US periodicals (eg, *New York Times*) under the title «Sabotage» (14 December 1992).

completed (1973-1979), the world trading system basically evolved in relative isolation towards non-trade branches of domestic government, as well as other global institutions.

26. The GATT Contracting Parties had some reasons for proceeding in such a way: the GATT (as an organization) originally lacked institutional structure (except for that loosely provided in article XXV) and survived under provisional application (read non ratification) for almost half a century. Given such structural weaknesses, trade representatives strategically chose to promote liberalization in relative self containment, engaging in few relationships with non-trade global institutions as well as non-trade domestic agencies. Certainly, they successfully protected the remains (GATT) of a failed creature: the International Trade Organization (ITO).

27. This original (and odd) legal status, outside any international legal standard, inoculated its inner structures with a deep functionalism, and thus a tendency to avoid multi-functional ventures such as, among others, conditioning trade to non-trade policies.

28. Interestingly, in fact, the first multi-state body to address the link between trade and the environment was not within the confines of the GATT but the OECD, when the latter created a working group in 1991 on this issue¹¹. Prior to this, a working group on environmental measures and international trade had been established by the GATT Contracting Parties in 1971, but it never actually met.

29. However, trade diplomacy moved to a radically different level playing field with the Uruguay Round (8th round of multilateral trade negotiations), by successfully negotiating an impressive number of legal instruments (24 «covered agreements») under its so-called «package deal» approach.

30. The «only trade» approach was no longer tenable. As a result, at the Ministerial Conference in Marrakesh (1994), the Final Act concluding the Uruguay Round, and officially establishing the World Trade Organization, incorporated a General Council Decision creating a new Committee on Trade and Environment (CTE).

31. Since its inception, ten years after the publication of the Brundtland Report (1984), the CTE has performed an important task of analysis, data compilation as well as inter-institutional dialogue with the Secretariats of the United Nations Multilateral Environmental Agreements (MEAs). However, the contribution to environmental protection by ministers of economy through the CTE can be described as limited at best.

32. As it stands today, the CTE functions (together with the Committee on Trade and Development) as a «forum to identify and debate developmental and environmental aspects of negotiations» (paragraph 51 of Doha Development Declaration), and thus is devoid of any endeavour to promote structural policy change in such matters.

33. Despite being well into the 21st century, in an era of increasing policy interdependence, the inclusion of environmental issues in the world trading system is scant. The efforts of environmental groups to have some impact on the *status quo* through this committee inevitably end in disappointment.

34. Reconciling trade and environment on the basis of the long established pro-liberalization *acquis* is not easy: it requires breaking with the deep-rooted inertia of a system of rules which, for more than half a century (progressive liberalization), has been functioning and providing measurable results (eight successful rounds of trade negotiations).

¹¹ K. WOODY, «The World Trade Organization's Committee on Trade and Environment», 8 *Georgetown International Environmental Law Review* 3 (1996): 458-463.

35. The CTE is in itself a clear example of the difficulties inherent in this task. Established by the above mentioned Decision of the GATT General Council on 15 April 1994, it first operated as a *preparatory subcommittee* until it was incorporated in the institutional structure of the WTO with the final entry into force of the Uruguay Round Agreements on 1 January 1995.

36. From its beginnings, this deliberative body lay in no-man's land, and was viewed with mistrust by developing countries and by ecologist movements alike. The latter, in particular, have always questioned that such a critical issue should be dealt with by a mere committee. In politics, creating committees is often a delaying tactic, allowing public-decision makers to press on with their agendas, while providing a temporary buffer for some problems. The ecologist community is well aware of this phenomenon. The general attitude was clearly encapsulated by the WWF:

Internally, the time has come to «mainstream» environmental concerns into the work of all relevant WTO bodies and agreements, rather than leaving the topic to the debate of a single, disconnected committee¹².

37. Even during the early days of the committee, the specialized literature was conclusive in this regard. Tarasofsky, for example, holds that the CTE will not be an appropriate forum for seeking a balance between trade and environment while it remains unable to act and choose different and difficult political decisions¹³.

38. The CTE's inability to submit proposals lies in the polarization of their positions and the reluctance of trade representatives of some developing countries, to whom the committee facilitated disembarkation of the so-called *green protectionism* at the WTO. In fact, Item 6 of the CTE's work program as well and paragraph 32 (i) of the Doha Ministerial Declaration give particular attention to this particular issue under the rubric of «environmental requirements and market access»¹⁴.

39. Essentially, the problem has two related dimensions. As mentioned above, during the initial stages of the world trading system, ministers of economy from developed countries, who designed the GATT and controlled its evolution, provided it with intensely functional (pro-liberalization) regulatory structures. In the current post-consolidation stage, their counterparts from developing countries have gained significant control over its functioning, and are not willing to amend a set of rules that give them a competitive advantage for attracting investments in a variety of export-oriented sectors.

40. Interestingly, the first report submitted by the CTE to a Ministerial Conference (Singapore) made this fact clear¹⁵: no less than 9 delegations, dissatisfied with some content, formally specified that the report did not modify rights and obligations under the WTO Agreements, was not binding, and could therefore not be used as a basis for legal action under the Dispute Settlement Understanding (sic)¹⁶.

41. This 'declaration of principles reflects' the main problem, namely, that the pervasive development model nowadays is free trade; as the transfers of income and public resources from developed to developing countries (read incentives) are marginal in comparison with world trade volumes.

42. Developing countries are fully aware that their lifeline for development is to produce goods and services and distribute them on a global-scale: no country has achieved a sustained high growth

¹² See «An Open Letter to WTO Members on the Occasion of the High Level Symposium on Trade and Environment», WWF (15-16 March 1999).

¹³ R.G. TARASOFSKY, «The WTO Committee on Trade and Environment: Is it making a Difference?», *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, J.A. Frowein y R.Wolfrum (eds), 1999, pp.471-488.

¹⁴ WT/MIN(01)/DEC/1, *Doha Ministerial Declaration*, adopted on 14 November 2001.

¹⁵ WT/CTE/1, *Report (1996) of the Committee on Trade and Environment* (12 November 1996).

¹⁶ WT/CTE/M/13, *Committee on Trade and Environment-Report of the Meetings held on 30 October and 6-8 November 1996*, Note by the Secretariat (22 November 1996).

without exporting a diversifying range of goods and services. In addition, developed countries have not supported development models that combine free trade with significant transfers of income and public resources to developing countries: world trade is the all pervading tool for economic development.

43. Logically, therefore, developing countries fiercely resist all policy proposals conditioning market access to compliance with (x) process and production standards in the absence of significant incentives (read global redistribution of income). The structural tension between developing and developed countries on this issue has a direct impact on public environmental policies in general. As a result, getting trade representatives from developing countries to see eye to eye with the world environmental constituency on issues such as global standards of production and distribution is in itself a Herculean task.

44. For developing countries, raising these standards (environmental, labour, etc) has an impact on their competitive advantage. Therefore, it is highly unlikely that consensus will be achieved on this point in the future (no matter how limited it may be), without developed countries regularly and significantly compensating developing countries for that loss.

III. Variable legal optics

45. This state of affairs also largely impedes global environmental institutions from playing a critical role in the global economy, and thus from becoming a (jurisdictional) counterbalance to the world trading system¹⁷. As a result, both the UN Multilateral Environmental Agreements (MEAs) and the world trading system are international regimes the rules of which do not converge, or even diverge.

46. Nowadays, some long term strategies to avoid such problems are currently being pursued. Legal issues related to the link between world trade law and MEAs absorbed the endeavours made in the first meetings of the CTE, almost two decades ago. In this respect, the issue was included in the work programme from the very first days of the CTE. The related legal issues addressed in the programme are as follows:

- (1) Conflicts between provisions,
- (2) Conflicts between their different dispute settlement mechanisms and
- (3) The use of trade measures in MEAs¹⁸.

47. Furthermore, point 1 was «the relationship between the provisions of the multilateral trading system and trade measures for environmental purposes, including those pursuant to multilateral environmental agreements». In turn, point 5 addressed «the relationship between the dispute settlement mechanisms in the multilateral trading system and those found in multilateral environmental agreements».

48. For many, a promising channel for integrating environmental protection in the world trading system is to defer legally to both domestic and international environmental law. Obviously, however, trade representatives have been unable to agree on any protocol granting deference to the rules and acts of MEAs, or to domestic measures in compliance with them.

49. As a result, the task of defining these questions has been undertaken by world trade case law. However, this case law does not accept the fact that the aforementioned MEAs have identical legal

¹⁷ See in particular F. BIERMANN, «The emerging debate on the need for a World environmental organization: a commentary», 1 *Global Environmental Policy* 45 (2001) and S. CHARNOVITZ. «A World Environment Organization» 27 *Columbia Journal of Environmental Law* (2002): 323.

¹⁸ For an excellent work on treaty and jurisdiction conflicts between the MEAs and WTO law, see G. MARCEAU, «Conflicts of Norms and Conflicts of Jurisdictions: the relationship between the WTO Agreement and MEAs and other Treaties», 35 *Journal of World Trade* 6 (2001): 1081-1131.

status to WTO law within the framework of its dispute settlement procedures. That is, the legality of environmental rules and acts is conditioned on compliance with pro-trade criteria: in other words, «we decide» rather than the rest.

50. At the Seattle Conference (1999), a joint expert report submitted to the USTR (United States Trade Representative) by US environmental NGOs proposed establishing a policy of legal *deference* towards the UNEP and the MEAs: under such a proposal, the world trading system would grant legal deference to their rules and acts (granting legal relevance *ad intra* to external rules and acts); in addition, the UNEP and the MEAs Secretariats should be granted some leverage within the WTO jurisdiction in cases dealing with disputes related to environment¹⁹. It goes without saying that this type of proposal, shared by some environment ministers, has not come to fruition.

51. For a time, there were some who felt that questions on the legal relationship between these regimes would be resolved in eventual future disputes over MEA-WTO contradictions²⁰. However, no such cases have arrived at the WTO jurisdiction for an obvious reason: access to its procedures (*locus standi*) is in the hands of trade representatives; and as it is they who hold the whip hand, it is unlikely that structural issues such as these will arise in legal practice.

52. If environmental agencies had standing in WTO dispute settlement procedures, things would certainly be different. In short, trade representatives avoid making claims or allegations based on MEAs and international environmental law in general.

53. Furthermore, the panelists and judges working within the WTO jurisdiction tend to be advocates (or at least supporters) of its system of rules (the technically called *applicable rules*) and not of any others. Thus, they have strong incentives to follow the rule-based path (progressive liberalization), or at least they are reluctant to depart from it.

54. In the light of this situation, environmental ministers are powerless to act, as they perceive how, pursuant to trade law, national measures applying environmental agreements may be subject, among other requirements, to compliance with the criteria of article XX of the GATT (*exceptions*) and its case law, among other legal conditions.

55. In addition, at the present time, it is becoming increasingly difficult to include trade measures for environmental purposes in new treaties being negotiated. In fact, the use of this type of measure is quite restrictive nowadays, given the particular zeal with which trade diplomats control international rule-making developments in this area. Steve Charnovitz explained the state of affairs some years ago with his natural clarity:

The WTO of the future must make sure that nature is not just another commodity. It is only by building environmental safeguards into the trading systems that the public can gain the confidence that it needs to support free trade²¹.

56. A million dollar question: why has it not been possible to make concessions on this point? In the end, for example, article 104 of the NAFTA has granted primacy to several environmental agreements (CITES, the Basel Convention and the Montreal Protocol) and such a move has certainly not opened a Pandora's box in trade relations between Mexico, Canada and the United States.

¹⁹ NGO Technical Statement ...op.cit.p.3.

²⁰ See C. WOLD, «Multilateral Environmental Agreements and the GATT...op.cit.p.921.

²¹ S. CHARNOVITZ, «The World Trade Organization and the Environment», 8 *Yearbook of International Environmental Law* (1997):116.

57. The traditional flexibility of the world trading system in addressing sensitive issues over decades (the well known «pragmatism» of the GATT community) contrasts sharply with the rigidity with which it addresses environmental issues.

58. Paradoxically, in fact, the Committee on Regional Trade Agreements (CRTA) has validated (either expressly or implicitly) hundreds of RTAs which certainly produce trade diversion (market segmentation) thus contradicting its own basic principles of Most Favoured Nation (MFN) treatment and national treatment. However, the way that the world trading system administers its legal relationships with MEAs is more problematic for evident reasons:

- (1) The WTO lacks specific rules and procedures on this issue, such as those available for RTAs (article XXIV of the GATT or article V of the GATS),
- (2) The *applicable rules* of its dispute settlement mechanism prevents the application of international rules or acts in conflict with WTO law (read MEAs, etc), and finally,
- (3) The general rules of conflict (which operate by default) do not function in practice²².

59. In turn, the evident pro-trade orientation of most WTO rules affects almost all its basic disciplines (GATT, GATS, SPS agreement, TBT agreement, etc). The following are just a few examples:

1. Prohibition or limitation on import of a product for environmental protection purposes (eg, quotas),
2. Prohibition or restriction of export or import of products, or the activity of services providers,
3. Imposition of environmental taxes on imported products,
4. Discrimination based on non-product related PPM (Process and Production Methods),
5. Compulsory ecolabelling on PPM, etc.

60. As a result, the world trading system monitors and inhibits the use of «Trade Related Environmental Measures» (TREMs) while the international regimes administered by environmental ministers face serious difficulties in regulating «Environment Related Trade Measures» (ERTM). Interestingly, the first acronym (TREMs) is highly visible in global politics²³. The latter, however, was coined right now for the shake of the argument. What goes first then? Who rules in practice?

61. The status of MEAs *vis-à-vis* the world trading system clearly defines the relative value of free trade and the environment in the current regulatory structures of global governance. Some environment ministers resist this state of affairs by attempting to regulate the relationships of WTO law with those of MEAs through self-referential provisions incorporated in the latter.

62. In consequence, from the nineties onward, some environmental agreements incorporate legal references to the world trading system with diverse degrees of legal detail. Thus for example, article 3.5 of the United Nations Framework Agreement on Climate Change contains the following provision:

The Parties should cooperate to promote a supportive and open international economic system that would lead to sustainable economic growth and development in all Parties, particularly developing country Parties, thus enabling them better to address the problems of climate change. Measures taken to combat climate change, including unilateral ones, should not constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination or a disguised restriction on international trade.

63. For its part, article 22 (*Relationship with other international agreements*) of the 1992 Convention on Biodiversity stipulates the following in paragraph 1:

²² See P. ZAPATERO, *Derecho del comercio global*, Cívitas, 2003 (part III).

²³ See also «Specific Trade Obligations» (STOs).

The provisions of this Convention *shall not affect the rights and obligations* of any Contracting Party deriving from any existing international agreement, except where the exercise of those rights and obligations would cause a serious damage or threat to biological diversity.

64. Thus, the Biodiversity Convention indirectly declares that its rules prevail over those of the WTO, at least in the event of *serious damage or threat to biological Biodiversity*. In short, the Convention grants itself a conditioned primacy over other treaties through this self-referential provision.

65. Section 2 of article XIV (*effect on domestic legislation and international conventions*) of the Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora (CITES) expressly regulates its relations with trade agreements:

The provisions of the present Convention shall in no way affect the provisions of any domestic measures or the obligations of Parties deriving from any treaty, convention, or international agreement relating to other aspects of trade, taking, possession or transport of specimens which is in force or subsequently may enter into force for any Party including any measure pertaining to the Customs, public health, veterinary or plant quarantine fields.

66. Furthermore, section 3 of article XIV of this Convention states as follows:

The provisions of the present Convention *shall in no way affect* the provisions of, or the obligations deriving from, any treaty, convention or international agreement concluded or which may be concluded between States creating a *union or regional trade agreement* establishing or maintaining a common external Customs control and removing Customs control between the parties thereto insofar as they relate to trade among the States members of that union or agreement.

67. To sum up, MEAs contain diverse wordings regulating their relationships with trade treaties. However, on the other hand, many trade treaties are also provided with self-referential clauses in this respect.

68. In addition, such clauses are costly to design and tend to be non-operational in practice. In this regard, agreeing on the final wording of these provisions is becoming increasingly difficult in international negotiations.

69. As a result, the battle for primacy between treaties tends to be resolved by other means: compliance with treaties is essentially dependent on their institutional design; that is to say, the incentive structures embedded in those treaties.

70. In consequence, these issues are solved in pure Darwinist terms by the so-called secondary rules of adjudication contained in each treaty. For example, failure to comply with an IMF determination backed by a pending tranche of credit is significantly different from not complying with a cultural cooperation treaty. The same applies to the relationship between WTO and MEAs.

71. The WTO jurisdiction relies on its potential capacity to authorize the suspension of trade concessions and other obligations. In this regard, WTO dispute settlement is particularly effective comparatively.

72. Like the WTO, some MEAs have their own dispute settlement instruments and therefore their own specialized *applicable rules*. However, these are not backed by similar incentives for compliance.

73. Finally, problems of *forum shopping* also arise: technically, the same dispute may always be resolved by applying world trade rules or, alternatively, international environmental rules. In this regard, it is always possible for an environment minister to submit a claim to an MEA dispute settlement mechanism which also addresses issues relating to the world trading system.

74. Notwithstanding hard-cases such as the *Swordfish case*²⁴, governments generally tend to avoid entering into these somewhat schizoid (and lose-lose) scenarios. Interestingly, the relationship between the WTO dispute settlement and the dispute settlement mechanisms contained in MEAs has been point 5 of the CTE work programme, since its adoption. In fact, the WTO Secretariat regularly monitors the MEAs dispute settlement trends for this reason²⁵.

IV. TREMs and tests

75. Environmental policies may require trade measures to be adopted: (a) prohibitions or restrictions on trade (b) trade sanctions on certain products or services, (c) tariffs, (d) border tax adjustments (e) compensatory measures (f) compulsory or voluntary ecolabelling, etc²⁶.

76. Non-trade treaties have used trade measures for over a century. In fact, one of the first treaties to use such measures (for health and environmental purposes) was the International Convention on *Phylloxera* (1878)²⁷. Currently, however, trade representatives are increasingly blocking non-trade treaties from employing trade measures to protect the environment. In fact, the WTO Secretariat keeps an updated *Matrix on trade measures pursuant to selected multilateral environmental agreements* at the request of WTO Members²⁸.

77. The worldview of trade representatives tends to identify *trade measures*, generically, as policy instruments within their natural competence, and therefore within the institutions that they manage²⁹. For many of them, trade restrictions (trade «barriers» in the jargon) are seen as the second best option for resolving environmental problems. In their view, there are always better alternatives available than restricting free trade. Paraphrasing Howse, free traders can always imagine, in the abstract, an alternative policy instrument to trade restrictions, which is less trade restrictive and supposedly more efficient³⁰.

78. Unquestionably, trade measures are not sufficient to protect the environment. Environmental protection generally requires complex regulatory frameworks going beyond trade measures, and thus also using other complementary policy tools (funding, technology transfer, capacity building, etc)³¹. However, the pressures against using trade measures to advance non-trade objectives and policies in such frameworks are highly questionable. As Steve Charnovitz points out:

In view of the fact that the environment regime does not use trade measures differently than the trade regime does, it is astonishing that the trade regime has had the temerity to question such use. Envi-

²⁴ See WT/DS193/1, *Chile-Measures affecting the transit and importation of Swordfish* (26 April 2000), and *Case concerning the conservation and sustainable exploitation of Swordfish Stocks in the South Eastern Pacific Ocean, International Tribunal for the Law of the Sea*, Order 2000/3 (20 December 2000), as well as WT/DS193/3, *Chile-Measures affecting the transit and importation of Swordfish: arrangement between the European Communities and Chile* (6 April 2001).

²⁵ For a detailed description of these mechanisms see WT/CTE/W/191, *Compliance and Dispute Settlement Provisions in the WTO and in Multilateral Environmental Agreements*, Note by the WTO and UNEP Secretariats, Secretariat Note (6 June 2001).

²⁶ See «Synthesis Report: Trade and Environment: PPM Issues», *Trade and Environment: Processes and Production Methods*, OECD, 1994, pp.7-22.

²⁷ See in particular, S. CHARNOVITZ, «A Taxonomy of environmental Trade measures», 6 *Georgetown International Environmental Law Review* 1 (1993): 1-46.

²⁸ For the last revision See TN/TE/S/5/Rev.3 and WT/CTE/W/160/Rev.5, *Matrix on trade measures pursuant to selected Multilateral Environmental Agreements*, Note by the Secretariat-Revision (15 June 2011).

²⁹ See, in particular, the comments of Alan Oxley (former GATT Council chairman) in A. OXLEY, «The relationship between MEAs and WTO rules», *Trade and Environment Review* 2003, UNCTAD, p.93.

³⁰ R. HOWSE, «Human rights in the WTO: whose rights, what humanity? Comments on Petersmann» 13 *European Journal of International Law* (2002): 645.

³¹ See C. OSAKWE, «Finding New Packages of Acceptable Combinations of Trade and Positive Measures to Improve the Effectiveness of MEAs: A General Framework», *Trade and Environment: Bridging the Gap...* op.cit.p.48.

ronmentalists are being put through psychoanalysis to explain why they depend on trade measures; yet the habits of the trade regime receive no similar scrutiny (or self-scrutiny). Given this situation, the best strategy for environmentalists is to point out the hypocrisy in the trade regime's stance toward MEAs.³²

79. As mentioned, the actual term coined by trade representatives when referring to these measures is biased and self-interested: *trade related environmental measures* (TREMs). In essence, these measures could well be termed *environmental related trade measures* (ERTMs). What is related to what, environment to trade? Or trade to environment? Reasonably, both are interrelated, and thus not subject to any hierarchy.

80. Acronyms coined in policy making are not neutral. By accepting the use of the term TREMs, we are condoning a conceptual framework which surreptitiously influences the formal allocation of authority in such measures to free trade regimes (eg, WTO, etc). By doing so, in short, we transform trade representatives into the ultimate authority when deciding whether or not (and in which cases) such measures shall be used to manage global governance³³.

81. The problem affects two particularly significant phenomena: on one hand, a chilling effect on the use of trade measures by global environmental legislation; on the other, the possibility that such measures (albeit domestic or international) may be subject to the jurisdiction of the world trading system.

82. With respect to the first issue, there is an extended perception among trade politicians and officials that international environmental negotiations have used trade measures too freely in recent years. However, moving from fiction to facts, only 20 out of 250 MEAs include trade measures.

83. In any case, the CTE, the OECD and the Sustainable Development Commission have worked on seeking ideal criteria for using trade measures in MEAs. With respect to MEAs, a WTO panel may declare at any time that any measure adopted for environmental purposes is contrary to the world trade law. Both phenomena, inevitably, produce a serious regulatory chilling effect on environmental public policies nowadays.

84. Any domestic environmental measure is eventually subject to a compliance test with WTO rules. Historically, notable provisions which hamper the adoption of optimum environmental public policies are articles I (MFN clause), III (national treatment) and XI (quantitative restrictions) of the GATT, as well as article XX (exceptions), which goes explicitly (among other issues) into the protection of natural resources.

85. In addition, the agreements resulting from the Uruguay Round contain new legal requirements. In any case, article XX (*exceptions*) of the GATT is perhaps the most interesting provision on this point, as it is the «classical» parameter of legality for environmental policies pursuant to GATT rules.

86. In principle, this provision acknowledges the right of domestic public institutions to apply environmental policies. However, it requires these policies to fulfil a series of conditions. Thus, the preamble to article XX requires that the measure in question (1) would not constitute a means of *arbitrary or unjustifiable discrimination* and (2) it would not be a *disguised restriction* on international trade. In turn, sections *b* and *g* regulate in detail the exceptions that determine the GATT compatibility (or legality) of the measures adopted for environmental purposes.

³² S. CHARNOVITZ, «The Role of Trade Measures in Treaties...op.cit.p.117.

³³ See T.J. SCHOENBAUM, «Trade-Related Environmental Measures (TREMS): The United States Perspective», *Trade and the Environment: The search for Balance*...op.cit.pp.366-372.

87. The requirements of article XX merit careful reading: «Subject to the requirement that such measures are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where the same conditions prevail, or a disguised restriction on international trade, nothing in this Agreement [the GATT] shall be construed to prevent the adoption or enforcement by any contracting party of measures... (b) necessary to protect human, animal or plant life or health;... (g) relating to the conservation of exhaustible natural resources if such measures are made effective in conjunction with restrictions on domestic production or consumption...»

88. The case law of the Appellate Body explains how the exceptions are to operate in practice. In this respect, any *restrictive trade measure* is subject to a «needs test» modulated with some elements of proportionality. In order to determine whether or not a measure is *necessary*, the test requires a number of operations:

- (1) estimating the value protected by the measure in question,
- (2) evaluating the choice of the measure selected to protect said value and
- (3) analysing the impact of the measure on trade.

89. Pursuant to the preamble of article XX, from the moment the measure in question is considered «necessary», it will then be required to evaluate whether it is being applied in a *non-protectionist* manner.

90. To this effect, the case law to date has established that there should be a balance between WTO requirements on market access and the state's right to promote non trade policies. The task of determining whether or not this is the case, is based on the preamble, designed to combat undercover protectionist measures:

The task of interpreting and applying the chapeau is, hence, essentially the delicate one of locating and marking out a line of equilibrium between the right of a Member to invoke an exception . . . and the rights of the other Members under varying substantive provisions . . . The location of the line of equilibrium... is not fixed and unchanging; the line moves as the kind and the shape of the measures at stake vary and as the facts making up specific cases differ³⁴.

91. The firm pro-trade approach is evident. In addition, it is sufficient to recall that the Appellate Body has defined article XX, from its earliest years, as an *affirmative defence*; that is, there are no presumptions: justification is required. Thus, for example, in *United States-Shirts and Blouses*, the adjudicative body of the WTO determined as follows:

Articles XX and XI:(2)(c)(i) are limited exceptions from obligations under certain other provisions of the GATT 1994, not positive rules establishing obligations in themselves. They are in the nature of affirmative defences. It is only reasonable that the burden of establishing such a defence should rest on the party asserting it³⁵.

92. Therefore, in the case of controversy, the state that is applying a measure to protect the environment should demonstrate (burden of proof) that the measure is compatible with GATT rules. Needless to say, *prima facie* presumptions are not easy to rebut in practice³⁶. The implications for non trade related public policies are self-evident...

93. Furthermore, world trade rules were not designed to confirm the legality of provisions or measures adopted within the framework of treaties such as the MEAs. Notwithstanding this fact, the

³⁴ WT/DS58/AB/R, *United States-Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products* (12 October 1998), paragraph 159.

³⁵ WT/DS33/AB/R, *United States-Measure Affecting Imports of Woven Wool Shirts and Blouses from India* (25 April 1997).

³⁶ J. CAMERON, «The GATT and the Environment ...op.cit.p.101.

jurisdiction of the WTO rules and procedures is not prevented from deciding on domestic measures applied in compliance with the MEAs.

94. In this respect, any domestic measure or legislation adopted by WTO Members for environmental purposes not only needs to comply with article XX of the GATT and related case law, but also with provisions included in the so called «covered agreements» resulting from the Uruguay Round (GATS, TRIPs, etc)³⁷.

95. It is sufficient to cite, for example, the TBT agreement (Agreement on Technical Barriers to Trade) and the SPS agreement (Agreement on Sanitary and Phytosanitary Measures). Such a complex regulatory hub seriously inhibits the development of global environmental regulation.

96. *Standards* related to the global supply chain are particularly important from an environmental policy perspective, as a considerable portion of environmental degradation is not caused by the products, but by the process and production methods employed to produce them. Therefore, it is reasonable for environmental policies to address both the effects resulting from the products (*product standards*), as well as from their production process (*process and production standards*).

97. The conventional terminology on this point is the so-called process and production methods (PPM). In this regard, the OECD distinguishes between «product-related PPM» (in which consumption externalities are generated) and «non-product related PPM» (which generate production externalities)³⁸.

98. The fact that the latter are regulatory tools with significant power to protect the environment on a global scale is obvious to any informed observer. However, the world trading system enables compulsory PPM on domestic products, but not on imported products³⁹. World trade rules prevent treating national and foreign products differently because of the way in which these have been produced.

99. Given this state of affairs, in essence, world trade liberalization is constructed on the basis of equal treatment for *like products*⁴⁰. In fact, articles I and III of the GATT (coining such critical legal category) are usually described as the «corner stone of the GATT».

100. The term «similar product» only regulates the physical characteristics of the products. Thus, any discrimination between products with similar characteristics is, *a priori*, illegal within the GATT legal framework. As a result, environmental policies based on PPM are particularly difficult to implement nowadays. The only PPM regulation allowed by GATT rules is in relation to work in prisons: the exception in section (e) of article XX authorizes trade measures against articles produced in prisons.

³⁷ C. WOLD, «Multilateral Environmental Agreements and the GATT ...op.cit.p.863.

³⁸ C. STEVENS, «Synthesis Report: Trade and Environment: PPM Issues», *Trade and Environment: Processes and Production Methods*. OECD Documents, 1994, pp.7-22.

³⁹ On this issue see in particular See CH.R. CONRAD, *Processes and production methods (PPMs) in WTO law: interfacing trade and social goals*, Cambridge University Press, 2011; R. READ, «Process and Production Methods and the Regulation of International Trade», *The WTO and the Regulation of International Trade : Recent Trade Disputes between the European Union and the United States*, Nicholas Perdikis and Robert Read (eds), Elgar, 2005; S. CHARNOVITZ, «The Law of Environmental PPMs in the World Trade Organization», 27 *Yale Journal of International Law* (2002); S. CHARNOVITZ, «Solving the Production and Processing Methods (PPMs) Puzzle», *The Earthscan Reader on International Trade and Sustainable Development*, Kevin P. Gallagher and Jacob Werksman (eds), Earthscan, 2002, and S.E. GAINES, «Processes and production methods: how to produce sound policy for environmental PPM-based trade measures?», 27 *Columbia Journal of Environmental Law* 2 (2002): 383-432.

⁴⁰ See T. HOWSE, and D. REGAN, «The Product/Process Distinction- an illusory basis for disciplining ‘unilateralism’ in trade policy», 11 *European Journal of International Law* (2000)2: 249-289, and F. ROESSLER, «Beyond the Ostellible: A Tribute to Professor Robert Hudec’s Insights on the Determination of Likeness of Products Under the National Treatment Provisions of the General Agreement on Tariffs and Trade» 37 *Journal of World Trade* (2003): 771-781.

101. Obviously, these legal limitations on the use of PPM are controversial beyond the confines of the «free trade community». In the words of Esty, «today, *how* things are made as well as *what* is traded is an issue»⁴¹ In this regard, the «environmental community» has for years been criticizing the pro-liberalization bias with which the former is developing the regulatory structures managing our increasingly integrated global economy.

102. The importance of the matter is clear; higher PPM standards in a given domestic market can work to the advantage of foreign exporting companies operating under less rigorous domestic PPMs, at least in the short term. As a result, those companies producing under less strict PPMs may eventually enjoy a competitive advantage in global markets.

103. Consequently, the states may ultimately consider it inevitable to make their standards less rigorous, or to enforce them more leniently, in order to promote the competitiveness of their local businesses *vis-à-vis* foreign free riders.

104. Furthermore, any domestic authority which unilaterally regulates the PPM of imported products and services faces a potential legal claim before the world trade jurisdiction. On the other hand, from a multilateral perspective, global PPM regulation is today extremely difficult in practice. In fact, regulatory projects for developing compulsory global *eco standards* are notable for their absence⁴². In this sense, establishing global PPM regulation will not be on the agenda unless there is a structural political transformation.

105. In the absence of any harmonization of process and production standards on the horizon, the environmental community is currently resorting to pragmatism, and thus attempting to promote second-best solutions. This is the case, in particular of so-called *responsible consumption*. The underlying policy idea is that information-based responsible consumption (PPM information on both domestic and imported products and services) may internalize part of the environmental costs of the production of goods and service through consumer freedom of choice.

106. In a world of pragmatic solutions and second bests, global *compulsory eco-labelling* has become an interesting alternative to advance environmental policies related to PPM⁴³. However, can we really demand that the labelling of a product informs the citizen/consumer that said product is made from Amazonian timber and is not from wood grown in a sustainable forest?

107. The Austrian parliament asked this very question 20 years ago in order to decide whether or not to regulate on the compulsory labelling of imported tropical woods. The proposed piece of legislation required a label to indicate the wood's origin, while regulating the labelling criteria for timber from sustainable forests.

108. The regulation was obviously hotly debated within the Board of the GATT⁴⁴. However, threats to exclude Austrian bidders from public calls for tender (public contracting) by some countries in Southeast Asia (as timber exporters) forced the Austrian government to amend its legislation and make the labelling voluntary⁴⁵.

⁴¹ D. ESTY, «Economic Integration and the Environment», *The Global Environment: Institutions, Law, and Policy*, Norman J. Vig y Regina S. Axelrod (eds), 1999, p.203.

⁴² T. COTTIER, «The WTO and Environmental Law: Three Points...op.cit.p.57.

⁴³ See, JOB/TE/9, *Eco-labelling: Overview of Current Work in Various International Fora*, WTO Secretariat (29 September 2010), JOB/TE/7 *Environmental Labelling-related Specific Trade Concerns and Notifications in the TBT Committee*, WTO Secretariat (17 September 2010) and WT/CTE/W/10, G/TBT/W/11, *Negotiating History of the Coverage of the TBT Agreement with Regard to Labelling Requirements, Voluntary Standards, and Processes and Production Methods Unrelated to Product Characteristics*, WTO Secretariat (29 August 1995).

⁴⁴ See *Communication of the Contracting Parties members of the ASEAN* (L/7110), GATT C/M/260 (26 November 1992) pp.45-64.

⁴⁵ W. LANG, «Is the Protection of the Environment a Challenge ...op.cit.p.466.

V. Global supply-chains

109. Not only are PPM on imported products and services, as mentioned, incompatible with WTO law; so is the binding disclosure of information on PPM for imported products and services. PPM information may only be introduced voluntarily by producers, traders and retailers in the actual world supply chains. That is, public powers are no longer authorized to provide us, as consumers (read also as citizens), with such information.

110. These world regulatory developments go beyond mere trade policies, by structurally restricting the way we model our common future. The Earth Summit's Agenda 21 clearly recommends that environmental policies should be present throughout the production cycle, and not just at the end.

111. However, the WTO dispute settlement procedures function as a «red danger button» with regard to such measures. In addition, economy ministers keep other cabinet colleagues (ministers of environment, health, education, justice, etc) conveniently distanced from the world trade regulatory structures.

112. For Steve Charnovitz, the world trading system wants the power to tell governments what measures they cannot use for the environment, but it also wants to avoid any environmental responsibilities. In his words, «there is a clear danger in giving the WTO power over the use of environmental measures without any responsibility for achieving environmental outcomes»⁴⁶.

113. World trade law has cast a shadow over multiple environmental initiatives, effectively inhibiting them. Global PPM regulation as well as the disclosure of PPM information on imported products and services, are certainly critical examples in this regard.

114. As a result, when an official or public environmental decision maker is assessing alternative public policy proposals related to trade, the question which automatically comes to mind is «is this proposal compatible with the rules of free trade?».

115. However, it is difficult to reform the current world trade regulatory structures of trade liberalization. Amending any treaty framework backed with a strong constituency is particularly difficult in practice. To sum up, changing these treaty-based structures exacts a very high political cost.

116. There are proposals on the table to provide for a counterbalance, by establishing new global environmental institutions. For Tarullo, for example, the pre-eminence of the WTO *vis-à-vis* other international regimes is due to the political weight of trade agencies nowadays, as well as the relative weakness of some of those regimes⁴⁷. Pascal Lamy himself, as Director General of the WTO explained the problem in the European Journal of International Law:

The solution to the potential imbalance [...] lies, I believe, in strengthening the enforcement (the effectiveness) of other legal orders so as to rebalance the relative power of the WTO in the international legal order.⁴⁸

117. Establishing a new global environmental institution as counterbalance would perhaps constitute a 'structural solution' to some of these problems. However, as has been mentioned, it is not easy

⁴⁶ S. CHARNOVITZ, «A new paradigm for trade and the environment», 11 *Singapore Yearbook of International Law* (2007): 40.

⁴⁷ D.K. TARULLO, «The Relationship of WTO Obligations to Other International Arrangements», *New Directions in International Economic Law. Essays in Honour of John.H.Jackson*, Marco Bronckers and Reinhard Hilf (eds), Kluwer Law International, 2000, pp.171-172.

⁴⁸ P. LAMY, «The Place of the WTO and its Law in the International Legal Order», 17 *European Journal of International Law* (2006): 984.

to expect that the free trade constituency (including, in particular, the ministers of economy from developing countries) would accept such a transformation to take place.

118. The same occurs with respect to the establishment of a higher global institution which would mediate, settle, and seek regulatory synergies between specialized regimes (eg, WTO/MEA).

119. Trade representatives obviously tend to be reluctant to alter the current rules of the game with regard to global inter-institutional relationships. Far from it, in fact, it is more likely that trade representatives (read ministries of economy) will take exactly the opposite path in coming years: that is, they will redouble their efforts to prevent other international negotiating fora (climate change, etc) from changing any cornerstone (eg, like product) of the rule-based structures created to liberalize world trade. In this sense, any (non trade) international conference which comes to the negotiating table with measures related to trade will inevitably have its knuckles rapped.

120. In any case, environment ministers and their constituencies have not remained idle; taking a pragmatic approach, they are pushing at least for small goals in the short and medium term, waiting for future policy momentum for major structural transformations.

121. As a result, the new pragmatic vocabulary concentrates on «increasing synergies» and «reducing tensions» between the trade and environment different regulatory structures. Thus, the term *synergy* has gained credence in high-level meetings, plans, programmes, and policy documents; as a less confrontational and more pragmatic solution than those currently offered by public international rules on conflicts on treaties, and their traditional tools of «conflicts» or «antinomies» (*ergo* «disputes» or «controversies»)⁴⁹.

122. The UNEP itself, for example, has for several years been leading an initiative to increase synergies and reduce tensions between the rules and policies of MEAs and the WTO, and thus to improve mutual support:

Building mutually supportive relationships will require policy-makers to identify areas of intersection between MEAs and the WTO, to maximize synergies, and to minimize areas of potential tension. While each is significant, the discussions until now of MEA-WTO linkages have, in the view of many environmental policy-makers, focused disproportionately on potential tensions (e.g. potential for MEA measures to create «trade distortions», or their theoretical compatibility with WTO rules). This perspective does not necessarily reflect the priorities of MEAs⁵⁰.

123. The objective of closer cooperation was also recognized in the implementation plan of the 2002 World Summit on Sustainable Development (WSSD) in Johannesburg, calling for efforts to «strengthen cooperation among UNEP and other United Nations bodies and specialized agencies, the Bretton Woods institutions and WTO, within their mandates».

124. These new long-term micro-policies are becoming increasingly common. In the absence of political will to carry out major structural transformations, they are at least one way of moving forward⁵¹. In short, these pragmatic approaches are certainly of some use in building bridges between the world trading system, the UNEP and the MEAs.

⁴⁹ For the first steps see, in particular, *Enhancing Synergies and Mutual Supportiveness of Multilateral Environmental Agreements and the World Trade Organization: A Synthesis Report*, UNEP (January 2002) and also WT/CTE/W/155, *UNEP Statement at the Information Session with Multilateral Environmental Agreements*, Communication from UNEP (7 July 2000).

⁵⁰ See «Background and Opening of the Meeting», *UNEP Meeting on Enhancing Synergies and Mutual Supportiveness of MEAs and the WTO*, Palais des Nations (23 October 2000).

⁵¹ TN/TE/S/2/Rev.2, *Existing forms of cooperation and information exchange between UNEP/MEAs and the WTO*, Note by the Secretariat, Revision (16 January 2007).

125. Interestingly, the Ministerial Declaration launching the ongoing Doha Development explicitly includes environmental issues for the first time in the WTO Multilateral Trade Negotiations (MTN) agenda, «with a view to enhancing the mutual supportiveness of trade and environment» (paragraph 31).

126. In doing so, WTO Members agreed to begin negotiations on «the relationship between existing WTO rules and *specific trade obligations* set out in multilateral environmental agreements (MEAs)» (section i), on «procedures for regular information exchange between MEA Secretariats and the relevant WTO committees, and the criteria for the granting of observer status (section ii) as well as on the liberalization of trade in goods and services that can benefit the environment (section iii).

127. For its part, paragraph 51 of the Declaration also calls on the CTE and the Trade and Development Committee to act as «forums for debating the environmental and developmental aspects of the negotiations so that the objective of sustainable development can be achieved».

128. That is certainly an undertaking by WTO Members to change its ‘cultural isolation’ by actively seeking major inter-institutional dialogue and collaboration with the MEAs and the UNEP. The Preamble of the Doha Declaration Preamble is in itself a clear expression of good intentions:

We encourage efforts to promote cooperation between the WTO and relevant international environmental and developmental organizations, especially in the lead-up to the World Summit on Sustainable Development (paragraph 6).

129. In turn, the WTO has already granted observer status at the CTE to several MEAs Secretariats⁵², and also holds annual «information sessions» since 1997, which are attended by the MEA Secretariats⁵³. Similarly, the WTO regularly organizes senior level meetings and events in collaboration with the UNEP (eg, providing technical assistance to developing countries).

130. Nowadays, promoting synergies means no less, but no more, than just that. However, structural changes are highly unlikely under such collaborative schemes, and are certainly not welcomed by the world trade professional community.

131. Decades of non-coordinated international rulemaking activity by domestic agencies have turned global governance into a kind of *Wild West*. As a result, regulatory convergence (read also international legal coherence) of this multiplicity of hyper-specialized international regimes already in place is no easy task. Jacobson accurately described the phenomenon two decades ago:

Decision making in Intergovernmental Organizations [IGOs]... tends to be a dialogue among segments of governments and the executive head and permanent staff of the IGO. What counts is what governments say in the particular IGO, not what they say in another; hence the relative unimportance of representatives of other IGOs. If governments wished or were able to enforce coordination among their departments concerning IGO policy, they would do this in national capitals, not through other IGOs. *The lack of coordination within governments permits and indeed fuels considerable rivalry among IGOs and jurisdictional disputes among IGOs are frequent*⁵⁴.

132. In fact, this is quite an accurate description for the current state of affairs with regard to environmental protection and world trade.

⁵² WT/CTE/W/41/rev.10, *International Intergovernmental Organizations-Observer Status in the Committee on Trade and Environment*. Revision (4 February 2003).

⁵³ See WT/CTE/W/160/Rev.5, TN/TE/S/5/Rev.3, *Matrix on trade-related measures pursuant to selected Multilateral Environmental Agreements* (15 June 2011).

⁵⁴ H.K. JACOBSON, *Networks of Interdependence: International Organizations and the Global Political System*, Alfred A. Knopf, 1984, p118.

133. While awaiting greater responsibility from our public leaders, it would be reasonable to concentrate some efforts on increasing the regulatory synergies among these international regimes in the mid and long term. In this regard, inter-institutional dialogue and coordination will probably help. However, the *status quo* is not really an option.

134. To conclude, major structural transformations are required. Trade is a means to an end, not an end in itself. Thus, developing a rule-based global marketplace in which the supply-chains do not deliver goods and services under minimum standards of environmental protection is probably not the wisest of all human decisions.

135. However, it is self evident that only major global redistribution of income from the developed to the developing world would allow to change such socially inefficient *status quo* in the long term. In the meantime, sustainable development will certainly not be a driving force of global supply chains. The stakes for building *consensus* on a trade-based sustainable development model for the earth are high.

VARIA

TRATAMIENTO DE LA APLICACIÓN FACULTATIVA DEL REGLAMENTO 1206/2001 SOBRE OBTENCIÓN DE PRUEBA EN LA UE*

MARÍA JESÚS ELVIRA BENAYAS

*Profesora Contratada Doctora de Derecho internacional privado
Universidad Autónoma de Madrid*

Recibido: 10.07.2013 / Aceptado: 15.07.2013

Resumen: Recientemente el Tribunal de Justicia ha abordado la cuestión sobre la aplicación facultativa o no- del Reglamento 1206/2001 sobre obtención de pruebas en el extranjero. Los asuntos Lippens y ProRail han permitido perfilar los elementos que deben tenerse en cuenta para la aplicación del citado texto. Indirectamente también se incide en la resolución de una cuestión similar planteada entorno al Convenio de La Haya de 1970, su antecesor.

Palabras clave: Reglamento 1206/2001, obtención de prueba en el extranjero, aplicación facultativa, testigos, perito.

Abstract: Recently the Court has addressed the question of whether or not the optional application of Regulation 1206/2001 on the taking of evidence abroad. ProRail and Lippens issues and helped to develop the elements to be taken into account for the application of this text. Also indirectly affects the resolution of a similar issue raised around the Hague Convention of 1970, the predecessor.

Palabras clave: Regulation 1206/2001, taking of evidence abroad, optional application, witnesses, expert.

Sumario: I. Introducción. II. Los asuntos Lippens y ProRail. 1. Asunto Lippens. 2. Asunto ProRail. III. Pero ¿tiene –o no– carácter facultativo el Reglamento sobre obtención de pruebas? En su caso ¿a qué y cuándo se aplica?. 1. De la aplicación facultativa del Convenio de La Haya a la aplicación facultativa del Reglamento. 2. ¿A qué y cuándo se aplica el Reglamento 1206/2001?. IV. Conclusiones.

I. Introducción

1. Recientemente el TJUE ha resuelto dos cuestiones prejudiciales en las que se discutía la naturaleza de la aplicación del Reglamento 1206/2001¹ ¿es un instrumento preceptivo o, por el contrario, meramente facultativo?

A pesar de que la posición del Tribunal es clara en ambos asuntos –en la que se decanta por el carácter facultativo del texto– a nuestro juicio, el punto central de la se encuentra en la determinación de

* El presente trabajo se inserta en el Proyecto de investigación «Daños especiales internacionales». Referencia DER 2009-11702 (Subprograma JURI) y fue concluido el día 11 de julio de 2013.

¹ Reglamento (CE) núm. 1206/2001, del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados Miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil y mercantil (*DO* núm. L 174, 27 junio).

los supuestos a los que les serían de aplicación el Reglamento—o cualquier otra norma para la obtención de pruebas en el extranjero²—y, en su caso, el carácter de éste³.

2. No es casual que en materia de obtención de pruebas en el extranjero se plantee de nuevo su naturaleza obligatoria o no, en este caso, del Reglamento. No debemos olvidar que éste se elabora a partir del Convenio de La Haya de 1970⁴—a pesar de que el Reglamento pretende superarlo por lento, inseguro y caduco—. En buena medida, el debate trae causa del mantenido entorno al texto de La Haya, desconociendo, sin embargo, que uno y otro instrumento poseen un funcionamiento distinto. Sería conveniente, por tanto, recordar la polémica en torno al carácter del Convenio de La Haya para entender una parte de los argumentos que se utilizan en la misma dirección del carácter facultativo del Reglamento de prueba.

II. Los asuntos Lippens y ProRail⁵

3. Si bien con anterioridad se habían planteado ante el Tribunal de Justicia asuntos relacionados con la obtención de pruebas en el marco de procedimiento intracomunitarios, relacionados o no con la aplicación del Reglamento sobre prueba⁶, no hay un pronunciamiento sobre el carácter de éste hasta la sentencia del Tribunal de Justicia UE de 6 de septiembre de 2012 en el asunto C-170/11, Maurice Robert Josse Marie Ghislain Lippens, *et al* c. Hendrikus Cornelis Kortekaas, *et al.* y Ageas NV, anteriormente Fortis NV (en adelante asunto Lippens). Cuatro meses más tarde, se dictaría la segunda sentencia (21 de febrero de 2013) en el asunto C-322/11, ProRail BV y Xpedys NV, FAG Kugelfischer GmbH, DB Schenker Rail Nederland NV y Nationale Maatschappij der Belgische Spoorwegen NV (en adelante, asunto Prorail).

1. Asunto Lippens

4. En el origen del asunto Lippens se encuentra el proceso judicial iniciado por algunos inversores tras la nacionalización del banco Fortis por Bélgica, Holanda y Luxemburgo en septiembre de 2008 y la apertura de distintos procesos de insolvencia y venta de los departamentos de seguros e inversiones.

5. El 3 de agosto de 2009, Kortekaat *et al.*, tenedores de valores mobiliarios de Fortis interpusieron una demanda ante Rechtbank Utrecht (Países Bajos) contra Lippens *et al.*, miembros de la dirección

² Como veremos en algunos casos en los que se ha discutido sobre la aplicación o no de una norma para la obtención o práctica de una prueba en el extranjero, en realidad, se debería haber discutido sobre la inclusión o no en el ámbito de aplicación de la norma de un determinado supuesto.

³ Obviaremos la cuestión del carácter exclusivo o no de las normas mencionadas. Consideramos que, *a priori*, ningún instrumento tiene carácter exclusivo para la obtención de la prueba en el extranjero puesto que, casi siempre, cabe utilizar otros cauces. Sin embargo, este carácter facultativo (no exclusivo) puede —y suele confundirse— con el carácter obligatorio de los instrumentos internacionales/europeos. En este sentido, véase, por ejemplo, A. NUYS, «Le règlement communautaire sur l'obtention des preuves: un instrument exclusif?», *Revue Critique de Droit international privé*, 2007, pp. 53 ss.

Sin embargo, a nuestro juicio, el Reglamento 1206/2001 tiene una clara voluntad de exclusividad cuando concurren todos los elementos para su aplicación. En este sentido, con un tratamiento más amplio, véase M.J. ELVIRA BENAYAS, «La disciplina de la obtención de pruebas en el ámbito internacional», en L.F. CARRILLO POZO/M.J. ELVIRA BENAYAS, *Intrumentos Procesales de la UE. Los Reglamentos sobre notificación y obtención de pruebas*, ed. Comares, 2012, pp. 136-138.

⁴ Convenio relativo a la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil y mercantil, hecho en La Haya el 18 de marzo de 1970 (*BOE* de 25 de agosto de 1987).

⁵ Las sentencias comentadas así como las Conclusiones del Abogado General citadas en este trabajo pueden consultarse en <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=es>.

⁶ Con anterioridad a este asunto se planteó un cuestión prejudicial similar, la C-99/95, en el asunto *Saueressig GmbH & Co. v. Forbo-Krommenie BV, Hoge Raad*, presentada en el Registro el 22 de abril de 1996, que fue finalmente archivada (*DO* núm. C 137, 3 de junio de 1995). En ella se preguntaba al Tribunal si un procedimiento holandés de práctica de prueba anticipada de testigos, previa al inicio de un proceso, estaría incluida o no en el art. 24 CB.

Igualmente destacar la Sentencia del TJCE, de 25 de abril de 2005, asunto C-104/03, St. Paul Dairy Industries NV c. Unibel Exser BVBA y el asunto C-175/06, Alessandro Tedesco c. Tomasoni Fittings Srl, RWO Maritime Equipment, archivado el 27 de septiembre de 2007, si bien se contamos con las Conclusiones de la Abogada General Kokott, de 18 de julio de 2007.

de Fortis y contra la propia sociedad. En su reclamación solicitaban la indemnización por daños y perjuicios ocasionados por la conservación de dichos valores en consideración a la información difundida públicamente en los años 2007 y 2008 por Lippens *et al.* sobre la situación financiera y los dividendos que iba a repartir Fortis en 2010⁷. El tribunal holandés aceptó su competencia (9 agosto 2009) y solicitó el interrogatorio provisional (25 noviembre 2009) de Lippens *et al.* en calidad de testigos de los responsables de la entidad en el momento de la nacionalización para obtener aclaraciones sobre la información difundida y del modo de conocerla por parte de los demandantes «precisando que el interrogatorio sería efectuado por un juez delegado nombrado a tal efecto» (§17 de la sentencia).

6. El 9 de diciembre de 2009, Lippens *et al* solicitaron ante el tribunal holandés «que se expediera una comisión rogatoria para prestar declaración ante un juez francófono en Bélgica» ya que entendían que, de otro modo, se les situaría en una posición de indefensión⁸. Esta petición fue rechazada mediante Auto de 3 de febrero de 2010 (§18 de la sentencia), y también en apelación, porque el tribunal se basaba en lo previsto en el Código de procedimiento civil holandés (art. 176.1 WBR) que permite, pero no obliga, al uso de una comisión rogatoria (§19 de la sentencia).

7. Las dudas sobre la aplicación del Reglamento de prueba conducen al Hoge Raad Nederlanden a la suspensión del procedimiento y a plantear la siguiente cuestión prejudicial:

«¿Debe interpretarse el Reglamento [nº 1206/2001] y, en particular, su artículo 1, apartado 1, en el sentido de que el juez que quiera interrogar a un testigo que reside en otro Estado miembro siempre debe hacer uso, para esta modalidad de obtención de pruebas, de los procedimientos establecidos en dicho Reglamento, o bien está facultado para hacer uso de los procedimientos previstos en su propio Derecho procesal nacional, tal como citar al testigo para que comparezca ante él?»

2. Asunto ProRail

8. En noviembre de 2008, un tren de mercancías procedente de Bélgica y con destino en Países Bajos descarriló en Ámsterdam (Países Bajos). Como consecuencia de este accidente se iniciaron procedimientos judiciales tanto ante tribunales belgas como holandeses. Ante estos, ProRail planteó una demanda con el fin de resarcirse en los posibles daños y perjuicios sufridos por la red ferroviaria holandesa.

9. No es, sin embargo, en el litigio anterior donde se encuentra el origen de la cuestión prejudicial que dio lugar a la sentencia que vamos a comentar, sino en el procedimiento iniciado ante los tribunales belgas en febrero de 2009 para la adopción de ciertas medidas cautelares que enfrenta a ProRail, Xpedys NV, FAG Kugelfischer GmbH, DB Schenker Rail Nederland NV y Nationale Maatschappij der Belgische Spoorwegen NV, todas ellas relacionadas con el accidente.

10. ProRail, sociedad con domicilio en Utrecht (Países Bajos) se encarga de la gestión de la mayor parte de las vías férreas holandesas. Ésta celebra contratos con empresas de transporte ferroviario como DB Schenker. Ésta también tiene su domicilio en Utrecht y se dedica al transporte ferroviario para lo cual utiliza vagones que en 2001 fueron arrendados a SNCB, sociedad con domicilio en Bruselas (Bélgica).

⁷ Recientemente (13 de noviembre 2012), Europa Press informaba de la propuesta de sanción (multa de 1.65 millones de euros) por la autoridad supervisora de mercados belga (FSMA) a Fortis (ahora Ageas) y tres de sus directivos (Mittler, Votron y Verwils –este no está presente en el asunto Lippens, que se comenta–) por haber difundido información engañosa sobre Fortis en 2008.

⁸ Podría afirmarse que el tribunal holandés se dirigió a los testigos para «poder apreciar mejor su posición, en particular contra quién se debe dirigir la demanda». Este argumento tiene su origen en la interpretación del *Hoge Raad* hiciera el 24 de marzo de 1995 (fecha de la petición en el asunto Saueressig) sobre una de las finalidades del examen provisional de testigos. En ella se considera que ésta no sólo evita la desaparición de pruebas sino que puede utilizarse para que cada parte «recabe aclaraciones previas sobre hechos, para lograr una mejor evaluación de su situación procesal» (citado en las Conclusiones del Abogado General Ruíz Jarabo, de 9 de septiembre de 2004, en el asunto St. Paul Dairy, § 9). Pese a que se presenta en segundo lugar, es éste el centro de la argumentación para justificar la exclusión del examen de testigos en el art. 24 del Convenio.

Conforme a lo indicado por Schenker y SNCB, a partir de mayo de 2008 la condición de arrendador de los vagones la asumió Xpedys, sociedad con domicilio en Bruselas.

Por su parte, FAG, tiene su domicilio social en Schweinfurt (Alemania) es se ocupa de la fabricación de piezas de vagones dedicados al transporte ferroviaria.

11. En el mencionado procedimiento ante el tribunal mercantil de Bruselas (Rechtbank van koophandel te Brussel), Schenker solicitó que Xpedys y SNCB, en calidad de arrendatarias de parte de los vagones que se vieron afectados en el accidente, fueran citadas para comparecer ante el mencionado órgano jurisdiccional en el marco de un procedimiento de medidas cautelares cuyo fin era la designación de un perito. ProRail y FAG también participaron en éste.

Por su parte, ProRail pidió que el tribunal declarase infundada la pretensión del nombramiento del perito o, en el supuesto de que fuese designado, que limitase su labor a la comprobación de los daños sufridos por los vagones, descartando el peritaje de la red ferroviaria holandesa y que el perito desarrollase su labor conforme a lo previsto en el Reglamento 1206/2001.

12. En mayo de 2009 el tribunal belga admite la pretensión de Schenker y designó al perito, definiendo el ámbito de su labor que le obligaría a trasladarse a los Países Bajos, ya que en su territorio podría evaluar las causas del accidente, el deterioro sufrido por los vagones accidentados y la magnitud de los daños. Igualmente se le encomendó que evaluase la red e infraestructura ferroviaria holandesa gestionada por ProRail.

Asimismo, se le encargó la tarea de identificar al fabricante de determinados elementos técnicos de los vagones y pronunciarse sobre el estado de mantenimiento de los mismos.

13. ProRail interpuso recurso de apelación contra dicha resolución con el fin de declararla infundada el nombramiento del perito o, en su caso, que la labor del perito belga se limitase a Bélgica o, si hubiese que desarrollarse en los Países Bajos, que la llevase a cabo conforme lo previsto en el Reglamento 1206/2001.

Desestimado el recurso, ProRail presentó recurso de casación contra la decisión invocando la infracción de los arts. 1 y 17⁹ del Reglamento 1206/2001 así como del art. 33 del Reglamento 44/2001¹⁰.

14. La Hof van Cassatie belga solicitó que se esclarecieran, en primer lugar, si un tribunal de un Estado miembro que considerase conveniente proceder directamente a la práctica de alguna diligencia de prueba en otro Estado miembro debería solicitar previamente a las autoridades de éste una autorización en virtud de los arts. 1 y 17 del Reglamento 1206/2001. Y, en segundo lugar, si el art. 33 del Reglamento 44/2001 tendría relevancia en el presente asunto.

Por ello suspendió el procedimiento y planteó ante el Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

⁹ En relación con la utilización de este precepto, véase «Study on the application of articles 3 (1) (C) and 3, and articles 17 and 18 of the Council Regulation (EC) nº 1206/2001 of 28 May 2001 on cooperation between the Courts of Members States in the Taking of evidence in civil or commercial matters» preparado por la Comisión Europea de Junio de 2012. Puede consultarse en http://ec.europa.eu/justice/civil/files/final_report_1206_en.pdf.

¹⁰ Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (*DO* núm. L 12, de 16 de enero).

Resulta llamativo comprobar que en los recursos y alegaciones de ProRail se mencionan los arts. 31 y 33 del Reglamento 44/2001 pero en la cuestión que se plantea ante el Tribunal sólo aparece la referencia al art. 33 que resulta un tanto fuera de contexto ya que en ningún momento se plantea un hipotético reconocimiento de una medida cautelar. La referencia al art. 33 se considera en la sentencia como «irrelevante» (§39).

En las Conclusiones del Abogado General parece estar más clara la cuestión que se quiere exponer en la línea del debate planteado en torno al asunto St. Paul Dairy: entiende ProRail que al tratarse de una actuación vinculada con la adopción de medidas cautelares el cauce sería el art. 31 del Reglamento 44/2001. Sin embargo, el solicitante obvia que la cuestión no es ésta sino la de la práctica anticipada de una prueba pericial para poder adoptar (o no) ciertas medidas cautelares, accesorias a un procedimiento principal y que existen divergencias considerables entre ambos casos(§ 38).

«¿Deben interpretarse los artículos 1 y 17 del Reglamento [nº 1206/2001], teniendo en cuenta, en particular, la normativa europea en el ámbito del reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil y el principio consagrado en el artículo 33, apartado 1, del Reglamento nº 44/2001, según el cual las resoluciones dictadas en un Estado miembro serán reconocidas en los demás Estados miembros, sin que fuere necesario recurrir a procedimiento alguno, en el sentido de que el juez que ordena una investigación pericial judicial, cuyo mandato debe ejecutarse parcialmente en el territorio del Estado miembro al que pertenece el juez, pero también parcialmente en otro Estado miembro, debe utilizar –para la ejecución directa de esta última parte– única y exclusivamente el método establecido en el artículo 17 del citado Reglamento, o puede también encomendarse al perito judicial designado por dicho país, al margen del Reglamento nº 1206/2001, una investigación que debe realizarse parcialmente en otro Estado miembro de la Unión Europea?».

III. Pero ¿tiene -o no- carácter facultativo el Reglamento sobre la obtención de prueba? En su caso ¿a qué y cuándo se aplica?

15. El elemento común en ambos asuntos y que nos sitúa ante el núcleo del debate sobre la obligatoriedad o no de utilizar el Reglamento se encuentra en la ausencia de solicitud de cooperación a un órgano jurisdiccional del lugar donde se sitúa la prueba y el uso de las normas internas para obtener material probatorio situado en otro Estado. Otro factor a considerar es la naturaleza de la actuación que se pretende. En ambos casos se está más próximo a las diligencias preliminares o a las medidas de aseguramiento de prueba que a la práctica de la prueba, en sentido estricto¹¹.

16. Para valorar la aplicación o no del Reglamento 1206/2001 a ciertos supuestos, debemos considerar, con carácter preliminar, algunas cuestiones que tendrán incidencia directa en la respuesta que debamos dar. Así, para determinar si estamos ante una prueba o no debemos valorar dos situaciones en las que el material probatorio se encuentre localizado en el extranjero: la primera en la que objetos, sujetos o situaciones sobre las cuales, en el momento procesal oportuno, pueda desarrollarse la actividad probatoria y que sirven para verificar la existencia de los hechos alegados por las partes que son el objeto de la prueba se encuentren en el extranjero; y, una segunda, en la que se ejecutan en el extranjero una serie de actuaciones procesales encaminadas a aquella verificación, que han de respetar ciertos límites (pertinencia, utilidad y licitud), ciertas garantías, según el medio de prueba utilizado, y que se lleva a cabo en un concreto momento del proceso, incluso, en determinadas circunstancias, con anterioridad a su inicio –pensemos en la práctica anticipada de prueba, por ejemplo–. En el primer caso nos referimos al «material probatorio» y, en el segundo, a la prueba, *sensu stricto*. Esta distinción no es baladí.

En efecto, la prueba es un acto formal que sólo puede practicarse en un lugar determinado, por un sujeto concreto y conforme a un ordenamiento específico. Por su parte, el material probatorio puede circular, trasladarse a otro lugar, en el que la prueba pueda practicarse. En otras palabras, el material probatorio puede estar localizado en el extranjero y, sin embargo, la prueba ser calificada como «internal». Para ello es preciso que las partes o los terceros (en nuestro caso, testigos o peritos) se desplacen o trasladen voluntariamente el material objeto de la prueba a otro Estado.

17. La posibilidad del traslado «voluntario» se vea reforzada por la facultad de los tribunales de dicho Estado de utilizar la coerción, directa o indirectamente, frente a los sujetos que posean el referido material probatorio o quienes deban prestar su testimonio. Esto será posible si aquéllos están sometidos,

¹¹ Entendida como una actuación procesal que tiene lugar en un momento concreto del procedimiento, conforme a ciertos límites y con un contenido específico. Así, por ejemplo, conforme a la LEC la prueba debe practicarse en el modo previsto en el art. 289, usar los medios de prueba contenidos en los arts. 300 y ss. - con carácter general- y arts. 752, 759 y 767 LEC, para los procedimientos especiales en materia de capacidad, filiación, matrimonio y menores y realizar la proposición de prueba en el momento previsto en el art. 429 LEC. Cualquier otra actuación que no se ajuste a lo indicado podrá tener una naturaleza probatoria e incluso tratarse de un modo análogo pero no será, en sentido estricto, una prueba.

de algún modo, a su jurisdicción. Con todo ello, desaparecería el elemento heterónomo y la prueba se practicaría en el Estado donde se desarrolla o puede desarrollarse el proceso¹². En tal caso, la cooperación judicial internacional no procede porque no se requiere ni de la colaboración ni de la autorización para actuar en el territorio de otra jurisdicción. En el art. 1.1 del Reglamento de prueba se indica que será de aplicación «cuando un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, de conformidad con su ordenamiento jurídico interno, solicite...». Por tanto, este texto se utilizará en el supuesto de que exista una solicitud por parte de un órgano jurisdiccional, tanto para la fórmula tradicional de obtención de prueba en el extranjero como para la novedosa obtención directa de la prueba. En ambos casos existe una petición previa de colaboración. Cabe deducir, por tanto, que si no hay solicitud no se activa la aplicación del Reglamento.

18. Pero nada de lo anterior es novedoso: con el antecesor del Reglamento, el Convenio de La Haya de 1970 ya se planteó esta cuestión, que aún hoy sigue vigente¹³. A pesar de que el Reglamento se presenta como un instrumento que supera las ineficiencias del Convenio y que abandona el uso tradicional de las comisiones rogatorias y las sustituye por una solicitud y unos formularios que simplifican su transmisión y las posibles incidencias que se produzcan en la petición y en la ejecución de la prueba solicitada, en su aplicación, se traslada el debate al instrumento comunitario¹⁴.

1. De la aplicación facultativa del Convenio de La Haya a la aplicación facultativa del Reglamento.

19. La idea original sobre la aplicación facultativa de los instrumentos para la obtención de pruebas en el extranjero se construye a partir del art. 27 del Convenio de La Haya de 1970. Su predecesor, el Convenio de La Haya de 1954 no sugirió esta posibilidad consecuencia de estructura de funcionamiento mediante convenios bilaterales complementarios que marcaban su aplicación obligatoria¹⁵.

¹² Esta opción también se contempla en otros instrumentos europeos. Así ocurre, por ejemplo, en relación con el Reglamento 1393/2007 y su antecesor 1348/2000 (respectivamente *DO* núm. L 160, 30 junio 2000 y *DO* núm. L 324, 10 diciembre 2007) y las Declaraciones sobre el mismo de Grecia, Portugal y Reino Unido, contenidas en la Decisión de la Comisión de 25 de septiembre de 2001, por la que se aprueba un manual de organismos receptores y un léxico de los documentos transmisibles o notificables, en cumplimiento del Reglamento (CE) 1348/2000 del Consejo relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil (*DO* núm. L 298, 15 noviembre 2001).

¹³ Véase, por ejemplo, *Document préliminaire No 10 de décembre 2008 à l'intention de la Commission spéciale de février 2009 sur le fonctionnement pratique des Conventions de La Haye Apostille, Notification, Preuves et Accès à la Justice* 10 de diciembre 2008 - Le caractère obligatoire ou non obligatoire de la Convention Preuves, en <http://www.hcch.net/upload/wop/2008pd10f.pdf> .

Por su parte, en las Conclusiones de la Comisión especial de febrero de 2009 (http://www.hcch.net/upload/wop/jac_concl_s.pdf) la cuestión queda sin resolver constatándose la divergencia de posiciones pero la escasa incidencia en la aplicación del Convenio (§53).

¹⁴ Resulta interesante las consideraciones de la Abogada General J. Kokott, en las Conclusiones de 2 de septiembre de 2010, asunto C-283/09, Weryński c. Mediatel 4B Spółka en: <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=es> donde señala que para entender algunas disposiciones del Reglamento de prueba podría utilizarse el Convenio de 1970 «con fines interpretativos» (§60).

¹⁵ En lo que afecta a nuestro país, véase el Acuerdo entre España y Francia, adicional al Convenio de La Haya de 1 marzo 1954 relativo al procedimiento civil, de 19 de febrero de 1968 (*BOE* de 11 de mayo); los arts. 3 a 19 del Convenio sobre asistencia judicial y reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil entre España e Italia, de 22 de mayo de 1973 (*BOE* de 15 de noviembre de 1977); Convenio entre España y la República de Austria, complementario del Convenio de La Haya de 1 de marzo de 1954 relativo al procedimiento civil, de 14 noviembre 1979 (*BOE*, 8 agosto 1981); así como los arts. 4 a 15 del Convenio sobre asistencia jurídica, reconocimiento y ejecución de sentencias en asuntos civiles entre España y *Checoslovaquia*, de 4 de mayo de 1987 (*BOE* de 3 de diciembre de 1988; corr. err., 26 de enero de 1989); Capítulo II del Convenio sobre asistencia judicial en materia civil entre España y la *Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas*, de 26 de octubre de 1990 (*BOE* de 25 de junio de 1997); Convenio complementario del Convenio de 1954, entre España y Rumanía, de 17 de noviembre de 1997 (*BOE* de 7 de mayo de 1999); y Convenio entre España y Portugal sobre cooperación en materia penal y civil, de 10 de noviembre de 1999 (*BOE* de 21 de enero de 1999).

Tras el Reglamento 1206/2001 resulta difícil defender la vigencia de los convenios bilaterales celebrados con entre España y los Estados Miembros dado que el art. 21.1 del mismo establece su prevalencia sobre acuerdos o convenios bilaterales o multilaterales si bien sí permite la celebración de otros nuevos encaminados a facilitar la obtención de pruebas «siempre que sean compatibles con las disposiciones del presente Reglamento (art. 21.2).

20. El art. 27 del texto de 1970 establece:

«Las disposiciones del presente Convenio no impedirán que un Estado contratante:

- a) (...)
- b) Permita, de conformidad con su legislación o costumbres internas, ejecutar en condiciones menos restrictivas los actos a que dicho Convenio se aplique.
- c) Permita, de conformidad con su legislación o costumbres internas, métodos de obtención de prueba distintos de los previsto por el presente Convenio.»

Por distintas circunstancias asociadas al desarrollo de la elaboración del Convenio de 1970 y a su aplicación práctica, este artículo sirvió a la jurisprudencia y a la doctrina norteamericana, principalmente, para eludir la aplicación del Convenio en aras a una mayor efectividad y rapidez en la obtención de pruebas situadas en el extranjero. Así se entendió que el Convenio, por voluntad propia –por tanto, por su aplicación– se desplazaba cuando hubiese un mecanismo interno más beneficioso para el cumplimiento sus fines¹⁶ y que, por tanto, aun siendo de aplicación, su uso sería facultativo¹⁷. El asunto Aérospatiale¹⁸ es el paradigma de esta interpretación.

21. Por su parte, el Reglamento 1206/2001 no contiene esta regla flexibilizadora sino que arranca de una posición más rígida con la intención de canalizar a través de él todos los supuestos de práctica de la prueba cuando se solicite por los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro y deba practicarse en el territorio de otro Estado miembro. Tiene una clara voluntad de exclusividad, o dicho de otro modo, de su utilización obligatoria cuando concurren todos los requisitos para su aplicación, incluso cuando se utilice la posibilidad prevista en el art. 21.2 que permite los acuerdos y convenios entre dos o más Estados para la mejora en la obtención de pruebas «siempre que sean compatibles con las disposiciones del presente Reglamento».

22. Con los datos anteriores podemos concluir que pese a la proximidad entre ambos textos no pueden utilizarse los mismos argumentos para justificar el debate en uno y otro caso sobre el carácter facultativo o no de los instrumentos. Pero, además, es que tal debate es artificioso porque para excluir la aplicación del Convenio o del Reglamento utiliza supuestos ajenos a ambos. Estos parten de la necesidad de la cooperación judicial para la obtención de pruebas e ignoran otras opciones.

2. ¿A qué y cuándo se aplica el Reglamento 1206/2001?

23. Ya hemos adelantado que, a nuestro juicio, una parte de los problemas sobre la naturaleza del Reglamento se explica por la ausencia de una idea clara de la aplicación del Reglamento. Por ejemplo, existen dudas sobre qué es una «diligencia de obtención de pruebas», -como lo puso de relieve el citado asunto Paul Dairy-, quién puede utilizarla (si cabe o no su uso por árbitros) o si puede o no utilizarse por un perito judicial, como ocurre en el asunto ProRail. No son menores estas cuestiones porque la mayoría de las veces que se ha planteado su uso o no, o el modo de hacerlo, en realidad, había un problema de delimitación del ámbito de aplicación del mismo.

¹⁶ Entre otras, véanse las sentencias de la *Superior Court Stamford/Norwalk, District State of Connecticut*, de 22 de julio de 1982, en el asunto Cuisinarts Inc v. Robot Coupe y Court of Appeal, First District, State of California, de 23 de septiembre de 1981, en el asunto Volkswagenwerk Aktiengesellschaft v. Superior Court, ambas en *Les nouvelles Convention de La Haye (leur application par le juge national)*, M. SUMMAMPOW (ed.), La Haya, 1984, vol. III, p. 164 y 166, respectivamente.

¹⁷ Véase un tratamiento mucho más en profundidad sobre los orígenes del debate en M.J. ELVIRA BENAYAS, *La obtención de pruebas en el extranjero. Estudio sobre el Convenio de La Haya de 1970 y su aplicación en el ordenamiento español*, Tesis doctoral, inédita, Madrid, 1997, pp. 133 y ss.

¹⁸ Véase la Sent. Supreme Court of US, de 15 junio 1987, en el asunto Société Nationale Industrielle Aérospatiale *et al.* v. United States District Court for the Southern District of Iowa, *International Legal Materials*, 1987, pp. 1021-1033.

24. El artículo 1 del Reglamento establece que «será de aplicación en materia civil o mercantil cuando un órgano jurisdiccional de un Estado miembro de conformidad con su ordenamiento jurídico interno» solicite «la práctica de diligencias de obtención de pruebas». Junto a la delimitación de dicho ámbito material de aplicación este precepto establece los cauces para su obtención. A ellos nos referiremos posteriormente.

Así, los elementos que definen los supuestos a los que se les aplica el Reglamento serían: 1º que se solicite una diligencia de prueba; 2º que se solicite y deba ser practicada por un órgano jurisdiccional; 3º que el anterior pertenezca a un Estado miembro; 4º que se trate de materia civil o mercantil; y, 5º que esté destinada a un proceso iniciado o que vaya a iniciarse.

25. Para alcanzar la concreción de varios de los elementos mencionados es necesario elegir entre una noción autónoma o si han de ser los ordenamientos nacionales los que definan cada uno de ellos. Pese a iniciales discrepancias, parece que la opción autónoma no sólo es la más coherente en la formación de un Derecho procesal civil europeo sino que, además, es la que más apoyos ha suscitado. Se opta por una noción autónoma la que perfila qué son diligencias de prueba, cuándo se refiere a materia civil y mercantil, qué se entiende por órgano jurisdiccional para su uso o cuando existe una solicitud de cooperación¹⁹.

26. Por lo que se refiere a las sentencias que analizados, en el asunto Lippens se requiere el testimonio de unos –en el momento de la prueba– testigos que son llamados para su traslado voluntario ante juez que conoce del asunto principal. En él no se han delimitado aún las responsabilidades y la audiencia de testigos se realiza como una diligencia preliminar para definir la responsabilidad o no en el asunto y, por tanto, para determinar la posición que se ocupará en el proceso principal, bien manteniendo la posición de testigo bien pasado a ser demandado.

Por su parte, en el asunto ProRail se pretende la práctica de una prueba por un perito designado por el juez que está conociendo del asunto principal para que realice una serie de labores destinadas a determinar la responsabilidad pero también evitar que el paso del tiempo deteriore la prueba (medida de aseguramiento/prueba anticipada). En ambos casos, se pretende evitar el uso del Reglamento.

27. En el primero, el Tribunal entiende que el Reglamento se aplica a los procedimientos de obtención de pruebas precedidos de una solicitud por el órgano jurisdiccional requirente para la ejecución de una diligencia de obtención de pruebas por el órgano jurisdiccional requerido (§ 26), «el Reglamento 1206/2001 no contiene ninguna disposición que permita o impida a un órgano jurisdiccional de un Estado miembro a citar a una parte residente en otro Estado miembro, para que comparezca y preste declaración directamente ante él» (§27) por lo que, nada impide el uso de las normas procesales nacionales cuando el testigo está dispuesto a comparecer voluntariamente (§31).

En este mismo sentido se había pronunciado el Abogado General N. Jääskinen, en sus Conclusiones de 24 de mayo de 2012. En ellas señala que «sólo está obligado a aplicar los mecanismos previstos por el Reglamento 1206/2001 en determinados supuestos tasados» (§ 38) que «no tiene que regular la situación si el juez considera que puede obtener un medio de prueba (...) sin necesidad de utilizar una y otra de esas vías de acceso a las pruebas, es decir, sin que resulte necesario solicitar la intervención de las autoridades judiciales de dicho Estado miembro, ni desplazarse a éste» (§40). Concluye, «como la participación en el acto es, por tanto, voluntaria, no procede en ese caso aplicar los mecanismos de cooperación judicial previstos en el Reglamento 1206/2001» (§52).

28. Respecto del asunto ProRail, el Abogado General indicaba en sus Conclusiones de 6 de septiembre que «cuando no es necesario (...) recurrir al poder judicial de otro Estado miembro para obtener

¹⁹ Sobre el contenido de cada uno de estos elementos véase M.J. ELVIRA BENAYAS, «La disciplina de la obtención de pruebas en el ámbito internacional», cit., supra, pp. 153-169.

Véase, además, «Documento COM (2007) 769 final, de 5 de diciembre de 2007» elaborado a partir de las conclusiones obtenidas en el Informe sobre la aplicación del Reglamento: http://ec.europa.eu/justice_home/doc_centre/civil/studies/doc_final_report_ec_1206_2001_a_09032007.pdf.

una prueba, no es obligatorio que un órgano jurisdiccional ordene la realización de las diligencias» (§49). Además, «si un órgano jurisdiccional no pretende recurrir a este método de cooperación judicial (...) no estará obligado a respetar las formalidades previstas en el art. 17 del Reglamento 1206/2001» (§50). Por tanto, «puede optar por nombrar al perito para que ejecute directamente esa última parte del mandato, bien acudiendo al procedimiento de obtención directa de pruebas por el órgano jurisdiccional requirente establecido en el citado artículo 17, bien absteniéndose de aplicar las disposiciones de dicho Reglamento, siempre y cuando la realización de esa parte de la prueba pericial no requiera la cooperación de las autoridades del Estado miembro en la que deba realizarse» (§ 65). Por ello, sólo deberá aplicarse el Reglamento cuando concurran todos los requisitos previstos (ámbito de aplicación y solicitud de cooperación). Si no lo hacen difícilmente cabrá hablar de su uso facultativo o no pues, sencillamente, no procede su utilización²⁰.

29. Por todo ello, el Tribunal entiende que no cabe interpretar los arts. 1.1 y 17 del Reglamento con un carácter restrictivo según el cual «los tribunales de un Estado miembro están obligados a aplicar el procedimiento de obtención de pruebas previsto en los artículos citados» (§46), es más, «el Reglamento (...) no regula con carácter exhaustivo la obtención transfronteriza de pruebas, sino que únicamente pretende facilitar dicha obtención, permitiendo el recurso a otros instrumentos que persigan el mismo objetivo» (§46).

Sin embargo, en el presente caso, la actuación del perito «podría afectar, en determinadas circunstancias, al ejercicio del poder público del Estado miembro en el que debe llevarse a cabo, especialmente cuando se trata de una pericia efectuada en lugares relacionados con el ejercicio del poder público o en lugares en los que, en virtud del Derecho del Estado miembro en que haya de realizarse, esté prohibido el acceso o la realización de determinadas actividades o sólo se permitan a personas autorizadas» (§47). En estas circunstancias, utilizar el Reglamento «podría ser el único (modo) que permitiera al tribunal de un Estado miembro realizar la prueba pericial directamente» (§48). Pero esta es una consideración que deberá valorarse en cada caso.

En sus Conclusiones de 6 de septiembre de 2012, el Abogado General añade que «El criterio determinante para saber en qué caso el Reglamento 1206/2001 debe ser necesariamente aplicado por un órgano jurisdiccional de un Estado Miembro es, a mi juicio, el relativo a la necesidad de que éste obtenga la colaboración, no de las partes del litigio, sino de los poderes públicos del otro Estado Miembro en el que debe realizarse el examen pericial»(§55).

IV. Conclusiones

30. Los dos asuntos que se comentan en este trabajo, tanto el asunto ProRail como el asunto Lippens, destacan el carácter instrumental y facultativo del Reglamento. Éste facilita la obtención de pruebas que deban practicarse en el extranjero y adecua el contenido de la misma para su integración en el proceso localizado en el Estado de origen.

Sin embargo, pueden existir fórmulas más rápidas que serán especialmente efectivas si el tribunal que requiere la práctica de la prueba ejerce o puede ejercer algún tipo de «presión» sobre quien deba aportar la prueba (documental, pericial) o sobre quien deba realizarse (testigo, parte) . En el asunto Lippens, por ejemplo, el tribunal holandés llama a los testigos situados en Bélgica para que acudan «voluntariamente» puede adoptar decisiones que les afectarían de lleno por lo que conviene su traslado «voluntario». Cuando esto no es así, como en el presente caso, en el que cabe la limitación al acceso a ciertas instalaciones, y el que quien puede negarse a permitir dicho acceso no está sujeto directamente a la «coacción» del tribunal, el respaldo de un órgano jurisdiccional en el Estado requerido que pueda poner al servicio del perito sus medidas coercitivas resulta de suma utilidad. Para estas situaciones el Reglamento resulta un instrumento útil y como tal debe ser considerado.

²⁰ En contra, L. FUMAGALLI «L'assistenza giudiziaria nell' assunzione di prove all'estero», en M. FRIGO/L. FUMAGALLI, *L' assistenza giudiziaria internazionale in materia civile*, CEDAM, 2003, pp. 101-182. Señala que, en si la prueba está situada en el extranjero el uso de los mecanismos de cooperación no es opcional sino que «appare inevitabile e obbligatorio» su uso (p.107).

En principio, ni el Convenio de La Haya de 1970 ni el Reglamento son los únicos instrumentos para obtener pruebas en el extranjero. Sí lo son cuando se utiliza algunos de los medios previstos en ellos, sí lo son cuando se utilizan los mecanismos de la cooperación judicial en la que interviene un órgano jurisdiccional que solicita y otro que practica la prueba pero ningún instrumento tiene «carácter exclusivo» puesto que, casi siempre, cabe utilizar otros cauces. Sin embargo, este la aplicación facultativa (no exclusiva) puede –y suele confundirse– con el carácter obligatorio de los instrumentos internacionales/europeos²¹.

31. Para algunos, sin embargo, todo este debate está carece de relevancia pues el uso de la videoconferencia y la ventaja que supone de rapidez y economía de medios sin mermar el respeto a la inmediación y a la seguridad ha llevado a dar por superado el uso de los instrumentos de cooperación judicial internacional²². Tal afirmación olvida que si bien es cada vez más frecuente el uso de la videoconferencia o la teleconferencia no es una tecnología al alcance de todos –a pesar de la posible colaboración entre órganos jurisdiccionales–. Igualmente, esta afirmación olvida que la videoconferencia es una herramienta útil para las pruebas testificales o periciales pero no sirven para pruebas como la documental o la inspección ocular, entre otras.

²¹ En este sentido, véase, por ejemplo, A. NYUITS, «Le règlement communautaire...» cit., supra.

Una afirmación similar podemos encontrarla en P. DIAGO DIAGO, «Reglamento 1206/2001 relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales e los Estados Miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil y mercantil: estudio sobre su obligatoriedad, imperatividad y exclusividad», *Revista Electrónica de Estudios internacionales* (www.reei.org), n.º 25, 2013, p. 13. La autora señala que «se puede afirmar, por tanto, que no es un Reglamento obligatorio» y que serán las circunstancias del caso y el Derecho procesal del tribunal que conoce del asunto el que determinará si la prueba debe practicarse o no en el extranjero. En nuestra opinión el razonamiento es a la inversa: el Derecho procesal del tribunal que conoce –o puede conocer de un asunto– determina si la prueba debe practicarse o no en el extranjero o si cabe la opción del traslado voluntario a su jurisdicción del material probatorio. Si no es posible, no hay voluntariedad o el Derecho procesal autónomo no prevé esta opción, entonces tendrá que solicitarse la práctica de la prueba en el extranjero mediante mecanismos de cooperación, en nuestro caso, a través del Reglamento.

²² Entre otros, J. L. PARRA GARCÍA, «La ejecución directa de pruebas por medios telemáticos. Hacia una superación del Reglamento UE 1206/2001, de obtención de pruebas en el ámbito civil o mercantil», en AA. VV. *Cuestiones prácticas en torno a los instrumentos de cooperación civil y su evolución legislativa: intercambio de experiencia*, G. FERRER AMIGO y A. GARMENDIA GUTIÉRREZ (eds.), Madrid, 2009, pp. 83y ss.

DAÑOS PRIVADOS POR CONTAMINACIÓN EN EL TRÁFICO EXTERNO: A PROPÓSITO DEL CASO *AKPAN VS. SHELL (NIGERIA)*

LAURA GARCÍA ÁLVAREZ

*Becaria FPU de Derecho internacional privado
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla*

Recibido: 17.06.2013 / Aceptado: 25.06.2013

Resumen: Algunos autores defienden que existe una tendencia a juzgar a las matrices en los Estados donde están domiciliadas por prácticas dañinas de sus filiales junto con éstas. ¿Es esta tendencia “sostenible” en el seno de la UE si la filial es no domiciliada? ¿Sería conveniente -jurídica, económica y socialmente- que así fuera ante daños medioambientales transnacionales? El estudio del caso *Akpan vs. Shell* suscita estos y otros interrogantes en sede de competencia, determinación de la ley aplicable y reconocimiento de resoluciones que serán analizados, con especial atención al Reglamento Bruselas I cuyas respuestas al caso suponen imprevisibilidad y falta de homogeneidad en el espacio europeo de justicia y en el mercado común.

Palabras clave: responsabilidad extracontractual, daños medioambientales, grupos empresariales, competencia judicial sobre filiales no domiciliadas en la UE, ley aplicable, responsabilidad de la matriz.

Abstract: Some authors have commented on the emergence of an international trend to hold parent companies of multinationals liable in their own country for the harmful practices of foreign subsidiaries. In the context of the *Akpan vs. Shell* case, this paper examines whether this trend is sustainable when subsidiaries are not domiciled in the EU, and whether it is legally, economically and socially advisable when addressing transnational environmental damages. Other concerns regarding jurisdiction, applicable law and judgments recognition are also addressed. In seeking to resolve this dispute it is argued that the Brussels I regulation has brought uncertainty and a lack of uniformity within the European space of justice and the common market.

Palabras clave: non-contractual liability, environmental damages, groups of companies, jurisdiction over subsidiaries not domiciled in the EU, applicable law, parent company liability.

Sumario: I. Introducción: La globalización y el Derecho en el contexto de daños medioambientales causados por corporaciones transnacionales. II. Contexto: el Delta del Níger, la explotación de petróleo y el grupo Shell. III. Recorrido del caso Shell en Los Países Bajos. 1. Inicio del proceso: demanda y partes. 2. Legitimación de una ONG ambientalista: algunas reflexiones. 3. Contestación a la demanda e incidencias procesales. IV. Análisis de la sentencia estimatoria, as. *Ikot Ada Udo* (30/01/2013). 1. Autoridad competente. A) Competencia respecto a la matriz (RDS): Reglamento Bruselas I. B) Competencia respecto a la filial (SPDC): Código de procedimiento civil neerlandés. C) Controversia respecto a la competencia del tribunal neerlandés. D) ¿Competencia sobre ambas sociedades sin necesidad de levantar el velo? Algunas reflexiones. E) ¿Es interesante/conveniente que las matrices y filiales puedan ser juzgadas conjuntamente en países de la UE? Algunos obstáculos y propuestas. 2. Ley aplicable. A) Determinación de la ley aplicable: Reglamento Roma II no aplicable por razón temporal. B) Derecho de Nigeria vs. Derecho neerlandés. a) ¿Podría haberse aplicado la ley de la matriz? b) ¿Qué habría ocurrido bajo la vigencia de Roma II? C) Sentencia bajo el Derecho de Nigeria. a) La causa de los vertidos: sabotaje. Exoneración de la responsabilidad. b) *Tort of negligence*:

i. En el sistema de *Common Law* y el Derecho de Nigeria. ii. ¿Es la matriz responsable? iii. ¿Es la filial responsable? iv. Posible denegación de justicia: solicitud de pruebas. v. Sabotaje: ¿en qué medida justifica la exoneración? c) No se aprecia ilícito frente a *Milieudefensie*. d) No existe responsabilidad por mala respuesta o falta de limpieza. e) *Tort of trespass* y vulneración de los derechos humanos: desestimados. D) Excepción de orden público, derechos humanos y medio ambiente: Nigeria condenada por la Corte de Justicia de la Comunidad Económica de Estados del África Occidental. V. Conclusiones.

I. Introducción: Retos que la globalización plantea al Derecho en el contexto de daños medioambientales causados por corporaciones transnacionales

1. La globalización ha traído consigo una fuerte deslocalización de las empresas y una creciente actividad económica transnacional. Las formas de organización y actividad empresarial avanzan mucho más rápido que su regulación jurídica. La falta de regulación vinculante con estándares de protección y una definición precisa de los régímenes de imputación de responsabilidad en las corporaciones multinacionales¹ coadyuva a que los daños medioambientales transnacionales² ocasionados por actividades de sucursales, establecimientos o filiales pertenecientes a dichos grupos de sociedades sean tratados, desde el punto de vista jurídico, de manera ineficaz, ineficiente y poco garantista en relación a la justicia efectiva y a la protección de un interés colectivo difuso: el medio ambiente. Y estos casos son, por desgracia, cada vez más frecuentes. Entre otros, piénsese en los asuntos *Bohpal*, *Amoco Cádiz*, *Texaco-Chevron*, *Boliden*, *Seveso*...³

2. En este marco se sitúa el caso que nos ocupa en el presente artículo, que actualmente sigue su curso en los Países Bajos. En él, una ONG neerlandesa, *Milieudefensie*⁴ junto con cuatro agricultores nigerianos, demandan a la matriz del grupo Shell y a su filial nigeriana por los daños al medio ambiente –y en consecuencia, a su propiedad y sus medios de vida– causados por unos vertidos de petróleo en la región del Delta del Níger entre los años 2004 y 2007. Las demandas se interpusieron en el año 2008 y, tras numerosas incidencias procesales, la sentencia del Tribunal de Distrito de La Haya (*Rechtbank 's-Gravenhage*), recurrible, se hizo pública el pasado 30 de enero de 2013.

3. Este caso es un ejemplo más de la problemática social, medioambiental, política y jurídica que antes apuntábamos y que nos permite analizar las cuestiones aún sin resolver satisfactoriamente en el ámbito del Derecho, en parte por el incierto *régimen de imputación de responsabilidad en el seno de los grupos de sociedades multinacionales*⁵, por la escasez de normas de Derecho material uniforme, por la heterogeneidad y el carácter residual de las soluciones nacionales, por la interacción de sistemas jurídicos continentales y de *common law*, por la dificultad probatoria, etc. Este artículo tiene la intención de visibilizar algunos de ellos a la luz de un caso real, actual y relevante, ya que es la primera vez en la Historia que una sociedad neerlandesa es juzgada en tribunales neerlandeses por daños medioambien-

¹ A los efectos de este artículo se tratarán los términos *grupos de sociedades o empresas y corporaciones* como sinónimos, así como sus adjetivos *multinacional* o *transnacional*. Comprenden a sociedades pertenecientes o controladas por personas o entidades de un país pero que operan más allá de sus fronteras nacionales y también a aquéllas pertenecientes a personas o entidades de más de un país. Traducción de la autora de: C. STAATH & B. WRAY, «Corporations and Social Environmental Justice: The Role of Private International Law», *European University Institute LAW Working Paper*, No. 2012/02, 2012, p. 77. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2207317> [Consulta: 10/02/2013].

² Son aquellos en los que concurre un elemento internacional de carácter jurídico o inmaterial (toma de decisiones por parte de la sociedad matriz en un territorio extranjero, procedencia extranjera del capital o de la tecnología que facilita las actividades causantes de los daños, etc.) aunque el acto y el resultado dañoso se localicen en el territorio de un mismo Estado. Vid. M. VINAIXA MIQUEL, *Responsabilidad por contaminación derivada de residuos*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2006, p. 374.

³ La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) documenta cuatrimestralmente casos en este ámbito. Para más información: <http://ocecdwatch.org/about-us>. [Consulta: 27/02/2013].

⁴ Web de MILIEUDEFENSIE: <http://www.milieudefensie.nl/>. Página en inglés: <http://www.milieudefensie.nl/english>.

⁵ P. DE MIGUEL ASENCIO, «Responsabilidad civil de los grupos multinacionales», *Blog de Pedro de Miguel Asensio*, disponible en: <http://pedromiguelasensio.blogspot.com.es/search/label/Derecho%20de%20sociedades> [Consulta: 19/05/2012].

tales causados por una de sus filiales en un tercer Estado no comunitario y, también por vez primera, es ésta última juzgada y condenada en el país de su matriz.

4. La actividad en Nigeria del grupo empresarial Shell, del cual la sociedad angloholandesa *Royal Dutch Shell plc* (en adelante, RDS) es la matriz, ha dado lugar a numerosos litigios en los últimos 50 años, tanto nacionales⁶ como, en menor medida, transnacionales. En la actualidad, tres son los casos fuera de las fronteras nigerianas con relevancia internacional en los que empresas del grupo Shell están o han estado involucradas, en los Países Bajos, Reino Unido y Estados Unidos respectivamente⁷. Su importancia radica no sólo en el valor que como precedentes pueden tener para otros casos de daños medioambientales y violaciones de derechos humanos transnacionales –especialmente, los causados por filiales de empresas domiciliadas en el «Norte»–, sino por cómo afectarán en la interpretación de preceptos legales tan importantes como la *Alien Tort Claims Act* de los EE.UU., o el Reglamento UE 864/2007⁸ (en adelante, Roma II) y el Reglamento UE 44/2001⁹ (en adelante, Bruselas I) en el ámbito de la Unión Europea (UE); también en tanto que permitirán identificar lagunas, problemas y retos para el Derecho en relación a grupos de empresas multinacionales, que son con frecuencia sujetos de ilícitos extracontractuales en el tráfico jurídico internacional.

5. Estos grupos suelen operar en terceros Estados (receptores de las inversiones) donde se verifica el daño, en los cuales los marcos jurídicos y los sistemas judiciales auguran pocas posibilidades de obtener tutela judicial efectiva por la falta de voluntad política –por la necesidad de atraer capital extranjero– o insuficientes recursos jurídicos (falta de legislación, politización o corrupción del sistema judicial, inexistencia de un sistema de asistencia legal gratuita, etc.)¹⁰. Estudiar el desarrollo y el resultado de este tipo de litigios y de otros similares que pretenden obtener reparaciones ante tribunales europeos por daños medioambientales o violaciones de derechos humanos en terceros Estados es esencial para ver si el Derecho internacional privado en la Unión Europea está actualizado a las nuevas realidades que plantea la globalización y si es aquél una oportunidad o, por el contrario, un obstáculo, para la rendición de cuentas de estos grupos empresariales y la obtención de una justicia justa –valga la redundancia–, efectiva y eficiente.

6. Algunos autores¹¹ señalan que existe una tendencia internacional a juzgar la responsabilidad de las matrices de corporaciones transnacionales en su propio país por las prácticas dañinas de sus filiales junto con éstas, y de esta tendencia hace eco la sentencia que analizaremos con posterioridad¹². Sin embargo, a la vista de este caso y de otros igualmente recientes cabe preguntarse: ¿permite el panorama jurídico actual en la Unión Europea hablar de una tendencia sostenible y consistente o se trata más bien de anécdotas dispersas y contingentes?

⁶ Aproximadamente 500 casos relacionados con fugas de petróleo se han presentado ante tribunales nigerianos contra Shell-Nigeria. Fuentes: J. GEORGE FRYNAS, «Legal Change in Africa: Evidence from Oil-Related Litigation in Nigeria», *Journal of African Law*, Vol. 43, No. 2. (1999), pp. 121-150.

⁷ En Los Países Bajos: casos *Oruma, Goi, Ikot Ada Udo vs. Royal Dutch Shell Petroleum et Petroleum Development Company of Nigeria*. En Reino Unido: caso *Bodo vs. SPDC*; En EE.UU.: caso *Kiobel vs. Royal Dutch Shell Petroleum*.

⁸ Reglamento (CE) nº 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («Roma II»), *DOUE L* 199/40 de 31 julio 2007.

⁹ Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Bruselas I), *DOUE L* 12 de 16 enero 2001. Recientemente modificado por el Reglamento (UE) 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento, la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Bruselas I bis), *DOUE L*-2012-82604, de 12 diciembre 2012. Aunque éste adopta el nombre de Bruselas I bis, nos referiremos a «Bruselas I» en el presente artículo, ya que las modificaciones introducidas no afectan a lo tratado en este artículo.

¹⁰ A. VERCHER, «Bhopal o una reacción judicial insolidaria», *Jueces para la democracia*, núm. 8, 1989, pp.85-89.

¹¹ Entre ellos, vid. L. ENNEKING, «Aansprakelijkheid via «foreign liability claims» (Liability through foreign liability claims)», *Dutch Law Journal (NJB)*, 2010, pp. 400-406.

¹² Judgment of the District Court of The Hague 30th January 2013, C/09/337050/ HA ZA 09-1580, *Friday Alfred Akpan & Milieodefensie, c. Royal Dutch Shell plc & Shell Petroleum Development Company of Nigeria*. Vid. p. 4.5.

7. En el presente artículo nos centraremos pues en el análisis de un caso esperando visibilizar problemas, plantear interrogantes y, con suerte, acaso, apuntar algunas posibles soluciones. Para ello, comenzaremos esbozando el contexto en el que se producen los hechos objeto del litigio y continuaremos analizando los antecedentes de hecho y de Derecho junto con los puntos principales de la sentencia parcialmente estimatoria, haciendo especial énfasis en las clásicas cuestiones del Derecho internacional privado: autoridad competente, ley aplicable y, muy brevemente, reconocimiento de resoluciones.

II. Contexto: el Delta del Níger, la explotación de petróleo y el Grupo Shell

8. Los demandantes de este caso –salvo la ONG neerlandesa– proceden de tres comunidades rurales –Goi, Oruma, Ikot Ada Udo– situadas en el Delta del Níger, al sur de Nigeria. Esta región ocupa una superficie aproximada de 112.000 kilómetros cuadrados, lo que representa el 12% de la superficie total de Nigeria¹³. Es considerada uno de los diez ecosistemas pantanosos y marino-costeros más importantes del mundo¹⁴ y viven en ella unos 31 millones de personas¹⁵. Los enormes depósitos de petróleo allí ubicados han generado ingresos para el gobierno de Nigeria y las empresas petroleras multinacionales que se estiman en unos 600.000 millones de dólares estadounidenses desde la década de 1960, tras la detección de petróleo en 1958 en Oloibiri por la empresa Shell British Petroleum (hoy en día RDS)¹⁶, aunque la presencia de esta sociedad en Nigeria se remonta a 1937, año en el que a la compañía le fue concedida una licencia de explotación.

9. El sector del gas y el petróleo representa el 97% de los ingresos de divisas de Nigeria y constituye el 79,5% de los ingresos del Estado¹⁷. Actualmente la industria petrolera en la que operan el gobierno de Nigeria y empresas multinacionales (Shell, Eni, Agip, Chevron, ExxonMobil, Total, etc.) tiene una presencia visible en el Delta del Níger, con parte importante de su infraestructura cerca de casas, explotaciones agropecuarias y fuentes de agua de las comunidades¹⁸. La prospección y producción de petróleo se lleva a cabo a través de *joint ventures* en las que participa la empresa estatal Corporación Nacional Nigeriana del Petróleo (Nigerian National Petroleum Corporation, NNPC)¹⁹ y una o más empresas petroleras.

10. Shell Nigeria²⁰ es el nombre coloquial de la sociedad Shell Petroleum Development Company (SPDC), Shell es la compañía petrolera y gasística más poderosa en Nigeria, con una producción de más de un millón de barriles diarios, que gestiona unos 6000 kilómetros de oleoductos y tuberías, 87 estaciones de petróleo, 8 plantas de gas natural y más de 1000 pozos de extracción. SPDC es filial 100%

¹³ Vid. TECHNICAL COMMITTEE ON NIGER DELTA, *Report of the Technical Committee on the Niger Delta*, November 2008, p. 110. Disponible en: http://www.mosop.org/Nigeria_Niger_Delta_Technical_Committee_Report_2008.pdf [Consulta: 10/02/2012].

¹⁴ INTERNATIONAL UNION FOR THE CONSERVATION OF NATURE (IUCN), «Niger Delta Resource Damage Assessment and Restoration Project -Phase I Scoping Report», *Report from IUCN Commission on Environmental, Economic and Social Policy*, May 31st, 2006, p. 14. [Consulta: 10/02/2012].

¹⁵ *Report of the Technical Committee on the Niger Delta*, op.cit., p. 103. La cifra se basa en el censo de 2006.

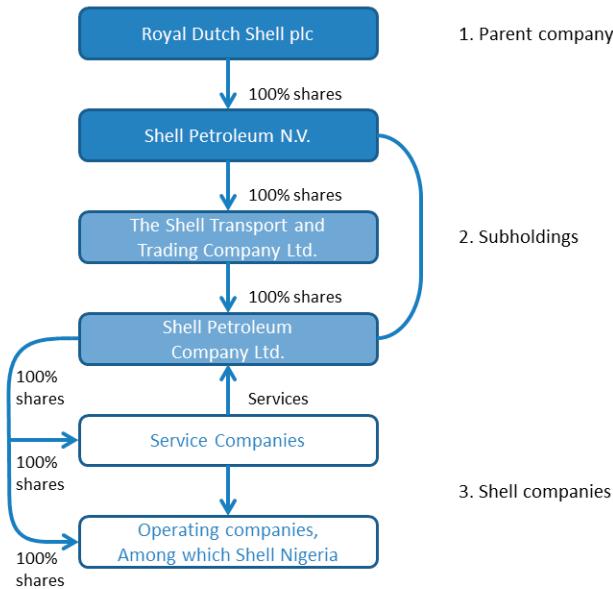
¹⁶ G. WURTHMANN, «Ways of Using the African Oil Boom for Sustainable Development», *Economic Research Working Paper Series of The Development African Bank*, n. 84, March 2006.

¹⁷ *Report of the Technical Committee on the Niger Delta*, op. cit., p. 102. En el escrito de demanda, los datos (párrafo 12) son referentes sólo al petróleo: «95% of Nigeria export consists of oil and the oil accounts for the 80% of the Nigerian government's income.» (Fuente: SHELL WEBSITE, «The Shell Sustainability Report 2007: Responsible Energy», p. 24. Disponible en: http://reports.shell.com/sustainability-report/2010/servicepages/previous/files/shell_sustainability_report_2007.pdf; [Consulta: 2/2/2013]).

¹⁸ AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Nigeria: Petróleo, contaminación y pobreza en el Delta del Níger*, 2009, AFR 44/017/2009. Disponible en: <https://doc.es.amnesty.org/cgi-bin/ai/BRSCGI/NIGERIA%20PETRÓLEO%20CONTAMINACIÓN%20Y%20POBREZA%20EN%20EL%20DELTA%20DEL%20NÍGER?CMD=VEROBJ&MLKOB=27598612319> [Consulta: 18/02/2013].

¹⁹ NIGERIAN NATIONAL PETROLEUM CORPORATION website, www.nnpcgroup.com [Consulta: 12/02/2013].

²⁰ En la imagen puede verse la estructura del grupo y el lugar de Shell Nigeria (SPDC). Fuente: *Writ of summons*, case *Oruma Engels vs. Shell et al.*, p. 8. Disponible en: <http://www.milieudefensie.nl/publicaties/bezwaren-uitspraken/subpoena-oruma/view> [Consulta: 2/2/2013].



propiedad de RDS y la principal operadora de una joint venture que maneja el 40% de la producción de petróleo del país y en la que participan NNPC con el 55%, SPDC con el 30%, Elf Petroleum Nigeria Limited (filial de Total) con el 10% y Agip con el 5%²¹.

11. Según las estadísticas disponibles, en los últimos treinta años se han vertido más de 400.000 toneladas de petróleo en la tierra y en el agua de esta región. Aproximadamente el 70% no ha sido aún eliminado²². De acuerdo a sus propios datos, en el período de 1997- 2006, Shell Nigeria verificó 250 vertidos anuales de media²³, provocados por el mal mantenimiento de las instalaciones, errores humanos o sabotaje²⁴, si bien respecto de la causa han existido controversias²⁵ y Shell ha tenido que rectificar sus propias estadísticas en varias ocasiones por reclamaciones externas.²⁶ En todo este tiempo, la cantidad acumulada de crudo vertido en la zona supera ya a la marea negra provocada por la plataforma *Deepwater Horizon* de BP en el Golfo de México²⁷.

12. Pese a la riqueza en gas y petróleo, la mayor parte de la población del Delta del Níger, que no es titular de ningún derecho sobre las reservas de gas y petróleo de su territorio²⁸, vive en la pobreza, sin acceso adecuado a agua limpia y a servicios de salud, en medio del «abandono administrativo, el des-

²¹ Fuente: www.shell.com. [Consulta: 12/02/2013].

²² UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME (PNUD), *Niger Delta Human Development Report*, 2006. Disponible en: http://hdr.undp.org/en/reports/nationalreports/africa/nigeria/nigeria_hdr_report.pdf [Consulta: 7/02/2012].

²³ SHELL PETROLEUM DEVELOPMENT OF NIGERIA, Annual Reports 1997-2006. Información en: <http://www.shell.com.ng/environment-society/environment-tpkg/oil-spills/index1.html> [Consulta: 12/2/2012].

²⁴ MILIEUDEFENSIE, *Oil Spills in the Niger Delta in Nigeria*. Disponible en: <http://www.milieudefensie.nl/publicaties/factsheets/oilspills-in-the-niger-delta> [Consulta: 1/2/2013].

²⁵ E. GISMATULLIN, «Shell Accused of Misleading Data Over Nigerian Spills», *Bloomberg*, 25th January 2011. Available at: <http://www.bloomberg.com/news/2011-01-25/shell-accused-of-misleading-data-over-nigerian-spills-update1-.html>. [Consulta: 11/02/2012].

²⁶ C. NWACHUKWU, «Oil spill: Shell modifies data to 70% from 98%», *Vanguard News*, 27th January 2011. [http://www.vanguardngr.com/2011/01/oil-spill-shell-modifies-data-to-70-from-98%](http://www.vanguardngr.com/2011/01/oil-spill-shell-modifies-data-to-70-from-98/). [Consulta: 11/02/2013].

²⁷ MILIEUDEFENSIE, *FOE-NL treats Shell shareholders to a Nigerian cocktail at the Worse Than Bad- Bar*. Disponible en: <http://www.milieudefensie.nl/english/shell/news/foe-nl-treats-shell-shareholders-to-a-nigerian-cocktail-at-the-2018worse-than-bad2019-bar> [Consulta: 2/2/2012].

²⁸ Constitución de la República Federal de Nigeria, 1999, artículo 44 y artículo 1 de la Ley del Petróleo de 1969.

*moronamiento de los servicios y las infraestructuras sociales, una elevada tasa de desempleo, privación social, una enorme pobreza, miseria e inmundicia y un conflicto endémico».*²⁹ Según el Banco Mundial, el porcentaje de la población que vive en la pobreza aumentó de un 28% en 1980 a un 66% en el año 2000³⁰. Esta situación, en el marco de la riqueza de sus recursos, parece ser un caso claro y dramático de la llamada «maldición de los recursos naturales».³¹

13. Según el informe de Amnistía Internacional *cit. supra.*, «el hecho de que la población del Delta del Níger no se haya visto beneficiada por la riqueza derivada de la extracción de petróleo es sólo una parte de la historia. Los abusos contra los derechos humanos que se han cometido de forma generalizada y sin obstáculos en el contexto de la industria petrolera han hecho que muchas personas se hundan aún más en la pobreza y las privaciones, han alimentado los conflictos y han sido causa generalizada de sentimientos de impotencia y frustración. La crisis pluridimensional que afecta a la región es fruto de las acciones de las fuerzas de seguridad y los grupos armados, la contaminación generalizada de la tierra y el agua, la corrupción, las malas prácticas e inacción de las empresas y la grave desatención de sus obligaciones por parte del gobierno».

14. En este contexto se sitúa el caso que analizamos a continuación. Si bien habrá que estar a los hechos concretos que para el caso juzgado se manifiesten y prueben y a las normas vigentes del ordenamiento aplicable a la cuestión, el conocimiento del contexto, de los precedentes y de la situación generalizada en la región puede servir, si no ya para alterar la resolución del caso, sí para poner de manifiesto lo ineficaz e injusto de posibles resultados que, aún siendo fieles a la legalidad, no lo son a la más elemental coherencia o sentido común ni al principio de protección de bienes jurídicos considerados esenciales en la mayoría de los ordenamientos jurídicos del planeta y para la comunidad internacional. La intención es pues alumbrar un escenario en el que la crítica a lo ineficaz o injusto que puedan representar las normas vigentes –o la falta de ellas– sea más directa y, acaso, más acertada y que las posibles propuestas que se planteen puedan responder mejor a la realidad existente y, con ello, sean aplicables, viables y efectivas en mayor grado.

III. Recorrido del caso Shell en los Países Bajos

1. El inicio del proceso: demanda y partes

15. El litigio comienza con la demanda presentada ante el Tribunal de Distrito de La Haya en el año 2008 por la ONG Milieudefensie y cuatro agricultores nigerianos que sufrieron directamente el perjuicio (todos, a partir de ahora, los demandantes o *Milieudefensie et al.*) contra la compañía nigeriana filial de Shell, SPDC, y contra la empresa matriz, anglo-neerlandesa, RDS (ambas, desde ahora, demandados o *Shell*).

16. El daño respecto del cual se litiga es consecuencia de unas fugas de petróleo que tuvieron lugar desde el 2004 hasta el 2007 en los poblados en los que vivían los demandantes: Oruma, Goi e Ikot Ada Udo. Las fugas de petróleo contaminaron los estanques piscícolas que quedaron inutilizables para la pesca, al igual que ocurrió con las plantaciones que les proporcionaban materias primas como palma de rafia, caucho, mangos y caoba. El ambiente contaminado, además de suponer pérdida de ingresos y daño a la propiedad de los demandantes, también puede afectar considerablemente a su salud, entre otras causas, por la ingesta de agua contaminada.

²⁹ PNUD, *Niger Delta Human Development Report*, 2006.

³⁰ WORLD BANK, *Implementation of the Management Response to Extractive Industries Review*, December 2006. Disponible en: <http://siteresources.worldbank.org/INTOGMC/Resources/eirmgmtresponse0109.doc.pdf> [Consulta: 2/2/2012].

³¹ Vid. J.E. STIGLITZ, *Cómo hacer que funcione la globalización*, Altea Taurus Alfaguara, 2006, pp. 179-209.

17. Los demandantes hacen responsable a RDS y a SPDC del daño medioambiental y del daño patrimonial e inmaterial que, como consecuencia del primero, han sufrido los cuatro agricultores. A SPDC se le achaca el incumplimiento del deber legal de diligencia que debía observar como operador directo³², ya que ni remplazó el oleoducto dañado a tiempo, ni tomó medidas adecuadas para detener las fugas ni tampoco, por último, limpió ni en tiempo adecuado ni en extensión, todo el petróleo vertido, a lo cual obliga, con independencia de la causa, la legislación nigeriana³³. Por su parte, se responsabiliza a RSD de abstenerse de revisar si su filial nigeriana estaba cumpliendo adecuadamente los estándares adecuados para la extracción del petróleo, algo que RSD no sólo podía sino que debía hacer. Esta negligencia es causa de que las fugas pudieran ocurrir o, al menos, de que no fueran detenidas a tiempo. El mismo argumento para hechos similares es el planteado en todas las reclamaciones.

18. Se dirigen a ambas sociedades –matriz y filial– porque consideran que existe una clara vinculación entre ambas, alegando la existencia de numerosos mecanismos de control, empezando por el hecho de que el 100% de SPDC es propiedad de RSD³⁴, y ésta tiene también una cuota en los beneficios de la filial, los cuales son depositados íntegramente en Los Países Bajos³⁵. Independientemente de que SPDC sea una sociedad formalmente independiente con cierta autonomía en su gestión, los demandantes señalan que RSD tiene control sobre la política³⁶ de SPDC y sobre su implementación, especialmente en el tema medioambiental³⁷, y por tanto, es responsable por no haber evitado el daño medioambiental incumpliendo la más elemental diligencia debida en la supervisión y gestión³⁸. De hecho –alegan–, la guía de gobierno del grupo empresarial establece que el grupo Shell opera de *facto* como una única compañía integrada en lo que se refiere al medioambiente³⁹.

³² Pese a que la compañía estatal nigeriana NNPC tiene el 55% de participación en la joint venture y SPDC sólo el 30%, estos porcentajes no reflejan, según los demandantes, el poder fáctico real y el control que SPDC ejerce como operador directo. Como tal es responsable, según el Acuerdo de Operación Conjunta que rige la alianza empresarial, del adecuado progreso de extracción, del transporte y del mantenimiento de los oleoductos. Además, en virtud de ese mismo acuerdo, tiene el derecho de contratar subcontratistas y personal, llevando a cabo de manera unilateral todas las operaciones de gestión, formulando presupuestos y planes de actividades que son aprobados por el comité de operaciones de la joint venture. (Fuente: *Writ of summons*, caso *Oruma Engels vs. Shell*, punto 8.2, p. 22 y ss. Disponible en: <http://www.milieudefensie.nl/publicaties/bezwarenuitspraken/subpoena-oruma/view> [Consulta: 2/2/2013]).

³³ *Environmental Guidelines and Standards for the Petroleum Industry in Nigeria (EGASPIN)*, issued by the DEPARTMENT OF PETROLEUM RESOURCES (Lagos, 1991), Revised Edition 2002, p. 152, section 4.1: «An operator shall be responsible for the containment and recovery of any spill discovered within his operational area, whether or not its source is known».

³⁴ SHELL PLC, *Annual Report and Form 20-F for the year ended 31st December 2006: Delivery and Growth*, p. E2. (Documento adjunto a la demanda, disponible en: <http://s06.static-shell.com/content/dam/shell/static/investor/downloads/financial-information/reports/2006/2006-annual-report.pdf>. [Consulta: 20/01/2013].

³⁵ «SPDC's profits (estimated at €1,8 billion annually) are deposited in the Netherlands», en: FRIENDS OF THE EARTH INTERNATIONAL, «Dutch court ruling against Shell a partial victory», disponible en: <http://www.foei.org/en/media/archive/2013/dutch-court-ruling-against-shell-a-partial-victory> [Consulta: 31/01/2013].

³⁶ En sus alegaciones, los demandantes señalan diferentes instrumentos de política empresarial con los que RSD puede ejercer influencia en los procedimientos de SPDC: i) la política medioambiental está centralizada y gestionada en base a los «Health Safety & Environment Policy», «Global Business Principles» y «General Business Principles». ii) RSD tiene que asegurarse del cumplimiento de los diferentes códigos de conducta suscritos por el grupo empresarial; entre ellos, las directrices de la OCDE, según las cuales las matrices asumen una responsabilidad activa en el apoyo a sus filiales. iii) En calidad de único accionista, RSD influye directamente en la elección de los directores de SPDC. Traducción libre de: Milieudefensie, «The people of Nigeria vs. Shell: The first session in the legal proceedings», December 2009. Extraído de: www.miliudefensie.nl/english/shell/the-people-of-nigeria-versus-shell [Consultado el 20/01/2013].

³⁷ Shell cuenta con un conjunto de normas globales –política común– sobre el medio ambiente para todas sus empresas y las joint ventures que controla. Vid. <http://s05.static-shell.com/content/dam/shell/static/environment-society/downloads/previous-hsse-standards.pdf>. [Consulta: 10/02/2013]. Sobre la política integrada: <http://www.shell.com/global/environment-society/s-development/our-commitments-and-standards/hse-com-policy.html>; http://www.shell.com/home/content/responsible_energy/integrated_approach/our_commitments_and_standards/global_environmental_standards/minimum_environmental_standards.html. [Consulta 10/02/2013].

³⁸ Así se pone de manifiesto en varios fragmentos del documento adjunto a la demanda, Group Governance Guide (GGG), elaborado por Shell plc en el año 2001, en el que queda clara la capacidad de injerencia por parte de la matriz en la actividad de sus filiales. No obstante, el tribunal no consideró las pruebas aportadas de suficiente entidad para considerar que existiera un control fáctico de la matriz, si bien denegó la solicitud de los demandantes de exhibición de documentos internos por parte de Shell que coadyuvarían a tal fin. Más adelante volveremos sobre esta cuestión.

³⁹ Vid. GGG, *op. cit.*, p.8.

19. Por tanto, las peticiones que formulan los demandantes van dirigidas a ambas empresas y son las siguientes:

- i) Que se declare la responsabilidad de RDS y de SPDC por los daños causados a los demandantes, ya sufridos y que podrán sufrir en el futuro.
- ii) Que se declare la responsabilidad de RDS y SPDC ante Milieodefensie por los daños medioambientales.
- iii) Que se obligue a RDS y a SPDC a remplazar el viejo oleoducto en un plazo determinado.
- iv) Que se obligue a RDS y a SPDC a limpiar el suelo del petróleo vertido y a purificar el agua cumpliendo así con los estándares locales e internacionales de protección ambiental, en un plazo determinado, y que el resultado sea evaluado por una comisión mixta de expertos.
- v) Que se ordene a RDS y a SPDC a mantener en buen estado los oleoductos una vez reemplazados por unos nuevos.
- vi) Que se ordene a RDS y a SPDC a implementar un plan de contingencia adecuado para el caso de fugas de petróleo en Nigeria, que asegure una rápida y eficaz respuesta.
- vii) Que se condene a RDS y a SPDC a pagar una sanción de 100.000 Euros (u otra cantidad determinada por el juez de acuerdo a su leal saber y entender) para RDS y/o SPDC en caso de incumplimiento de lo establecido en los puntos iii) y iv).
- viii) Que se condene a RDS y a SPDC a compensar los costes extrajudiciales y a pagar las costas judiciales, o al menos la parte que les corresponde.

2. Legitimación de una ONG ambientalista: algunas reflexiones

20. La ONG Milieodefensie actúa en el proceso como parte actora en virtud de la ficción legal del artículo 3:305a del Código civil neerlandés⁴⁰, según la cual el interés de todas las demás partes afectadas, en este caso, por el daño medioambiental alegado se incorpora en Milieodefensie, más allá del daño particular, teniendo en consecuencia dicha ONG un interés independiente en que se demuestre la ilicitud de los actos y omisiones realizados por los demandados. Así lo reconoce el tribunal en sus autos y en la sentencia de 30/01/2013, admitiendo que sus peticiones acerca de la reparación del suelo, la limpieza del agua y la preparación de un plan de contingencia para futuras posibles fugas de petróleo no sólo beneficiarían a los demandantes sino, también, a su comunidad en general y al medio ambiente. El objetivo institucional de Milieodefensie de protección del medio ambiente en todo el mundo así como sus peticiones en el juicio son, según el tribunal, suficientemente específicos como para considerar que los hechos alegados entran dentro del mismo y cumplan con lo previsto en el Derecho del foro –al tratarse de una norma relativa al proceso, en contra de la opinión de Shell⁴¹–, aunque no encuentre figura análoga en el ordenamiento de Nigeria.

21. Esta cuestión tiene gran relevancia en estos supuestos ya que, al tratarse de un interés difuso⁴² colectivo, las ONG y otras instituciones serán con frecuencia interesados en ser parte activa en los litigios, con independencia de que además apoyen las demandas de particulares. Para la determinación

⁴⁰ Dutch Civil Code, article 3:305a, p.1: «*A foundation or association with full legal capacity that, according to its articles of association, has the objection to protect specific interests, may bring to court a legal claim that intents to protect similar interests of other persons.*» En: <http://www.dutchcivillaw.com/legislation/dcctitle33111.htm> [Consulta: 10/03/2013].

⁴¹ Según Shell et al., el artículo 3:305a del código civil neerlandés es parte del Derecho sustantivo y, siendo el Derecho aplicable el nigeriano, que no reconoce ningún tipo de acción *de clase* (*class action*) similar, las peticiones de Milieodefensie no deberían ser admitidas. Además, añade Shell, en realidad se trata de una representación de intereses puramente individuales en la cual la acción de clase no ofrece ninguna ventaja frente a una litigación personal y directa por parte de los perjudicados. Ambos argumentos son desestimados por el tribunal. Vid. puntos 4.11 a 4.14 de la sentencia. Judgment 30 January 2013, District Court of The Hague, c. C/09/337050/ HA ZA 09-1580, *Friday Alfred Akpan & Milieodefensie, c. Royal Dutch Shell plc & Shell Petroleum Development Company of Nigeria*.

⁴² La protección ambiental se sitúa en el ámbito de los intereses difusos, siendo el colectivo una especie dentro del concepto de interés difuso. Vid. A. RUIZ DE APODACA, en J.A. RAZQUÍN LIZÁRRAGA y A. RUIZ DE APODACA, *Información, participación y justicia en medio ambiente. Comentario sistemático de la Ley 27/2006, de 18 de julio*, Thomson, Aranzadi, Navarra, 2007, p. 348.

de la legitimación se aplicaría, según la mayoría de la doctrina internacional-privatista⁴³, la *lex causae*, por la proximidad de la idoneidad para comparecer en juicio con la responsabilidad en que se basa la pretensión objeto de litigio, siendo así una de las excepciones a la regla general de que la ley del Estado del foro rige el proceso. Esto reviste importancia ya que, en caso de que se aplique aquélla a este tipo de litigios, no será infrecuente que se trate de ordenamientos jurídicos menos desarrollados en lo que a protección ambiental y de intereses colectivos difusos se refiere, por lo que difícilmente se reconocerá la legitimación a una ONG o a individuos actuando en grupo –más cuando no todos directamente hayan sufrido un daño material a su propiedad, medios de vida o daño a su salud, si bien sí se ven afectados por el daño al medio ambiente⁴⁴.

22. En este caso, no obstante, el tribunal de La Haya aplica la ley del foro sirviéndose de una interpretación histórica de la norma, lo que permite reconocer legitimación activa a Milieudefensie, reconociendo expresamente que existe un interés más allá del individual de los afectados demandantes, haciendo referencia a otros ciudadanos nigerianos que pudieran verse afectados por los vertidos, en especial al resto de la comunidad y al medio ambiente como fin en sí mismo en la zona próxima a Ikot Ada Udo⁴⁵.

23. La regulación de esta cuestión en el ámbito de la UE sigue siendo esencialmente nacional y heterogénea, sin un criterio común al respecto. En España, la legitimación de las ONG ecologistas se reconoce en la Ley 27/2006⁴⁶ para los casos en los que las conductas reprochables del artículo 18 sean atribuibles a autoridades públicas. Pero, en el orden civil, cuando la responsabilidad es de un operador privado, no existe una legitimación expresamente prevista en la ley para temas ambientales. Además del supuesto general de legitimación ordinaria, nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil⁴⁷ (LEC) reconoce expresamente dos casos: la legitimación de asociaciones para la defensa de consumidores y usuarios (artículo 11) y para la defensa del derecho de igualdad de trato entre hombres y mujeres (artículo 11 bis). ¿Debe una ONG –sin ánimo de lucro, se entiende– ser parte en estos procesos en el ámbito civil sin necesidad de que la Administración haya sido demandada? Bien podría aplicarse a la defensa del medio ambiente la misma fundamentación que justifica la legitimación en los casos anteriormente mencionados⁴⁸, sobre todo para asociaciones que defienden los intereses generales, teniendo en cuenta también el artículo 7.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ).⁴⁹ ⁵⁰

24. La UE ha cerrado el camino a la posible «importación» al ámbito jurídico europeo de las *class actions* para evitar entre otros problemas –según la Comisión– la litigación abusiva. Así recoge en sus recientes recomendaciones⁵¹ sobre recursos colectivos las acciones «*opt-in*» –en las que los indivi-

⁴³ A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Granada, Comares, 2011, vol. I., p. 615; FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, 6^a ed., 2011, p.263.

⁴⁴ Es evidente que las bases individualistas del Derecho procesal del siglo XIX –que heredamos–, no responden de manera efectiva –permitiendo su operatividad y reivindicación en juicio– a los nuevos derechos e intereses supraindividuales ligados al desarrollo de las sociedades industriales y a la creciente complejidad de las relaciones económicas y sociales, como es el derecho a un medio ambiente limpio y adecuado para la vida. Por ello, debe incorporar legitimaciones supraindividuales que hagan efectivo el acceso a la justicia. Para una reflexión más profunda acerca de la necesaria adaptación del Derecho procesal a los intereses difusos vid. D.I. PALOMO VÉLEZ, «Tutela del medio ambiente: abandono del paradigma de la *litis individual*», *Revista de Derecho*, Vol. XIV, Julio 2003, pp. 187-201.

⁴⁵ Vid. puntos 4.12 y 4.13 de la sentencia, *op. cit.*, p. 11.

⁴⁶ Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente (incorpora las Directivas 2003/4/CE y 2003/35/CE). *BOE* núm. 171 de 19 de Julio de 2006.

⁴⁷ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, *BOE* núm. 7 de 08 de Enero de 2000.

⁴⁸ Vid. J.A. FONTANILLA PARRA, «Legitimación de las asociaciones de consumidores y usuarios para litigar en interés de sus asociados y derecho de asistencia jurídica gratuita», *Diario La Ley*, núm. 5740, año XXIV, mayo 2003, p. 1.

⁴⁹ Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, *BOE* de 02 de Julio de 1985.

⁵⁰ Con este artículo, que acoge la referencia del artículo 24 de la Constitución española, según GARNICA MARTÍN, «se abriría con carácter general la posibilidad de que existiera legitimación por simple interés», lo cual no necesariamente la hace extraordinaria. Vid. GARNICA MARTÍN, «Las acciones de grupo en la LEC 1/2000», *Diario La Ley*, octubre 2001.

⁵¹ EUROPEAN COMMISSION, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European

duos o sociedades en el proceso son aquellos que activamente deciden ser parte del mismo— como norma general. A tenor de estas recomendaciones, no vinculantes, parece poco probable que se establezca ninguna pauta homogénea en la UE en el corto o medio plazo en relación a estas cuestiones procesales relacionadas con la defensa de intereses generales con un grupo no determinado. Más aún teniendo en cuenta que otros países como Alemania o Eslovaquia, a pesar de la doctrina que se deriva de la sentencia del Tribunal de Justicia de la UE, de 12 de mayo de 2011⁵² son aún más reticentes a reconocer la legitimación de ONG ambientalistas, ni siquiera para la jurisdicción contenciosa-administrativa⁵³. Aunque la protección ambiental se recoge en las Recomendaciones como ámbito sujeto a las mismas, quizás hayan sido éstas, de nuevo, una oportunidad perdida para avanzar en la regulación de los recursos colectivos para bienes jurídicos difusos en Europa⁵⁴.

25. Por otra parte, en caso de que no existan personas que de manera individual reclamen la reparación de un daño particular, ¿puede una ONG ser titular de dicho derecho en un proceso civil que sirve esencialmente a intereses privados por conflictos entre particulares «personalizables»? ¿Podría, con independencia de su ubicación o del lugar del desarrollo habitual de sus actividades, ser parte activa en estos litigios, en base a que los intereses y el bien jurídico que protege son universales y su afectación –en un sentido «negativo»– nos perjudica a todos los seres humanos del planeta? ¿Qué pasaría con la indemnización dado que, tal y como se plantea, el bien jurídico afectado es de titularidad universal y, en todo caso, colectiva? Si bien son éstas preguntas que deberían ser estudiadas con detenimiento – a la luz de los avances en materia de consumidores y usuarios–, podría preverse el establecimiento de un fondo internacional en el que la reparación civil resultante de esos litigios por daños ecológicos puros –la parte que corresponde al interés difuso no individualizable en daños patrimoniales o a la salud– fuera depositada para la conservación y mejora del medio ambiente de manera global, con ciertos criterios de aplicación fijados por mayoría en base a las prioridades medioambientales globales o a la proximidad material (tipo de recurso) o territorial (lugar de los verificación de los perjuicios) con el daño que dio lugar a la compensación⁵⁵.

26. Estas cuestiones debieran plantearse en el debate sobre el papel procesal que la UE quiere y debe otorgar a las ONG ecologistas en la protección de los intereses y derechos medioambientales, cuya defensa judicial implica costos elevados⁵⁶ difícilmente asumibles y raramente rentables para particulares, lo cual, unido a la innegable desigualdad económica que suele existir entre demandante y demandado (normalmente una entidad empresarial) suele desalentar la reivindicación judicial.

Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, «Towards a European horizontal framework for collective redress». 12/06/2013, COM(2013) 401/2, EN. Disponible en: http://ec.europa.eu/justice/civil/files/com_2013_401_en.pdf [Consulta: 13/06/2013].

⁵² Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta), de 12 de mayo de 2011, asunto C-115/09, cuestión prejudicial planteada por el Tribunal administrativo –*Oberverwaltungsgericht*– del Land de Nordhein-Westfalen (Alemania).

⁵³ J. ORTEGA BERNARDO, *¿Quién ha apostado por la efectiva implantación del derecho de acceso a la justicia a favor de las organizaciones no gubernamentales en defensa del medio ambiente?*, 2011. Disponible en: http://www.actualidadjuridicaambiental.com/wp-content/uploads/2011/09/2011_09_Julia_Ortega_Acceso-justicia-ONG.pdf [Consulta: 10/04/2013].

⁵⁴ Vid. X. KRAMER, «Commission recommendations in collective redress», *Conflict of Laws. Net.*, June 11, 2013. Available at: http://conflictoflaws.net/2013/commission-recommendations-collective-redress/?utm_source=feedburner&utm_medium=email&utm_campaign=Feed%3A+conflictoflaws%2FRSS+%28Conflict+of+Laws+.net%29. [Consulta: 12/06/2013].

⁵⁵ Existen fondos actualmente pero que se constituyen *ex ante* con aportaciones de las empresas que realizan actividades de riesgo, ante la eventualidad del daño. Por ejemplo: el «Superfund» americano, creado por la Comprehensive Environmental Response and Liability Act de 1980, para hacer frente a emergencias y limpieza de suelos contaminados por el depósito incontrolado de residuos tóxicos o peligrosos y que se financia con las aportaciones obligatorias de las industrias potencialmente contaminantes; algunos en Suecia y Alemania para la restauración de tierras contaminadas; en Francia para las indemnizaciones por la contaminación acústica de los aeropuertos; en los Países Bajos para luchar contra la contaminación atmosférica (según el Libro Blanco de Responsabilidad Ambiental elaborado por la Comisión EUROPEA, COM (2000) 66 final). Sobre los fondos de compensación vid. DE MIGUEL PERALES, *La responsabilidad civil por daños al medio ambiente*, Editorial Cívitas, 2^aedición, 1997, pp. 260 y ss.

⁵⁶ Entre otros: costos de conocimiento técnico y científico; de información imperfecta; de riesgo sustancial; de partes numerosas; de múltiples posibles alternativas; de pluralidad de centros de decisión; de oportunidades para efectos de naturaleza distributiva; etc. Vid. C.A. DE SALLES, *Exeucucao judicial en materia ambiental*, Ed. Revista de Tribunales, Sao Paulo, 1999, p. 127. Citado por D.I. PALOMO VÉLEZ, *op. cit.*, p. 194.

27. Sin embargo, dada la poca probabilidad de que la solución llegue desde Europa y teniendo en cuenta la importancia del desarrollo del Derecho procesal para la tutela del medio ambiente, sería positivo que la LEC reconociera la legitimación en los procesos civiles por daños al medio ambiente a aquellas ONG que cumplan determinados requisitos entendiendo que existe un interés «suficiente» en el litigio por el hecho de trabajar en la protección del medio ambiente, al igual –y con fundamentación similar– que en los casos de defensa de los consumidores y usuarios o en el de defensa del derecho de igualdad de trato entre hombres y mujeres, si bien los interrogantes anteriormente planteados acerca de qué se haría con la indemnización o las características exigibles a las ONG (sin ánimo de lucro, ámbito de actuación, años de funcionamiento, etc.) deberían ser atendidos previamente.

3. Contestación a la demanda e incidencias procesales

28. Shell contesta a la demanda negando la comisión de errores y la responsabilidad de RDS en cualquier actividad de su filial. Además, a 13 de mayo de 2009 presenta un escrito de impugnación de la competencia del tribunal de La Haya para juzgar las actuaciones de SPDC en el caso de Oruma, alegando independencia entre ambas y autonomía total en la gestión. El 30 de diciembre del mismo año, un auto del tribunal reafirma su competencia sobre el caso; cuestión que se repetirá análogamente para los casos de Goi y Ikot Ada Udo con resoluciones a fecha 24 de febrero de 2010. Tampoco estima la objeción de Shell que alegaba litispendencia en el caso de Ikot Ada Udo.

29. Por tanto, en la audiencia de 11 de octubre de 2012 quedan los casos vistos para sentencia, una vez salvados los obstáculos de índole procesal que Shell había interpuesto a las reclamaciones. La resolución sobre el fondo se anunció para el día 30 de enero de 2013.

IV. Análisis de la sentencia estimatoria del caso Ikot Ada Udo, 30 enero 2013.

30. El veredicto del tribunal de distrito neerlandés se hizo público, tal y como estaba previsto, el día 30 de enero de 2013. De las cinco reclamaciones presentadas –dos demandantes en el poblado de Oruma, uno en Goi, otro en Ikot Ada Udo y, por último, la reclamación presentada por Milieodefensie–, el tribunal neerlandés sólo estimó parcialmente las pretensiones del Sr. *Akpan*, residente en Ikot Ada Udo. Esta pequeña victoria ya es significativa, al ser la primera vez que una filial es juzgada en el país de su empresa matriz por daños ocurridos en el territorio del Estado de la filial. Por ello nos centraremos en este epígrafe en la resolución del caso Ikot Ada Udo, analizando cómo han sido tratadas dos de las cuestiones esenciales en el ámbito del Derecho internacional privado: autoridad competente y ley aplicable al caso. El reconocimiento y ejecución de las resoluciones judiciales, por el momento procesal en el que se encuentra el caso, en segunda instancia, no será abordado más que para apuntar un par de cuestiones relevantes.

1. Autoridad competente

31. El tribunal de distrito de La Haya reconoce que tiene jurisdicción y competencia para conocer de todas las demandas presentadas, pese a las objeciones de Shell a que SPDC pudiera ser juzgada por un tribunal neerlandés. El razonamiento jurídico se expone a continuación.

A) Competencia respecto a la matriz (RDS): Reglamento Bruselas I.

32. En lo que respecta a RDS, matriz, dado que su sede se encuentra en La Haya, se aplica el Reglamento Bruselas I. En una lectura conjunta de los artículos 2.1. y del 60.1, los tribunales de Los Países Bajos son, al igual que los tribunales de Reino Unido –donde tiene Shell su domicilio o sede estatutaria–, competentes para conocer del caso en lo relativo a RDS, ya que se trata de una *sociedad domiciliada* en un Estado miembro parte del Reglamento.

B) Competencia respecto a la filial (SPDC): Código de procedimiento civil neerlandés.

33. Más polémica resultó la competencia del tribunal para juzgar la actividad de la filial nigeriana, SPDC. En virtud del artículo 4.1 del Reglamento 44/2001, al no tener domicilio en un Estado Miembro ni estar vinculado el caso a una competencia exclusiva del artículo 22 ni existir sumisión –prevista en el artículo 23–, la competencia judicial internacional se regirá en cada Estado miembro por su ley interna. En este caso, la ley neerlandesa; concretamente, su Código de procedimiento civil.

34. Según sus normas generales, el tribunal neerlandés no sería el adecuado para juzgar el litigio, ya que no se identifica con el lugar de verificación del daño. No obstante, existen algunas excepciones en dicho código que permitirían el reconocimiento de competencia internacional de los tribunales neerlandeses sobre la filial nigeriana⁵⁷. En este caso, se aplicó el artículo 7, según el cual en caso de que un tribunal neerlandés tenga competencia sobre uno de los acusados en cuestiones iniciadas por una demanda, también tendrá competencia sobre los otros acusados en el mismo proceso siempre que las distintas acusaciones estén conectadas hasta tal punto que razones de eficiencia justifiquen una audiencia conjunta⁵⁸.

C) Controversia respecto a la competencia del tribunal neerlandés

35. En base al artículo 7 los demandantes fundamentaron la competencia del tribunal neerlandés para juzgar a RDS y a SPDC. Sin embargo, Shell planteó objeciones a que así fuera reconocido, alegando lo siguiente:

- 1) Que el reconocimiento de la competencia por parte del tribunal se realiza con una base legal incorrecta: según Shell, era previsible que bajo la ley nigeriana las demandas frente a RDS no pudieran prosperar; por tanto, los demandantes incurrian en un abuso procesal⁵⁹ iniciando conjuntamente las demandas frente a RDS y SPDC aprovechando la competencia sobre RDS y dicho artículo 7.
- 2) En segundo lugar, Shell invoca la sentencia en el asunto *Painer* del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (de 1 de diciembre 2011, No. C-145/10) para condicionar la aplicación del artículo 7 al hecho de que SPDC pudiera haber previsto la posibilidad de ser juzgada en Los Países Bajos por sus actividades en Nigeria, en analogía con lo que el TJUE (as. *Painer*, párrafo 81) admite para aplicar el artículo 6.1. del Reglamento 44/2001 a casos en los que existe una diferencia en la base de las demandas iniciadas contra varios acusados pero siempre que éstos pudieran haber previsto la posibilidad de ser juzgados en un Estado miembro en el que al menos uno de ellos estuviera domiciliado. Por tanto, según Shell, dado que SPDC no podía prever tal circunstancia, el tribunal neerlandés no debía reconocer su competencia.

36. El tribunal se pronuncia respecto del primer punto afirmando que no existe ningún abuso procesal porque de antemano sí era verosímil defender que, en determinadas circunstancias y según la ley nigeriana, la matriz de un grupo de sociedades pudiera ser responsable por los actos de negligencia cometidos contra las personas que sufren un daño como consecuencia de las actividades de sus filiales. De hecho, así ocurrió en el caso *Chandler vs. Cape*, juzgado en Inglaterra.⁶⁰

⁵⁷ El artículo 7 o, entre otras, el foro de necesidad del artículo 9.

⁵⁸ Traducción de la autora del siguiente texto: «If legal proceedings are to be initiated by a writ of summons and a Dutch court has jurisdiction with respect to one of the defendants, then it has jurisdiction as well with respect to the other defendants who are called to the same proceedings, provided that the rights of action against the different defendants are connected with each other in such a way that a joint consideration is justified for reasons of efficiency».

⁵⁹ El hecho de que la audiencia conjunta prevista en el artículo 7.1 del Código de procedimiento civil neerlandés pueda convertirse en un abuso procesal es algo defendido en la literatura legal neerlandesa si bien nunca se ha apreciado así en casos de relaciones entre matrices y filiales, como nos recuerdan A.G. CASTERMANS & J. VAN DER WEIDE, *op. cit.*, p. 47.

⁶⁰ *Chandler v Cape plc* [2012] EWCA Civ 525; Court of Appeal, England. Disponible en: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2012/525.html> [Consulta: 12/0272013].

37. Respecto de la segunda alegación de Shell et al. para impugnar la competencia, el tribunal la desestima también al encontrar que falla un presupuesto básico: las demandas contra RDS y SPDC no tienen diferente base legal, sino que, por el contrario, se basan en la misma cuestión jurídica; esto es, el reconocimiento de la responsabilidad por negligencia para obtener compensación. Además, según el tribunal, sí era previsible que SPDC pudiera ser juzgada en Los Países Bajos junto con RDS. En la sentencia (punto 4.5), como ya mencionamos antes, se reconoce la existencia de una tendencia internacional a juzgar la responsabilidad de las matrices en su propio país por las prácticas dañinas de sus filiales junto con éstas⁶¹. Por todo ello, ni siquiera entra a valorar el tribunal si se podría aplicar por analogía el razonamiento del TJUE al artículo 7 del código de procedimiento civil neerlandés al no verificarse ese presupuesto⁶².

38. Por último, en la sentencia se hace una apreciación importante: incluso en el supuesto de que RDS no fuera finalmente responsable por los daños alegados y exclusivamente SPDC fuera juzgada por actividades y resultados ocurridos en Nigeria, no procedería la excepción *forum non conveniens*, que –según el texto de la sentencia– *no longer plays a role in today's international private law*. Así, la competencia del tribunal neerlandés no cesaría en el caso de que la reclamación a RDS fuera desestimada y, en consecuencia, la conexión con la jurisdicción neerlandesa fuera mínima. En este mismo sentido, y aunque no es mencionada en la sentencia, interpreta el TJUE las disposiciones del Reglamento Bruselas I. Según esta interpretación, los tribunales neerlandeses no podrían declararse a sí mismos incompetentes en base a la excepción *forum non conveniens*⁶³. Conviene recordar que para la ley neerlandesa, a efectos de reconocer la competencia, no es determinante si la filial y la matriz pueden resultar una misma unidad empresarial y de dirección o si simplemente la matriz, independientemente, pudiera resultar responsable por fallos en la supervisión, siendo la base de la compensación un acto ilícito cometido por filial o matriz⁶⁴.

D) ¿Competencia sobre ambas sociedades –matriz y filial– sin necesidad de levantar el velo?

39. En este caso, la competencia sobre ambas sociedades es posible, sin necesidad de levantar el velo, gracias al artículo 7 del Código de procedimiento civil neerlandés. Porque, de no existir este artículo u otro similar, la incompetencia del tribunal respecto de uno de los demandados (en este caso, la filial, no domiciliada) unido al principio general de la *responsabilidad limitada* entre entidades jurídicamente independientes, solo podría salvarse –en teoría– si se levantara el velo societario, siendo entonces filial y matriz «una misma entidad», de manera que la competencia sobre una implicaría, automáticamente, la competencia sobre la «otra». Sin embargo, hay que recordar que, en el ámbito europeo, el artículo 2 del Reglamento Bruselas I no permite que opere el levantamiento del velo⁶⁵, porque cada persona jurídica debe ser tratada como un demandado separado a efectos de dicho artículo (SAP Madrid 27 junio 2003)⁶⁶. Por tanto, no podría considerarse que la filial sí está «domiciliada» porque esté 100% bajo la dirección de la empresa matriz de un Estado miembro, salvo que la filial sea «falsa» o puramente nominal (por el «principio de la apariencia»⁶⁷), lo cual conlleva una dificultad probatoria considerable para las víctimas de daños ambientales de países empobrecidos, normalmente en una situación desfavorable.

⁶¹ L. ENNEKING, *op. cit.*, pp. 400-406.

⁶² Para un análisis en profundidad de dicha sentencia del TJUE y del artículo 6.1 de Bruselas I, vid. B. CAMPUZANO DÍAZ, «El TJUE de nuevo con el foro de la pluralidad de demandados. Nota a la sentencia de 1 de diciembre de 2011 en el asunto *Painer*», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Marzo 2012, Vol. 4, No 1, pp. 245-255.

⁶³ Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE, de 1 de marzo de 2005, asunto C-281/02, *Andrew Owusu vs. N. B. Jackson*, que actúa con el nombre comercial «Villa Holidays Bal-Inn Villas» y otros. Para ver otros comentarios de esta sentencia: F. IBILI, «At last: The EC Court of Justice on Forum Non Conveniens», *Netherlands International Law Review* 2006, Vol. 53, pp. 127-139. Disponible en: <http://dspace.ubvu.vu.nl/bitstream/handle/1871/23245/198152.pdf?sequence=1> [Consulta: 12/02/2013]. En contra del rechazo de dicha excepción, vid. BRITISH MINISTRY OF JUSTICE, *Review of Brussels I Regulation*, disponible en: http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0002/contributions/ms_governments/united_kingdom_en.pdf [Consulta: 12/02/2013].

⁶⁴ A.G. CASTERMANS & J. VAN DER WEIDE, *op. cit.*, p. 45.

⁶⁵ En un sentido diferente, vid. C. OTERO GARCÍA CASTRILLÓN, «International litigation trends in environmental liability: a European Union–United States comparative perspective», *Journal of Private International Law*, vol. 7, núm. 3, 2011, p. 559.

⁶⁶ A.L. CALVO CARAVACA, et. al, *op.cit.*, p. 536.

⁶⁷ De F. SALERNO, citado por A.L. CALVO CARAVACA & J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 536.

40. Esto sin olvidar que la posibilidad que plantea el artículo 6.1. del Reglamento de litisconsorcio pasivo, no es aplicable cuando una de las sociedades codemandadas, como ocurre en este caso, está domiciliada en un tercer Estado⁶⁸. Por ello, la única solución se encontrará, en el ámbito europeo y hasta la fecha, en el régimen autónomo de DIPr del Estado del tribunal que conozca del asunto, sin que exista una solución homogénea. Este hecho dificulta defender la tesis de que existe de una tendencia sostenible y consistente en la Unión Europea a que filiales no domiciliadas sean juzgadas en los países de sus matrices junto con éstas, ya que será un resultado contingente, dependiendo del Derecho interno aplicable en el Estado miembro de la matriz en el que se presente la demanda. Sí podría admitirse la inclinación de los tribunales europeos a interpretar las normas vigentes en favor de esa atracción del asunto a su competencia, sin embargo esto no siempre ni en todo ordenamiento será posible, con la consecuente incertidumbre e inseguridad jurídica.

41. Concretamente, en España, la previsión del artículo 22 LOPJ para obligaciones extracontractuales no permitiría reconocer la competencia de los tribunales españoles sobre una filial domiciliada en un tercer Estado en el que se verifiquen los daños, ya que sólo son aquéllos competentes cuando «el hecho del que deriven (*las obligaciones extracontractuales*) haya ocurrido en territorio español o el autor del daño y la víctima tengan su residencia habitual común en España». Por tanto, bajo este artículo, sería remota la posibilidad de reconocer la competencia (tendría que tener la víctima residencia en España a la vez que la matriz, y aún en este caso no podría atribuirse sobre la filial).

42. Interesaría por tanto que se aplicara en sede de competencia Bruselas I, siendo así que sería posible juzgar a una matriz europea –olvidándonos ahora del problema de la competencia sobre la filial– por daños verificados en un tercer Estado, demandando a ésta exclusivamente (no a la filial) bien por daños directos (teniendo que probar la causalidad entre la decisión de la matriz y los daños, cosa nada fácil) bien por la vulneración del deber de cuidado (sobre la actividad de la filial). En cualquier caso, es improbable dicha posibilidad, entre otras cuestiones, por la enorme dificultad probatoria, tanto del nexo de causalidad como de la culpabilidad –ya que en muchos países de la UE no está reconocida la responsabilidad objetiva de las matrices por la actividad de sus filiales extranjeras en cuestiones como los daños al medio ambiente–.

43. Fuera del ámbito europeo, el levantamiento del velo sí podría lograr la atribución de competencia⁷⁰, no sin numerosos obstáculos. En primer lugar, el tribunal deberá verificar si tanto la parte demandante como la demandada poseen legitimación procesal, activa y pasiva respectivamente.⁷¹ Y en segundo lugar, cabe preguntarse qué Derecho se aplicaría al levantamiento del velo. Pues bien, al tratarse de una operación sustantiva vinculada a la responsabilidad civil –ya que el fin es que la matriz responda por los actos de las filiales– y al no existir normas materiales ni normas de conflicto específicas que lo regulen, algunos autores son de la opinión de que sería aplicable la ley que designen las normas de conflicto en materia delictual o cuasidelictual. Esto presenta algunos problemas. El primero es que la frecuente conexión del «lugar del acto generador del daño» debe ser interpretada⁷² y, en su caso, aplicada, en un momento procesal previo a conocer del fondo de la demanda⁷³. El segundo es la incertidumbre o falta de seguridad jurídica acerca del Derecho que finalmente será designado aplicable a tal efecto y

⁶⁸ Vid. STJCE de 27 de octubre de 1998, asunto *Réunion européenne y otros*, Rec. 1998, pp. 6511 y ss.

⁶⁹ Cursiva nuestra.

⁷⁰ Precisamos que nos referimos a casos en los que la matriz está domiciliada en un país parte en el Reglamento Bruselas I pero la filial es de un tercer Estado en los cuales se verifican los daños. En caso de que ambas empresas fueran domiciliadas, lógicamente la competencia sería automática y el levantamiento del velo no sería necesario en sede de competencia, si bien sí a la hora de valorar la responsabilidad en los daños.

⁷¹ M. VINAIXA MIQUEL, *op. cit.*, p. 389. La cuestión de la legitimación de las ONG ya se abordó con anterioridad. Vid. p. 20-24.

⁷² Dependerá de si se considera que es el lugar en el que la filial desarrolla su actividad o, en la medida en que se considere que es la matriz la que dirige y toma las decisiones referidas a la seguridad, control, etc. que pudieran ser la causa última del daño, pueda considerarse el país en el que la matriz está domiciliada o ejerce su actividad.

⁷³ M. VINAIXA MIQUEL, *op. cit.*, p. 390.

por tanto sobre la posibilidad final o no de levantar el velo para estimar la responsabilidad y las exigencias o dificultades probatorias.

44. Parece por tanto que en el ámbito europeo, con Bruselas I –y también con Bruselas I bis que no ha supuesto cambios en este sentido–, nos encontramos con cierta imprevisibilidad y mucha heterogeneidad en la regulación de la competencia para estos supuestos ante la inexistencia de una norma de Derecho material uniforme común que prevea la competencia en casos de *demandados no domiciliados* (cuestión sugerida en el proceso de modificación de Bruselas I que finalmente no fue incorporada⁷⁴ y a la que tampoco se hace referencia en las Recomendaciones de la Comisión sobre recursos colectivos, citado *supra*.) y además, con la imposibilidad de utilizar el levantamiento del velo para atribuirse la competencia sobre las filiales no domiciliadas, haciendo depender la única posibilidad de juzgar ambas sociedades conjuntamente –algo que parece mucho más eficiente– a las normas de producción interna de aplicación subsidiaria que son, por lo general, heterogéneas. Este panorama sin duda hace pensar en la necesidad de mejoras, más aún teniendo en cuenta que en muchos de los casos que se planteen en materia medioambiental que impliquen a grupos societarios será frecuente que las filiales tengan su sede en países empobrecidos no contratantes de Bruselas I como parte codemandada –el artículo 5.3 por tanto queda fuera de juego, al igual que el 6.1–. Sin mencionar que serán otros muchos ámbitos jurídicos los afectados por la globalización de las relaciones económicas en los que algún demandado sea no domiciliado (Derecho de la competencia, societario, financiero, laboral, consumidores y usuarios, etc.)

45. Ahora bien, ¿cómo hacerlo? ¿Es posible conseguirlo? ¿Qué interrogantes se plantean? A continuación se exponen una serie de interrogantes que pretenden dibujar mejor el mapa de los problemas, objetivos y de las posibles vías para alcanzarlos.⁷⁵

E) ¿Es conveniente/interesante que matrices y filiales puedan ser juzgadas conjuntamente en países de la UE? Algunos obstáculos y propuestas

46. No han sido pocos los obstáculos que se han señalado ante la posibilidad de que un tribunal en algún país de la UE pudiera juzgar conjuntamente a matriz y filial no comunitaria por daños verificados en el territorio de un tercer Estado. De entrada podría pensarse que no existe una conexión suficiente al verificar el daño en un tercer Estado y al no ser la filial una sociedad domiciliada, tratándose de un foro exorbitante. Por ello, el reconocimiento y ejecución de la sentencia que se dictase en virtud de aquél, podría dificultarse e incluso hacerse imposible, con la consecuente vulneración del derecho a la justicia efectiva y la pérdida de recursos materiales e inmateriales que supone el desarrollo del litigio.

47. Pero, sin perder de vista el factor político que, en la práctica, condiciona tantas decisiones jurídicas e imposibilita muchas veces la inclusión y aplicación de nuevos criterios más eficaces y más justos en nuestros ordenamientos, ante esta objeción cabe hacerse algunas preguntas a la luz de las realidades económicas que acompañan las virtualidades jurídicas de los grupos societarios: ¿es realmente una conexión *mínima* con un Estado el hecho de que su mercado –una sociedad domiciliada en dicho Estado o que tiene en él su sede de operaciones– reciba el 100% de los beneficios de una actividad empresarial cuyo desarrollo, en algún lugar, ha dado lugar a los daños medioambientales? ¿No es propio de la jurisdicción de un Estado regular su mercado, concepto que, sin lugar a discusión, no se circscribe en la actualidad a su territorio, más cuando hablamos de la actividad de empresas multinacionales? ¿Es el domicilio de la matriz una conexión insuficiente, siendo conscientes de las relaciones de poder que dominan en las corporaciones multinacionales, para extender la competencia a la filial directamente re-

⁷⁴ Vid. COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Libro Verde de la revisión del Reglamento 44/2001*, de 21 de abril de 2009, COM 2009, 175 final. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2009:0175:FIN:ES:PDF> [Consulta: 1/3/2013].

⁷⁵ Éstas se circunscribirán principalmente al caso en el que la matriz sí sea europea –domiciliada en territorio del Reglamento Bruselas I– pero no así la filial, de un tercer Estado, en el que se verifica generalmente el daño al medio ambiente –el ecológico puro y las concreciones en individuos concretos que ven dañados su propiedad, medios de vida, salud, etc.–.

lacionada con el daño o bien asumir una responsabilidad objetiva de la matriz –o bajo presunción *iuris tantum*– y poder así conocer del fondo del asunto sin que la parte demandante –normalmente débil– tenga que afrontar una especie de prueba diabólica siquiera para que su demanda sea admitida a trámite? ¿No parecen más eficientes, a nivel global, las audiencias conjuntas? ¿Debe un país europeo en el que se domicilia la matriz de una multinacional permitir que el deber de diligencia sobre sus filiales no sea garantizado con el mismo rigor con independencia de la ubicación de las mismas cuando lo que están en juego son bienes jurídicos de tal importancia, más cuando su propio mercado –y empresas– se benefician directamente de su actividad extraterritorial? ¿Podemos permitir –en base a los valores y principios de nuestro ordenamiento, de la comunidad internacional y según una elemental noción de justicia– que se haga en «casa del vecino» lo que no haríamos en la nuestra y recibir sólo los beneficios –no los costes– de dicha actividad?⁷⁶

48. Por otra parte, a la vista de la importancia que tiene, en magnitud e influencia, la actividad de un grupo empresarial multinacional cuyo entramado de redes abarca varios países y le permite moverse en esferas jurídicas distintas según su conveniencia, beneficiándose de limbos jurídicos que con frecuencia permiten abusos, ¿no parece que, al menos, debería darse a la parte débil –no sólo nos referimos a los particulares que eventualmente sufran un daño directo patrimonial o de salud por su actividad sino a todos los ciudadanos que nos vemos afectados en tanto que se daña nuestro ambiente y medio de vida⁷⁷– la facultad de elegir el foro más favorable a sus intereses, la ventaja de no tener que probar cuestiones tan difíciles como el control intra grupos⁷⁸ o la causalidad entre la actividad de la matriz y el daño... la posibilidad de que sus intereses sean defendidos colectivamente por asociaciones dedicadas a tales cuestiones? Y, siendo indiscutible que el medio ambiente es un bien universal cuyo perjuicio en cualquier parte del mundo nos afecta a todos, ¿no debería la comunidad internacional intentar garantizar que las sentencias dictadas en estos casos sean reconocidas y ejecutadas allá donde sea necesario, con independencia de qué país haya juzgado la cuestión siempre que se hubiera seguido un proceso con todas las garantías y que la conexión con el fondo del litigio hubiera sido razonablemente próxima⁷⁹?

49. Dado que las realidades empresariales de la actualidad pueden difícilmente circunscribirse a un territorio determinado (además del lugar físico de desarrollo de la actividad, existen otros, como el lugar de procedencia del capital o de la tecnología, el lugar en el que se reciben los beneficios, el lugar en el que se deciden realmente las operaciones, el lugar que determina la legislación fiscal aplicable al negocio, etc.) parece tener poco sentido que un solo Estado –en este caso, en general, el del lugar donde

⁷⁶ Llama la atención como las disposiciones europeas hacen constante referencia a la protección de derechos de los domiciliados o nacionales en la Unión, incluso extraterritorialmente, mientras que cuesta encontrar referencias al cumplimiento de deberes. Como ejemplo, en las Recomendaciones *cit. supra.*, de 12 de junio 2013, la Comisión afirma «*Both citizens and businesses should be able to obtain effective redress, in particular in cross-border cases and in cases where the rights conferred to them by the EU law have been infringed*». Sin referencia al cumplimiento de los deberes que el Derecho europeo les impone, en los mismos casos. Vid. EUROPEAN COMMISSION, *op.cit.* Disponible en: http://ec.europa.eu/justice/civil/files/com_2013_401_en.pdf [Consulta: 13/06/2013].

⁷⁷ Mediante instituciones que hagan factible la defensa de tales intereses difusos colectivos (generales) o que representen a una colectividad de perjudicados (determinados o no), se entiende.

⁷⁸ Nótese cómo el Tribunal de Justicia de la UE, al constatar la dificultad que encontraba la Comisión para demostrar el control de la matriz sobre la filial, precisó que dicha prueba no era exigible si la matriz controlaba la totalidad del capital social de la filial. (Vid. O. ARMENGOL, «La responsabilidad de las sociedades matrices por prácticas anticompetitivas de sus filiales», *Newsletter Pérez-Llorca*, núm. septiembre-diciembre 2012. Disponible en: <http://catedraperezllorca.ie.edu/sites/default/files/La%20responsabilidad%20de%20las%20sociedades%20matrices%20por%20las%20conductas%20anticompetitivas%20de%20sus%20filiales.pdf>. [Consulta: 15/05/2013]. Si esto es así para la Comisión Europea, tanto más lo será para los que suelen ser demandantes en este tipo de litigios por daños medioambientales, en una posición mucho más débil económica, jurídica y técnicamente.

⁷⁹ Con, por ejemplo, un convenio internacional al respecto en el que podría asumirse no sólo el reconocimiento obligado de este tipo de sentencias sino también la creación de un fondo internacional en el que la reparación civil resultante de esos litigios por daños ecológicos puros –la parte que correspondiera al interés difuso no individualizable en daños patrimoniales o a la salud– fuera depositada para la conservación y mejora del medio ambiente de manera internacional, con ciertos criterios de aplicación fijados por mayoría en base a las prioridades medioambientales globales o a la proximidad material (tipo de recurso) o territorial (lugar de los verificaciones de los perjuicios) con el daño que dio lugar a la compensación–.

se verifica el daño (en primera instancia o de manera más obvia en el caso de daños ambientales) –deba ser competente para juzgar cualquier litigio en materia medioambiental relacionado con el negocio. Es decir, en nuestra opinión tiene sentido ofrecer a las víctimas foros alternativos entre, por ejemplo, el del lugar de verificación del daño o aquel en el que se ubica la matriz de la filial que se vio directamente relacionada con el daño, siempre que exista alguna conexión que permita presumir *iuris tantum* que existe control de la matriz (por ejemplo, que tenga una mayoría considerable –o el 100%– del capital accionario⁸⁰) y/ o se verifiquen ciertos «índicadores» (por ejemplo: que la matriz en cuestión reciba más del 50% de los beneficios de la filial, que estén vinculadas a códigos de conducta comunes, que la plantilla de directivos de la filial cuente con expatriados, etc. –siempre que no se demuestre lo contrario por parte de los demandados–), sin que sea necesario levantar el velo en sede de determinación de la competencia, evitando con ello, entre otros problemas⁸¹, un «juicio anticipado».

50. Por tanto, respondiendo a la pregunta inicial, sí parece interesante, desde el punto de vista de la eficiencia, de la salvaguarda del medio ambiente como interés difuso, de la protección de la parte débil y de la creación de un mercado europeo con menos externalidades negativas y de un espacio de justicia más seguro, equitativo y coherente –sin tantas asimetrías ni distorsiones que generen comportamientos oportunistas o límbos jurídicos que permitan abusos de derecho–, que matrices y filiales puedan ser juzgadas conjuntamente en estos supuestos, a elección del demandante, bien en el lugar de verificación del daño, bien en el Estado de domicilio de la matriz de la multinacional, que generalmente será más beneficioso para las víctimas.

51. Ahora bien, conseguir que las matrices puedan ser juzgadas en sus propios países por daños causados por sus filiales en terceros Estados parece encontrar, en primer término, un obstáculo de agenda política, ya que, como comentamos con anterioridad, la extensión de la competencia en ciertos supuestos a los no domiciliados en el proceso de revisión del Reglamento Bruselas I ya se contemplaba pero no fue incorporada, resultando su nueva versión, de nuevo, insuficiente⁸². Parece necesario convenir de que los beneficios de la adopción de medidas en este sentido superan con creces a los posibles costes. En primer lugar y recapitulando: ¿de qué propuestas hablamos?

52. Incorporar un *foro alternativo*, como sugiere la doctrina para otros supuestos⁸³, en caso de demandados no domiciliados para casos de daños medioambientales que permita aplicar también el artículo 6 (de litisconsorcio pasivo) y el artículo 5.3. de Bruselas I a las filiales, siempre que exista una conexión razonable con el mercado europeo, y de manera alternativa, siendo elección de los perjudicados. Parece cada vez más evidente que los clásicos puntos de conexión, esencialmente territoriales, deberían evolucionar, en estos casos, hacia otros más «líquidos», ligados a la actividad económica real que, con frecuencia, se aleja de la plasmada en una formalidad jurídica. En relación a la conexión con el mercado europeo, podría ser conexión suficiente alguno de los siguientes hechos: que la matriz sea

⁸⁰ En Derecho de la competencia, la posibilidad de imputar a la matriz la responsabilidad de una conducta cometida por una de sus filiales fue confirmada por primera vez por el Tribunal de Justicia en el asunto 48/69, *Imperial Chemical Industries c. Comisión* (1972), señalando que «el comportamiento de una filial puede imputarse a la sociedad matriz, en particular cuando, aunque tenga personalidad jurídica separada, esa filial no determina de manera autónoma su conducta en el mercado sino que aplica, esencialmente, las instrucciones que le imparte su matriz». Pero como la prueba del efectivo control era muy difícil, en el asunto 107/82, *AEG Telefunken c. Comisión* (1983), el Tribunal de Justicia admitió que en los casos en los que una matriz posea el 100% del capital de su filial, entonces se presume dicho control, recayendo sobre la matriz la carga de desvirtuar la presunción aportando pruebas de autonomía de su filial (apartado 50).

⁸¹ Determinar qué ley se aplica al levantamiento del velo, a la legitimación pasiva, salvar la falta de precedentes y criterios por lo excepcional de la institución, desincentivar el control intra-grupos (porque interesaría mantener la menor relación posible con las filiales para evitar cualquier indicio de «control» o de evidencia de «políticas comunes»), la carga probatoria para los demandantes, etc.

⁸² De P. A. DE MIGUEL ASENSIO, «El nuevo reglamento sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones», *La Ley*, Año XXXIV, Número 8013, 31 de enero de 2013, p. 8. Disponible en: <http://eprints.ucm.es/20429/1/pdemiguelasensiolaLey8013-2013.pdf> [Consulta: 27/02/2013]

⁸³ L.A. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA, *op. cit.*, vol. I., p. 163.

europea y posea el 100% del capital de la filial, salvo que pruebe (la matriz) la autonomía de su filial⁸⁴, lo cual evitaría, bajo esos criterios, la necesidad de levantar el velo para los demandantes; que el 100% de los beneficios de la filial vayan al país europeo (en el caso que nos ocupa, los beneficios de SPDC son depositados en Los Países Bajos⁸⁵); que filial y matriz sean parte de un código de conducta europeo, etc.

53. También podría preverse un *foro de necesidad* que privilegie la protección de las víctimas en términos de justicia efectiva cuando no exista otro foro del que sea probable esperar que justicia substantiva o material, aunque teóricamente sí exista alguno competente, como ocurre en el Derecho neerlandés⁸⁶.

54. Para evitar los problemas del foro exorbitante, en caso de que así pudiera ser considerado y con independencia del instrumento elegido, podría promoverse –por ONG y organismos internacionales– la adopción de un tratado internacional que obligue a que en materia medioambiental sólo pueda rechazarse motivadamente⁸⁷ el reconocimiento y ejecución de aquellas sentencias que hayan sido el resultado de un proceso en el que los derechos y garantías esenciales no se hayan respetado o que vulneren las normas de Derecho internacional público comúnmente aceptadas. Además, dicho convenio podría prever, como dijimos previamente, la creación de un fondo en el que la reparación civil resultante de esos litigios por daños ecológicos puros fuera depositada para la conservación y mejora del medio ambiente de manera global.

55. Otra opción –que evitaría los problemas de que dicha competencia sobre las filiales fuese considerada un foro exorbitante– es modificar en vez de normas de DIPr (o en paralelo) el Derecho sustantivo societario-civil, de manera que, en toda la UE, las matrices puedan responder objetivamente⁸⁸ por daños medioambientales causados por la actividad de sus filiales en el extranjero o bien, en un nivel menor, que la responsabilidad fuera subjetiva pero que se invirtiera la carga de la prueba, de manera que, salvo que prueben lo contrario, las matrices sean consideradas responsables civilmente de los daños medioambientales causados por sus filiales⁸⁹, ya que tienen acceso privilegiado a la información y una posición generalmente mucho más fuerte que los demandantes.

⁸⁴ Este criterio se utiliza ya, como vimos *supra.*, en Derecho de la competencia en la Unión Europea para determinar la responsabilidad de las matrices por las conductas anticompetitivas de sus filiales, tal y como ha confirmado el Tribunal de Justicia de la UE en numerosos asuntos: As. 107/82, *AEG Telefunken c. Comisión* (1983); As. C-97/08, *Akzo Nobel* (2009). De esta manera, no es la Comisión sino la empresa la que debe probar la autonomía de la filial (Vid. O. ARMENGOL, *op. cit.*).

⁸⁵ Vid. nota al pie número 34.

⁸⁶ El «*foro de necesidad*» del artículo 9 del Código de procedimiento neerlandés opera en caso de que no exista otro tribunal extranjero con competencia, porque el acceso a los tribunales competentes sea imposible por guerra o un desastre natural o porque el debido proceso no pueda ser garantizado. Sin embargo, en este último caso, es necesario que exista una conexión suficiente con el sistema legal neerlandés, no así en los primeros. *Se estima que la presencia de una matriz neerlandesa sería un factor de conexión suficiente.* Vid. A.G. CASTERMANS & J. VAN DER WEIDE en *The legal liability of Dutch parent companies for subsidiaries' involvement in violations of fundamental, internationally recognised rights*, 2009, p. 46 (Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1626225> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1626225>. [Consulta 10/02/2013].)

⁸⁷ En caso de que fuera denegado el reconocimiento, la motivación debería justificar la razonabilidad de la decisión –en base al tratado– y además, fundamentar las razones que hacen a dicha solución más razonable que todas las demás. Este principio de razonabilidad «máxima» –nombre nuestro– es propuesto para la motivación de decisiones discrecionales por I. COLOMER HERNÁNDEZ, *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*, Tirant Monografías n. 259, Valencia 2003, p. 319.

⁸⁸ En este modelo, propio de países como Alemania y EE.UU., no es necesario indagar en el comportamiento del causante del daño (sí en el de responsabilidad subjetiva propia de países como España, Francia, Reino Unido o Italia), pues debe indemnizar sólo por haber realizado y haberse lucrado de una actividad susceptible de producir riesgo en cuyo ejercicio ha acontecido el efecto dañoso.

⁸⁹ En ambos supuestos habrá que demostrar el daño y la relación de causalidad en el juicio, cuestión no menos difícil. Solución para evitar esa carga probatoria sobre la víctima la encontramos en la Ley de responsabilidad ambiental alemana de 1990, donde se «introdujo una presunción iuris tantum en virtud de la cual el perjudicado no tendrá que probar la existencia del nexo causal sino únicamente que una determinada instalación es apropiada para haberle producido el daño». Vid. M. VINAIXA MIQUEL, *op. cit.*, pp. 339-340.

56. La conveniencia de esta opción dependerá de qué Derecho resulte aplicable finalmente y de cuál rija la legitimación procesal. Bajo Roma II, como veremos, podría tener mayor sentido ya que la posibilidad de elección de ley aplicable para la víctima entre la del lugar de verificación del daño y la del origen del daño podría mantener la coherencia entre la competencia y la responsabilidad objetiva o subjetiva (con presunción) de las matrices. Porque, de ser aplicable el Derecho de un tercer Estado, podrían plantearse algunos problemas. Entre otros, que el tribunal aplicara la *lex causae* para determinar la legitimación y la matriz no tuviera legitimación por su poca proximidad a los daños verificados (lo cual podría ser frecuente, dado el escaso desarrollo normativo de estas cuestiones de vínculos societarios y Derecho medioambiental en los países empobrecidos en los que con mayor frecuencia ocurren estos daños); o que sí fuera legitimada –bien porque el Derecho aplicable lo permitiera bien porque se hubiera determinado por la *lex fori*– pero que no sirviera de nada si el Derecho sustantivo aplicable no acompaña en el mismo sentido –favorable a poder reconocer la responsabilidad de las matrices–.

57. En cuanto a los *costes*, si la matriz consigue demostrar la diligencia debida (en caso de responsabilidad subjetiva con presunción) o bien no se demostraría la relación de causalidad entre la acción y el daño y no se reconociera la responsabilidad objetiva, entonces los demandantes pagarían los costes del proceso, lo cual debería ser una carga suficiente como para que la decisión de litigar en otro país sea tomada con seriedad y fundamento. Desde el punto de vista económico, parece justo y eficiente, porque además el demandado (matriz) litigará en «casa» si los demandantes eligen ese foro⁹⁰.

58. En relación al *foro*, al tratarse del domicilio del demandado la fundamentación encaja con la de los foros usuales comúnmente mantenidos en la legislación europea. Si se pretende atraer además la competencia sobre las filiales de manera uniforme, necesariamente habrá que introducir alguna modificación legislativa que, por ejemplo, como señalábamos en el primer punto de propuesta, de manera similar al artículo 7 neerlandés aplicado al caso, justifique la audiencia conjunta por motivos de eficiencia y coherencia, ya que evitaría resoluciones contradictorias (las cuales podrían darse respecto de la filial en un proceso ulterior que se planteara en otro país por los mismos hechos pero por la responsabilidad de ésta última si sólo se demandó a la matriz y ésta fue encontrada responsable –probándose el daño– por negligencia en su deber de cuidado, por ejemplo).

59. Por último, nos parece interesante preguntarnos por las posibles distorsiones económicas que podría ocasionar una política legislativa en este sentido. No sólo por analizar la viabilidad y eficacia de una posible norma, sino porque, guste o no, es prioridad del legislador europeo la competitividad del mercado común y determinará el sentido de las innovaciones jurídicas. Aunque por razones de espacio no será abordado en profundidad, a priori podríamos pensar que las matrices quisieran cambiar su sede a otros lugares donde la competencia no se reconociera y la responsabilidad no se presumiera. Ahora bien, eso supondría renunciar en muchos casos a la seguridad jurídica y a las ventajas fiscales que esos Estados ofrecen, siendo esa posible exigibilidad de responsabilidad un factor más de los muchos que condicionan la decisión de invertir en un determinado país. La solución pasaría por realizar un análisis económico de manera que, sin dejar de atender a criterios de justicia por la debida reparación del daño y protección del medio ambiente, cumplir las normas saliera más rentable a las empresas matrices que incumplirlas y existiera cierta seguridad en cuanto a los criterios de «debido cuidado», que facilitaran verificar su diligencia, aunque sean exigentes (que sean comprobables y lo más objetivos posible). Esto debería estar en relación al estudio de las indemnizaciones impuestas, ya que es el resultado del análisis coste-beneficio el que determinará en la práctica si las normas tendrán un efecto disuasorio e incentivarán la protección ambiental o si serán ineficaces.

60. Respecto a dichas implicaciones económicas parece interesante hacer mención al *amicus curiae* de Joseph Stiglitz presentado en el caso Kiobel en el que defiende que la Alien Tort Claim Act estadounidense

⁹⁰ En este mismo sentido se ha pronunciado la Comisión Europea en las Recomendaciones para recursos colectivos, defendiendo el «loser pays principle». Vid. COMISIÓN EUROPEA, *op.cit.*, p.16.

unidense que permite enjuiciar por violaciones de derechos humanos a corporaciones tiene los siguientes efectos positivos sobre la economía: i) Crea incentivos apropiados para promover eficiencias económicas. ii) Lejos de desalentar la inversión de empresas en países menos desarrollados, promueve su desarrollo económico a largo plazo y la inversión en ellos. iii) No limita las oportunidades de negocio para empresas estadounidenses en el extranjero y no supone ninguna desventaja competitiva. iv) No afecta a la inversión en los EE.UU. v) Es un medio eficiente económicamente para disuadir violaciones de principios universalmente reconocidos de Derecho Internacional⁹¹. Muchos de estos argumentos bien podrían aplicarse análogamente a la decisión sobre la competencia de los tribunales europeos en los casos de daños medioambientales en terceros Estados causados por grupos societarios cuya conveniencia discutimos.

61. En nuestra opinión, la previsión de competencia sobre filiales en terceros Estados de matrices domiciliadas en Estados miembros debería hacerse de manera homogénea para evitar desigualdades en el mercado interior y comportamientos oportunistas, además de incertidumbre y falta de precedentes y criterios en numerosas ocasiones. Si bien la doctrina ha propuesto distintas soluciones⁹², compartimos con una parte de los autores⁹³ que quizás la mejor solución sería una norma de Derecho material uniforme, al menos en el ámbito del espacio europeo de justicia, que facilite que las sociedades matrices pertenecientes a grupos multinacionales respondan por los daños a la salud y al patrimonio como consecuencia de los daños ambientales causados por actividades de sus filiales siempre y cuando aquéllas hayan intervenido, aunque indirectamente, en su materialización⁹⁴, e incluso pudiera contemplar (*vid. supra*) la creación de un fondo global por los daños ecológicos puros en tanto que el medio ambiente es un interés colectivo difuso y su afectación en cualquier lugar del planeta repercute de manera global.

62. Dicha uniformidad incrementaría la previsibilidad jurídica –no tendría el demandante que informarse acerca de las normas de competencia judicial internacional de los distintos Estados miembros– y podría aprovecharse para reforzar el papel de la Unión en la salvaguarda de los derechos humanos y del medio ambiente respecto de las actividades de los grupos de empresas con vinculación a Europa⁹⁵, con independencia del lugar físico en el que se verifique el daño, siempre bajo una interpretación

⁹¹ J.E. STIGLITZ, «Brief of Joseph E. Stiglitz as amicus curiae in support of petitioners in the case *Esther Kiobel et al. vs. Royal Dutch Petroleum Co. et al.*, United States Court of Appeals for the Second Circuit», Legal Printers LLC, Washington DC, Nos. 11-88 and 10-1491. Disponible en: <http://harvardhumanrights.files.wordpress.com/2012/01/brief-of-joseph-e-stiglitz.pdf> [Consulta: 12/05/2013].

⁹² Entre otras, que se aplique la *lex societatis* y, cuando ésta sea insuficiente para garantizar la solvencia y de manera excepcional, que se aplique la *lex loci delicti* (Vid. F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho de sociedades y conflictos de leyes: una aproximación contractual*, Madrid, Ed. de Derecho Reunidas, 2002, pp. 258-263); que se acuñe una norma de conflicto específica con facultad de elección para la víctima (UNITED NATIONS CENTRE ON TRANSNATIONAL CORPORATIONS, *Code of conduct on transnational corporations*, 1986; Vid. T. SCOVAZZI, «Industrial Accidents and the Veil of Transnational Corporations» en F. FRANCIONI & T. SCOVAZZI, *International Responsibility for Environmental Harm*, London, Graham & Trotman, 1991, p. 424).

⁹³ Destacan: CH. ZILIOLI, T. SCOVAZZI, INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL, M. VINAIXA MIQUEL; en VINAIXA MIQUEL, M., *op. cit.*, p. 392.

⁹⁴ Además del tratamiento uniforme, de la mejor protección del medio ambiente y de las víctimas del deterioro ambiental y de la reducción del fenómeno del *forum shopping*, se podría incentivar con ello la adopción de medidas preventivas más garantistas y eficaces por parte de las matrices que eviten futuros daños. (Vid. C. BOLDÓ RODA, *Levantamiento del velo y persona jurídica en el Derecho privado español*, Pamplona, Aranzadi, 1996, p. 460; entre otros). Esto sin olvidar los obstáculos evidentes de esta propuesta, como el consenso necesario entre los Estados acerca de los requisitos y circunstancias que deben presentarse para su reconocimiento para que dicha norma fuera eficaz, clara y útil. El tema del efecto preventivo debe tener muy en cuenta, en nuestra opinión, el análisis económico del Derecho porque una indemnización en sí no es «disuasoria» si el balance global coste-beneficio sigue siendo favorable para la empresa que debe pagarla.

⁹⁵ En línea con las directrices y recomendaciones de la Unión Europea y de la ONU. Vid. D. AUGENSTEIN ET AL., *Estudio para la Comisión Europea sobre el marco jurídico en materia de derechos humanos y medio ambiente aplicable a las empresas europeas que operan fuera de la Unión Europea*, Universidad de Edimburgo, 2009, disponible en: http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sustainable-business/files/business-human-rights/101025_ec_study_final_report_es.pdf [Consulta: 20/02/2013]; PARLAMENTO EUROPEO, *Informe sobre responsabilidad social de las empresas: comportamiento responsable y transparente de las empresas y crecimiento sostenible* (2012/2098(INI)), 2013, disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A7-2013-0017+0+DOC+XML+V0//ES> [Consulta: 20/2/2013]; A. RUGGIE, *Respetar, Proteger y Remediar*, Organización de las Naciones Unidas, disponible en: http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_SP.pdf [Consulta: 20/2/2013].

teleológica basada en la «proximidad razonable» y en el sentido común orientado más a los intereses de las partes y a la buena administración de justicia y protección especial de los derechos humanos y del medioambiente como bienes y derechos universales que a la estricta soberanía estatal.

63. Además, teniendo en cuenta la protección especial que reciben en el Reglamento otros grupos «vulnerables» –como consumidores y trabajadores– no hay por qué pensar que el criterio de vulnerabilidad de los demandantes no pueda justificar también esa posibilidad de elección del foro contando con el del país de la matriz, unido a la relevancia e interés colectivo de la materia (protección del medio ambiente).

64. No obstante, pese a las críticas a la regulación actual, qué duda cabe que la apreciación del tribunal respecto de la competencia en este caso es un hito importante en materia de responsabilidad de grupos empresariales, que probablemente atraerá más casos de daños medioambientales o violaciones de derechos humanos ante la justicia europea. Y es que, si bien el tribunal neerlandés no aprecia la responsabilidad de RDS en ninguno de los casos presentados, el hecho de admitir su competencia tanto para la matriz como para la filial, aún previendo que la conexión de la responsabilidad exclusivamente con los Países Bajos pudiera ser mínima, despierta interrogantes y aviva, quizás, la sensación de que es necesario abrir, en el ámbito europeo, nuevos caminos alternativos a la ATCA de los EE.UU. –tras el retroceso en la aplicación de ésta última con el asunto *Kiobel*– para concretar la responsabilidad de grupos multinacionales por daños ocurridos en países terceros donde a veces la obtención de reparaciones para las víctimas o el reconocimiento de violaciones de los derechos humanos se convierte en una tarea imposible.

65. En esta línea, a propósito de los casos *Kiobel* y *AFPS & OLP vs. Alstom & Veolia*, juzgado en Francia⁹⁶, la doctrina afirma que ambos «illustrate that the legal framework for corporate liability for violations of international law is currently underdeveloped, be it under international law or under the applicable national law. As long as multi- and transnational corporations do not have international personality or there is no sufficient national legal framework that regulates corporate international conduct, companies will keep benefiting from this legal gap. With the volume of international commercial transactions growing every day, actions of private companies become increasingly influential. It appears that international law and national legal systems have not yet adapted to this changed reality.» He ahí el reto.

2. Ley aplicable

A) Determinación de la ley aplicable: Reglamento Roma II aún no aplicable por razón temporal

66. Dado que los hechos generadores de los daños sobre los que versa el litigio y las consecuencias de los mismos ocurrieron con anterioridad a la aplicabilidad del Reglamento (CE) No 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («Roma II»), y a tenor de la lectura conjunta de sus artículos 31 y 32 y de su interpretación jurisprudencial⁹⁷, dicha disposición comunitaria no es aplicable en este caso. Por tanto, la ley aplicable deberá determinarse de acuerdo a la ley neerlandesa que regula el conflicto de leyes en relación a actos ilícitos⁹⁸.

⁹⁶ Vid. E. MAES, Research fellow of the Max Planck Institute Luxembourg, «A European Sister Judgment for Kiobel? An analysis of the Versailles Court of Appeal case AFPS and OLP vs. Alstom and Veolia» en Conflict of Laws. Net. Disponible en: http://conflictflaws.net/2013/a-european-sister-judgment-for-kiobel-2/?utm_source=feedburner&utm_medium=email&utm_campaign=Feed%3A+conflictflaws%2FRSS+%28Conflict+of+Laws+.net%29 [Consulta: 12/06/2013].

⁹⁷ El TJUE de 17 de noviembre 2011, en el asunto C-412/10, *Deo Antoine Homawoo v GMF Assurances SA*, interpreta en la respuesta a una cuestión prejudicial que la fecha de entrada en vigor del Reglamento debe determinarse con arreglo a la regla general formulada en el artículo 297 TFUE, apartado 1, párrafo tercero. Como el Reglamento se publicó en el *Diario Oficial de la Unión Europea* el 31 de julio de 2007, entró en vigor veinte días después de su publicación, es decir, el 20 de agosto de 2007. A partir de dicha fecha, ya impone ciertas obligaciones a los Estados miembros, si bien la aplicabilidad total de su reglamentación no comienza hasta el 11 de enero de 2009, fecha que recoge el artículo 32 bajo la rúbrica, no precisa, de «entrada en vigor». Texto disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62010CJ0412:EN:NOT> [Consulta: 9/02/2013].

⁹⁸ Act of 11th April 2001, concerning the regulation of conflict law with regard to obligations resulting from unlawful action (Act regulating the Conflict of Laws on Unlawful Acts -WCOD-), *Dutch law gazette* (effective as of 1 June 2001).

B) Derecho de Nigeria vs. Derecho neerlandés

67. La llamada «Dutch Tort (Conflict of Laws) Act (*Wet Conflictienrecht Onrechtmatige Daad*)» estipula que las obligaciones resultantes de un acto ilícito deben ser regidas por la ley del país en el que se cometió dicho acto (artículo 3.1). Si bien en relación a SPDC no existen dudas acerca de cuál sería la ley aplicable (la de Nigeria), la posible responsabilidad de RDS abre de nuevo el debate acerca del «lugar del hecho generador del daño». El tribunal, basándose en el artículo 3, apartado 2⁹⁹, considera que la ley aplicable al caso debe ser la nigeriana, concretamente la de la región («state») en la que se producen los daños.

68. Sin embargo, se señalan algunas excepciones a esta norma: que la aplicación de la ley de otro Estado suponga una incompatibilidad manifiesta con el orden público neerlandés¹⁰⁰ o en caso de que así lo indiquen las normas de prioridad de la ley neerlandesa (artículo 10.6 y 10.7 Código civil neerlandés). Algunos autores defienden que, cuando la aplicación extranjera no concuerda con las normas de Derecho internacional, los tribunales neerlandeses no deberían verse sujetos a aplicar tales leyes extranjeras¹⁰¹. Sin embargo, en este caso, el tribunal estima que ninguna de estas excepciones está suficientemente fundamentada y, por tanto, debe aplicarse la ley de Nigeria.

69. Estiman así lo defendido por Shell et al. respecto de RDS: «...if an act has harmful effects on a person, a good or the natural environment in a place other than in the State on whose territory this act is committed, the law of the State on whose territory these effects occur will be applied, unless the perpetrator was reasonably unable to foresee the effects in that place.» Por su parte, los demandantes defendían que la ley aplicable debía ser la neerlandesa porque tanto RDS como Milieudefensie tienen residencia habitual en los Países Bajos y porque el comportamiento ilícito que se reprocha en la demanda tuvo lugar, al menos en un grado considerable, en los Países Bajos. Esto no obsta, según esta parte, para que las disposiciones nigerianas¹⁰² fuesen tomadas en consideración.

70. La interpretación más frecuente del Derecho conflictual neerlandés es ésta que hace el tribunal, por lo que se tiende a aplicar ordenamientos extranjeros a este tipo de supuestos transnacionales. Esta interpretación del artículo 3.2. obstaculiza, según algunos autores¹⁰³, la función preventiva de la responsabilidad extracontractual, especialmente en este tipo de casos de corporaciones en los que las leyes de los países de acogida o receptores de las inversiones son, a menudo, menos estrictas que en el país de las matrices, en especial en materia medioambiental o en derechos humanos.

a) ¿Podría haberse aplicado la ley de la matriz?

71. Parece que la conexión más evidente se presenta, como afirma el tribunal, con Nigeria. Y hubiera sido extraordinariamente poco probable que se hubiera aplicado la ley neerlandesa al caso. Sin embargo, en la doctrina, como indica el estudio de A.G. CASTERMANS A.G & J. VAN DER WEIDE sobre la responsabilidad de las matrices neerlandesas, «there is no consensus on whether the law applicable to the subsidiary (*lex societatis*) should also govern the liability of the parent company in an international

⁹⁹ Article 3(2) WCOD provides that when the harmful effect of an act is felt in a place other than where the act takes place, the law of the country in which the effect is felt applies unless the corporation could not reasonably foresee this harmful effect.

¹⁰⁰ Si bien la ley neerlandesa prevé la excepción de orden público, su reconocimiento hasta la fecha en casos de violaciones de derechos humanos e ilícitos ambientales sigue siendo «*terra incognita*», sólo utilizado excepcionalmente en casos de Derecho de familia y de la persona (Vid. A.G. CASTERMANS & J. VAN DER WEIDE, *op. cit.*, p. 55).

¹⁰¹ A. NOLKAEMPER, «Litigation Against MNCs: Public International Law in the Netherlands», en MENNO T. KAMMINGA & SAMAN ZIA-ZARIFI (EDS.), *Liability of multinational corporations under international law*, 2000, p. 280. Citado en: N. JÄGERS & M.J. VAN DER HEIJDEN, *op. cit.*, p. 852.

¹⁰² Article 8 of Act regulating the Conflict of Laws on Unlawful Acts: «What is stated in Article 3 through 7 does not exclude that the applicable traffic and safety regulations at the location of the unlawful action or other comparable regulations with regard to the protection of persons or property will be taken into account».

¹⁰³ N. JÄGERS & M.J. VAN DER HEIJDEN, *op. cit.*, p. 851.

context. One position defended in the literature is that in cases of failure of supervision it is not the *lex societatis* that is decisive but the law of the place where the failure of supervision (i.e. the unlawful act) occurs. This view is generally accepted in Dutch literature. (...) The question which then arises is where the unlawful act of the parent company actually occurred. (...) Was it where the parent took its management decisions? Or where the actual damage occurred? Or where the subsidiary took its decision?»¹⁰⁴

72. De nuevo parece que las dificultades probatorias son enormes. Demostrar que las acciones u omisiones de RDS están también en la causa de los daños, sin ayuda de presunciones, inversión, reparto de la carga de la prueba o determinación de ciertos indicios necesarios para la apreciación, imposibilita en la práctica, en la gran mayoría de los casos, que dicha conexión sea aplicada. De hecho, hasta la fecha, si bien no es ésta la primera vez que se ha intentado, no existe ningún caso jurisprudencial en los Países Bajos en los que se haya aplicado el ordenamiento neerlandés a un caso de daños extraterritoriales al medio ambiente –ni a violaciones de derechos humanos, con mayor dificultad aún en estos supuestos– causados por matrices neerlandesas y/o filiales extranjeras.

73. Ahora bien, en teoría, que pudiera aplicarse la ley del domicilio de la matriz de un grupo empresarial a la protección del medio ambiente no parece, a priori, descabellado. En primer lugar porque, si se entiende que la responsabilidad última de una decisión u omisión es de la matriz del grupo por la existencia de un «fallo de supervisión», el lugar del acto generador –donde se «cometió»– podría ser el de su domicilio o sede de operaciones¹⁰⁵. En segundo lugar, porque el hecho de saber que la ley del país de la matriz (*lex societatis* o, si fuera distinta, ley del lugar de su sede principal), que normalmente será más estricta en cuanto al cumplimiento de normas ambientales, de seguridad y de protección de los derechos humanos, puede ser aplicada a las reclamaciones por daños con indiferencia del lugar de verificación del daño, disminuiría con probabilidad los abusos que se cometan en países empobrecidos cuyo marco legal es, por lo general, más laxo y deficiente. De manera que si se benefician de la seguridad jurídica y demás ventajas (fiscales, administrativas, etc.) de un determinado ordenamiento –por ejemplo, europeo–, deberían también los grupos societarios estar vinculados por los estándares de protección del medio ambiente de ese mismo ordenamiento, con independencia del lugar físico en el que se verifiquen los daños, más teniendo en cuenta la especial naturaleza de los bienes a proteger. Esto permitiría avanzar en la *prevención* de dichos daños y no solo en la posterior reparación patrimonial a las víctimas, sin olvidar que, en la mayoría de los casos, el daño medioambiental «puro» que se ha causado al bien público (*res nullius*) es difícilmente reparable.

74. Enlaza esta argumentación con la idea de «protección conflictual reforzada» que fundamenta la regulación de la ley aplicable para daños medioambientales en el Reglamento Roma II. Fue tomada del Derecho internacional privado suizo¹⁰⁶ y se justifica por varias razones¹⁰⁷: 1º) El medio ambiente es un bien público. Cuando se daña el medio ambiente se dañan los intereses de toda la sociedad, trascendiendo del daño privado. 2º) Aplicando la ley del Estado de origen en casos de contaminación transfronteriza se castigan no solo los daños sino también las «conductas» atentatorias contra el medio ambiente. 3º) Se castiga la actitud oportunista de ciertos sujetos que situados en países con elevados niveles de protección del medio ambiente, causen daños ambientales en Estados con niveles inferiores de protección.

75. Y esta idea de «protección conflictual reforzada» encaja bien con el creciente interés político que en los Países Bajos han despertado las actividades de corporaciones –neerlandesas¹⁰⁸– en el extran-

¹⁰⁴ A.G. CASTERMANS & J. VAN DER WEIDE, *op. cit.*, p. 50-51.

¹⁰⁵ Cierto es que también podría considerarse, más allá del fallo de supervisión, la dirección «unitaria». Pero tratar dos personas jurídicas independientes como una sola es un «remedy of last resort» en el Derecho neerlandés, que será apreciable sólo en casos muy excepcionales.

¹⁰⁶ Entre otros autores: F. KNOEPFLER, PH. SCHWEIZER Y S. OTHENIN-GIRARD (Vid. A.L. CALVO CARAVACA ET. AL, *op cit.*, p. 991).

¹⁰⁷ F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «La unificación del derecho conflictual en Europa: el reglamento sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («Roma II»)», en *La Ley*, N° 6811, Madrid, octubre 2007.

¹⁰⁸ Philips, Unilever, Shell, ING, KPN, AkzoNobel y Heineken, entre otras. Vid. <http://www.holanda.es/es/negocios-con-holanda/negocios-con-holanda/¿por-qu%C3%A9-hacer-negocios-con-holanda/orientaci%C3%B3n-internacional> [Consulta: 22/02/2013].

jero, manifestado en las numerosas cuestiones sobre ello presentadas al Parlamento neerlandés en los últimos años¹⁰⁹. Los Países Bajos acogen un gran número de sociedades multinacionales, como Phillips, Shell, Heineken, entre otras, en parte por su atractivo régimen –fiscal, en particular– para los negocios¹¹⁰. Para algunos autores esta abundancia de multinacionales es un motivo de peso para que el Derecho neerlandés provea una vía para la litigación, ofrezca a los demandantes remedios efectivos. El interés de los académicos en esta cuestión, que había sido –en contraste al interés político y social– bastante escaso, se ha visto y se verá previsiblemente incrementado tras las últimas sentencias.

b) ¿Qué habría ocurrido bajo la vigencia del Reglamento Roma II?

76. ¿Habría cambiado la aplicación del Reglamento Roma II las conclusiones del caso? Bajo la vigencia de Roma II, y dado que se trata de una materia –el daño medioambiental– expresamente prevista en su articulado, habría que estar a lo dispuesto en el artículo 7: «*La ley aplicable a la obligación extracontractual que se derive de un daño medioambiental o de un daño sufrido por personas o bienes como consecuencia de dicho daño, será la ley determinada en virtud del artículo 4, apartado 1, a menos que la persona que reclama el resarcimiento de los daños elija basar sus pretensiones en la ley del país en el cual se produjo el hecho generador del daño*». Salvo que los demandantes ejercieran el derecho de elección que le confiere el artículo 7 en el momento en el que determine la legislación del Estado miembro en que se somete el asunto al órgano judicial (esto es, de los Países Bajos) –según el considerando 25 del Roma II–, la ley aplicable sería la del país donde se produce el daño con independencia del país donde se haya producido el hecho generador del daño (artículo 4.1). La principal diferencia que al respecto podemos pues encontrar en casos que pudieran ser juzgados por hechos generadores ocurridos con posterioridad a la entrada en vigor de Roma II, es esa *facultad de elección de la víctima*¹¹¹ del daño medioambiental, que, según algunos autores¹¹², también puede aplicarse a casos de fallos de supervisión por parte de la matriz.

77. Con independencia de las críticas y alabanzas que esta facultad de elección ha despertado en la doctrina, de nuevo nos topamos con la interpretación del «hecho generador del daño» en ilícitos a distancia: ¿debe ser considerada la causa inmediata la acción de la filial –por ejemplo, no adoptar medidas concretas de seguridad para evitar el sabotaje–? O, dado que la responsable última de las políticas, medidas de seguridad y dirección del grupo es la matriz, y ésta no salvaguardó adecuadamente la seguridad –por una decisión o falta de ella–, ¿la verdadera acción causal del daño o «hecho generador» –sin la cual no se habría producido el mismo– se localiza en el lugar en el que la matriz tiene su centro de operaciones?

78. Al analizar el nexo de causalidad entre un resultado dañoso y una determinada acción muchas han sido las teorías que la doctrina ha utilizado para determinar la responsabilidad¹¹³. Desde luego, en base

¹⁰⁹ Vid. N. JÄGERS & M.J. VAN DER HEIJDEN, *op. cit.*, p. 837-838:»These questions have addressed, inter alia, Unilever's involvement in child labor practices in India and Shell's activities in Nigeria. The aforementioned incident involving Transfigura, and the illegal dumping of the waste carried by the Probo Koala in particular, led to political commotion during a special parliamentary debate in September 2006.»

¹¹⁰ Vid. M. VAN DIJK ET AL, *The Netherlands: A tax heaven*, 2006, disponible en: http://somo.nl/publications-en/Publication_1397 [Consulta: 27/02/2013].

¹¹¹ Justificada por evitar los efectos negativos que tenían tanto el criterio de aplicar la ley del lugar del acto dañoso como la ley del lugar del daño de manera exclusiva. De esta manera, la víctima podría elegir el ordenamiento más beneficioso entre aquellos razonablemente conectados al litigio. Vid., G. BALLESTEROS PINILLAS, «La contaminación transnacional en el Reglamento Roma II», *Revista electrónica de Derecho ambiental*, N°21, junio 2010; disponible en:http://huespedes.cica.es/aliens/gimadus/21/01_taciana_marconatto_damo_cervi2.html [Consulta: 25/02/2013]. También en la exposición de motivos, Considerando 25, del Reglamento Roma II: «En cuanto a los daños al medio ambiente, el artículo 174 del Tratado, que contempla un elevado nivel de protección, basado en los principios de cautela y acción preventiva, en el principio de corrección de la fuente misma y en el principio de quien contamina paga, justifica plenamente el recurso al principio de favorecer a la víctima».

¹¹² L. ENNEKING, «Crossing the Atlantic? The political and legal feasibility of European foreign direct liability cases», *The George Washington International Law Review*, 2010, p. 928, citado en: A.G. CASTERMANS & J. VAN DER WEIDE, *op. cit.*, p. 53.

¹¹³ Teoría de la Equivalencia de Condiciones o de la Condición *sine qua non*; teoría de la Causa Próxima.; teoría de la Causa Eficiente; teoría de la Causalidad Adecuada, entre otras. Vid. BALLESTEROS PINILLAS, G., *op.cit.*

a una interpretación teleológica del artículo 7, poco sentido tendría la facultad de elección que aquél recoge si se considera que el hecho generador del daño es el «inminente» o directo, ya que entonces coincidiría en prácticamente todos los casos de ilícitos a distancia transnacionales, con el lugar en el que se verifica el hecho dañoso. Por tanto, la víctima no tendría ninguna facultad de elección. Por otra parte, hacer recaer sobre las víctimas la carga de la prueba acerca de las relaciones filial-matriz sin ayuda de otros instrumentos legales (como indicios, presunciones, etc.) puede en la práctica convertir en irrealizable dicha facultad de elección si es necesario demostrar que el «hecho generador» ocurrió en un país distinto –el de la matriz– al de verificación del daño. Aunque la teoría de la causalidad adecuada¹¹⁴ parece la más indicada para orientar la aplicación del artículo 7 y, aún respetando el tenor literal del Reglamento, hacer viable el principio de favor a la víctima y reforzar el deber de cuidado de las matrices de grupos societarios en sus políticas medioambientales y de seguridad, los requisitos probatorios y su articulación procesal en un momento previo a la valoración del fondo del asunto, deberían ser revisados para facilitar el disfrute real de la facultad de elección por parte de la víctima y la estimación de la posible responsabilidad de la matriz.

79. Si bien es cierto que gran parte de la doctrina ha rechazado la identificación del nexo causal con el lugar del acto dañoso –en favor del lugar del «resultado»– argumentando que las normas de responsabilidad civil persiguen hoy una naturaleza indemnizatoria y no una función «penalizadora» del autor (más propia del Derecho penal)¹¹⁵, también es importante considerar la especial naturaleza de los supuestos que analizamos, donde las reparaciones se buscan por particulares frente a las actividades de grupos societarios multinacionales que dañan derechos y bienes especialmente protegidos en los ordenamientos jurídicos europeos. En el caso de daños ambientales, en muchos de los países en los que éstos se verifican, la regulación penal de los ilícitos ambientales, su concreción procesal y, finalmente, su estimación y ejecución judicial es prácticamente impensable, bien porque la regulación sea inexistente o muy deficiente, bien por la dificultad de probar responsabilidades penales por ese tipo de daños causados por empresas a personas concretas, por la corrupción del sistema judicial o bien, extraterritorialmente, por la dificultad de que se acepte la jurisdicción, entre otros. La vía civil, en sede de responsabilidad extracontractual, permite que, al menos, las empresas respondan por los daños que los particulares sufren a consecuencia de su actividad y evita la impunidad de una conducta ilícita que nace como consecuencia de una infracción de comportamientos exigibles o por transgresión de normas legales (responsabilidad por culpa). Por ello, que pueda resultar aplicable, en caso de ser más favorable a las víctimas, la ley del hecho generador, parece conveniente.

80. Si pudiera considerarse a los Países Bajos como lugar del hecho generador del daño, la ley aplicable al litigio sería la que eligieran los demandantes; en este caso, Milieudefensie et al., a tenor de lo expuesto en la demanda y en el resto de escritos procesales, habría sido la ley neerlandesa, con exclusión del reenvío en virtud del artículo 24 del Reglamento, si bien la parte demandante afirma que «*la aplicabilidad del Derecho neerlandés o del nigeriano no reviste mayor relevancia, ya que no entran en conflicto (...) y ambos reconocen la comisión de un acto ilícito, más específicamente la violación de la diligencia debida, como acto generador de la responsabilidad*¹¹⁶». Por ello, la parte admite que el resultado legal sustantivo en base a la aplicación de ambos regímenes legales sería el mismo. Esto, a la vista de cómo se desarrolló el juicio, puede ser discutible, si bien no entraremos a analizar en este artículo los dos ordenamientos jurídicos comparativamente por limitaciones de espacio. Pues bien, es la aplicación del Derecho nigeriano la que determina el sentido de la sentencia del tribunal neerlandés, como veremos a continuación con detalle.

¹¹⁴ Fue formulada en 1871 por el jurista L. VON BAR y desarrollada en 1888 por J. VON KRIES. Según ésta, «no cabe imputar objetivamente un concreto evento dañoso a la conducta causante del mismo, cuando la producción de dicho evento habría sido descartada, como extraordinariamente improbable, por un observador experimentado que, contando además, en su caso, con los especiales conocimientos del dañante, hubiese considerado la cuestión ex ante, en el momento en que el dañante se dispuso a realizar la conducta que desembocó en el evento dañoso de cuya imputación se trata». Vid. F. PANTALEON PRIETO, «Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación», en AA.VV, *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, t. II, Madrid, 1990.

¹¹⁵ Entre otros, E. VITTA, G. BALLADORE-PALLIERI, P. MAYER. Citados por A.L. CALVO CARAVACA ET. AL., *op.cit.*, p. 976.

¹¹⁶ Traducción de la autora. Paragraphs 19, 20 of *Writ of Summons, op. cit.*

C. Sentencia bajo el Derecho de Nigeria. Caso *Ikot Ada Udo*.

81. Las sentencias que dictó el Tribunal de Distrito de La Haya el 30 de enero de 2013, reconociendo sólo la responsabilidad de SPDC en uno de los casos y en ninguno la de la matriz, han provocado diversidad de opiniones y valoraciones. Los demandantes encuentran en la estimación parcial una pequeña victoria, ya que es la primera vez que no sólo se consigue que un tribunal neerlandés reconozca su competencia sobre una empresa extranjera por daños ocurridos en otro Estado, sino también porque se ha conseguido reconocer la responsabilidad de una filial en Nigeria por los daños medioambientales causados por unos vertidos que, con la debida diligencia, podrían haberse evitado a juicio del tribunal. Sin embargo, manifestaron su decepción por la desestimación de las otras reclamaciones para casos similares y por el hecho de que la matriz no fuera encontrada responsable en ningún caso, cuestiones por las que recurrirán la decisión del tribunal neerlandés¹¹⁷. En concreto, estudiaremos los puntos relevantes de la sentencia del tribunal para el único caso parcialmente estimado, el del Sr. Akpan vs. Shell *et al.*

a) La causa de los vertidos: sabotaje. Exoneración de la responsabilidad

82. La causa de los vertidos ocurridos en 2006 y 2007 es *sabotaje*, tal y como defendía Shell. No habiendo sido el otro argumento (el de la parte actora, que defendía el mal mantenimiento de los oleoductos) suficientemente probado, el tribunal considera que el hecho de que el vertido se pudiera controlar simplemente con el cierre de las válvulas es un indicio probable de que fueran abiertas dichas válvulas en una acción de sabotaje y que, por tanto, no se trate de mal mantenimiento. Según la ley nigeriana, en caso de sabotaje, el operador SPDC no es responsable del daño que cause el vertido.

83. Este punto es determinante. De hecho, ninguna de las otras demandas fue estimada respecto de SPDC justamente porque se consideró que el sabotaje había sido la causa de los vertidos. Quizás por ello, las críticas por parte de los demandantes a la decisión del tribunal han sido varias: «*The plaintiffs find it incomprehensible that the court has allowed itself to be convinced by a number of blurry photos and poor quality video images submitted by Shell. With the plaintiffs, Friends of the Earth International remains convinced that poor maintenance is the cause of the spills. Even if sabotage is involved, Friends of the Earth International believes that Shell bears responsibility and is liable for the damage*»¹¹⁸. También Amnistía Internacional critica este punto: «*Aunque el sabotaje de oleoductos en el Delta del Níger es una de las causas de contaminación, no se trata en absoluto del gran problema que a la maquinaria de las relaciones públicas de Shell le gusta dar a entender (...) las afirmaciones de Shell sobre el sabotaje como causa de la contaminación han sido rechazadas por las comunidades y ONG, entre otras, Amnistía Internacional. (...) Al estudiar las alegaciones de los cuatro agricultores –sobre los fallos operativos y no sabotaje como causa de los vertidos– el tribunal neerlandés tuvo que depender de los informes de investigación de los vertidos de petróleo elaborados por la propia Shell*».¹¹⁹ De hecho, así lo corrobora de manera más documentada un informe de Amnistía Internacional del año 2009¹²⁰ y las investigaciones realizadas por la ONG Milieudefensie¹²¹.

84. Partiendo de la información disponible, quizás el recurso a la evidencia aportada por las partes para probar esta cuestión tan esencial en el proceso es insuficiente en cuanto a las garantías, teniendo

¹¹⁷ FRIENDS OF THE EARTH INTERNATIONAL (FOEI), *Dutch Court ruling against Shell a partial victory*. 30/01/2013. Disponible en: <http://www.foei.org/en/media/archive/2012/dutch-court-ruling-against-shell-a-partial-victory> [Consulta: 9/02/2013]

¹¹⁸ FOEI, *op.cit.*

¹¹⁹ A. GAUGHRAN (Amnistía Internacional), «La contaminación causada por Shell en el Delta del Níger: lo bueno, lo malo y la búsqueda incesante de la justicia», 5/02/2013. Disponible en: <http://livewire.amnesty.org/es/?p=7293&preview=true/> [Consulta: 10/02/2013].

¹²⁰ Vid. AMNISTÍA INTERNACIONAL, «Nigeria: contaminación y pobreza en el Delta del Níger», AFR 44/017/2009, p. 19. Disponible en: <https://doc.es.amnesty.org/cgi-bin/ai/BRSCGI/NIGERIA%20PETRÓLEO%20CONTAMINACIÓN%20Y%20POBREZA%20EN%20EL%20DELTA%20DEL%20NÍGER?CMD=VEROBJ&MLKOB=27598612319> [Consulta: 13/02/2013].

¹²¹ Vid. M.J. HAN VAN DE WIEL, «Oil pollution in Nigeria. Sabotage or rust?» Jun 2012. Disponible en: <http://www.milieudefensie.nl/publicaties/down-to-earth-magazine/artikelen/oil-pollution-in-nigeria.-sabotage-or-rust> [Consulta: 10/2/2013].

en cuenta la desigualdad entre las partes en cuanto a la posibilidad de aportar y elaborar evidencias. En este caso, Shell et al. tiene no solo más información acerca de estadísticas -elaboradas por ellos mismos- de sabotaje y vertidos, sino que además tienen a su disposición medios infinitamente mayores para contratar peritos y obtener pruebas que sean favorables a sus intereses. En este caso, quizás fuere conveniente hacer uso de mecanismos de cooperación judicial o de comisiones de prueba dentro del proceso compuestas por un perito independiente acompañado de un experto por cada parte procesal (como ocurrió en el caso *Chevron*¹²² en Ecuador) para verificar el estado de los oleoductos, recabar testimonios de la comunidad y hacer cuantas indagaciones fueran necesarias en terreno. Más adelante volverá a comentarse la cuestión de la prueba y su acceso por parte de las partes en este proceso.

b) *Tort of negligence*

i. En el sistema de *common law* y el Derecho de Nigeria

85. Las obligaciones extracontractuales en la ley nigeriana no responden a un término genérico que las agrupe, sino que son reguladas de manera específica y desarrolladas en la jurisprudencia de manera particular, como ocurre en los sistemas de *common law*. Bajo la ley nigeriana, la responsabilidad de un operador como SPDC por los daños resultantes de vertidos de petróleo está parcialmente regulado en una ley: *Nigerian Oil Pipelines Act, 1956*.

86. Según éstos, el ilícito de negligencia (*tort of negligence*) se comete, según la jurisprudencia¹²³, en el caso de que el acusado incumpliera un deber de cuidado y esto resultara en daño para el demandante. Según la ley nigeriana, del *common law*, ese deber de cuidado se determina en base a tres criterios establecidos por la jurisprudencia inglesa¹²⁴:

- i) Predictibilidad: que el acusado pudiera prever que el demandante sufriera daños.
- ii) Proximidad: debe existir una relación de proximidad entre las partes.
- iii) Debe ser razonable, justo y equitativo asumir que el deber de cuidado en una determinada situación.

87. La valoración de estos tres criterios se realiza caso por caso y por comparación con antecedentes similares, con un «enfoque progresivo», tal y como se denomina tanto en la jurisprudencia nigeriana como inglesa.

88. El tribunal también precisa que, respecto a la responsabilidad de RDS, no existe un deber de cuidado genérico que implique que el demandado deba evitar *daños al demandante que son consecuencia de prácticas de terceros*, salvo que se den determinadas circunstancias desarrolladas en la sentencia *Smith vs. Littlewoods* (1987, House of the Lords)¹²⁵:

- i) Existía una relación especial entre el demando y el demandante porque el primero asumió un deber de cuidado respecto a éste último.
- ii) Existía una relación especial entre el demandado y el tercero que infligió el daño basada en que el demandado tenía que supervisar o ejercer algún tipo de control sobre el tercero.

¹²² Información completa en *Business & Human Rights Resource Centre*, <http://business-humanrights.org/Categories/Lawlawsuits/Lawsuitsregulatoryaction/LawsuitsSelectedcases/TexacoChevronlawsuitsreEcuador>

¹²³ *Donoghue (or McAlister) vs Stevenson*, [1932] All ER Rep 1; [1932] AC 562; House of Lords. Disponible en: <http://www.leeds.ac.uk/law/hamlyn/donoghue.htm> [Consulta 9/2/2013].

¹²⁴ *Caparo Industries plc vs. Dickman* [1990] 2 A.C. 605; House of the Lords. Disponible en: http://oxcheps.new.ox.ac.uk/casebook/Resources/CAPARO_1.pdf [Consulta 9/2/2013].

¹²⁵ *Maloco and Smith v Littlewoods Organisation Ltd* [1987], UKHL 18, 2 WLR 480, AC 241, House of Lords. Disponible en: http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1987/1987_SC_HL_37.html [Consulta el 10/02/2013].

- iii) El demandado creó una situación peligrosa que podría ser aprovechada por un tercero y de esta manera causar el daño.
- iv) El demandado sabía que un tercero había creado una situación peligrosa pudiendo influir el demandado en ésta.

89. Por tanto, para apreciar negligencia por actos de un tercero deben concurrir los tres primeros requisitos de predictibilidad, proximidad y que sea justo, equitativo y razonable, así como *alguna* de estas cinco circunstancias previamente detalladas. También son aplicables en el Derecho nigeriano, como parte que son del derecho positivo dentro del *Common law*. En base a estos criterios se determina la responsabilidad como se expone a continuación:

ii. ¿Es la matriz responsable?

90. A tenor de lo expuesto, no se aprecia responsabilidad por negligencia de la empresa matriz, RDS. Este punto es de especial importancia ya que la responsabilidad de la empresa matriz por actividades de la filial era una de las cuestiones más controvertidas y que podrían tener un mayor impacto jurídico a nivel internacional. Tal y como previamente se ha explicado, dado que no existe ningún deber de cuidado genérico que implique evitar que terceros causen daño¹²⁶, una empresa matriz como RDS no tiene obligación de impedir que sus filiales, como SPDC, causen daño a terceros con sus operaciones, salvo que se den las circunstancias mencionadas en la jurisprudencia (*vid. Smith vs. Littlewoods, cit. supra*), para lo que, según E. Hassink, portavoz de Milieudefensie, «*hay que demostrar que la dirección efectiva de la filial se determina desde la empresa matriz*».¹²⁷

91. En este caso, el tribunal encuentra que el mero hecho de que RDS haya hecho de la prevención de daño ambiental causado por sus filiales un punto clave de sus políticas y que hasta cierto punto RDS esté involucrada en la política de SPDC, es razón insuficiente para que pueda asumirse que RDS asumió un deber de cuidado respecto de la gente que vive en las proximidades de los oleoductos e instalaciones de SPDC. La responsabilidad de la matriz sólo es posible cuando se reconoce que los vertidos, si bien causados por sabotaje, fueron en parte responsabilidad de SPDC porque ésta no adoptó las medidas de protección más elementales. En los demás casos, en los que SPDC no fue encontrada culpable en absoluto y el sabotaje fue reconocido como causa de los vertidos, analizar la responsabilidad de RSD carece de sentido.

92. El caso alegado por la parte actora para defender la responsabilidad de RDS, *Chandler vs. Cape*¹²⁸, no es valorado como precedente válido para el caso ya que no se basa en los mismos presupuestos, porque en ese caso se trataba de dilucidar si existía deber de cuidado por parte de una empresa matriz respecto de los empleados de la filial respecto a la política de salud y seguridad laboral. Sobre esto el tribunal concluye que dicho deber existe si:

- i) los negocios de la filial y la matriz son esencialmente los mismos.
- ii) la matriz tiene más conocimiento -o debería tener más conocimiento- de algún aspecto concreto del tema de seguridad y salud laborales que la filial.
- iii) la matriz sabía o debía haberse dado cuenta de que las condiciones de trabajo en la filial no eran apropiadas (para la salud y seguridad).

¹²⁶ Esta conclusión quizás habría variado en caso de que el Derecho aplicable fuese el neerlandés, en el que se reconoce una responsabilidad por actos de terceros valorable caso por caso según la gravedad del daño, el grado de riesgo asumido, el conocimiento previo de la empresa -si sabía o debía haber sabido cómo era la situación local-, la respuesta que dio ante los hechos que conoció o debió haber conocido y la dificultad de tomar medidas de precaución, entre otros criterios que valorará el juez según «*the unwritten law*» (artículo 6:162 del Código civil).

¹²⁷ M. RODAL, «La justicia holandesa condena parcialmente a Shell Nigeria por los vertidos», *El Confidencial*, 30/01/2013. Disponible en: <http://www.elconfidencial.com/ultima-hora-en-vivo/2013/01/justicia-holandesa-condena-parcialmente-shell-nigeria-20130130-88993.html> [Consultado el 10/02/2013].

¹²⁸ *Chandler v Cape plc* [2012], *op. cit.*

iv) la matriz sabía o debía haber previsto que la filial o sus empleados confiaban en que ella usaría su conocimiento superior para protegerles. En el caso de *Chandler vs. Cape* el tribunal aceptó como suficiente para verificar este requisito el hecho de que la matriz hubiera intervenido con anterioridad en las operaciones de negocio de la filial.

93. Respecto al caso en Nigeria, el tribunal afirma no poder asemejar el caso porque la proximidad entre empleados y matriz y la de «vecinos del lugar» y matriz no es la misma siendo la segunda mucho más lejana y difusa, algo que haría responsable a la matriz de un grupo internacional de empresas frente a un número ilimitado de personas en muchos países. Por otra parte, y en consecuencia de esto, no es tan justo, razonable y equitativo asumir dicho deber de cuidado, menos aún si tenemos en cuenta que se trata de daños provocados no por la filial, sino por otro tercero (porque se considera la causa el sabotaje). Es decir: el punto i) no se da porque mientras que RDS se dedica a la política general, a gestionar los riesgos y a formular una estrategia de negocio desde La Haya, SPDC se dedica a la producción de petróleo directa en Nigeria. Además, el tribunal considera que ni los puntos ii) ni iii) están suficientemente probados como para ser estimados. Por ello, el caso de *Chandler vs. Cape* no es precedente para éste y esta conclusión, unida al resto de circunstancias y alegaciones, hacen que no pueda admitirse la existencia de un deber de cuidado de RDS sobre las actividades de su filial para prevenir daños causados por terceros y, por tanto, que no pueda apreciarse ningún ilícito por negligencia y por tanto tampoco responsabilidad frente a los demandantes.

94. Aunque no es el objetivo de este artículo analizar el Derecho aplicable en detalle, lo cierto es que, a primera vista, la aplicación del Derecho neerlandés en lugar del nigeriano tampoco da a priori una solución determinada y clara a estas preguntas, ya que según el artículo 6:162 del Código civil, el juez deberá valorar si se respetó el «debido cuidado»¹²⁹ con una «right and proper conduct in accordance with unwritten law»,¹³⁰ si bien existen interpretaciones jurisprudenciales y doctrinales que perfilan mejor dicho artículo¹³¹.

iii. Posible denegación de justicia. La solicitud de pruebas

95. En relación a la responsabilidad de la matriz, la valoración de la sentencia por parte de Milieundefensie et al. ha sido claramente negativa, remarcando el hecho de que se les ha denegado el acceso a las pruebas que demuestran que RDS determina los asuntos de su filial SPDC diariamente, es decir, que gestiona o dirige a la filial, además de que es propietaria del 100% de sus acciones y los beneficios de la filial en su totalidad (estimados en 1800 millones de euros al año) se depositan en Los Países Bajos. Geert Ritsema, de la ONG Milieundefensie, hacía la siguiente crítica: «Apparently our justice system allows a company to pocket the profits from a foreign subsidiary without being held liable for the damage it causes while producing those profits»¹³².

¹²⁹ «In this situation, acts or omissions of the parent company are considered to be in violation of a domestic liability standard». Vid. N. JÄGERS & M.J. VAN DER HEIJDEN, «Corporate Human Rights Violations: The Feasibility of Civil Recourse in the Netherlands», *Brooklyn Journal of International Law*, Vol. 33, No. 3, 2008. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1351768> [Consulta: 28/02/2013].

¹³⁰ Este mecanismo ha sido utilizado en varias ocasiones en tribunales británicos. Vid, *Lubbe vs. Cape PLC*, (2000) 4 All E.R. 268 (Eng. H.L.); *Sithole vs. Thor Chem. Holdings Ltd.*, (1999) T.L.R. 110 (Eng. C.A.); *Connelly vs. RTZ Corp.*, (1997) 4 All E.R. 335 (Eng. H.L.); *Ngcobo vs. Thor Chem. Holdings Ltd.*, (1995) T.L.R. 10 (Eng. C.A.). Citados por N. JÄGERS & M.J. VAN DER HEIJDEN, *op. cit.*, p. 837, footnote 12.

¹³¹ Para un análisis de su interpretación vid. A.G. CASTERMANS & J. M. VAN DER WEIDE, *op. cit.*, p. 21-23 y 38-40. Para el Derecho neerlandés, la regla general es que las filiales -jurídicamente independientes- son responsables de sus propios actos. Sin embargo, cuanto mayor sea el control que la matriz ejerce o podría ejercer sobre la política de la filial y su implementación, más probable es que, en una valoración individualizada del caso, se aprecie su responsabilidad por un fallo de supervisión de las actividades de la filial. Los códigos de conducta pueden proveer criterios de valoración para apreciar si la matriz incumplió el deber de salvaguardar determinados estándares internacionalmente reconocidos. Esta opción legislativa que reconoce el Derecho neerlandés parece más interesante desde el punto de vista de la prevención del daño que la herramienta excepcional del levantamiento del velo, ya que en vez de desincentivar el deber de vigilancia de las matrices sobre sus filiales (ya que ante la posibilidad de que se levante el velo mientras menos «sepan» de la actividad de sus filiales y menos conexiones existan entre ellas menor será el riesgo de ser responsables), lo incentivarán, evitando los obstáculos asociados a la misma (qué ley alicar, cómo determinar la legitimación pasiva, cómo salvar la falta de precedentes y criterios, etc.). Vid. N. JÄGERS & J.M. VAN DER HEIJDEN, *op. cit.*, p.843.

¹³² FOEI, *op. cit.*, 30/01/2013.

96. Sin duda continúa siendo la prueba la cuestión más difícil que afrontan los demandantes en este tipo de litigios. Y esta es una cuestión fundamental. La parte actora en sus alegaciones solicita, en repetidas ocasiones, que Shell et al. aporten documentos que sólo ellos pueden aportar y que clarificarían tanto la situación de influencia de RDS sobre la filial como la causa de los vertidos¹³³. El tribunal no reconoce esta petición en ninguna de las ocasiones. Esto puede ser un punto importante de cara al recurso que presentarán los demandantes en los meses próximos. Lo cierto es que el tribunal hace una interpretación restrictiva del artículo 843a del Código civil neerlandés, de manera que si la parte actora no prueba suficientemente el interés determinante en obtener un documento concreto, no se estima su «legítimo interés» y, por tanto, será denegada su petición.

97. En el caso de los documentos que la parte actora reclama para probar la vinculación entre RDS y SPDC, el tribunal rechaza su petición porque considera que no han demostrado suficientemente que, bajo la ley de Nigeria, la matriz comete un acto ilícito si, estando al corriente de la política ambiental y de seguridad de su filial y teniendo autoridad e influencia sobre ella, no actúe. Si leemos las alegaciones de la parte actora, son numerosos los casos de la jurisprudencia (de países de Common Law, en especial de Reino Unido) citados en los que parece de entrada plausible que una matriz responda por no cumplir con el debido cuidado en cuanto a las actividades de sus filiales, no siendo incompatible con la normativa de Nigeria. Por otra parte, el tribunal tampoco encuentra justificado el «legítimo interés» en el caso de los documentos solicitados acerca de los oleoductos y su mantenimiento porque considera que los demandantes no han conseguido contestar al argumento Shell et. al. según el cual las fugas se deben a sabotaje. Las exigencias para justificarlo parecen bastante elevadas si tenemos en cuenta que, desde el punto de vista de los demandantes, son precisamente esos documentos relativos al mantenimiento los que lo permitirían, en una suerte de círculo vicioso.

98. La cuestión aquí es si esa exigencia es razonable cuando se trata de garantizar la defensa y la igualdad de armas en el proceso; es decir, hasta qué punto es necesario fundamentar la necesidad del documento –siempre que sea razonable y esté conectado con el caso, en una interpretación más favorable a las víctimas del «legítimo interés»– dada la desigualdad evidente entre las partes; hasta qué punto es la motivación del tribunal razonable y, por tanto, suficiente. El perjuicio que puede causar denegar a una parte la posibilidad de acceder a determinados documentos que finalmente sí fueran relevantes frente al que causa el hecho de que se aporte, en el peor de los casos, un documento «inútil» al proceso, es infinitamente mayor en términos de administrar justicia de manera eficaz y eficiente que el de aceptarlo, siempre que de entrada parezca razonable, útil y pertinente. Ello sin entrar en posibles consideraciones acerca de si una interpretación tan exigente de los requisitos del artículo 348a del Código de procedimiento civil neerlandés pudiera suponer una denegación de justicia –de un proceso con todas las garantías- en base a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹³⁴, sobre todo si tenemos en cuenta el tipo de motivación empleada por el tribunal en la denegación.

99. Al respecto se pronunciaba Amnistía Internacional en el informe citado *supra*: «*A lo largo de toda la sentencia queda patente que los agricultores sencillamente no tuvieron acceso a la información*

¹³³ Basándose en los artículos 22, 150 y 834a del Código de Procedimiento civil neerlandés, los demandantes solicitan los documentos: «*For an important part of the propositions of the plaintiffs it applies that the further substantiation thereof is only possible by means of documents that they do not have at their disposal. These documents are at the exclusive disposal of the defendants. (...) A reasonable and balanced litigation that enables the actual implementation of the substantive standards on the acts and omissions of defendants, therefore brings along the defendants must be enforced to provide the information requested by plaintiffs in order to accommodate plaintiffs to their furnishing of evidence. (...) This would result in an increased duty of care to produce prima facie evidence for defendants and a shift of (part of) the burden of proof to defendants*». (Vid. paragraphs 346-360 Writ of summons, *op.cit.*).

¹³⁴ Si esta denegación de documentos pudiera constituir una violación del derecho consagrado en el artículo 6.1. del Convenio Europeo de Derechos Humanos que el tribunal neerlandés sí se ve obligado a respetar con independencia de que esté aplicando una ley extranjera al fondo del asunto (Vid. L. KIESTRA, «Human Rights and International Private Law», *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, 1/ 2011) es una cuestión que podría analizarse a la luz de la jurisprudencia y de la interpretación de dicho artículo.

mación y los conocimientos necesarios para refutar las afirmaciones de Shell. (...) Con arreglo a las normas jurídicas neerlandesas, a fin de obtener de Shell los documentos necesarios, los agricultores prácticamente tenían que probar su alegación antes de que diese comienzo el juicio. Su solicitud de documentos fue denegada. Cuando una parte tiene todas las bazas, unas reglas de divulgación tan restrictivas pueden ser un obstáculo para que se haga justicia. Lo que quiere decir que las profundas desigualdades de poder se perpetúan. Ya es hora de que los tribunales comiencen a reconocer la considerable desigualdad de armas en este tipo de causas e interpreten y apliquen las normas de una manera que subsane los desequilibrios».

iv. ¿Es la filial responsable?

100. No se aprecia responsabilidad de SPDC en base a la sentencia en *Rylands v Fletcher*¹³⁵, ya que según la ley de Nigeria (Section 11 (5) (c) and (4) (c) Nigerian Oil Pipelines Act, 1956), SPDC sería responsable del daño siempre que los vertidos no hubieran sido causados por sabotaje o con responsabilidad de la víctima de los daños. Al reconocerse el sabotaje como causa directa de los daños no es posible reconocer dicha responsabilidad como sugiere Milieudefensie, ni siquiera por el hipotético deber de responder adecuadamente a los vertidos o limpiar la contaminación, ya que eso no encaja en dicho texto legal. Por la importancia de la prueba de si existió o no sabotaje para el resto del litigio y sus resultados, la cuestión probatoria -igualdad de armas, imparcialidad, etc.-reviste especial importancia como ya hemos argumentado previamente.

101. Sí aprecia el tribunal *responsabilidad por negligencia* (la comisión de «*tort of negligence*»¹³⁶) por parte de SPDC ante Akpan en la ocurrencia de los vertidos, aunque no así en la respuesta ni en la reparación o limpieza de los mismos. Lo primero se estima porque el tribunal encuentra que SPDC no aseguró suficientemente el pozo IBIBIO-I frente a las frecuentes y previsibles prácticas de sabotaje, que fueron cometidas de una manera muy simple (abriendo las válvulas), habiendo sido esto muy fácil de evitar para la empresa en todo el tiempo previo al sabotaje, a un coste muy bajo. En su opinión, como operador que actúa razonablemente, debería haber asegurado adecuadamente el pozo, pudiendo con ello haber limitado considerablemente o incluso anulado el riesgo tan alto y obvio de sabotaje. Como las partes no muestran desacuerdo en el hecho de que los vertidos podrían no haber ocurrido si el pozo hubiera sido adecuadamente cerrado antes de 2006, se aprecian los requisitos necesarios (de causalidad, proximidad, razonabilidad y previsibilidad) para determinar que existía un deber de cuidado que no fue atendido y que por tanto sí da lugar a responsabilidad de SPDC frente a Akpan.

v. Sabotaje: ¿En qué medida justifica la exoneración?

102. Habría sido interesante, a la vista de los resultados y argumentaciones expuestos, que el tribunal hubiera clarificado qué pasaría en caso de que no hubiera sido el sabotaje la causa de los vertidos sino la inadecuada protección o mantenimiento de las instalaciones, respecto de la responsabilidad de la matriz. Reconocer el sabotaje como causa de los vertidos deja escaso margen a la responsabilidad, tanto de RDS como de SPDC; se limitaría pues a las medidas de seguridad adoptadas para evitarlo, razonablemente, teniendo en cuenta lo generalizado del fenómeno y en base a los métodos habituales utilizados. ¿Puede exigirse a una empresa de acuerdo al Derecho de Nigeria la adopción de medidas de seguridad a sabiendas de la conflictividad y de los usuales sabotajes? ¿Hasta qué punto se encuentra satisfecho este deber de cuidado con independencia del resultado final de que exista o no un vertido por parte de SPDC y,

¹³⁵ *John Rylands and Jehu Horrocks v Thomas Fletcher* [17 July 1868], UKHL 1, LR 3 House of Lords 330. Disponible en: <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1868/1.html> [Consulta: 12/02/2013].

¹³⁶ Podemos definir el «*tort of negligence*» como «*el fallo en ejercer un estándar de conducta que una persona razonablemente prudente debió haber ejercido en una situación similar*» (B.A. GADNER, *Black's Law Dictionary*, 8a Edición, Thomson West, 2004, pp. 3282 y s.; W. L. PROSSER, W.P. KEETON, *Prosser and Keeton on Torts*, 5a Edición, West Group, 1984, pp. 160 y ss.) Presenta los siguientes elementos característicos: 1) Un deber de cuidado, 2) El quiebre de dicho deber por una persona, 3) Un nexo causal entre la conducta y el daño que se produce por el quiebre del debido cuidado, y 4) Un daño actual, no futuro.

en su caso, de RDS? ¿Basta el hecho de conocer los riesgos y ser capaz de intervenir para evitarlos para que pueda estimarse la responsabilidad? Sin duda, la cuestión es cuanto menos discutible. En nuestra opinión la situación del país -en la que los sabotajes son frecuentes- era lo suficientemente grave y previsible como para que a una empresa que desarrolla actividades peligrosas directamente afectadas por las prácticas de sabotaje, se le exigiera un cuidado especial y la responsabilidad, si no ya objetiva -algo que en ausencia de ley no podía reconocerse-, presumible salvo prueba de la diligencia debida con un nivel de exigencia mayor -en las cautelas y medidas de seguridad- al que la sentencia que comentamos parece requerir.

c) No se aprecia ilícito frente a Milieudefensie, la ONG.

103. Tampoco se estima la responsabilidad frente a Milieudefensie porque el hecho de que sea parte legitimada según el 3:305 del código civil neerlandés para proteger intereses de terceros, no implica que el daño sufrido por esos terceros pueda ser considerado daño causado a Milieudefensie. Además, en *common law*, no existe proximidad alguna, según el tribunal, entre SPDC y la ONG en Ámsterdam por ningún daño producido en Nigeria, y por tanto no puede apreciarse deber alguno de cuidado. Todo ello hace que se desestime la petición de reconocimiento de responsabilidad ante Milieudefensie (petición III).

d) No existe responsabilidad por mala respuesta o falta de limpieza.

104. Tampoco se aprecia la comisión de un ilícito por negligencia, »*tort of nuisance*», por hechos cometidos por un tercero; es decir, el hecho de «no impedir» el sabotaje o no responder ni limpiar adecuadamente la zona no constituye un «*tort of nuisance*» en el marco de los derechos de licencia concedidos por el gobierno nigeriano a SPDC. Amnistía Internacional¹³⁷ señala esta deficiencia en la legislación nigeriana: «*constituye un grave problema dado que, si la limpieza de la contaminación de petróleo se realiza de manera inadecuada y sufre retrasos, pueden agravarse los daños causados al medio ambiente y los derechos humanos de las personas, en especial, el derecho a la salud, la alimentación, el agua y los medios de vida*».

105. El tribunal desestima ambas peticiones en relación a la respuesta insuficiente de SPDC a los vertidos y a su limpieza, ya que por un lado, la empresa no pudo entrar en los terrenos de la comunidad en repetidas ocasiones por negativas de la comunidad de Ikot Ada Udo hasta noviembre de 2007, admitiendo el tribunal los esfuerzos alegados por parte de la empresa para responder y remediar dichos vertidos. Por otra parte, en cuanto a la limpieza, el tribunal no reconoce la petición de los demandantes por encontrar que no está suficientemente probado que el método utilizado para la limpieza (*RENA method*) implique ya de por sí que la contaminación por petróleo de los vertidos no fue adecuadamente limpiada en esa zona concreta sólo en base a que en el informe de Naciones Unidas¹³⁸ para Ogoniland se considera poco efectivo, ni tampoco basándose en la afirmación de que los certificados emitidos por el gobierno no son fiables ni demuestran la limpieza efectiva.

e) *Tort of trespass* y vulneración de los derechos humanos: desestimados

106. Tampoco aprecia el tribunal un ilícito por usurpación de tierras (*tort of trespass to chattel*) contra Akpan. Asimismo ocurre con la alegada violación de sus derechos humanos -violación del dere-

¹³⁷ A. GAUGHRAN (Amnistía Internacional), *op. cit.*

¹³⁸ En efecto, 4 de agosto de 2011, la publicación del informe «Evaluación ambiental de Ogoniland», del Programa de Naciones Unidas para el Medioambiente reveló problemas graves y sistemáticos en las actividades de limpieza de Shell en dicha región del Delta del Níger, que no cumplía con las normas medioambientales estipuladas en la legislación nigeriana ni tampoco con sus propias normas. El informe afirmaba que más de medio siglo de operaciones de explotación de los recursos petrolíferos en la región Ogoni –por empresas como Shell–, había causado un daño mucho más profundo que el que previamente había sido estimado. Si bien es cierto que, de los tres poblados vinculados a los juicios en Holanda, sólo uno, Goi, pertenece a la región Ogoni (Oruma está en el Estado Bayelsa e Ikot Ada udo en el Estado Akwa Ibom), este informe es aportado por los demandantes para reforzar sus tesis de falta de respuesta, daño medioambiental y limpieza inadecuada del territorio.

cho humano a la integridad física por vivir en un ambiente contaminado-, ya que según el tribunal no existe precedente jurisprudencial en Nigeria en el que se reconozca la responsabilidad de una empresa por violación de los derechos humanos de una manera «no activa», por negligencia («in horizontal relationships»), por actos cometidos por terceros –en este caso, por sabotaje–. En el precedente alegado por Milieodefensie et al., el caso *Gbemre vs. Shell Petroleum Development Company* (SPDC)¹³⁹, la empresa había violado un derecho humano con su conducta activa y deliberada de quemar gas durante un largo período de tiempo¹⁴⁰.

D) Excepción de orden público, derechos humanos y medio ambiente: Nigeria y su Derecho condenados por la Corte de Justicia de la Comunidad Económica de Estados del África Occidental.

107. A la vista de las críticas al resultado de aplicar el Derecho nigeriano que hemos mencionado, cabe preguntarse si la excepción de orden público podría haber jugado algún papel en aquellos puntos controvertidos. Especial interés merece el tema a la vista de la sentencia -histórica- dictada en diciembre de 2012 por la Corte de Justicia de la Comunidad Económica de Estados del África Occidental en el caso SERAP (Proyecto de Derechos Socioeconómicos y Rendición de Cuentas) *vs. Nigeria*¹⁴¹, en la que se declara por unanimidad responsable al gobierno de Nigeria de los abusos cometidos por las compañías petroleras, dejando claro que el gobierno debe exigir responsabilidades. Igualmente el tribunal declara que Nigeria violó los artículos 21 (derecho a las riquezas y a los recursos naturales) y 24 (sobre el derecho a un medio ambiente general satisfactorio) de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos al no proteger al Delta del Níger y a sus habitantes de las actividades de las compañías petroleras; por ello, se invita a *reforzar la legislación nigeriana* y las instituciones a fin de que sean más efectivas en esta línea porque no hacerlo constituye una violación de las obligaciones y compromisos internacionales de Nigeria en materia de derechos humanos.

108. Si tenemos en cuenta esta sentencia y todos los informes al respecto –de ONG, de la ONU, etc.–, ¿podríamos considerar que la aplicación del Derecho nigeriano, por ser insuficiente y no garantizar suficientemente los derechos humanos –empezando por el derecho a una tutela judicial efectiva, siguiendo por el derecho a vivir en medio ambiente satisfactorio, a la salud, etc.–, justificaría alegar una excepción de orden público para aplicar, en su lugar, el Derecho neerlandés¹⁴²? Si bien ya sabemos que esta excepción ha sido reconocida en escasas ocasiones (*vid. nota al pie núm. 88*), quizás debería interpretarse menos restrictivamente cuando el vínculo con el país en cuestión de la Unión Europea sea lo suficientemente fuerte o el riesgo de que la adecuada tutela judicial o el respeto a los derechos humanos no sea garantizada aplicando dicha ley sea alto y previsible. Ahora, con la vigencia de Roma II, la elección por parte del demandante del ordenamiento aplicable –si en el sentido de lo argumentado previamente, la elección es real entre dos ordenamientos diferentes– esta excepción podría ser menos necesaria en cuanto que lo previsible es que en la inmensa mayoría de los casos los demandantes elijan aquel ordenamiento que proteja con mayores garantías sus derechos y favorezca sus pretensiones.

¹³⁹ Disponible en: <http://www.chr.up.ac.za/index.php/browse-by-subject/418-nigeria-gbemre-v-shell-petroleum-development-company-nigeria-limited-and-others-2005-ahrlr-151-nghc-2005.html> [Consulta: 15/02/2013].

¹⁴⁰ Para más información sobre DIPr y derechos humanos, *vid. «Human Rights and International Private Law», Nederlands Internationaal Privaatrecht*, 1/ 2011.

¹⁴¹ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ECONÓMICA DE ESTADOS DEL ÁFRICA OCCIDENTAL (CEDEAO), asunto *SERAP vs. Federal Republic of Nigeria*, ECW/CCJ/APP/08/09, 14/12/2012, disponible en: http://www.courtecowas.org/site2012/pdf_files/decisions/judgements/2012/SERAP_V_FEDERAL_PUBLIC_OF_NIGERIA.pdf

¹⁴² «Foreign law must be disregarded if that law or its application is in contravention of international public order under private law. This is the case if (the application of) the foreign law would infringe the fundamental principles of the Dutch legal system. The rule must be applied in a restrictive manner. The sole fact that the foreign law differs from Dutch law is insufficient grounds to invoke public order, even if the Dutch law in question is of a mandatory nature. If it is not the rule itself but rather its application that may potentially breach the public order, the assessment of this may then partly depend on the extent to which the case is linked to Dutch jurisdiction. Public order may be invoked, even if the regulation in question does not contain a provision to this effect». Disponible en: http://ec.europa.eu/civiljustice/applicable_law/applicable_law_net_en.htm [Consulta: 10/03/2013].

V. Conclusiones

109. Esta sentencia ha sido calificada como «histórica» en diferentes reseñas jurídicas¹⁴³ ya que es la primera vez que una compañía neerlandesa es juzgada en tribunales neerlandeses por daños medioambientales causados en el extranjero –fuera de la UE– por una de sus filiales, junto con ésta. A pesar de la conexión mínima que parece existir entre la jurisdicción neerlandesa y unos daños causados por una sociedad nigeriana en Nigeria, el tribunal admite su competencia con independencia de que la responsabilidad de la sociedad neerlandesa se estimara finalmente o no. Sin embargo, el hecho de que esa admisión del caso -por la competencia sobre ambas sociedades- se basara en un artículo de producción interna neerlandés, limita el impacto y la posibilidad de hablar de una tendencia en el seno del espacio de justicia europeo a menos que se produzcan modificaciones legislativas, las cuales, como hemos argumentado en el trabajo, parecen bastante razonables y convenientes a la vista de la realidad económica y empresarial, de la evolución de las relaciones intra-grupos y de la importancia del bien jurídico, interés colectivo difuso, que está en juego: el medio ambiente.

110. Sin duda, la posibilidad de que los ordenamientos jurídicos de los países de la UE pudieran representar una vía alternativa para las víctimas de daños medioambientales de países empobrecidos es bastante relevante. Independientemente del ordenamiento aplicable, el Derecho procesal y las garantías del debido proceso serán en muchas ocasiones más beneficiosos para las víctimas, como ocurre en este caso con el Derecho procesal neerlandés (que permite la participación de ONG, es menos probable la corrupción, etc.). Esto sin olvidar la visibilidad y repercusión que el hecho de que una multinacional neerlandesa sea juzgada por tales daños o violaciones de derechos humanos en la misma UE puede tener ante la sociedad civil y sus representantes políticos.

111. En el proceso de reforma de Bruselas I se sugirió incorporar ciertas normas uniformes para la determinación de la competencia en caso de demandados o codemandados no domiciliados en un Estado contratante¹⁴⁴, pero no se han logrado incorporar al texto definitivo¹⁴⁵. Esperemos que, tal y como apunta su nuevo artículo 79, se pueda avanzar en este sentido en un futuro próximo, para lograr mayor seguridad jurídica, homogeneidad y la apertura en la UE de una vía de justicia efectiva -coherente, uniforme y cierta- en estos casos, con independencia de que otros tribunales -los del lugar del daño- fueran también competentes si allí se presentase la demanda.

112. Desde luego, no se trata de «*meter las narices*» en otros países ni de atribuirse funciones exorbitantes; se trata de salvaguardar el comportamiento *adecuado* -acorde a códigos internacionalmente aceptados de conducta y a valores y derechos esenciales unánimemente reconocidos- de empresas domiciliadas *en Europa* y vinculadas fuertemente al mercado europeo, ya sean filiales o matrices, frente a una cuestión esencial que está en la base de la fundación europea, como es la protección de los derechos humanos, íntimamente vinculados con el medio ambiente, y de los intereses generales y difusos que afectan a éstos y, también, al funcionamiento del mercado interior. Por otra parte, el poder económico y empresarial que tienen las empresas matrices respecto de sus filiales no debe ser ignorado o minusvalorado por las teorías clásicas de la responsabilidad civil: sus complejas estructuras exigen cambios que

¹⁴³ Entre otros vid., R. ALFORD, «Dutch Court Issues Mixed Ruling on Shell's Liability for Nigerian Environmental Claim», *Opinio Iuris Blog*. Disponible en: <http://opiniojuris.org/2013/02/05/dutch-court-issues-mixed-ruling-on-shells-liability-for-nigerian-environmental-claim/> [Consulta: 12/05/2013]; MILIEUDEFENSIE, «Response to the verdict», *FOEI website*. Disponible en: <http://www.milieudefensie.nl/english/pressreleases/milieudefensie-response-to-the-verdict-in-the-shell-nigeria-court-case> [Consulta: 12/05/2013]; M.J. VAN DER HEIJDEN, «Unique case against Shell: the first Dutch foreign direct liability case», *Weblog of the Netherlands School of Human Rights Research*, February 8, 2013. Disponible en: <http://invisiblecollege.weblog.leidenuniv.nl/2013/02/08/%EF%BB%BFunique-case-against-shell-the-first-dutch-foreign-direct-liability-case/> [Consulta: 12/05/2013].

¹⁴⁴ Vid. COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Libro Verde revisión Reglamento 44/2001*, op. cit., p.175

¹⁴⁵ Lo cual ha sido valorado negativamente por la doctrina. Vid., entre otros, P.M. ASENCIO, *El nuevo Reglamento Bruselas I bis*, Diciembre 2012. Disponible en: <http://pedromiguelasensio.blogspot.com.es/2012/12/el-nuevo-reglamento-bruselas-i-bis.html> [Consulta: 28/02/2013].

equilibren las relaciones respecto de las posibles víctimas de daños causados por sus actividades, que establezcan un régimen exigente de «*debido cuidado*» de las matrices sobre las políticas comunes de seguridad, protección medioambiental y respeto por los derechos humanos de forma que actúen «*como si en Europa se hallasen -sus filiales-*». Sin ánimo de hacer demagogia, se hace difícil pensar que si la filial de una empresa matriz neerlandesa estuviera ubicada en Francia, los daños producidos, en su magnitud, recurrencia, duración y la actuación posterior de reparación y limpieza por parte de la empresa matriz y de la filial, habrían sido los mismos.

113. Es necesario garantizar que las lícitas estrategias de internacionalización de empresas no se conviertan en «paraísos» que permitan abusos de derecho ni agresiones al medio ambiente, ante los cuales la ubicación territorial y la nacionalidad de sus víctimas debe ser el factor menos importante para la justicia europea. Si tenemos una empresa con conexión europea -incorporación, sede, lugar de operaciones, capital, recepción de beneficios, etc.- entonces, los estándares mínimos de protección que se aplicarían en territorio europeo deben ser garantizados por sus matrices, al menos, ejerciendo adecuadamente su deber de vigilancia. Y en consecuencia, los tribunales europeos deben poder fiscalizar dichas actuaciones. Es una cuestión de justicia que, en nuestra humilde opinión, no debe olvidarse al analizar las múltiples teorías y disquisiciones doctrinales y jurisprudenciales que, si bien son de gran importancia en el desarrollo del Derecho, no pueden hacernos perder de vista ni el sentido común ni los principios y valores básicos que están en la base de nuestra convivencia internacional, porque, siempre desde los cauces que prevén los Estados democráticos y de Derecho, la ley debe servir al ser humano y no viceversa.

114. En cuanto a la determinación de la ley aplicable, la aplicación de las leyes de conflicto neerlandesas deja pocas posibilidades de interpretación para argumentar la aplicación del Derecho neerlandés en lugar del nigeriano. Sin entrar a valorar si hubiera sido o no mejor para los demandantes la aplicación de otro ordenamiento jurídico, lo cierto es que este panorama ha cambiado -está por ver si también «en la práctica» o tan sólo como posibilidad teórica- con el Reglamento Roma II. La facultad de elección que ésta ofrece de manera específica para los casos de daños al medio ambiente parece justificada al hilo de la protección conflictual reforzada. Ahora bien, será clave en su desarrollo y aplicación cómo se interprete el «hecho generador del daño» para que las posibilidades de elección sean reales y no se convierta en una «prueba diabólica» para los demandantes. Para ello, podrían facilitarse soluciones en su interpretación jurisprudencial, como que se presume *iuris tantum* que en presencia de grupos societarios, el lugar en el que la matriz tiene su sede principal de operaciones es el «lugar del hecho generador del daño». Habrá que esperar a futuros casos en los que sí sea aplicable dicho reglamento para ver cómo se concreta tal facultad de elección, también en el caso de los daños previsibles no «verificados».

115. Al hilo del estudio de la sentencia, y en relación a los Derechos sustantivos, cabe preguntarse: ¿pueden los tribunales avanzar verdaderamente en la estimación de la responsabilidad de las matrices de grupos societarios sin que se produzcan cambios en la legislación? Existe un reguero de jurisprudencia y de casos desestimados por la difusión e insuficiencia de las disposiciones -procesales, societarias, civiles- involucradas en este tipo de supuestos. ¿En qué punto se encuentran los mayores escollos? Sin duda el Derecho internacional privado tiene parte importante de las soluciones, pero existen otros Derechos materiales que tienen mucho que decir¹⁴⁶ y que, sin anular el tan necesario desarrollo jurisprudencial del Derecho y sin caer en una hiperproducción de normas muchas veces inaplicables y complejas- deberían actualizarse a la vista de las complejas estructuras societarias, de la realidad de la actividad empresarial, de la difusión de las fronteras nacionales en las relaciones de responsabilidad, poder, control...y de los graves daños al medio ambiente y a los derechos humanos básicos que, y esto

¹⁴⁶ Por ejemplo, la regulación del «deber de vigilancia» intra grupos a modo de presunción para invertir la carga de la prueba y equilibrar así la igualdad de partes en el proceso civil; determinar una responsabilidad mancomunada (y/o subsidiaria de la matriz si la filial es insolvente en caso de que se aprecie la responsabilidad de ambas) en función del grado de responsabilidad que cada una tuvo en los daños (no es lo mismo infringir un deber de vigilancia de manera leve que cometer directamente negligencia en la supervisión directa de un oleoducto, por ejemplo); etc.

es innegable, están -de manera más o menos directa, con culpa o sin ella- ligados a las actividades de empresas multinacionales por todo el mundo, especialmente en países empobrecidos.

116. En definitiva, pareciera que esta sentencia reafirma la tendencia a juzgar la responsabilidad de las matrices en su propio país por las prácticas dañinas de sus filiales en terceros estados junto con éstas. Sin embargo, dado que ha sido una norma de producción interna la que ha permitido que los tribunales neerlandeses sean competentes y dado que Roma II aún no era aplicable, si esto es una anécdota o una tendencia meramente nacional o si en realidad implica -o puede promover- un avance en el marco de la Unión Europea en los litigios aceptados a trámite y estimados sobre responsabilidad civil de filiales no domiciliadas por daños ambientales en terceros Estados, está por ver. El resultado final de este caso -en segunda instancia-, el veredicto en el caso *Bodo*¹⁴⁷ y en cuantos litigios se presenten en los próximos años, los posibles cambios e interpretaciones de la regulación en materia de competencia y ley aplicable en el marco de la UE, así como la actualización de los Derechos sustantivos a una realidad empresarial y económica globalizada...podrán verificar o refutar dicha tendencia en los años venideros. De la creatividad del jurista y, sin duda, de la voluntad política, depende la solución a estos problemas. Esperemos que los cambios lleguen a tiempo y den respuestas justas y eficaces a los rápidos cambios de la globalización y construyan un espacio de justicia europeo coherente que lidere la protección jurídica del medio ambiente, en especial en lo que a la actividad de sus empresas se refiere.

¹⁴⁷ Caso *Bodo* en el Reino Unido (<http://www.amnesty.org/es/news/blog-el-juego-de-shell-2012-10-29>), *vid. supra*.

THE FIRST TWO DECISIONS OF THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE ON THE LAW APPLICABLE TO EMPLOYMENT CONTRACTS

CARLA GULOTTA

*Associate Professor in International Law
University of Milano Bicocca*

Recibido: 15.07.2013 / Aceptado: 24.07.2013

Abstract: The article examines the first two decisions of the Court of Justice of the European Union on Article 6 of the Rome Convention on the law applicable to employment contracts.

The author underlines the effort of the Court in giving raise to a well integrated European system of conflict of laws and international procedure's rules. Building on the value given by the Court to its previous case law on grounds for jurisdiction in employment contracts, the author then argues that such a system is thoroughly oriented towards a substantive (not formal) construction of conflict of laws'rules, in view of attaining the aim of protection of the employee.

Key words: Rome Convention on the law applicable to contractual obligation, notion of «habitual place of work», employees performing their work in more than one State.

Estratto: Il contributo esamina le prime due sentenze nelle quali la Corte di giustizia dell'Unione europea interpreta l'art. 6 della Convenzione di Roma, relativo alla legge applicabile ai contratti individuali di lavoro. L'autore sottolinea lo sforzo della Corte nella ricostruzione di un sistema di diritto internazionale privato e processuale europeo organico e ben integrato. Sulla scorta del valore attribuito dalla Corte alla propria precedente giurisprudenza sui titoli di giurisdizione in materia di contratto di lavoro, l'autore sostiene che tale sistema appare fortemente orientato verso un'interpretazione materiale (non formale) delle regole di conflitto, volta alla realizzazione della miglior tutela del lavoratore.

Parole chiave: Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, nozione di «luogo abituale di lavoro», dipendenti che prestano l'attività lavorativa in più di un Paese.

Sumario: I. Brief preliminary comments on the Court's jurisdiction in this matter. II. The relevance the Court attributes to its *grounds for jurisdiction* over employment contracts. III. The two cases: workers in the international transport sector. IV. The criterion of habitual place of work: the broad interpretation developed by the Court in the two cases under examination. 1. The Court favours a «substantively oriented» interpretation of conflict of laws'rules. V. The interpretation of the criterion of the place of engagement. 1. The principle of the prevalence of substance over form in identifying the employer. VI. The role of the criterion of closest connection in employment contracts.

I. Brief preliminary comments on the Court's jurisdiction in this matter

1. After years of silence, over a ten month period the European Court of Justice handed down two separate decisions on the interpretation of the 1980 Rome Convention¹ on the law applicable to

¹ *Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations*, Rome, June 19, 1980, in *G.U.U.E. C 334* of December 30, 2005, p. 1 (consolidated version), available in R. CLERICI, F. MOSCONI, F. POCAR, *Legge di riforma del diritto internazionale privato e testi collegati*, Milan, 2009, p. 65. Of the many contributions on the Rome Convention, including additional bibliographies

international employment contracts. While the Rome Convention is not the basic source of private international law on obligations within the European Union –it was in fact replaced by Regulation no. 593/2008,² Art. 8 of which contains the new special provisions on employment contracts– nevertheless, the *Koelzsch*³ and *Voogsgeerd*⁴ decisions indisputably have material relevance for two reasons. First of all, the provisions of the Rome Convention are still applicable to all contracts concluded *prior to* December 17, 2009,⁵ and secondly, both of the connecting criteria construed by the Court in the decisions in question are picked up by the new Regulation, either word for word (this is so for the *criterion of the place of business through which the employee was engaged*) or with changes that the Court expressly intended to «reconcile» itself with (*criterion of habitual place of work*). So the Court's detailed construction of Art. 6 of the Rome Convention can *also* be used as a guide for the application of Art. 8 of the *Rome I* Regulation. The fact that it was not until 2011 that the Court *for the first time* addressed the issue of interpreting the Rome Convention with regard to employment contracts –although it had been in effect since 1991⁶– can be explained by the late entry into effect of the two protocols signed in Brussels in 1988 that give it jurisdiction to construe the said Convention.⁷

2. The need for a uniform interpretation of the provisions of private international law contained in the Rome Convention has always been affirmed by Italian authors⁸ and has constituted one of the strongest arguments in support of the need to transform the Convention into a European Union regulation.⁹ A reading of the *Koelzsch* and *Voogsgeerd* decisions confirms the solidity of this position, demonstrating the contribution that the Court's effort to clarify the issue of international employment contracts can make to achieving greater certainty of the law in governing cross-border private law relationships in Europe.

II. The relevance the Court attributes to its grounds for jurisdiction over employment contracts

3. The two decisions in question are quite consistent with the course the European Union has chosen in order to create an organic system of norms for coordinating legal systems, which contemplates both the standardization of grounds for jurisdiction and rules for the recognition of decisions, and the adoption of common connecting criteria for identifying the law applicable to cases that present elements

cal references, see: U. VILLANI, *La convenzione di Roma sulla legge applicabile ai contratti*, second ed., Bari, 2001; N. BOSCHIERO, «Obbligazioni contrattuali (diritto internazionale privato)» in Enc. Dir., IV aggiornamento, 2000, p. 851 et seq.; G. SACERDOTI, M. FRIGO (edited by), *La Convenzione di Roma sul diritto applicabile ai contratti internazionali*, second ed., Milan, 1994.

² Regulation (EC) no. 593/2008 of the European Parliament and of the Council of June 17, 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I), in *G.U.E.*, L 177 of July 4, 2008, p. 6, as well as in R. CLERICI, F. MOSCONI, F. POCAR, *op. cit.*, p. 300. In this regard, see generally: N. BOSCHIERO (edited by), *La nuova disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti (Roma I)*, Turin, 2009, B. Ubertazzi, *Il regolamento Roma I sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, Milan, 2008, T. BALLARINO, *Dalla convenzione di Roma del 1980 al regolamento Roma I*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2009, p. 40 et seq. and the commentary by F. SALERNO, P. FRANZINA, in *Nuove leggi civ. com.*, 2009, p. 521 et seq.

³ ECJ, 15 March 2011, Case C-29/10, *Heiko Koelzsch v. Etat du Grand-Duché de Luxembourg*, not yet published in *Raccolta*.

⁴ ECJ, 15 December 2011, Case C-384/10, *Jan Voogsgeerd v. Navimer SA*, not yet published in *Raccolta*. Among the authors who have commented on the two decisions, reference should be made at least to the following: C. E. TUO, *La tutela del lavoratore subordinato tra diritto internazionale privato e libertà economiche dell'UE*, *Diritti del commercio internazionale*, 2011, p. 1172; V. PARISOT, *Vers une cohérence verticale des textes communautaires en droit du travail? Reflexion autour des arrêts Heiko Koelzsch et Jan Voogsgeerd de la Cour de Justice*, *Journal du droit international*, 2012, p. 597.

⁵ This is in fact what Art. 29 of Regulation (EC) 593/2008 provides.

⁶ Italy had already implemented the Convention in 1984, through Law no. 975 of Dec. 18, 1984 (OJ no. 25 of January 30, 1985, ord. suppl. no. 6), but only in 1991 were the seven ratifications necessary for it to enter into effect obtained.

⁷ Pursuant to Art. 6 of the first protocol (89/128/CEE), both interpretative instruments went into effect on August 1, 2004. On October 6, 2009, the Court exercised its new jurisdiction for the first time, providing an interpretation of Art. 4 of the Rome Convention: cf. Case C-133/08, *ICF*, in *Raccolta*, p. I-9687.

⁸ Such as R. LUZZATTO, *L'interpretazione della convenzione e il problema della competenza della Corte di giustizia delle Comunità*, in T. TREVES (edited by), *Verso una disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti*, Padua, 1983, p. 57 et seq.

⁹ In this regard, see the Commission's Green Paper «on the conversion of the Rome Convention of 1980 on the Law Applicable to Contractual Obligations into a Community Instrument and its Modernization,» Brussels, 14 January 2003, COM(2002) 654 final, p. 15.

of contact with a number of different legal systems. While the now numerous initiatives taken by EU lawmakers based on the new competencies pursuant to Art. 81 TFUE¹⁰ constitute important structural elements in constructing a European private international law system, the *Koelzsch* and *Voogsgeerd* decisions demonstrate the potential of the Court's role in harmonizing and cementing this new system.¹¹ This is true under at least two perspectives. From one standpoint, the Court has indirectly responded to doubts arising from the concurrent applicability, in the EU legal system, of the old Rome Convention and the new Regulation no. 593/2008, by providing an evolving interpretation of the former, which anticipates the new provisions of the Rome I Regulation¹² and is capable of unifying the conflict of laws system in the area of employment contracts. From a second standpoint, the Court gave form to the *principle of continuity* between the work of unifying the Union's international civil procedural law –begun by the Brussels Convention in 1968¹³– and unifying private international law regarding obligations. Such a principle had already been affirmed in the preamble to the Rome Convention¹⁴ and revealed itself later in the osmotic relationship between this Convention and the versions that followed of the Brussels Convention, which in its 1989 text set out new special grounds for jurisdiction in employment law, directly inspired by Art. 6 of the Rome Convention¹⁵ and later confirmed in the Brussels I Regulation.¹⁶ In the *Koelzsch* decision, adopting the position that the Advocate General stated in her extensive arguments,¹⁷ the Court reconfirmed the position already expressed in its first decision interpreting the Rome Convention¹⁸ and declared that in interpreting Art. 6, par. 2, a) of this Convention, *it could not disregard* its own case law on similar notions contained in Art. 5, 1 of the Brussels Convention, again with regard to employment law.¹⁹ In so doing, the Court proved its capacity to actively contribute, by creating an appropriate *interpretative link*, to the unification of international procedural law and the Union's conflict of laws system into an organic legal system that could manage all cross-border cases.

¹⁰ Based on this provision, the Union «shall develop judicial cooperation in civil matters having cross-border implications» that can be implemented by adopting measures aimed at guaranteeing, among other things, «the compatibility of the rules applicable in the Member States concerning conflict of laws and of jurisdiction» (Art. 81, no. 2, lett. c). The norm, which corresponds to Art. 65 of the TEC (formerly Art. 73 M introduced by the Treaty of Amsterdam in 1997) thus gives the Union specific jurisdiction to adopt, now through ordinary legislative procedures, its own uniform private international law system, voiding Art. 220 of the original Treaty of Rome, which provided, for this purpose, for the stipulation of international conventions among member States. Both the Brussels Convention in 1968 and the Rome Convention in 1980 used said Art. 220 (later Art. 293) of the TEC as their regulatory foundation: with regard to the effects produced on this latter norm (which was not formally abrogated until the Treaty of Lisbon) by the entry into effect of the new EU competencies on judicial cooperation in civil matters, see F. CARUSO, *Considerazioni generali su unificazione e uniformazione delle legislazioni statali in diritto comunitario*, in P. PICONE (edited by), *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Padua, 2004, p. 21.

¹¹ For an authoritative reflection on the Court's interpretative role regarding the matters included in the so-called «area of freedom, security, and justice,» see: A. TIZZANO, *Qualche riflessione sul contributo della Corte di giustizia allo sviluppo del sistema comunitario*, in *Liber Fausto Pocar*, I vol., Milan, 2009.

¹² I refer to both the extensive interpretation of the criterion of habitual place of work and to the significant reduction of the sphere of application of the criterion of the place where the worker is engaged, which can be seen, *infra*, at paragraphs 4 and 5.

¹³ Brussels Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments on Civil and Commercial Matters, *Brussels, September 27, 1968*, in *G.U.C.E. C* 27 of January 26, 1998, p. 1, available in R. CLERICI, F. MOSCONI, F. POCAR, *Legge di riforma del diritto internazionale privato e testi collegati*, Milan, 2009, p. 17.

¹⁴ «The High Contracting Parties (...) Anxious to continue in the field of private international law the work of unification of law which has already been done within the Community, in particular in the field of jurisdiction and enforcement of judgments (...): cf. Preamble to the Rome Convention, *cit.* at note 1.

¹⁵ Cf. Art. 5, no. 1 of the Brussels Convention, as amended by the Convention of May 26, 1989 regarding accession of the Kingdom of Spain and the Portuguese Republic.

¹⁶ Council Regulation (EU) of December 22, 2000, no. 44/2001, concerning jurisdiction, recognition and execution of judgments in civil and commercial matters, in *G.U.U.E. L* 12, p. 1.

¹⁷ In her conclusions, Advocate General Trstenjak traced the Court's developing case law on grounds for jurisdiction of the «place where the worker habitually carries out his work,» pursuant to Art. 5 no. 1 of the Brussels Convention, asserting that it was comparable, by analogy, to the corresponding connecting criterion contained in Art. 6, no. 2, lett. a) of the Rome Convention, based on both a systematic and teleological interpretation of such. In the Advocate General's opinion, this result would not be precluded by either a literal interpretation or historic interpretation of the provision in question: cf. the *Conclusions of the Advocate General Verica Trstenjak presented on 16 December 2010, Case C – 29/10*, sections 52 - 81, not yet published in *Raccolta*, but available at the Court's website: <http://curia.europa.eu>

¹⁸ Cf. ECJ, 6 October 2009, Case C-133/08, *ICF*, *cit.*, paragraph 22.

¹⁹ Set out in paragraph 33 of the *Koelzsch* decision.

III. The two cases: workers in the international transport sector

4. From a brief review of the facts that led to the two preliminary proceedings, it is not surprising that both cases deal with workers employed in the international transport sector (road or ship), which by definition are the most vulnerable to problems caused by an employment relationship in a number of States. Yet it may be surprising to learn that Mr. Koelzsch, a German worker employed by a Danish road transport company, had to wait a full ten years after he first challenged his dismissal and had to go through seven different judicial proceedings to obtain the reference for preliminary ruling that led to the first of the two judgments commented on (which should offer some consolation to those who complain about the dysfunctions in their own justice system ...). Koelzsch, a resident of the German city of Osnabrück, transported goods, primarily in Germany, but also in other States, using trucks stationed in Osnabrück and two other German cities (Kassel and Neukirchen). The employment contract he signed in 1998 in Luxembourg with the Danish company Gasa contained both a clause electing the law of Luxembourg and a clause granting exclusive jurisdiction to the courts of that State. In a letter of March 13, 2001, Koelzsch was dismissed, effective the following May 15. The employee, who from March 5, 2001 had held the office of alternate member of the employer's works council (*Betriebsrat*), challenged the company measure, asserting that he had a right to the protection granted to works council members by German law on protection against dismissals, with its mandatory rules, which was, in his opinion, applicable to the relationship pursuant to Art. 6, par. 1 and par. 2 of the Rome Convention.

After long and complex procedural issues, the petitioner's faith in his claims finally seems destined to be rewarded, as the interpretive criteria of Art. 6 of the Rome Convention stated by the Court unequivocally leads to a finding that the German law on dismissals which Koelzsch invoked is applicable.²⁰

5. The petitioner seems to be equally fortunate in the outcome of the second preliminary proceeding under examination, which led to the decision of December 15, 2011 in action C-384/10. In this case, the question is complicated by an interposition event that casts doubt on the employer's identity and makes it problematic to identify the «place of business in which the employee was engaged» pursuant to Art. 6, par. 2, b) of the Rome Convention. Here are the facts of the case. On August 7, 2001, Mr. Voogsgeerd, domiciled in the Netherlands, signed an indefinite employment contract with the Luxembourg company Navimer SA, at the offices of the Belgian company Naviglobe NV, in Antwerp, Belgium. In the contract, the parties agreed that the law governing the contract would be that of the Grand Duchy of Luxembourg. Between August 2001 and April 2002, Voogsgeerd performed duties as a head machinist on board two ships owned by Navimer, the company that paid his wages and which, on April 8, 2002, sent him a letter of dismissal. Mr. Voogsgeerd stated that in performing his work, he had sailed primarily in the territorial waters of Belgium and had always received instructions regarding his work from Naviglobe, to whose offices in Antwerp he always returned at the end of each assignment. In challenging the dismissal, the sailor jointly sued Navimer and Naviglobe, asserting that in reality he had worked under the direction of the latter and claiming the right to receive a severance indemnity based on Belgian law, which he considered applicable as a mandatory law of the State of the place of business where he was engaged, pursuant to Art. 6, par. 2, b) of the Rome Convention. With his claims denied by the two lower courts, Voogsgeerd filed an appeal for reversal to the Belgian Court of Cassation against Navimer alone, complaining that the contested decision had violated the Rome Convention to the extent to which the circumstances he had presented had been considered irrelevant for purposes of identifying the applicable law pursuant to Art. 6, par. 2, b) of said Convention.

IV. The criterion of habitual place of work: the broad interpretation developed by the Court in the two cases under examination

6. Art. 6, par. 2, b) of the Rome Convention is thus the subject of *all* interpretive questions that the referencing judge in the *Voogsgeerd* case presented to the Court. Nevertheless, referring to previous case

²⁰ Cf. following paragraph of this comment.

law that states it is up to the Court, based on the information provided by the national judge, to extract «the elements of European Union law requiring an interpretation» (cf. par. 30 of the decision), the Court of Justice disregards the expectations of the Belgian Court of Cassation and takes its cue from the *Voogsgeerd* case to first of all complete the interpretation of the different connecting criterion of the *country in which the employee habitually carries out his work in performance of the contract*, set out in lett. a) of the cited provision, already initiated in the *Koelzsch* case. The two decisions must therefore be analyzed together, as they provide elements that constitute a single hermeneutic construction. The cornerstone on which the Court relies in performing its analysis consists of the assumption that only through an autonomous interpretation of the terms contained in the EU's private international law instruments can these instruments achieve their goals of providing uniform legal solutions and certainty of the law in the event of disputes. Added to the *autonomous* interpretation of the connecting criteria contained in the Rome Convention as regards the legal systems of member States, is the *conformity* that same interpretation must show with the construction of similar expressions in the Brussels Convention, in order to constitute an organic, non-contradictory body of instruments aimed at optimal management of trans-border disputes in member States.²¹ With this in mind, in the *Koelzsch* and *Voogsgeerd* cases, the Court provides an interpretation of habitual place of work which, based on the results of the hermeneutic work already performed on the identification of the court with jurisdiction to hear the relative disputes, builds a sort of bridge that allows these interpretative results to be developed for purposes of applying the regulations that have replaced the two EU conventions on private international procedure and law.²² The first step in the interpretative path described consists, in fact, of fully incorporating the hermeneutic work done on grounds for jurisdiction as per Art. 5, no. 1 of the Brussels Convention. In the Court's opinion, when the employee carries out his work in a number of member States, the place where he habitually carries out his work is *that in which or from which, in the light of all the factors which characterise that activity, the employee performs the greater part of his obligations towards his employer*. This same criterion fits also for purposes of identifying the applicable law. (*Koelzsch* decision, par. 50). The Court, thus, uses the interpretative content of the decisions in *Mulox*,²³ *Rutten*,²⁴ and *Weber*,²⁵ which as early as 1992 had extended the significance of the expression «place of work» to include the place *starting from which* the work is carried out, and the concept of «habituality» to coincide with that of *performing the essential part of the worker's obligations*, which can be deduced, depending on the sector of activity, from factually different circumstances, such as the opening of an office in a member State where the worker returns after each business trip (*Mulox* and *Rutten*), or a predominant quantity of work time spent in the same State (*Weber*).

1. The Court favours a «substantively oriented» interpretation of conflict of laws'rules

7. The Court's hermeneutic work regarding the notion of the «place... in which the worker habitually carries out his work» pursuant to Art. 5, 1) of the Brussels Convention, which, as we have seen, in the *Koelzsch* decision was expressly extended to the similar expression in Art. 6 of the Rome Convention (see par. 45 of the decision) and is certainly likely to be further extended to Art. 8 of Regulation no. 593/2008, is a clear manifestation that the Court favours developing the so-called «substantive method» of solving conflicts of laws in the EU's private international law system.²⁶ In particular, the

²¹ The relevance of case law on Art. 5. no. 1 of the Brussels Convention for purposes of interpreting the Rome Convention had already been affirmed by the Court in the decision of 6 October 2009, Case C-133/08, *Intercontainer Interfrigo SC (ICF) v. Balkenende Oosthuizen BV, MIC Operations BV*, in *Raccolta*, p. I-9687, par. 22 et seq.

The decision was commented on by RE J., *La Corte di giustizia e l'art. 4 della convenzione di Roma: il caso ICF*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2010, p. 407 et seq.

²² The reference, of course, is to the Brussels I and Rome I regulations.

²³ ECJ, 13 July 1993, Case C-125/92, *Mulox IBC Ltd v. Hendrick Geels*, in *Raccolta*, p. I-4075, par. 21 - 23.

²⁴ ECJ, 9 January 1997, Case C-383/95, *Petrus Wilhelmus Rutten v. Cross Medical Ltd*, in *Raccolta*, p. I- 57, par. 23.

²⁵ ECJ, 27 February 2002, Case C-37/00, *Herbert Weber v. Universal Ogden Services Ltd*, in *Raccolta*, p. I-2013, par. 42.

²⁶ For a reconstruction of the genesis of the «substantive method» of conflict of laws by American case authorities, see P. PICONE, *Diritto internazionale privato e pluralità dei metodi di coordinamento tra ordinamenti*, in P. PICONE (edited by), *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Padua, 2004, p. 486 et seq. According to the author, this method constitutes one of the various instruments for coordination among systems now contextually used by European conflict of laws systems, cf.: P. Picone, *cit.*, p. 487 and p. 489.

Court's interpretation gives a central role to those strictly substantive objectives that the authors of the Rome Convention had pursued when designing the connecting criteria. In this case, these aims should certainly be to protect the worker as the weaker contracting party, and, more specifically, to guarantee that where possible, the employment protection rules of the State where the worker performs his economic and social duties will be applied to the contract (see *Koelzsch* decision, sections 40 and 42).²⁷ In the decisions noted, the principle of *favor laboris*,²⁸ which is the very reason for including Art. 6 in the Rome Convention, moreover acts not only as a criterion for interpreting the keywords that express the connecting criteria in letters a) and b) of paragraph 2 of said norm, but above all as the instrument for coordinating the two criteria, no longer as objective alternatives,²⁹ but rather in a *strictly hierarchical* manner (cf. *Voogsgeerd* decision, par. 34). This is exactly where we can see the second, decisive step the Court took during its process of interpreting Art. 6, par. 2 of the Rome Convention.

8. This interpretative evolution is based on two considerations. In one, the mechanistic identification of the law applicable to the employment contract based on the spatial location of the worker's services has become increasingly unsatisfactory, due to the emergence of a multiplicity of professional figures that fall into a gray area – while they carry out their work in a number of States, it is nevertheless possible to identify a primary connection (*significant*, according to the terminology used by the Court: cf. *Koelzsch* decision, par. 44) with one of them. Secondly, since 1980, the importance of the goal of protecting the worker as the weaker party in the relationship has changed in the EU system: it no longer finds expression only in international conventions, even though they are desired and entered into by member States, but has been recognized in numerous secondary norms – including the Brussels I and Rome I Regulations – and corresponds to a value that is expressly declared in the Union's legal system.³⁰ The two decisions thus express an evolution in perspective that is significant in the gradual reconstruction of the European Union's private international law system that is currently underway. With regard to Savigny's traditional method based on the spatial location of relationships,³¹ the previously mentioned «substantive method» of coordinating legal systems is gaining ground, in which the end pursued by lawmakers *before* drafting connecting criteria must, where possible, prevail even when interpreting and applying norms on conflict of laws. This new perspective caused the Court to first affirm that the criteria of habitual place of work «must be given a broad interpretation» (*Koelzsch*, par. 43) that includes the cases in which the worker carries out his activities in more than one State, provided that the judge can use the circumstances of the case to identify the State that has a *significant connection* with the work (*ibid*, par. 44). Thus, in the *Voogsgeerd* decision, it perfected its interpretative work by giving national judges precise instructions on how to proceed with the construction of cases involving employment contracts.

9. The result is a strictly hierarchical succession of situations that makes the habitual place of work the primary criterion, giving the place where the worker was engaged (Art. 6, par. 2, b) a completely residual role. According to this reconstruction, the law applicable to the employment contract should be identified based on the criterion set out in Art. 6, par. 2, a) of the Rome Convention in the

²⁷ Less evident, but no less well-founded, is the qualification in terms of the substantive objective of the Union's lawmakers, of the consistency between *forum* and *ius*, which Advocate General Trstenjak uses as the basis for her teleological interpretation of Art. 6, par. 2, a) of the Rome Convention (cf. The *Conclusions of Advocate General Verica Trstenjak, cit., paragraph 80 et seq.*), and which is concretely associated with the principle of continuity between the work of unification in the private international law sector commenced with the Brussels Convention and continued with the adoption of the Rome Convention: see the preamble to the Rome Convention, available in R. CLERICI, F. MOSCONI, F. POCAR, *op. cit.*, p. 65 and *supra*, at note 14.

²⁸ For an in-depth exploration of the evolution and current status of the principle of favoring workers in the Rome Convention, and, now, in Regulation no. 593/2008, refer, including for additional bibliographical information, to the exhaustive study by R. CLERICI, *Quale favor per il lavoratore nel regolamento Roma I?*, in *Liber Fausto Pocar*, vol. I, Milan, 2009, p. 215 et seq.

²⁹ In the sense that the application of one or the other criterion is based on the objective fact that the work is carried out in a single State (lett. a) or in a number of countries (lett. b), according to a mechanistic identification of the location of the relationship.

³⁰ In this regard, see, for example, consideration 23 of the *Rome I Regulation*. Holding that no innovative contribution can be found in the cited consideration is R. CLERICI, *Quale favor per il lavoratore nel regolamento Roma I?*, *cit.*, p. 226, note 65.

³¹ Cf. SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, vol. VIII, Italian translation by Scialoja, Turin, 1898, p. 31.

following cases: i) the work is carried out in a single State; ii) the work is carried out in one State by a worker sent *temporarily*³² to another country; iii) the work is carried out in a number of States, if, based on the circumstances of the action, the judge is able to ascertain the existence of a *significant connection* of the work with one of those States. Only when it is impossible to classify a case based on Art. 6, par. 2, a) may the Court use the secondary and residual criterion contained in letter b) of said provision.³³

V. The interpretation of the criterion of the place of engagement

10. Once the interpretation of the criterion regarding connection to the habitual place of work is completed, the Court can finally answer to the four interpretative questions formulated by the referring judge in the *Voogsgeerd* case. The goal of certainty of the law that the uniform system of conflict of laws seeks to achieve once again arises here, after being subordinated to providing protection to the worker as the weaker party to the contract: only a narrow and strict interpretation of the criterion pursuant to Art. 6, par. 2, b) can, in fact, ensure predictability regarding the law applicable to it. This is not, of course, an abandonment of the goal of protecting the weaker party in the relationship: the criterion of the place of engagement, in fact, comes to the forefront only when the factual circumstances make it impossible for the judge to identify a legal system to which the work has a significant connection. Being this not feasible, the need to make it possible to predict what law will operate becomes once again a priority in order to supplement and correct the choice the parties made pursuant to Art. 6, par. 1. A reading of the second part of the *Voogsgeerd* decision may, at first, seem unsatisfactory: the question underlying all interpretative inquiries, that is whether Antwerp can be considered the place of business pursuant to Art. 6, par. 2, b), does not find an immediate response. But we should not forget that the solution to the case on appeal is not the goal of the Court, whose purpose is to provide parameters so that the norm can be applied to this and other cases directly by the courts of the member States. In interpreting the criterion of the place of engagement, as well as it is already the case for the habitual place of work, the Court's analysis is penetrating and just as detailed in the logical path it sets for national courts in order to properly apply the norm in question.

11. The fixed points of the interpretation provided by the Court are essentially as follows:

- i) First of all, the criterion set out in Art. 6, par. 2, b) coincides with «*the place of business of the undertaking which employs the worker*» (*Voogsgeerd* decision, par. 48 and par. 51) and must be understood in a narrow sense. This means that it is in no way liable to a broad interpretation that makes it the equivalent of the (different) place where the employment contract is carried out: everything that relates to the execution of the contract may become relevant for purposes of the criterion set out in par. 2, a) of Art. 6, but does not regard ascertaining the place of engagement.
- ii) The place of engagement should also not be identified as the place where the contract was signed: in doubtful cases, the lower court judge must examine all the factual circumstances to ascertain what undertaking performed the activities prior to engagement (publication of the help wanted ad, conducting the job interview, preparing and signing the contract).
- iii) It must, in any event, involve a unit that can be traced to the undertaking's organizational structure and must therefore be characterized by a condition of *stability*, even if it does not have an official legal personality. Applying these interpretative criteria to the case in question, the Antwerp offices of Naviglobe, where Voogsgeerd signed the employment contract with Navimer, could be classified by the lower court judge as a place of business pursuant to

³² This is the case of a worker «*sent abroad for a given duration or for the needs of a specific job*»: see Commission, *Green Paper on the Conversion of the Rome Convention of 1980 on the Law Applicable to Contractual Obligations into a Community Instrument and its Modernization*, Brussels, 14 January 2003, COM(2002) 654 final, p. 35.

³³ See paragraph 42 of the *Koelzsch* decision, as well as paragraphs 32 and 34 of the *Voogsgeerd* decision.

Art. 6, par. 2, b), if said judge ascertained that Navimer had an office in them, or a permanent representation, perhaps constituted by one of its own officers with duties of enlisting a crew.

1. The principle of the prevalence of substance over form in identifying the employer

12. Turning the case completely around, Naviglobe's same Antwerp offices could also become the connection set out in Art. 6, par. 2, lett. b). The Court's response to the last question formulated by the referring judge, in fact, leads to the conclusion that Antwerp could also become relevant as *Naviglobe's place of business*, but this only if the preliminary investigation in the case finds that this company was Voogsgeerd's employer. Once again, the issue is ensuring the certainty of the law when the criterion of habitual place of work cannot be used: the place of engagement is, first of all, «the place of business of the undertaking which employs the worker» (*Voogsgeerd* decision, par. 48 and par. 51). Thus, while the elements related to carrying out the work are relevant *exclusively* for purposes of supplementing the criterion set out in Art. 6, par. 2, a), the judge must adequately evaluate additional circumstances – such as, in this case, the fact that the same individual is a director for both Navimer and Naviglobe, and the failure to give Naviglobe management authority in the employment relationship – to ascertain which of the two companies is Mr. Voogsgeerd's true employer.³⁴ The ascertainment that the national court is required to make is *substantive*: the purpose is to establish the *real* factual situation and see that it prevails over the apparent one: this explains why the Court did not find that the formal fact of the transfer of authority had an effect that was in itself decisive³⁵ (see decision, par. 63).

VI. The role of the criterion of closest connection in employment contracts

13. On the other hand, it is quite possible that the relevant factors, according to the Court, for purposes of fulfilling the connecting criteria for habitual place of employment or place of business that hired the worker, may remain doubtful or appear to be irrelevant or that, in fact, they may show that the employment relationship is more closely connected to a legal system other than the ones to which they refer. If this is the case, the judge may consider other elements to ensure that the law in force in the State to which the case is most closely connected pursuant to the last subparagraph of Art. 6, par. 2, of the Rome Convention (*Voogsgeerd* decision, par. 51) is applied to the contract. In her conclusions, the Advocate General underlines how the rationale for this last criterion of Art. 6, no. 2 is to give the judge a certain *flexibility* in applying the Rome Convention, which flexibility is required in order to maintain the principle of favouring the worker in all cases in which the employer voluntarily establishes its place of business in a State with less incisive legislation on protecting workers.³⁶ For the (substantive) purpose of protecting the worker as the weaker contractual party, the Court thus once again gives preeminence to the logical path that national judges are called to follow, leading them to apply laws that provide greater protection to the worker.³⁷ It is worth noting, in conclusion, how this interpretation seems to be in agreement with the new text of the private international law norm on employment contracts contained in the previously noted Rome I Regulation, whose Art. 8 dedicates a separate paragraph to the criterion of close connection, formally equating its role with that of the criteria of the place where work is habitually carried out and the place of engagement.

³⁴ In fact, it could result that Navimer entered the contract only as a representative of Naviglobe and thus in the name and on behalf of that company, and that the employer would therefore be that company.

³⁵ As the Advocate General notes, it is possible that, based on the contract, the worker is required to perform his duties for a company connected to the one that employs him, and in this case it is completely natural for the employer to give that company the relative management powers: cf. the *Conclusions* of the Advocate General, *cit.*, par. 89.

³⁶ Cf. *Conclusions* of the Advocate General, *cit.*, par. 73.

³⁷ Some authors had already considered the exception clause in Art. 6 no. 2 lett. b) last subparagraph of the Rome Convention as a corrective intended to favor workers. See, in this sense: N. Boschiero, *Verso il rinnovamento e la trasformazione della convenzione di Roma: problemi generali*, in P. Picone (edited by), *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, 2004, p. 402. Moreover, it should not be forgotten that to achieve the goal of protecting workers, the national court also has the instrument of the international public policy exception: cf. in this regard, R. CLERICI, *Rapporti di lavoro, ordine pubblico e convenzione di Roma del 1980*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2003, p. 831.

CONFLICTO DE JURISDICCCIONES Y DECLINACIÓN DE LA COMPETENCIA: LOS ASUNTOS *HONEYWELL* Y *SPANAIR*

MÓNICA HERRANZ BALLESTEROS

Profesor Titular de Derecho Internacional Privado
UNED

Recibido: 25.06.2013 / Aceptado: 04.07.2013

Resumen: La elección de los Tribunales estadounidenses en supuestos de accidentes aéreos está motivada por diversos factores: el importante desarrollo de la industria aeronáutica en este país convirtiéndose Estados Unidos en el lugar del domicilio de los más importantes fabricantes, pero también la intención de los demandantes de obtener indemnizaciones más cuantiosas cuando el litigio se dirime ante el sistema judicial estadounidense. Frente a esta realidad se alza otra, el elevado número de supuestos en los que los Tribunales aplican, instados por los demandados, el *forum non conveniens*. Esto último no quiere decir que los demandados se libren de la aplicación del Derecho estadounidense para la determinación de la responsabilidad del fabricante por productos defectuosos o que las indemnizaciones dejen de calcularse conforme a la práctica de dicho ordenamiento, aunque del asunto finalmente conozca un tribunal distinto del elegido por los demandantes. De lo anterior da buena cuenta la decisión dictada por los Tribunales españoles en un asunto que seguro incidirá en la estrategia de los demandados a la hora de solicitar el *forum non conveniens*.

Key words: *forum non conveniens*, accidentes aéreos, responsabilidad por del fabricante por productos defectuosos, competencia judicial internacional, ley aplicable.

Abstract: The election of the United States to commence a lawsuit that arises in cases of commercial aircraft accident has been motivated by different factors: the important development of the aircraft industry in the Unite States, the fact that the plaintiffs select the forum in which they believe they will maximize their recovery. In this moment a predictable battle begin when the defendant seek to relegate actions to other forum. If the motion of *forum non conveniens* is applied by the court and the plaintiff is forced to litigate in a foreign jurisdiction, this new situation does no mean that the alternative and adequate will not determined the plaintiff's recovery damages by US law. In this paper we will examine if the Spanish Court decision in a lawsuit will impact in the fundamental assumption underlying a defendant's decision to apply for a dismissed to a foreign court pursuant to the doctrine of *forum non conveniens*.

Key words: *forum non conveniens*, aircraft accidents, product liability, international jurisdiction, law applicable.

Sumario: I. Introducción. II. Elementos comunes de las dos decisiones en la aplicación de la doctrina del *forum non conveniens*. 1. Intervención del demandado y competencia del tribunal estadounidense. 2. Existencia de un foro alternativo adecuado. 3. Análisis de los factores que califican el foro alternativo como adecuado. A) Intereses privados. B) Intereses públicos. 4. Condiciones establecidas por el tribunal para declinar la competencia. III. Decisión de las autoridades españolas: la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona en el caso *Honeywell*. 1. Determinación de la competencia judicial internacional de los tribunales españoles. 2. El derecho aplicable. 3. Condena de la Audiencia Provincial de Barcelona. IV. Conclusiones.

I. Introducción

1. Dos importantes decisiones norteamericanas han demostrado cómo la «aventura» de litigar ante los tribunales estadounidenses termina, en no pocas ocasiones, con un final inesperado para quienes están habituados a sistemas jurídicos muy diferentes. El objeto de las demandas se centraba en depurar, ante las autoridades estadounidenses, la responsabilidad por productos defectuosos tras dos accidentes aéreos.

2. La primera de ellas es la decisión: *Faat v. Honeywell Int'l, On October 5, 2005*¹ (en adelante nos referiremos a este caso como el asunto *Honeywell*) y la segunda *In re Air Crash At Madrid, Spain, On August 20, 2008*² (en adelante nos referiremos a este caso como el asunto *Spanair*). El interés por el análisis de ambos pronunciamientos surge como consecuencia de la declinación de la competencia de los Tribunales americanos como resultado de la petición, a instancia de los demandados, de la aplicación del *forum non conveniens* y, por el dato común en las dos decisiones, de que los mencionados Tribunales determinan que son los españoles los adecuados para conocer.

De hecho, sobre el asunto *Honeywell* las autoridades españolas ya se ha pronunciado. Primero el Juzgado de Primera Instancia número 34 de Barcelona en Sentencia de 3 de marzo de 2010 y, posteriormente, tras el recurso presentado por las partes, la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 17^a) en Sentencia de 7 de mayo de 2012³.

3. Antes de analizar los rasgos más sobresalientes de los pronunciamientos estadounidenses, y con el fin de situar al lector, vamos a continuación a recordar de forma sumaria los antecedentes de los dos asuntos empezando por el suceso anterior en el tiempo.

En julio de 2002 colisionan dos aviones en las proximidades del Lago Constanza⁴. Uno de ellos es un avión que partió de Moscú y cuyo destino final era Barcelona. La aeronave estaba explotada por la compañía aérea *Bashkirian Airliza*. El segundo, un *Boeing* modelo B 757-2000 explotado por la compañía *DHL Airways*, partió de Bérgamo con destino Bruselas. Todos los ocupantes tanto del primer avión (sesenta y nueve personas) como del segundo (la tripulación) fallecieron en el choque.

En agosto de 2008 en el aeropuerto Madrid- Barajas un avión *Mc Donnell Douglas* operado por la compañía aérea *Spanair*, con destino Gran Canaria, sufre un accidente durante la operación de despegue⁵. En el suceso fallecen ciento cincuenta y cuatro personas y dieciocho tienen heridas graves.

4. En los dos sucesos los familiares de las víctimas, asesoradas por abogados norteamericanos, deciden acudir a los Tribunales estadounidenses⁶. En el primero de los casos interponen demandas ante un Juzgado Federal del Distrito de New Jersey. En el segundo ante los Tribunales de California, Florida e Illinois, reuniéndose todas las acciones en el Distrito Federal de California por orden del Tribunal Federal de Coordinación competente⁷. En los dos casos las autoridades estadounidenses aceptan, a instancia de los demandados, la aplicación del *forum non conveniens* declinando a favor de los Tribunales españoles la competencia judicial internacional para conocer de ambos asuntos.

¹ *Faat v. Honeywell Int'l* 2005 WL 2475701 (D.N.J. Oct. 5, 2005).

² MDL No. 2135 — *In re Air Crash At Madrid, Spain, On August 20, 2008*, Central Discrict of California. Esta decisión fue recurrida y tras escuchar las alegaciones de las partes el Tribunal del Noveno Circuito no revisó la decisión apelada, *Fortaner v. The Boeing Company, N.11-56179 (9th Cir, 9 Jan, 2013)*.

³ Sentencia núm. 230/2012 de 7 mayo JUR 2012\259415.

⁴ Sobre los hechos de este asunto véase A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «Accidentes aéreos y *forum non conveniens*. Algunas cuestiones en torno al asunto Honeywell en España», CDT (Octubre 2012), Vol. 4, Nº 2, pp. 307-321.

⁵ En relación al suceso C. LLORENTE GÓMEZ DE SEGURA, «Forum non conveniens revisited: el caso Spanair», CDT, (Octubre 2011), Vol. 3, Nº 2, pp. 267-281.

⁶ Véanse las reflexiones que sobre la actuación de los citados profesionales hace C. LLORENTE GÓMEZ DE SEGRURA, *ibid.*, p. 268 nota al pie núm., 5. También resulta de interés la valoración de este sistema en los supuestos de accidentes aéreos realizada por J. L. DEVALL, «Foreign Plaintiffs, Forum non conveniens and the 1999 Montreal Convention», *Issues in Aviation Law and Policy*, Vol. 10, Nº 2, 2011, pp. 266-279.

⁷ Al respecto G. DÍAZ RAFAEL, «Forum non conveniens. Los casos Spanair y Air France», *RLADA*, XIII-343.

El propósito de este trabajo se centrará en primer lugar en analizar los rasgos más sobresalientes de la aplicación que del *forum non conveniens* han hecho las autoridades estadounidenses en las dos decisiones. Posteriormente pasaremos a estudiar la decisión que los Tribunales españoles han adoptado en el asunto *Honeywell* sobre todo aquellos aspectos que están relacionados, o incluso alguna de las partes trata de relacionar, con el objeto central del trabajo: la declinación de la competencia judicial internacional de las autoridades elegidas por los demandantes a favor de un tribunal distinto⁸.

II. Elementos comunes de las dos decisiones en la aplicación de la doctrina del *forum non conveniens*

5. El análisis de la doctrina del *forum non conveniens* descansa principalmente en la praxis jurisprudencial circunstancia que revela, a nuestro juicio, dos datos a tener en cuenta:

De un lado la dificultad para sistematizar sus contornos. Su desarrollo ha propiciado la aparición de más de un modelo de *forum non conveniens* diferenciándose, fundamentalmente, por una aplicación de esta figura de forma más o menos liberal⁹. Esto último es importante dado que la práctica norteamericana de este expediente se encuadra en la primera de las tendencias –liberal– y se refleja, como veremos más adelante, en las sentencias objeto de este trabajo. De otro lado la evolución constante de los rasgos que conforman el *forum non conveniens*, este hecho lo convierte en un expediente de carácter dinámico¹⁰.

6. Pues bien de las últimas afirmaciones, que a nuestro juicio son correctas con carácter general, se puede pensar que la aplicación del *forum non conveniens* resulta casi imprevisible para aquellos demandantes que pretenden dirimir sus pretensiones ante los Tribunales en este caso norteamericanos. Sin embargo, lo cierto es que las dos decisiones que se estudian demuestran cómo la aplicación de este expediente era bastante predecible para quienes conocen su práctica y trayectoria, en particular, en los supuestos de accidentes aéreos. En ambas los Tribunales siguen un patrón bastante parecido de actuación por lo que las vamos analizar partiendo de los rasgos que comparten.

1. Intervención del demandado y competencia del tribunal estadounidense

7. Con carácter general la aplicación del *forum non conveniens* se produce a instancia del demandado. Entendida esta doctrina como herramienta de defensa del demando, es a él a quien le corresponde ponerlo en funcionamiento¹¹, frente a la elección del tribunal hecha por el demandante. Hay que advertir que el demandado no denunciará la falta de competencia del tribunal sino que su actuación estará dirigida a que el tribunal decline la competencia que, en principio, efectivamente tiene¹².

⁸ Cada vez que los Tribunales estadounidenses aceptan la aplicación del *forum non conveniens* en un procedimiento la doctrina especializada habla de «Another significant victory for defendants in seeking to keep air crash cases out of the United States judicial system».

⁹ Sobre el análisis de estas dos tendencias o modos de aplicar el *forum non conveniens* vid., M. HERRANZ BALLESTEROS, *El forum non conveniens y su adaptación al ámbito europeo*, Tirant Lo Blanch, 2011. «Así, la diferencia entre ambas versiones puede encontrarse fundamentalmente en dos cuestiones: el sometimiento o no a un doble *test* para adoptar la decisión de declinar o ejercer la competencia judicial internacional, la incorporación o no junto a los intereses privados de los intereses públicos en la valoración de la declinación de la competencia así como el distinto peso que adquieren en la decisión que finalmente se adoptará».

¹⁰ La literatura sobre el *forum non conveniens* es muy extensa, con carácter general pueden consultarse las siguientes monografías R. BRAND, R. S.R. JABLONSKI., *Forum non conveniens. History, Global Practice and Future Under The Hague Convention on Choice Agreements*, Oxford University Press, 2007. M. KARAYANNI., *Forum non conveniens in the modern age: A Comparative and Methodological Analysis of Anglo-American Law*, Transnational Publishers Inc, 2004; A. NYUTS., *L'exception de forum conveniens. Étude de droit international privé comparé*. L.G.D.J., 2003; CH. CHALAS., *L'exercice discrétaire de la compétence jurisdictionnelle en droit international privé*, Presses Universitaires d'Aix Marseille, 2000.

¹¹ Existe alguna decisión jurisprudencial aislada en la que ha sido el propio tribunal quien de oficio ha aplicado el *forum non conveniens* y desde luego lo que sí existe es una tendencia en los textos europeos a que la transmisión de la competencia a un segundo tribunal pueda hacerse de oficio. Véase por ejemplo el mecanismo incorporado en el artículo 15 del *Reglamento (CE) N° 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) N° 1347/2000*.

¹² Esto último supone que el tribunal ha tenido que revisar su competencia judicial internacional antes de aplicar el *forum non conveniens*; sin embargo, como veremos más adelante, tras la Sentencia del Tribunal Supremo Norteamericano de 5 de

Tanto en el asunto *Honeywell* como *Spanair* son los demandados quienes instan la declinación de la competencia de los tribunales. Hay que apuntar como primer dato importante que en los dos asuntos todos los demandados tenían su domicilio en el territorio EEUU. En el primero tanto *Honeywell International Inc.*, como *Aviation Communicastion & Surveillance Systems* tenían su domicilio en EEUU. En el caso *Spanair* las demandadas, las compañías *Mc Donnell Douglas Corp.*, la compañía *Boeing* y otros fabricantes de componentes aeronáuticos también tenían domicilio en EEUU.

8. Teniendo ya clara la intervención del demandado ¿cómo actúa en este momento el tribunal? Es decir, ¿la declinación de la competencia la hace siempre que haya establecido su competencia o incluso antes de su determinación? En el asunto *Honeywell* e *Spanair* los Tribunales han seguido el *modus operandi* tradicional: primero determinan su competencia judicial internacional para conocer del asunto y, una vez establecida ésta, analizan, en segundo lugar, si procede o no la aplicación o no del *forum non conveniens* instado por el demandando.

Sin embargo no podemos dejar pasar el cambio de rumbo que ha supuesto la decisión del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2007, en el asunto *Sinochem Int'l Co., Ltd. V. Malaysia Shipping Corp.*¹³ El Tribunal Supremo con esta decisión pone orden a una práctica muy descoordinada en este aspecto. Y es que si bien los Tribunales de los Circuitos Noveno, Quinto, Séptimo y Tercero sí aplicaban como condición obligatoria la determinación previa de la competencia del tribunal a la decisión del *forum non conveniens*, en el Tribunal del Distrito de Columbia y el Tribunal del Segundo Circuito no se consideraba prerequisito a la declinación de la competencia. Finalmente el Tribunal Supremo en el asunto *Sinochem* establece que los tribunales de los distritos podían aplicar la doctrina del *forum non conveniens* antes, incluso, de determinar su competencia judicial internacional sobre el asunto¹⁴. Este pronunciamiento es importante no sólo porque, como se ha demostrado empíricamente, tras esta decisión aumenta considerablemente la aplicación del *forum non conveniens*¹⁵, sino también por la repercusión que la misma tiene en una práctica habitual como es la admisión del *forum non conveniens* supeditado al cumplimiento de una serie de condiciones. En relación a este último dato hay que tener en cuenta que será la propia competencia del tribunal, previamente declarada, la que le confiere autoridad a la hora de imponer las condiciones a las que quedará sometida la aceptación del *forum non conveniens*.

En las decisiones *Honeywell* y *Spanair* los tribunales establecen previamente su competencia y, como más adelante se analizará, someten la aplicación del *forum non conveniens* al cumplimiento de una serie de requisitos coincidentes en su mayoría en ambos casos (*vid.*, *infra* apartado 4).

2. Existencia de un foro alternativo adecuado

9. La existencia de un foro alternativo ante el que se sustanciará el procedimiento en el supuesto de que el tribunal, inicialmente competente, decline su competencia está presente en las distintas decisiones y con independencia de los modelos que existen de *forum non conveniens*. Tanto en el asunto *Honeywell* como *Spanair* los Tribunales americanos comprueban el cumplimiento de esta exigencia antes de pasar a analizar la adecuación del tribunal calificado como alternativo.

10. Siendo el demandado quien insta la aplicación del *forum non conveniens* es a él a quien corresponde probar la existencia de un foro alternativo. Que exista un foro alternativo supone que éste será competente para conocer del asunto ¿cómo lo prueba el demandado? Por ejemplo en el asunto *Honeywell* el demandado argumenta que existía ya un proceso pendiente en España, por lo tanto el foro español podría ser considerado como alternativo –este argumento posteriormente lo relaciona con

marzo de 2007, en el asunto *Sinochem Int'l Co., Ltd. V. Malaysia Shipping Corp.*, la aceptación o no de los tribunales del *forum non conveniens* antes de que incluso confirmen su competencia es perfectamente posible.

¹³ 127 S. Ct 1184 (2007).

¹⁴ Puede verse un comentario en M. WONG., «Forum non conveniens: Circumstances After «Sinochem», vol. 377, núm., 59, accesible en <http://www.mofa.com/docs/pdf/ForumNon032707.pdf>

¹⁵ D. EARL CHILDRESS III, «Forum non conveniens: The Search for a Conveninet Forum in Transnational Cases», *Virginia Journal of Internacionial Law*, Vol. 53-1, February 2013, pp. 157-179, en esp. p. 161.

la facilidad con la que en España podrán obtenerse las pruebas—. Por el contrario en el asunto *Spanair* la apertura en España de un proceso penal contra los mecánicos que trabajaron en la revisión de la aeronave antes del accidente se utiliza, en este caso por los demandantes, para tratar de probar que el foro español ni es alternativo ni adecuado. Sus alegaciones se basan en que es necesario que finalice el proceso penal ya abierto antes de que pueda ventilarse la responsabilidad civil de los demandados. Esto último, a juicio de los demandantes conlleva un *immeasurable delay* en la resolución del proceso civil¹⁶; argumento frente al que se impone la tesis contraria, defendida por los demandados, y que finalmente es acogida por el Tribunal¹⁷.

11. Al margen del dato anterior un rasgo que comparten tanto el asunto *Honeywell* como *Spanair* es el criterio de competencia que permite al Tribunal estadounidense entender que se ha cumplido la condición de la existencia de un foro alternativo¹⁸. La competencia del tribunal denominado alternativo no se verifica comprobando las normas de competencia judicial internacional del tribunal extranjero, la competencia se asegura a través de la aplicación del criterio de la *sumisión por las partes al segundo tribunal*.

12. Vamos a detenernos en este aspecto. La sumisión tácita supone, a través de los comportamientos procesales de las partes, la voluntad común de ambas de conferir competencia a un determinado tribunal. En consecuencia, el fundamento de este criterio reside en el convencimiento de que demandante y demandado quieren atribuir el conocimiento del asunto a un tribunal que en principio podría carecer de competencia, ante la posible ausencia de otros criterios de atribución de la misma (efecto *prorrogatio fori*). ¿Qué sucede cuando la sumisión tácita a un segundo tribunal es resultado de la declinación de la competencia de un primer tribunal ante el que el actor había presentado la demanda? Esta última cuestión surgiría como consecuencia de la situación que plantea la aplicación del *forum non conveniens*.

En el escenario que se crea con el *forum non conveniens* la sumisión tácita, analizada desde la perspectiva de quien asume la posición de demandado, no suscita interrogantes; en efecto, es el demandado quien desea presentar la demanda ante otro tribunal distinto del elegido por el demandante y quien, en definitiva, propone cuál es el foro alternativo. Pero, ¿y desde la perspectiva del demandante? Hay quien ha señalado, no sin falta de motivos, que esta forma de proceder supone crear un foro de competencia artificial¹⁹, mediante el que se «obliga» al demandante a plantear la demanda ante un tribunal diferente del inicialmente elegido²⁰. En definitiva esta última reflexión cuestiona el propio fundamento de este criterio de competencia, es decir la autonomía de la voluntad de las dos partes esencia del criterio de atribución de la competencia bien por sumisión expresa o tácita. Esta referencia es interesante porque, como más adelante se analizará, el foro mediante el que el Tribunal español asume competencia

¹⁶ Incluso los demandantes plantean ante el Tribunal americano un recurso con el objeto de que dicho Tribunal reconsiderare su declinación con motivo de que en España los demandantes plantean una acción contra *Spanair* y el Tribunal español anula una decisión anterior en la que denegaba suspender un proceso civil contra *Spanair* en tanto no se resolviera el proceso penal. M. LYNDALL C., O ARONOVITZ, «Reconsidered and reconfirmed: *forum non conveniens* dismissals upheld in *Spanair Flight 5022* and *Air France Flight 447* litigations», <http://www.hklaw.com/publications>

¹⁷ Tanto por el Tribunal del Distrito de California como en la apelación por el Noveno Circuito.

¹⁸ Hay que observar que en el asunto *Honeywell* era aplicable el *Convenio de Montreal, de 28 de mayo de 1999 para la unificación de transporte aéreo internacional*, así como para España sigue en vigor el *Convenio de Varsovia sobre, de 12 de octubre de 1929, para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional* en el que se contienen, entre los foros de competencia a los que el demandante puede acudir, el del Tribunal de destino (art. 28). Ahora bien, ninguno de los dos Convenios incluyen las reclamaciones por responsabilidad contra los fabricantes. *Vid.*, A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «Accidentes aéreos y *forum non conveniens*...», *op. cit.*, p. 312.

¹⁹ J. JURIANTO, «Forum Non Conveniens: Another Look at Conditional Dismissals?», 83 *University of Detroit Mercy School of Law*, 2006, pp. 370-410, esp. pp. 400, 401 y 402.

²⁰ *Cfr.*, A. GARRO, «Forum Non Conveniens: Disponibilidad y adecuación en los foros latinoamericanos desde una perspectiva comparada» *De Cita, Litigio Judicial Internacional*, 2005-4, pp. 174-206. Es curioso que en los trabajos de la doctrina americana así como en la jurisprudencia no se cuestionen en general el sometimiento al tribunal alternativo desde la perspectiva del demandante. Hemos encontrado un estudio que dedica una parte a este aspecto si bien el autor se muestra contrario a la idea de obligatoriedad o coacción que se argumenta al tener el demandante que litigar ante otros tribunales distintos con motivo de la aplicación del *forum non conveniens*, *vid.*, M.W., GORDON, «Forum non Conveniens Misconstrued: A Response to Henry Saint Dahl», 38 *U.Miami Inter-Am. L.Rev*, 2006, pp. 142-184, esp. pp. 151-152.

para conocer, y resuelve posteriormente en las dos instancias en el asunto *Honeywell*, es la sumisión tácita (*vid.*, *infra* epígrafe III).

13. El aumento de supuestos en los que los Tribunales estadounidenses deciden declinar su competencia ha provocado la incorporación en algunas legislaciones sobre todo de Latinoamérica de mecanismos que tratan de desactivar: bien la solicitud del *forum non conveniens* o bien, al haber sido ya instado por el demandado, su aplicación por los tribunales, a través de líneas distintas (se les denomina con carácter general *blocking statutes*). Así, por ejemplo, hay ordenamientos que establecen la incompetencia de sus autoridades cuando éstas han sido elegidas, como foro alternativo apropiado, por el demandado para el funcionamiento del *forum non conveniens*²¹. Otros países incorporan una norma de derecho aplicable para la determinación de la responsabilidad en el caso de ilícito extracontractual o delito que al concretarse por el tribunal termina por remitir al ordenamiento jurídico de las primeras autoridades que declinaron la competencia para conocer del asunto a través del *forum non conveniens*²².

Es cierto que los denominados *blocking statutes* deberían de impedir a las autoridades estadounidenses declinar su competencia y, en consecuencia, tendrían que continuar con el procedimiento²³. Sin embargo la práctica de los Tribunales ha sido desigual y no faltan casos en los que, aún alegando el demandante la incompetencia de sus autoridades, consecuencia de los mencionados *blocking statutes*²⁴, los Tribunales estadounidenses han seguido con la aplicación del *forum non conveniens*. De forma que, al declinar el conocimiento del asunto se crean situaciones de denegación de justicia para los particulares.

14. A diferencia de lo que está pasando en algunos Estados del otro lado del Atlántico en los que se persigue la desactivación del *forum non conveniens* mediante la desaparición del foro alternativo, la legislación de la Unión Europea no supone un obstáculo al funcionamiento de este expediente. Así, desde el sector de la competencia judicial internacional, si se hace una interpretación amplia del ámbito espacial de la normativa de fuente europea aplicable, en particular en lo que al foro de sumisión tácita se refiere, esto supondría que los tribunales de los Estados miembros tendrían que aceptar el conocimiento de asuntos con los que la vinculación es realmente escasa, y en los que, además, la autonomía de la voluntad de las partes es más que discutible (*vid.*, *infra* epígrafe III). Tampoco servirá para disuadir a los demandados a la hora de instar la declinación de la competencia la normativa de fuente europea, en lo que hace al derecho aplicable, cuando resulte operativa la norma que regula la responsabilidad por productos defectuosos. Me refiero al *Reglamento (CE) Nº 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales* (en adelante Reglamento Roma II).

²¹ Por ejemplo entre otros: Ley de Guatemala de Defensa de los Procesales de Nacionales y Residentes de 1997. Al respecto *vid.*, H.S. SCOTT «What to Do About Foreign Discriminatory Forum Non Conveniens Legislation», 49 *Harvard International Law Journal Online*, January 20, 2009, pp. 96-104. W.W. HEISER «Forum non Conveniens and Retaliatory Legislation: The Impact of Available Alternative Forum Inquiry and on the Desirability of Forum non Conveniens as a Defense Tactic», 56 *Kansas L. Rev.*, 2008, pp. 609-662. A. GARRO «Forum Non Conveniens: Disponibilidad y adecuación en los foros latinoamericanos desde una perspectiva comparada» *De Cita, Litigio Judicial Internacional*, 2005-4, pp. 174-206. H.S. DAHL «Forum Non Conveniens, Latin America and Blocking Statutes», 36 *U. Miami Inter-Am.L.Rev.*, 2004, pp. 37-42. W. ANDERSON «Forum non conveniens Checkmated? - The Emergence of Retaliatory Legislation», 10 *J. Transnat'l & Pol'y*, 2001, pp. 183-216. D. W. RIVKIN, S. M. GROSSO «Forum non conveniens: A doctrine on the move», 5 *Business Law International*, núm., 1, 2004, pp. 1-32, esp. p. 11.

²² Véase para la República Dominicana *Transnational Causes of Action (Products Liability Act 1997)*, en la sección 7 determina: «Cuando una acción se funda en un ilícito extracontractual o en un delito, el derecho y la responsabilidad de las partes con relación a un asunto en particular o a la totalidad de la acción, estará determinado por la ley del país que, conforme la cuestión o a la causa de la acción, posee la *relación más significativa* con la causa de la relación y las partes» (la cursiva es nuestra). Son los factores que el tribunal emplea para la concreción del ordenamiento más estrechamente vinculado los que al final conducen a la aplicación del derecho estadounidense, en este supuesto concreto de la aplicación del *forum non conveniens* por las autoridades de los EEUU ante la solicitud de las compañías americanas. Sobre la misma puede verse, Z. MC. DOWELL «Forum non conveniens: the Caribbean and its Response to Xenophobia in American Courts», 49 *ICLQ.*, 2000, pp. 108-130. W.W. HEISER «Forum non Conveniens and Retaliatory Legislation...», *loc. cit.*, pp. 628-629.

²³ Este fue uno de los argumentos empleados por los demandantes en el caso *Chevron-Texaco* para que los tribunales ecuatorianos no pudieran ser calificados como alternativos dada la existencia de una norma en la legislación ecuatoriana que impedía su acceso. Un estudio sobre este tipo de legislación *vid.*, W. ANDERSON, «Forum Non Conveniens Check-Mated...», *loc. cit.*, p. 183.

²⁴ R. BRAND, R. S.R. JABLONSKI *Forum non conveniens. History, Global Practice..., op. cit.*, pp. 135-139.

Sin embargo, y como ha demostrado la práctica, otra situación se plantea cuando el derecho que resulta aplicable se determina en base a las normas de conflicto previstas en el *Convenio sobre ley aplicable a la responsabilidad por productos defectuosos*, hecho en La Haya el 2 de octubre de 1973²⁵ (en adelante *Convenio sobre ley aplicable a la responsabilidad por productos defectuosos*, todo ello y la solución que adoptada por los Tribunales españoles en particular en el caso *Honeywell* se analizará en el epígrafe III).

3. Análisis de los factores que califican el foro alternativo como adecuado

15. El proceso de aplicación del *forum non conveniens* depende de la valoración de una serie de intereses o factores, a la postre definitivos, para adoptar la decisión. Este análisis es uno de los elementos, a mi juicio, más controvertido en la aplicación del *forum non conveniens*. Al comenzar este estudio ya me referiré a los distintos modelos que existen en la aplicación del *forum non conveniens* –modelo liberal o más conservador– esta división se sustenta principalmente en los distintos factores o intereses que se tendrán en cuenta por el tribunal para declinar o no su competencia.

La valoración de los denominados intereses privados e intereses públicos está presente en la práctica del *forum non conveniens*. En torno a la consideración de ambos grupos de intereses es necesario apuntar, en primer lugar, la diferencia que existe entre la jurisprudencia estadounidense y la británica en este aspecto. Mientras que la jurisprudencia estadounidense tradicionalmente ha tenido en cuenta tanto los intereses privados como los públicos para la aplicación del *forum non conveniens*²⁶, la jurisprudencia británica ha defendido de manera constante la toma en consideración sólo de los intereses privados para declinar o no el conocimiento del asunto²⁷.

Centrados en la práctica estadounidense, podemos afirmar que los intereses públicos estarán más presentes en función del rasgo de internacionalidad que el litigio presenta, y sobre todo el dato a tener en cuenta será la nacionalidad o la residencia del o los demandantes no los Estados Unidos sino en el extranjero (*vid., infra.*, letra B).

16. Es ilustrativo el tratamiento que los Tribunales estadounidenses hacen en los asuntos *Honeywell* y *Spanair* de ambos grupos de intereses. La reiteración y la valoración casi de forma lineal en ambas decisiones de los dos grupos de factores son una muestra importante de la aplicación que en la actualidad se les está dando por la práctica. Vamos a analizarlos, divididos en los dos grupos, reparando en aquellos que resultan más interesantes.

A) Intereses privados

17. Bajo la denominación de intereses privados se valoran aspectos que están en relación más directa con las partes del procedimiento. Su apreciación, como ha sido indicado, está presente en la toda la jurisprudencia.

18. Nada nuevo aportan las sentencias en lo que hace a cuáles son los intereses privados que se han de valorar. Así por ejemplo, la facilidad con la que pueden obtenerse las pruebas es una de las cuestiones que se evalúa como interés de carácter privado. Tanto en el asunto *Honeywell* como *Spanair* los Tribunales estadounidenses coinciden en que la dispersión de las pruebas en distintos Estados favorece la declinación de la competencia de los Tribunales estadounidenses. Incluso, en el caso *Honeywell*, se hace referencia a la pertenencia de España a la Unión Europea y como este dato facilita, si el proceso se sigue en España, la obtención de las pruebas cuando estas hayan de practicarse en otros Estados Miembros.

²⁵ BOE núm., 21 de 25.1.1989.

²⁶ En general *vid.*, G.B. BORN, D. WESTIN *International civil litigation...*, *op. cit.*, p. 276.

²⁷ De forma taxativa en la jurisprudencia británica se ha expresado « (...) a court dealing with the *forum non conveniens* should not take into consideration factors of public interest (...), Lubbe v. Cape PLC, 4 All E.R. 268 (H.L. 2000). A nivel doctrinal por todos véase en general J. J., FAWCETT, *Declining jurisdiction...*, *op. cit.*, p. 13. En otro sentido, esto es, entendiendo que la jurisprudencia británica ha empleado también los intereses públicos en el análisis del *forum non conveniens*, *vid.*, KARAYANNI «The Myth and Reality of a Controversy:...», *loc. cit.*, p. 330.

Dentro de este elemento se incluye también las pruebas testificales, decidiendo los Tribunales estadounidenses que la valoración de este factor demuestra un equilibrio y que no es definitivo a la hora inclinar la balanza a favor de uno u otro Tribunal para el conocimiento del asunto.

19. Un elemento de carácter privado alegado por los demandantes en el asunto *Spanair* es la dificultad de tipo económico a la hora de litigar en España ante la inexistencia en España del sistema de *contingency fee* como en el estadounidense. Además los demandantes alegan que podrían quedar sometidos al pago de las costas procesales²⁸.

La importancia de este argumento reside en la vinculación entre las dificultades económicas para litigar en el foro presentado como alternativo por los demandados, y el efectivo cumplimiento del derecho establecido en el artículo 6 del *Convenio Europeo de Derecho Humanos de 1950*, precepto en el que se consagra el derecho de acceso a la justicia. Este argumento ha sido interpretado y aplicado principalmente por la jurisprudencia británica en su razonamiento sobre la estimación o desestimación de la declinación de la competencia mediante el *forum non conveniens*. Pronunciamientos como el asunto *Connelly v. RTZ*²⁹, pero sobre todo en el famoso asunto *Lubbe v. Cape plc*³⁰ (en adelante *Lubbe*), han proyectado la incidencia que puede tener el derecho de acceso a la justicia, y sobre todo su efectivo cumplimiento, en la aplicación del *forum non conveniens*, cuando los demandantes alegan dificultades económicas a la hora de litigar ante el foro alternativo³¹. Hay que resaltar como en la jurisprudencia británica la valoración de este factor ha estado vinculada con el requisito de que el foro presentado por el demandado sea calificado o no como alternativo (*vid., supra.*, epígrafe 1).

La valoración por la jurisprudencia norteamericana ha sido distinta. La incorporación de la falta de recursos económicos y la inexistencia de un sistema *contingency fee* como factor de interés privado permite que su valoración se haga en conjunto con los demás intereses o factores calificados como privados, de forma que su importancia queda más diluida en la valoración que hacen los tribunales. Sin embargo, la vinculación de la falta de recursos de los litigantes para litigar ante el tribunal elegido por el demandado con la calificación de dicho tribunal como foro alternativo, haría de éste un elemento esencial para la aplicación del *forum non conveniens*. Lo cierto es que en el asunto *Spanair* este argumento esgrimido por los demandados fue valorado como interés privado por el Tribunal estadounidense junto con los demás factores, y la inexistencia del sistema *contingency fee* no llevó que el Tribunal español fuera calificado como inadecuado.

20. Otros factores o intereses calificados como privados y que analizan los Tribunales en el asunto *Spanair* son la conveniencia del foro, la residencia de las partes, o la ejecución de la sentencia que se adopte por el tribunal alternativo (relacionado este último aspecto con las condiciones impuestas por el Tribunal para declinar la competencia *vid., infra.*, epígrafe 4).

Lo cierto es que una valoración de conjunto de los argumentos empleados por los Tribunales estadounidenses en sus pronunciamientos muestra que los denominados intereses privados han tenido un peso poco importante en las decisiones objeto de este estudio. Los Tribunales han entendido, con carácter general, que estos factores no son suficientemente significativos como para desestimar la declinación de su competencia instada por los demandados en el proceso. Tratamiento distinto es el que se ha dado a los intereses caracterizados como públicos.

²⁸ Señalado como uno de los argumentos a los que el Tribunal tuvo que hacer frente, C. LLORENTE GÓMEZ DE SEGURA «*Forum non conveniens...*», *op. cit.*, p. 277.

²⁹ [1997] 3 WLR 373, de 24 de julio de 1997.

³⁰ [2000] 1 WLR 1545, de 20 de Julio de 2000. De forma breve los hechos de los que trae causa el asunto *Lubbe* fueron los daños alegados por trabajadores de las filiales situadas en Sudáfrica de una matriz británica dedicaba a la extracción y tratamiento de amianto. Tras instar los demandados a los tribunales británicos que declinaran su competencia a favor de un tribunal sudafricano, los demandantes alegan que si tal declinación se efectuara vendría a infringir el artículo 6 del *Convenio Europeo de 1950*.

³¹ Sobre este aspecto *vid.*, M. HERRANZ BALLESTEROS *El forum non conveniens...*, *loc. cit.*, pp. 62-66.

B) Intereses públicos

21. La atención de los Tribunales estadounidenses en los intereses públicos en los asuntos *Honeywell* y *Spanair* se proyecta en la valoración de: **(a)** Interés local; **(b)** Derecho aplicable para la resolución del asunto; **(c)** Costes o carga económica que supone el proceso para los tribunales estadounidenses.

22. (a) Interés local: la comparación se realiza entre el interés que pueden tener las autoridades estadounidenses a la hora de juzgar asuntos que versan sobre la responsabilidad por productos defectuosos elaborados por sus empresas y el interés del foro alegado por el demandado como alternativo en el conocimiento del asunto.

La doctrina ha hecho una triple división que es útil a efectos de comprobar hacia donde se inclinan las decisiones de los Tribunales estadounidenses cuando valoran y comparan su interés en el conocimiento del asunto con el interés que puede tener el tribunal extranjero. Esta clasificación parte de un elemento común, son supuestos en los que los demandantes son extranjeros y reclaman responsabilidad, ante el sistema judicial estadounidense, por accidentes causados como consecuencia de defectos en los denominados *bienes globales*³²:

- Un primer caso sería aquel en el que ni demandante ni demandado residen en el foro que se presenta como alternativo –en nuestro estudio encaja en estos parámetros el asunto *Honeywell*–. Para este supuesto ni los Tribunales americanos pero tampoco los españoles, como foro alternativo, tendrían interés en resarcir a los demandantes. Ante esta situación los Tribunales estadounidenses tienden, en principio, a declinar su competencia.
- Un segundo escenario sería cuando el demandante sufre el daño en su Estado, en el que el demandado es extranjero, y este foro se presenta como alternativo –caso *Spanair*–. En este caso sí habría un interés por las autoridades del foro alternativo en compensar a los demandantes. En este contexto el denominado interés local se aplica a favor de la declinación de la competencia.
- Un último el supuesto en el que demandado y demandante tienen su residencia en el mismo Estado. No encaja en ninguno de los pronunciamientos.

Tal y como se ha presentado parece claro hacia dónde se inclina la balanza en relación al tribunal que debe o no conocer del asunto. Sin embargo, esta división es muy general y lo cierto es que no hay una línea jurisprudencial unánime. Así, aunque el Tribunal estadounidense no tenga interés en compensar a demandantes extranjeros y ello se valore a favor de la declinación de la competencia –asuntos *Honeywell* y *Spanair*– esta decisión puede cambiar cuando los productos por los que se reclama la responsabilidad son utilizados también entre un importante número de consumidores americanos. Ante esta situación son los propios consumidores estadounidenses quienes tienen un interés en conocer si las alegaciones de la denuncia sobre los defectos, por ejemplo en el diseño y manufacturación de tales productos, son o no ciertas³³.

En conclusión en los dos asuntos *Honeywell* y *Spanair* se ha seguido el mismo criterio: aceptar el principio el interés que Estados Unidos puede tener en asegurar que los productos elaborados por sus empresas son seguros pero éste interés se desvanece cuando el accidente, como sucede en ambos supuestos, ocurre en el extranjero y los demandantes son extranjeros.

23. (b) Derecho aplicable para la resolución del asunto: la cuestión de la ley aplicable es uno de los factores que se valora. Además se trata de un factor que ha ganado mucho peso en la formación del criterio de los tribunales a la hora de decidir en torno a la declinación o no de la competencia³⁴.

³² Se haría una división entre aquellos bienes que se consideran *global goods* es decir que se comercializan en los Estados Unidos de aquellos denominados *non-global goods*, es decir aquellos cuya distribución no se realiza en territorio estadounidense. Muy interesante es el trabajo E. T. LEAR «National Interest, Foreign Injuries, and Federal Forum non conveniens», *University of California, Davis*, Vol. 41, 2007, pp. 560-602.

³³ *Bridgestone/ Firestone, INC., Tires products Liability Litigation* 190 F Supp2d 1125 (Sd Ind. 2002).

³⁴ Sobre la importancia que ha adquirido este factor D. EARL CHILDRESS III «Forum non conveniens...» *op. cit.*, p. 170.

La cuestión de la ley aplicable se analiza también desde un estadio anterior a la decisión del tribunal sobre la declinación o no su competencia. En efecto, la ley que resulta aplicable es un elemento que puede utilizarse para disuadir a los demandantes en su elección por el sistema judicial estadounidense. Así en la medida que se descarta la resolución del litigio mediante *lex fori* y, por el contrario, sea un derecho extranjero el aplicable, este será un elemento que persuada a aquellos demandantes que presentan demandas con *unacceptably tenuous relationships to the forum*³⁵, y cuyo propósito es la aplicación del derecho estadounidense para resolver el asunto.

Si el demandante persiste en su intención de litigar ante los Tribunales estadounidenses es habitual que las propias autoridades realicen un juicio de prospección, y si prevén que *podría* resultar aplicable un ordenamiento extranjero, este elemento inclina la balanza a favor de la declinación de la competencia. Esta tendencia ha sido la seguida en el asunto *Honeywell* y *Spanair*.

En el asunto *Honeywell* el Tribunal determina:

«The final public interest factor, familiarity with governing law, also favored dismissal. While it was not clear which forum's law would apply given all the interests of various European countries involved in the litigation, the court found it likely that the law of a jurisdiction other than New Jersey would apply to this case. (...) «the familiarity with this law militated in favour of dismissal»»³⁶.

En el asunto *Spanair* el Tribunal tampoco cambia de posición respecto al peso que la posible aplicación de un derecho extranjero tiene en la admisión del *forum non conveniens*. En su decisión el Tribunal afirma:

«The issues presented world require a comparative law analysis that the doctrine of *forum non conveniens* aims to avoid, and Spanish law would appear to apply to vast majority of plaintiff's claims»³⁷.

Lo que se desprende de los asuntos *Honeywell* y *Spanair* es que si la posible aplicación de un derecho extranjero para resolver el asunto no disuade al demandante y persiste en el propósito de recurrir al sistema judicial estadounidense, finalmente están siendo sus propios Tribunales quienes, empleando este factor como uno de los que está adquiriendo un mayor peso, resuelven declinando su competencia judicial internacional ante la dificultad de identificar y aplicar el derecho extranjero en el proceso³⁸.

24. (c) Costes del proceso, cargas al jurado y Tribunal y congestión del sistema judicial: estos aspectos se incluyen dentro de los denominados intereses públicos y poco a poco van adquiriendo un peso muy considerable. La reiteración de estos elementos en las decisiones jurisprudenciales ha desviado, en no pocas ocasiones, la función del *forum non conveniens*. En los asuntos *Honeywell* y *Spanair* también los tribunales se refieren a estos elementos y en las dos decisiones, la congestión de los tribunales, la carga hacia el jurado, y en definitiva los costes económicos de procesos con los que se entiende no hay una vinculación suficiente, inclinan la balanza a favor de la declinación de la competencia judicial internacional.

³⁵ J.A. SOLD «Inappropriate forum or inappropriate law? A choice-of-law solution to the jurisdictional standoff between the United States and Latin America», Vol. 60, *Emory Law Journal*, 2011, pp. 1438- 1477.

³⁶ Puede verse en http://www.condonlaw.com/newsletters/nov_dec_2005.pdf

³⁷ Puede verse en Condon & Forsyth LLP «Another Forum non conveniens Victory for Defendants from California District Court» <http://www.condonlaw.com/newsletters/cbapril2011.pdf>

³⁸ M. HERRANZ BALLESTEROS *Forum non conveniens...*, op. cit., pp. 97-98.

Este razonamiento no es extraño en el ámbito de las normas de fuente europea, en el reciente *Reglamento (UE) N. 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de julio de 2012 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones a la aceptación y ejecución de documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo*, en su artículo 4 permite a las autoridades normalmente competentes declinar el conocimiento del asunto hacia las autoridades de la nacionalidad del finado cuando sea el ordenamiento jurídico de tales autoridades el elegido para regular la sucesión. En definitiva, se trata de evitar los inconvenientes de la aplicación de un derecho extranjero, lo que somete la determinación de la competencia al derecho aplicable.

25. En la valoración de los intereses públicos, y en particular del último señalado, hay un dato esencial apreciado por los Tribunales estadounidenses: el hecho de que los demandantes no estén radicados en el territorio es decir ni sean nacionales ni residentes estadounidenses. Cuando en los supuestos transnacionales se produce este hecho el incremento en la aplicación del *forum non conveniens* es muy notable³⁹.

Las cifras evidencian esta afirmación a modo de ejemplo: a nivel Federal se han presentado entre 1990 y 2005 cerca de 691 peticiones de declinación de la competencia en supuestos transnacionales de estos en un 50% de los casos los tribunales han aceptado la aplicación del *forum non conveniens*. En los casos en los que demandantes eran extranjeros la cifra aumenta a un 63%.

Este dato confluye tanto en el asunto *Honeywell* como *Spanair* y supone que las autoridades tengan *less deference*, sobre a la elección realizada por demandantes extranjeros de los Tribunales estadounidenses⁴⁰.

26. En definitiva, la internacionalidad de la situación, y hay que apreciar que en los supuestos de accidentes aéreos ésta suele ser muy importante por la dispersión de los elementos de la relación, incide de forma clara en el peso que se confieren a los intereses públicos, incluso, por encima de los privados, dirigiendo la decisión del Tribunal hacia la declinación o no de la competencia.

4. Condiciones establecidas por el Tribunal para declinar la competencia

27. Es una práctica habitual y extendida en cualquiera de los modelos de *forum non conveniens* que el tribunal al que el demandado solicita la declinación de la competencia inste el cumplimiento de una serie de condiciones. Esta práctica ha sido también incluida en los asuntos *Honeywell* y *Spanair*.

En ambos pronunciamientos las condiciones impuestas por los Tribunales para aceptar la declinación de la competencia están dirigidas a las partes⁴¹, y en particular, aunque como se verá no exclusivamente, al o a los demandados. Principalmente las condiciones se pueden dividir en dos grandes grupos: **(a)** aquellas que se orientan claramente a que el procedimiento se inicie y se asegure la competencia del tribunal alternativo; **(b)** aquellas que están dirigidas a facilitar que el proceso se desarrolle ante el tribunal alternativo y que en cierta medida vienen a compensar a los demandantes por tener que litigar ante tribunales distintos a los que en un principio eligieron.

28. (a) Medidas orientadas a iniciar el procedimiento y asegurar la competencia del tribunal alternativo. En lo relativo al inicio del procedimiento existe una diferencia entre las medidas dictadas por los Tribunales estadounidenses en los asuntos *Honeywell* y *Spanair*.

Sólo en el caso *Honeywell* el Tribunal dicta una medida que obliga a los demandantes. En ella se les insta a presentar la demanda ante los Tribunales españoles en un plazo de 121 días⁴². ¿Qué sucede si la presentación de la demanda se realiza transcurrido dicho plazo? Con carácter general el incumplimiento de las medidas a las que los tribunales someten la declinación de la competencia lleva aparejada la opción para las partes de continuar el procedimiento ante las autoridades que en inicio declinaron su competencia. Pero desde luego en este caso al ser una medida dirigida a los demandantes ante su incumplimiento, bien no continuando con el procedimiento ante el Tribunal español o no respetando el

³⁹ Puede verse un extenso trabajo con cifras sobre el impacto del *forum non conveniens* en D. EARL CHILDRESS III «Forum non conveniens:...», *op. cit.*, pp. 157-179.

⁴⁰ Ya en el asunto *Piper Aircraft* el Tribunal afirmó: «When the home forum is chosen, it is reasonable to assume that this choice is convenient. When the plaintiff is foreign... this assumption is less reasonable. Because the central purpose of *forum non conveniens* inquiry is to ensure that the trial is convenient, a foreign plaintiff's choice deserves *less deference*», en 255-246.

⁴¹ No han faltado supuestos en los que las condiciones están dirigidas a los propios tribunales alternativos, *vid.*, M. HERRANZ BALLESTEROS, *Forum non conveniens...*, *op. cit.*, pp. 190-191.

⁴² En el ámbito de la Unión Europea hay que recordar que el artículo 15 del *Reglamento (CE) N 2201/2003* establece en su apartado 4 que el Tribunal competente para conocer del fondo del asunto establecerá un plazo en el que la parte interesada tiene que presentar la demanda.

plazo establecido por el tribunal, no creemos que ante este incumplimiento los demandados insten la continuación del proceso ante las autoridades estadounidenses.

Todas las demás medidas incluidas en este apartado y decretadas por los Tribunales en ambos asuntos están dirigidas a los demandados. En relación a la competencia del tribunal presentado como alternativo ya hemos analizado como con carácter general se pide una declaración de sumisión del demandado a la competencia del segundo tribunal, esta declaración está presente en los dos asuntos (sobre este aspecto y su vinculación con la existencia de un foro alternativo *vid., supra* epígrafe 2).

Otra medida orientada a que el procedimiento se inicie ante el segundo tribunal es aquella mediante la que los demandados se comprometen a no plantear, en los asuntos *Honeywell* y *Spanair*, ninguna acción de prescripción de la acción ante los Tribunales españoles. Esta medida en el asunto *Spanair* fue revisada a petición de los demandantes. En un inicio el Tribunal había establecido un tiempo de 120 días durante el cual el demandado no podía instar la prescripción de la acción, este tiempo empezaría a contabilizarse desde que el Tribunal del Distrito de California da la orden de declinar; sin embargo posteriormente es revisada y el propio Tribunal entiende que el plazo tiene que empezar a contabilizarse desde que se dicte una decisión en apelación por la que se confirme la declinación.

Otra de las condiciones muy común y dirigida a las partes es el compromiso de satisfacer y cumplir la decisión que se dicte por los tribunales alternativos. Este requerimiento está presente tanto en el asunto *Honeywell* como *Spanair*.

29. (b) Un segundo grupo de medidas son aquellas que están dirigidas a facilitar que el proceso se desarrolle ante los tribunales alternativos –para ambos casos los españoles– e incluso a facilitar al demandante el litigio ante un tribunal no que fue en principio el elegido. Por ejemplo en ambos asuntos se condiciona la declinación de la competencia a que los demandados faciliten las pruebas en este caso a los Tribunales españoles cuando estas estén situadas en territorio español.

30. El establecimiento de medidas a las que se condiciona la aplicación de la doctrina del *forum non conveniens* está absolutamente extendida, y puede decirse que casi institucionalizada, entre la práctica estadounidense.

III. Decisión de las autoridades españolas: la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona en el caso *Honeywell*

31. Declinada la competencia de los Tribunales estadounidenses los demandantes recurren al sistema judicial español. En primera Instancia, el Juzgado número 34 de Barcelona dicta sentencia condenando *Honeywell* y a ACSS y aplicando a la responsabilidad de la demandada el Derecho del Estado de New Jersey y a la codemandada el Derecho del Estado de Arizona, ello en base al *Convenio sobre ley aplicable a la responsabilidad por productos defectuosos*.

32. Recurrida la decisión la Audiencia Provincial de Barcelona dicta Sentencia el 7 de mayo de 2012 revocando en parte la Sentencia dictada en Primera Instancia. Por la importancia del pronunciamiento reprodumos lo que la Sala declara:

- A. La responsabilidad de las demandadas en concebir, diseñar, comercializar, fabricar, vender, instalar un producto defectuoso (sistemas TCAS II), que no cumplía con los estándares de seguridad impuestos por la industria y por la normativa.
- B. Que dicho producto contenía una información de uso que era incompleta para los pilotos, insuficiente y contraria a la normativa.
- C. Que dichos defectos eran conocidos por los demandados y que sin embargo no hicieron lo necesario para subsanar los problemas.
- D. Que dicho producto y sus defectos están estrechamente vinculados con la causa final y efectiva del accidente aéreo en el que fallecieron los familiares de los ahora demandantes.

E. Que, en virtud de lo establecido por el XXII Convenio sobre ley aplicable a los productos defectuosos, firmado en La Haya el 2 de octubre de 1973 (...) a las demandadas les es aplicable el derecho del Estado de su establecimiento principal, a saber, Estado de Arizona (EEUU) para las demandadas ACCS y Estado de New Jersey (EEUU) para la demandada Honeywell Internacional.

Conforme a lo anterior, la Audiencia Provincial en una Sentencia que ha sido calificada como histórica⁴³, revisa las indemnizaciones impuestas a las demandadas por el Juzgado de Primera Instancia, elevando su cuantía de forma significativa. Para esto último tiene en cuenta: «*las prácticas indemnizatorias que forman parte del derecho extranjero a aplicar –ordenamiento de New Jersey y Arizona–, como una cuestión de hecho*»⁴⁴. En lo relativo a los daños acción por supervivencia y a los daños punitivos sigue el criterio del juez de Primera Instancia no estimándolos⁴⁵, pero condena en costas a las demandadas en sus respectivos recursos.

1. Determinación de la competencia judicial internacional de los Tribunales españoles

33. ¿Cómo asume el Tribunal español la competencia judicial internacional para conocer en el asunto Honeywell?⁴⁶ Hay que recordar que España no fue ni el lugar donde ocurrió el accidente, ni era el Estado de domicilio de ninguna de las partes afectadas en el suceso.

Como es sabido el Tribunal americano condiciona la declinación de su competencia judicial internacional, entre otros requisitos, a una declaración del demandado en la que éste acepta someterse a la competencia del Tribunal español (*vid., supra.*, apartado 2). Así las cosas en el asunto *Honeywell* el Tribunal español no cuestiona su competencia y la asume aplicando el *Reglamento (CE) Nº 44/2001 de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de decisiones judiciales en materia civil y mercantil* (en adelante R. 44/2001), en particular su artículo 24 dedicado a la prórroga de la competencia mediante sumisión tácita. En casos como el asunto *Honeywell*, ante la ausencia del domicilio de las partes en un Estado miembro, la única vinculación del litigio con el territorio de la Unión es el tribunal ante el que se presenta la demanda. La aplicación de las normas del R. 44/2001 para estos supuestos y en particular de la atribución de la competencia a través del artículo 24 no es en absoluto pacífica⁴⁷. En efecto el ámbito de aplicación espacial de esta disposición tiene diferentes interpretaciones⁴⁸.

Las divergencias en torno a este aspecto no se quedan únicamente en el plano doctrinal sino que como veremos, a continuación, la aplicación entre los tribunales de los Estados miembros del R. 44/2001 en los supuestos de sumisión tácita cuando no existe domicilio de las partes en la Unión Europea tampoco es uniforme. Como ya hemos visto en el asunto *Honeywell* el Tribunal español se inclina por no someter la aplicación del artículo 24 al criterio del domicilio del demandado (tampoco del demandante) en un Estado miembro. Sin embargo, por ejemplo, y relación también a una decisión relacionada con una aplicación

⁴³ <http://www.blog.bcvlex.com/languages/espanol/263.html>

⁴⁴ F.Jº 8.

⁴⁵ F.Jº 8.

⁴⁶ Ya nos hemos referido a como ni el *Convenio de Montreal, de 28 de mayo de 1999 para la unificación de transporte aéreo internacional*, ni el *Convenio de Varsovia sobre, de 12 de octubre de 1929, para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional* incluyen las reclamaciones por responsabilidad contra los fabricantes.

⁴⁷ Sin embargo hay que recordar que el TJ de 13 de julio de 2000 en el asunto C-412/98, *Grupo Josi Reinsurance Company SA y Universal General Insurance Company (UGIC)*. En particular son muy expresivos los Considerandos 44 y 45 de la Sentencia en los que el Tribunal prescinde para la aplicación del texto en el supuesto del artículo 24 del domicilio del demandado y del demandante en un Estado Miembro.

⁴⁸ No sólo doctrinal a nivel jurisprudencial existen decisiones de los tribunales de Estados miembros que para la determinación del ámbito de aplicación espacial del R. 44/2001 en el supuesto del artículo 24 aplican el criterio del domicilio del demandado en un Estado miembro. Sobre esta polémica puede consultarse entre otros A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA «Sumisión tácita como foro de competencia judicial internacional y el artículo 24 del Reglamento 44/2001 de 22 de diciembre de 2000», *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 2004, pp. 50-72. F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, M. VIRGOS *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación internacional*, 2ª Editorial Cáritas, pp. 304-305.

anterior del *forum non conveniens*, el Tribunal de Apelación de París, en Sentencia de 8 de marzo de 2008 con motivo de un accidente aéreo ocurrido en enero de 2004⁴⁹, mantiene una interpretación diferente sobre el ámbito de aplicación espacial de las normas del R. 44/2001. En el supuesto los demandantes primeramente plantearon su demanda ante los Tribunales estadounidenses, los demandados solicitan la aplicación del *forum non conveniens*, y los Tribunales estadounidenses la aceptan a favor de los Tribunales franceses⁵⁰. Cuando el asunto llega a los Tribunales franceses el Tribunal de Apelación de París hace una aplicación más restrictiva del R. 44/2001 que la decisión española en el asunto *Honeywell*. El Tribunal galo inaplica la normativa europea por estar el demandado domiciliado en un Estado no miembro; de modo que no acepta la competencia por sumisión tácita dado que es un criterio que se incluye en la norma de fuente europea pero que no opera por no concurrir el criterio de aplicación espacial de la norma⁵¹. Así las cosas el Tribunal francés analiza el artículo 14 del Código civil francés en el que se establece la competencia de los Tribunales galos sobre sus nacionales, pero en su interpretación el Tribunal determina que se trata de un privilegio al que se puede renunciar cuando sus nacionales han presentando previamente la demanda ante un tribunal extranjero. Esta circunstancia concurría en este supuesto, por lo que el Tribunal francés entiende que dicha renuncia se ha producido, declinando entonces su competencia y transfiriendo el asunto de nuevo a los Tribunales estadounidenses para que estos resolvieran⁵².

34. El R. 44/2001 ha sido modificado por el *Reglamento (UE) N. 1215/2012 de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*⁵³ (en adelante R. 1215/2012). Pues bien, el ámbito de aplicación de este último se amplia, al menos en la prórroga de competencia por sumisión expresa⁵⁴, de forma que ya no se requiere para ser aplicable el domicilio de una de las partes en el territorio de un Estado miembro sino únicamente la presentación de la demanda ante el tribunal de un Estado miembro.

¿Qué ha sucedido en relación al criterio de competencia por sumisión tácita en el R. 1215/2012 (art. 26)? La redacción del precepto referido a la prórroga de competencia por sumisión tácita en el R. 1215/2012 no se ha modificado respecto del artículo 24 del R. 44/2001. Tampoco en relación a la sumisión tácita ha variado el precepto donde se enumeran las excepciones a la aplicación de las normas del R. 1215/2012, cuando el demandado no tiene su domicilio en un Estado miembro⁵⁵; por lo tanto, el artículo sigue sin referirse a la sumisión tácita como excepción a la regla general de aplicación del texto. En consecuencia la cuestión sigue abierta⁵⁶, y por tanto susceptible de una interpretación divergente no sólo a nivel doctrinal sino, lo que es más importante, también en la práctica de los tribunales creando una inseguridad jurídica nada deseable.

⁴⁹ *Vid.*, G. CUNIBERTI «Nota a la Sentencia 1er ch., sect 6 mars 2008», *JDI*, 2009-1, pp. 171-183.

⁵⁰ El accidente tuvo lugar en Egipto y la mayoría de las víctimas eran nacionales francesas. Los demandantes acudieron ante los Tribunales americanos y los demandados instaron la aplicación del *forum non conveniens*. El Tribunal la aceptó y declinó su competencia a favor del Tribunal francés. Estas últimas autoridades sin embargo se declararon incompetentes para conocer y el proceso volvió a los EEUU para ser resuelto por los tribunales de dicho país.

⁵¹ *Vid.*, G. CUNIBERTI «Nota a la Sentencia 1er ch., sect 6 mars 2008», *op. cit.*, p. 180.

⁵² Los Tribunales franceses han hecho también una interpretación imperativa de los foros de competencia del *Convenio de Montreal, de 28 de mayo de 1999 para la unificación de transporte aéreo internacional*. Así en Sentencia de 7 de noviembre de 2011 la Cour de Cassation ha interpretado que la competencia del Tribunal francés no puede quedar abierta en la medida que la libertad del demandante para determinar la jurisdicción competente, dentro de los límites establecidos en el artículo 33 apartados 1 y 2 de la norma convencional, constituye una regla imperativa. Lo que hace imposible declarar disponible la competencia del Tribunal galo en la medida que el demandante ha optado previamente por la jurisdicción americana, y ésta inaplicando las normas del Convenio por las que se atribuye a sus autoridades competencia judicial internacional, ha declinado el conocimiento del asunto a través de la doctrina del *forum non conveniens*. O. DUBOS «Juridictions américaines et jurisdictions française face à l'article 33 de la Convention de Montreal un dialogue de sourds?», *JDI*, 2012-4, pp. 1282-1294.

⁵³ DO Serie L 351/1 de 20.12.2012.

⁵⁴ Artículo 25 determina: «Si las partes *con independencia de su domicilio...*». (La cursiva es del autor del artículo).

⁵⁵ En el R. 1215/2012 el artículo 6.1 determina: «Si el demandado no está domiciliado en un Estado miembro, la competencia judicial se regirá, en cada Estado miembro, por la legislación de ese Estado miembro, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 18, apartado 1, el artículo 21, apartado 2, y los artículos 24 y 25».

⁵⁶ Si bien volvemos a recodar la decisión del TJ de 13 de julio de 2000 en el asunto C-412/98, *Grupo Josi Reinsurance Company SA y Universal General Insurance Company (UGIC)*.

35. Lo que puede afirmarse ante la situación descrita es que, en principio, ni el R. 44/2001 ni su modificación realizada en el R. 1215/2012 suponen un obstáculo o limitación a la aplicación del *forum non conveniens*. Ahora bien, teniendo en cuenta que la interpretación de su ámbito espacial sigue sin estar cerrada, sólo una compresión más limitada del ámbito de aplicación del texto –a modo de la que ha hecho el Tribunal de Apelación de París– podría emplearse para disuadir a los Tribunales estadounidenses de la aceptación de este expediente dado que en estos supuestos la norma de fuente europea no serviría para que el segundo tribunal pudiera calificarse como un foro alternativo.

2. El derecho aplicable

36. En primer lugar hay que destacar el eco que entre los medios especializados en los EEUU ha tenido la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Barcelona en el asunto *Honeywell*. De esta decisión los especialistas han destacado en primer lugar la aplicación por el juzgador español del derecho estadounidense –ordenamientos de New Jersey y Arizona– para determinar la responsabilidad de *Honeywell* y *ACSS*, aún litigando las partes ante un tribunal extranjero. En segundo lugar, sin embargo, también se ha puesto de manifiesto cómo las cantidades, al menos las establecidas en la Primera Instancia, son inferiores a las que los Tribunales estadounidenses habrían ordenado pagar a *Honeywell* y a *ACSS* de ser estas condenadas.

37. Vamos a comenzar por la primera de las cuestiones destacadas por los medios especializados de la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de Barcelona⁵⁷. Es decir, nos centramos en la desincentivación que supone para el demandado el ordenamiento que finalmente aplicará el tribunal de un Estado miembro –en este caso España– elegido como foro alternativo⁵⁸.

En la materia referida a la responsabilidad por productos defectuosos los instrumentos conforme a los cuales se determina el derecho aplicable son el Reglamento Roma II, y el *Convenio sobre ley aplicable a la responsabilidad por productos defectuosos*. Es conocido que la norma de fuente convencional sigue siendo aplicable conforme a lo previsto en el artículo 28 del Reglamento Roma II. Pues bien como sucedió en el asunto *Honeywell* la solución convencional remitió a la aplicación del derecho estadounidense, como ordenamiento del Estado en el que se encuentra el establecimiento principal de la persona a quien se le imputa la responsabilidad, y por tanto conforme a dicho ordenamiento se determinó la responsabilidad en cuestión⁵⁹. Esto último con independencia de que Estados Unidos no hubiera ratificado el texto⁶⁰. En consecuencia, ni *Honeywell* ni *ACSS* pudieron evitar la aplicación del ordenamiento estadounidense –fin que persiguen los demandados mediante la petición de la declinación de la competencia a través de la doctrina del *forum non conveniens*–.

Ahora bien, como se ha demostrado, si en un futuro el Tribunal español tuviera que aplicar las soluciones del Reglamento Roma II, este instrumento establece como derecho aplicable el ordenamiento de la residencia habitual de la víctima, descartando, por lo tanto, la aplicación del ordenamiento del Estado donde las empresas tienen sus establecimientos principales⁶¹. Esto último ha dado lugar a la idea de que las previsiones del Reglamento Roma II podrían incluso alentar la petición de la aplicación del *forum non conveniens*⁶², en la medida que permite a las empresas estadounidenses, que instan la decli-

⁵⁷ Recomendamos para el correcto entendimiento del asunto el trabajo de la profesora A. HERNÁNDEZ «Accidentes aéreos...», *op. cit.*, pp. 307-321. Muchas cuestiones de la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia las omitimos en este estudio porque ya han sido perfectamente explicadas en el citado estudio.

⁵⁸ Hay que tener en cuenta que la apreciación de un derecho más o menos beneficioso no es un criterio empleado por la práctica para dejar de aplicar el *forum non conveniens*.

⁵⁹ Artículo 6: «En el caso de que no fuere aplicable alguna de las legislaciones señaladas en los artículos 4 y 5, será aplicable el Derecho interno del Estado en que se halle el establecimiento principal de la persona a quien se le imputa la responsabilidad, a menos que el demandante base su reclamación en el Derecho interno del Estado en cuyo territorio se hubiere producido el daño.»

⁶⁰ Artículo 11: «La aplicación de los artículos precedentes del presente Convenio se hará con independencia de cualquier condición de reciprocidad. El Convenio se aplicará incluso cuando la legislación aplicable no sea la de un Estado contratante».

⁶¹ Artículo 5.

⁶² A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ «Accidentes aéreos...», *loc. cit.*, p. 318.

nación de la competencia frente a demandantes europeos o no, eludir la aplicación del derecho estadounidense a su responsabilidad extracontractual.

38. La argumentación jurídica conforme a la cual el Tribunal de Primera Instancia determina la aplicación del *Convenio sobre ley aplicable por productos defectuosos* es compartida por la Audiencia Provincial, y así lo sostiene en el fallo que dicta en apelación. Nos interesa detenernos en ésta última decisión y en el posicionamiento de la Sala frente a las alegaciones de las partes.

39. Evidentemente en el proceso de apelación hay muchos de los razonamientos de las demandadas relacionados con el derecho aplicable. Entre ellos, a efectos de este estudio, destacan las alegaciones que *Honeywell* utiliza para tratar de vincular el *forum non conveniens* y el ordenamiento que el Tribunal español tendría que aplicar a la resolución del litigio. La demandada sostiene:

«Considera que debe de relacionarse este procedimiento con el que las mismas Partes Actoras habían instado ante el Tribunal de Distrito (...). Este tribunal no aceptó entender de la litis y se declaró incompetente al estimar ser un «*forum non conveniens*», y por considerar que no estando clara la ley aplicable al caso, existían jurisdicciones como a rusa, la alemana, la española con gran interés en el mismo. (...) Además, el mismo día 5 de octubre de 2005, el tribunal de New Jersey emitió una orden indicando que, en cuanto al procedimiento, serían de aplicación las leyes y procedimientos vigentes y aplicables en el tribunal de Barcelona, España. *Estas manifestaciones del juez de New Jersey son altamente significativas, e indican que al desprenderse de las actuaciones indicadas en los EEUU de América, declarando no tener jurisdicción para entender de la pretensiones de las partes Demandantes, éstas dejaban de quedar bajo el paraguas del Derecho estadounidense, y en particular; del Derecho del Estado de New Jersey*» (la cursiva es nuestra).

Varias observaciones al respecto: primero, sostiene la demandada *Honeywell* en dos ocasiones que los Tribunales estadounidenses no tienen competencia o se declaran incompetentes. Esta afirmación no es cierta, el Tribunal dicta una orden por la que declina el conocimiento del asunto (*dismissal*), pero de forma previa ha establecido su competencia judicial internacional para conocer. Es más, cuando en la misma decisión el Tribunal estadounidense dicta una serie de condiciones a las que somete la aplicación del *forum non conveniens*, establece igualmente que de no cumplirse éstas la jurisdicción de los Tribunales americanos sigue abierta para continuar con el conocimiento del asunto. En segundo lugar, y es lo que más nos interesa, la aplicación del *forum non conveniens* supone que las pretensiones de los demandantes no serán ventiladas ante los Tribunales estadounidenses pero ello no quiere decir que al tribunal designado como alternativo –en este caso el español– se le impida resolver mediante el ordenamiento estadounidense. Sobre este último aspecto continúa alegando la demandada y reproducida en la Sentencia por la Audiencia:

«Y afirma *Honeywell* que aplicar el ordenamiento del Estado de New Jersey a reclamaciones formuladas por ciudadanos rusos a raíz de un accidente ocurrido en el espacio aéreo alemán y juzgado ante Tribunales españoles por delegación de un juzgado de aquel Estado, por vía *forum non conveniens*, significa pretender la unión de medio burro con medio camello para alcanzar la victoria en tal curioso híbrido».

La intención que tiene la demandada evidentemente es desconectar el asunto no sólo de los Tribunales estadounidenses sino también de su ordenamiento. En sus alegaciones *Honeywell* omite un dato muy importante, su domicilio en el Estado de New Jersey. Este hecho es fundamental a la hora de determinar el derecho aplicable dado que se emplea como punto de conexión en el *Convenio sobre ley aplicable a productos defectuosos*. Por tanto, no puede sostenerse que incluso ante una situación internacional como la que se plantea, en la que la dispersión de los elementos de la relación es muy notable, el ordenamiento en este caso el de New Jersey no tenga nada que ver cuando es éste el Estado del domicilio de la demandada.

40. A la vista de las alegaciones expuestas por *Honeywell* no pasa inadvertido el criterio que mantiene la Sala a este respecto. Hay que decir, además, que el Tribunal español no ignora en peregrinaje judicial que ha tenido este asunto desde el año 2002 y sostiene:

«Es tal el interés de las demandadas en que no se les aplique la Ley de sus respectivos Estados, que no sólo promovieron no ser juzgadas en su territorio por sus tribunales (...).»

41. En definitiva la Sala demuestra que conoce el contexto en el que el litigio llega⁶³, pero en ningún momento duda de que su decisión sobre la determinación del derecho aplicable no está condicionada por la solicitud de los demandados y, posterior aceptación por los Tribunales estadounidenses, del *forum non conveniens*. Así, y tras sostener el criterio del Juzgado de Primera Instancia en torno a la aplicación del *Convenio sobre ley aplicable a productos defectuosos*, en particular su artículo 6, la Audiencia Provincial establece:

«Resulta impecable la conclusión alcanzada por la juzgadora a quo: «es de aplicación al presente litigio la Ley del Estado de Arizona respecto a la demandada ACSS y la Ley del Estado de New Jersey respecto a la entidad Honeywell».

3. Condena de la Audiencia Provincial de Barcelona

42. Cerrada la cuestión de los ordenamientos conforme a los que habría de determinarse la responsabilidad de las demandas es el momento se determinar la cuantía de las indemnizaciones. Como en un principio dijimos de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Barcelona se hicieron eco los medios especializados del otro lado del Atlántico. Así, lo que en un principio se expuso como un cambio importante en la estrategia de quienes pretenden utilizar el *forum non conveniens*, al quedar sometida la responsabilidad de los demandados al Derecho estadounidense, poco después se desvaneció por la cuantía de las indemnizaciones.

Sin embargo la Audiencia Provincial revisa las indemnizaciones impuestas a las demandadas elevando su cuantía de forma significativa. Para esto último tiene en cuenta: «*las prácticas indemnizatorias que forman parte del derecho extranjero a aplicar –ordenamiento de New Jersey y Arizona–, como una cuestión de hecho*»⁶⁴.

La Sala divide los daños en función de la clasificación contenida en los ordenamientos que resultan aplicables, es decir el ordenamiento de Arizona y de New Jersey. Para su cuantificación se tienen en cuenta los informes de dos peritos en los que se detallan ejemplos de indemnizaciones otorgadas por Tribunales estadounidenses en base a los referidos ordenamientos.

43. Los demandantes solicitan incluso unas cantidades mayores que las explicitadas en la pericial a lo que la Sala se opone y realiza un promedio. Por su importancia hacemos un breve resumen de las mismas:

- 1º) impone la condena de tres millones de dolores por fallecido en 10 casos. A pagar el cincuenta por ciento a cargo de *Honeywell* y el resto a cargo de ACSS.
- 2º) impone la condena de millón y medio de dólares a cargo de ACSS en 14 supuestos (en estos los demandantes habían llegado antes de la apelación a un acuerdo con *Honeywell*).
- 3º) impone la condena de siete millones de dólares en un supuesto por la pérdida de los dos únicos hijos de dos demandantes. A pagar el cincuenta por ciento a cargo de ACSS y el resto a cargo de *Honeywell*.
- 4º) impone la condena de cuatro millones de dólares en un supuesto por la pérdida del núcleo familiar (hijo y marido) a cargo de ACSS (en este caso como en otros el demandante había llegado a un acuerdo antes de la apelación con *Honeywell*).
- 5º) impone la condena de cinco millones y medio de dólares por el fallecimiento de la esposa y los dos únicos hijos a cargo de ACSS (en este supuesto también llegaron a un acuerdo previo tras la Sentencia de Primaria Instancia con *Honeywell*).

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona se ha calificado como una decisión histórica. Es el momento ahora de instar el cumplimiento de la decisión, recordando, además, que es ésta una

⁶³ En este sentido son muy adecuadas las reflexiones de algún Tribunal estadounidense cuando afirma «(...) Conversely defendants will generally seek to relegate actions to the forum in which they believe their exposure is minimized, and that forum is often out of the U.S.», *In re Air Crash Near Peixoto Brazil, on Sept. 29, 2006*, 574 F. Supp. 2d 272, 279 (E.D.N.Y. 2008).

⁶⁴ F.Jº 8.

de las condiciones a las que se sometieron las demandadas para que el Tribunal estadounidense declinara su competencia en aplicación de la doctrina del *forum non conveniens*.

IV. Conclusiones

44. La apertura de múltiples foros de competencia permiten al demandante elegir ante cuál de entre todos los tribunales vinculados con el asunto sustanciar la demanda. En efecto, esto último es consecuencia de la concepción actual y moderna del conflicto de jurisdicciones. En este sentido cuanto mayor sea el grado de heterogeneidad presente en la relación jurídica privada –y en el caso de los accidentes aéreos la conexión con múltiples ordenamientos jurídicos es palpable– con mayor número de opciones contará el demandante para elegir el tribunal que conozca del asunto.

Está claro que la elección por los demandantes no va a ser neutra, esto es, los actores interpondrán las demandas ante el tribunal que consideren más beneficioso para sus pretensiones. Situación que no es, en principio, reprochable. La combinación entre los conflictos de jurisdicciones y las ventajas que ofrecen los diferentes ordenamientos hacen de la elección del tribunal por el demandante una operación de auténtica estrategia procesal que en absoluto es fruto de una casualidad.

Ahora bien el demandante tiene que contar también con la estrategia del demandado mediante la solicitud del *forum non conveniens*. La cuestión es si tras la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona quienes estén interesados en instar la declinación de la competencia, a través de la doctrina del *forum non conveniens*, valorarán la aplicación y resolución del asunto por los tribunales calificados como alternativos conforme al ordenamiento del que en todo momento tratan de escapar.

¿Podemos responder en otro sentido a la cuestión que plantearon los medios especializados de otro lado del Atlántico al hilo del pronunciamiento en Primera Instancia? «A paradigm shift as to *forum non conveniens* or much ado about nothing?» Sin duda la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona puede suponer un cambio a la hora de marcar la estrategia de los demandados ante la solicitud o no del *forum non conveniens* sobre todo si el fin principal es evitar la aplicación de su ordenamiento.

TRANSFORMACIÓN TRANSFRONTERIZA: EXIGENCIAS PARA EL ESTADO MIEMBRO DE ACOGIDA COMENTARIO A LA STJUE C-378/10 (VALE ÉPÍTÉSI KFT)

ROSA MIQUEL SALA

*Wissenschaftliche Mitarbeiterin
Universität Bayreuth*

Recibido: 16.07.2013 / Aceptado: 20.07.2013

Resumen: En la sentencia sobre el asunto C-378/10 (VALE Építési Kft) el TJUE retoma las afirmaciones realizadas en un obiter dictum de la sentencia Cartesio y afirma de nuevo el derecho de las sociedades constituidas conforme al derecho de un Estado miembro a trasladar su domicilio social adoptando una forma societaria del Estado miembro de acogida con mantenimiento de su identidad. La limitación de la posibilidad de transformación a sociedades a sociedades constituidas según el derecho del Estado miembro de acogida resulta contraria a la libertad de establecimiento reconocida en los arts. 49, 54 TFEU. A falta de una 14^a Directiva en materia de sociedades relativa a la transferencia de la sede social, el derecho del Estado miembro de acogida debe obedecer a los principios de equivalencia y efectividad.

Palabras clave: libertad de establecimiento, traslado del domicilio social, transformación transfronteriza, principios de equivalencia y efectividad.

Abstract: In the judgement on the case C-378/10 (VALE Építési Kft) the ECJ resumes its obiter dicta statement from the decision Cartesio and affirms the right of the companies governed by the law of a Member State to transfer their registered office maintaining their legal personality. The limitation of the rules on conversion to companies of the host Member State is contrary to the freedom of establishment granted in Art. 49, 54 TFEU. In the absence of a 14th Company Law Directive on the cross-border transfer of the registered office the law of the host Member States must be in accordance with the principles of equivalence and effectiveness.

Key words: freedom of establishment, transfer of registered office, cross-border conversion, principles of equivalence and effectiveness.

Sumario: I. Introducción. II. La sentencia en el Asunto VALE Építési Kft. 1. Los hechos. 2. La cuestión prejudicial. 3. Respuesta del TJUE. A) Dudas sobre la admisibilidad. B) Vulneración de la libertad de establecimiento. C) Aplicación de los principios de equivalencia y efectividad. III. El concepto de establecimiento: ¿vuelta a los orígenes? IV. Implicaciones para el derecho español: Ley 3/2009 sobre modificaciones estructurales. V. Persistente necesidad de una Directiva sobre transferencia del domicilio social. 1. Antecedentes y base competencial. 2. Contenido.

I. Introducción

1. La sentencia del TJUE en el asunto C-378/10 (VALE Építési Kft) trata de las transformaciones societarias transfronterizas. En la línea de las sentencias en los asuntos C- 81/87 (Daily Mail) y C-210/06 (Cartesio), el Tribunal afirma que una sociedad creada en virtud de un ordenamiento jurídico nacional sólo tiene existencia a través de la legislación nacional que regula su constitución y su fun-

cionamiento. Dicha legislación puede decidir, en concreto, si el traslado del domicilio social va acompañado o no de la liquidación de la sociedad. Sin embargo, en la sentencia Cartesio esta afirmación se excepcionó para el caso en que el traslado del domicilio estuviese acompañado de un cambio de la lex societatis. La libertad de establecimiento exige en este supuesto que la legislación del Estado de origen de la sociedad permita el traslado de domicilio social como transformación transfronteriza con cambio del derecho aplicable y mantenimiento de la identidad de la sociedad. El TJUE se centra ahora en el examen de la compatibilidad con la libertad de establecimiento de las normas sobre transformaciones societarias del Estado miembro de acogida. Pese a reconocer a dicho Estado la potestad para decidir sobre las condiciones en que la sociedad debe ser (re-)constituida, se establece que el derecho del Estado miembro de acogida ha de permitir la transformación no solamente a sociedades constituidas de acuerdo con el derecho nacional, sino también a sociedades constituidas de acuerdo con el derecho de otro Estado miembro. Dado que hasta la fecha solamente se han armonizado las fusiones transfronterizas,¹ pero no los demás tipos de transformación, el Estado miembro de acogida deberá atenerse a los principios de equivalencia y efectividad a la hora de legislar sobre esta cuestión.

II. La sentencia en el Asunto VALE Építési Kft.

1. Los hechos

2. En febrero del año 2006, la sociedad limitada de derecho italiano VALE Costruzioni Srl solicitó la cancelación de su inscripción en el Registro Mercantil de Roma alegando su voluntad de trasladar su actividad y su domicilio social a Hungría. Como consecuencia, se realizó una anotación de «Cancelación registral y traslado de domicilio», haciendo constar que «la sociedad se ha trasladado a Hungría». Nueve meses después, el gerente de VALE Costruzioni y otra persona física aprobaron los estatutos de VALE Éfítési Kft, sociedad limitada de derecho húngaro, desembolsaron el capital requerido por la ley húngara y solicitaron ante el órgano jurisdiccional competente para decidir sobre dicha cuestión la inscripción de la nueva sociedad limitada, haciendo constar que VALE Costruzioni era la sucesora legal de VALE Éfítési Kft.

3. La solicitud de inscripción fue denegada en primera y en segunda instancia al no permitir el derecho húngaro el traslado del domicilio social de una sociedad italiana a Hungría ni la inscripción como sucesora legal de una sociedad que no esté constituida de conformidad con el derecho húngaro. Llegado el asunto ante el Tribunal Supremo de Hungría, VALE Éfítési alegó que se habían vulnerado los artículos 49 y 54 TFUE. A la luz de la sentencia del TJUE en el asunto Cartesio, el Tribunal Supremo húngaro cuestiona principalmente la compatibilidad con la libertad de establecimiento de la normativa húngara sobre transformaciones societarias al aplicarse esta última solamente a situaciones internas.

2. La cuestión prejudicial

4. El Tribunal Supremo húngaro plantea cuatro cuestiones al TJUE. Las dos primeras están íntimamente relacionadas y su respuesta en sentido positivo sirve de presupuesto para las dos cuestiones posteriores, referidas ya a aspectos concretos del derecho húngaro.

- 1) ¿Tiene que atenerse el Estado miembro de acogida a los artículos [49 TFUE y 54 TFUE] en el supuesto de que una sociedad constituida en otro Estado miembro (de origen) traslade su domicilio social al Estado miembro de acogida y, simultáneamente, cancele a estos efectos su inscripción registral en el Estado miembro de origen, los accionistas de la sociedad otorguen una nueva escritura de constitución con arreglo al Derecho del Estado miembro*

¹ Directiva 2005/56/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005 , relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital, DOUE L 310 de 25 de noviembre de 2005, p. 1 ss.

de acogida y la sociedad solicite su inscripción en el Registro Mercantil del Estado miembro de acogida con arreglo al Derecho de dicho Estado?

- 2) *En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión ¿han de interpretarse los artículos 49 TFUE y 54 TFUE] en el sentido de que se oponen a una normativa o práctica de un Estado miembro (de acogida) que impide a una sociedad constituida legalmente en cualquier otro Estado miembro (de origen) trasladar su domicilio social al Estado miembro de acogida y continuar operando con arreglo al Derecho de este último Estado?*
- 3) *A los efectos de la respuesta a la segunda cuestión, ¿tiene relevancia cuál sea el motivo por el que el Estado miembro de acogida deniegue la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil? Concretamente:*
 - *Que, en la escritura de constitución recibida en el Estado de acogida, la sociedad solicitante haga constar como predecesora legal a la sociedad constituida en el Estado miembro de origen, cuya inscripción registral ha cancelado, y solicite que se mencione a dicha sociedad como su predecesora legal en el Registro Mercantil del Estado miembro de acogida.*
 - *En el supuesto de una transformación internacional intracomunitaria, a efectos de la resolución del Estado miembro de acogida acerca de la solicitud de inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil, ¿está obligado el Estado miembro de acogida a tener en cuenta el acto por el que el Estado miembro de origen anotó en su Registro Mercantil el hecho del cambio del domicilio social y, en caso afirmativo, en qué medida?*
- 4) *¿Está legitimado el Estado miembro de acogida para resolver con arreglo a las disposiciones de su Derecho de sociedades que regulan las transformaciones societarias internas, acerca de la solicitud de inscripción en el Registro Mercantil de ese Estado formulada por una sociedad que realiza una transformación internacional intracomunitaria, exigiendo a dicha sociedad que cumpla todos los requisitos que establece el derecho de sociedades del Estado miembro de acogida para las transformaciones internas (por ejemplo, la elaboración de un balance y de un inventario de los activos) o, por el contrario, está obligado, sobre la base de los artículos 49 TFUE y 54 TFUE, a diferenciar entre las transformaciones internacionales intracomunitarias y las transformaciones internas y, en caso afirmativo, en qué medida?*

3. Respuesta del TJUE

A) Las dudas sobre la admisibilidad

5. La admisibilidad de la cuestión prejudicial se puso en tela de juicio tanto por parte del Gobierno del Reino Unido, que expresó sus dudas sobre si el supuesto en el que se basó la cuestión prejudicial podía realmente considerarse una transformación transfronteriza, como por parte de la Autoridad de Vigilancia de la AELC, que consideró que las cuestiones tercera y cuarta no iban acompañadas de suficientes informaciones sobre el derecho húngaro como para garantizar una respuesta útil del TJUE. Merece la pena detenerse en la primera cuestión, ya que ciertamente podría dudarse, en este caso, de que la operación objeto del litigio fuese efectivamente una transformación. No en vano desde el momento en que se canceló la inscripción de la Srl en el Registro Mercantil de Roma con la referencia al traslado de domicilio hasta la solicitud de inscripción de la sociedad limitada húngara con mención a la Srl como predecesora legal existe un lapso temporal bastante considerable. Además, si la inscripción de la predecesora legal había sido cancelada, dicha sociedad se debía considerar extinguida y el mantenimiento de la identidad imposible.² Los representantes legales de VALE Építési Kft no podrían hacer constar por

² C. BEHME, «Der grenzüberschreitende Formwechsel von Gesellschaften nach Cartesio und Vale», NZG 2012, p. 937; P. KINDLER, «Der reale Niederlassungsbegriff nach dem VALE-Urteil des EuGH», EuZW 2012, p. 889.

tanto ninguna predecesora legal y estarían, simplemente, constituyendo una nueva sociedad de acuerdo con el derecho húngaro. Por otro lado, y a la vista de la doctrina sentada en el asunto Cartesio, si el derecho italiano considerase una causa de extinción de la sociedad el traslado del domicilio social a otro Estado miembro también en el caso en que –como aquí– el traslado estuviese acompañado de una transformación, estaría vulnerando la libertad de establecimiento.

6. El TJUE niega sin embargo que la cuestión no tuviese relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, que el problema tratado fuese de naturaleza hipotética o que no tuviese los elementos de hecho o de derecho necesarios para responder de manera útil a las cuestiones planteadas. En concreto, el Tribunal considera que no le corresponde a él considerar liquidada a VALE Costruzioni debido a la cancelación de la inscripción en el Registro Mercantil de Roma, sino que la competencia para calificar o no el supuesto litigioso de transformación transfronteriza les correspondía a los jueces nacionales. Por lo tanto, la liquidación de la sociedad de acuerdo con el derecho italiano tendría que ser dilucidada en el marco del proceso ante los tribunales húngaros. Teniendo en cuenta que los ordenamientos de los Estados miembros conciben las transformaciones societarias de forma distinta, debería ser suficiente, para entender garantizada la libertad de establecimiento, que tras liquidación de la sociedad constituida según el derecho del Estado miembro de origen le suceda en sus derechos y obligaciones la nueva sociedad en el Estado miembro de acogida.³

7. De todos modos, de las informaciones del gobierno italiano, requerido por el TJUE, se desprende que el derecho italiano permite el traslado del domicilio social, siempre que el Estado de acogida lo permita igualmente. Si la sociedad desea, además de trasladar la sociedad, dejar de estar sometida al derecho italiano, la cancelación registral se producirá únicamente después de que la sociedad se haya registrado en el extranjero.⁴ En el presente caso, sin embargo, la cancelación de la inscripción con la anotación «la sociedad se ha trasladado a Hungría» se produjo erróneamente, sin haberse realizado aún ninguna gestión para cumplir con los requisitos de constitución de una sociedad limitada húngara ni solicitado la inscripción de los estatutos de la kft ante las autoridades de dicho país. Sin embargo, según las informaciones del gobierno italiano, dicha inscripción de cancelación podría anularse con efectos retroactivos a petición de los socios. A falta de una impugnación, el Abogado General considera que VALE Costruzioni ya no existe, aunque constata que la sociedad húngara en formación ha gozado de la capacidad jurídica necesaria para ser parte ante los órganos jurisdiccionales húngaros y ante el TJUE. Pero además considera, con razón, que teniendo en cuenta la finalidad eminentemente económica de la libertad de establecimiento, no debe resultar decisiva la extinción de la sociedad italiana ni deben iniciarse «debates metafísicos» sobre la naturaleza de las personas físicas y su continuidad en caso de transformación o sucesión, sino que debe entenderse que son los socios o la sociedad húngara en formación los que ejercen la libertad de establecimiento.⁵

8. A la vista de que las dudas sobre la existencia de una transformación transfronteriza derivan en este caso de una aplicación incorrecta del derecho italiano, por lo demás conforme con lo establecido en la sentencia Cartesio, queda por saber cuál tendría que ser la postura de los tribunales húngaros en el supuesto contrario, es decir, si el derecho del Estado miembro de origen de la sociedad vulnerase la libertad de establecimiento y previese siempre la liquidación de la sociedad que trasladase su domicilio social a otro Estado miembro con independencia de si este traslado fuese acompañado o no de un cambio de *lex societatis*. Aunque tal vez las afirmaciones del Abogado General se podrían aplicar también a este supuesto, la mejor solución pasa por la armonización de los derechos nacionales con el fin de asegurar su compatibilidad con la libertad de establecimiento.

³ P. KINDLER, «Der reale Niederlassungsbegriff nach dem VALE-Urteil des EuGH», *EuZW* 2012, p. 890.

⁴ Cfr. Conclusiones del Abogado General JÄÄSKINEN, n. 40.

⁵ Cfr. Conclusiones del Abogado General JÄÄSKINEN, n. 45 s.

B) Vulneración de la libertad de establecimiento

9. Entrando ya a resolver sobre las dos primeras cuestiones, el Tribunal afirma, al igual que en las sentencias Daily Mail y Cartesio, que una sociedad creada en virtud de un ordenamiento jurídico nacional sólo tiene existencia a través de la legislación nacional que regula su constitución y su funcionamiento, es decir, que las sociedades son «criaturas del derecho»⁶ o que para ellas rige la teoría de la ficción que en su día apuntó *Savigny*.⁷ El derecho de un Estado miembro «dispone indiscutiblemente de la facultad de definir tanto el criterio de conexión que se exige a una sociedad para que pueda considerarse constituida de conformidad con su derecho nacional (...) como el requerido para mantener posteriormente tal condición.»⁸ Así pues, los Estados miembros también pueden decidir libremente, por ejemplo, si sancionan con la liquidación de la sociedad el traslado de la sede de administración. Sin embargo, teniendo en cuenta la jurisprudencia del TJUE sobre el traslado de la sede de administración, queda claro que tal sanción, pese a ser compatible con la libertad de establecimiento, es absurda,⁹ y así lo entendió el legislador alemán al reformar el § 4a GmbHG en el año 2008.¹⁰ La razón de ser de la reforma fue poner a las sociedades alemanas en igualdad de condiciones con sociedades de otros Estados miembros, permitiéndoles el traslado de la sede de administración a otro Estado miembro manteniendo su domicilio social en Alemania y por ende su personalidad jurídica.

10. No obstante, de acuerdo con el Tribunal esta área que en principio no está sujeta a las exigencias de la libertad de establecimiento debe «recortarse», admitiendo la sumisión de los derechos de los Estados miembros a la libertad de establecimiento en el marco de las transformaciones transfronterizas. Con ello se despejan las dudas de los gobiernos húngaro, alemán, británico e irlandés sobre si la misma afirmación contenida en la sentencia en el asunto SEVIC¹¹ sobre fusiones transfronterizas se refería a todos los tipos de transformación. Si bien es cierto que en la sentencia Cartesio se recogía la obligación del Estado miembro de origen de permitir la transformación transfronteriza en caso de cambio del domicilio social, de forma que la sociedad pueda adoptar una forma societaria prevista por el derecho del Estado miembro de acogida cuando «el Derecho del Estado miembro de acogida lo permita», esta última frase no significa que las normas de dicho Estado sobre transformación de sociedades no estén sometidas a la libertad de establecimiento, sino simplemente que la refundación de la sociedad solamente será posible a través del derecho del Estado miembro de acogida, que es el que «permite» o canaliza la constitución de la sociedad.¹² Por tanto, si bien es cierto que el traslado del domicilio social solamente es posible si lo permiten en Estado de origen y el de destino (*Kombinationslehre*),¹³ pero que la libertad de establecimiento obliga al Estado miembro de destino a permitir la transferencia del domicilio con cambio de derecho aplicable. De las afirmaciones del TJUE en la sentencia Cartesio se deriva también, a sensu contrario, que un Estado miembro bien podría permitir el traslado del domicilio social sin cambio de la ley aplicable, pero un traslado de domicilio de estas características no quedaría cubierto por la libertad de establecimiento y el Estado miembro de acogida tampoco estaría obligado a aceptarlo.

⁶ F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «El cambio de *lex societatis*: una forma especial de transformación societaria. Comentario a la sentencia del TJUE (as. Vale Építési kft)», *Diario La Ley* N° 7992, Sección Tribuna, 28 Dic. 2012, Ref D-459; P. KINDLER, «Der reale Niederlassungsbegriff nach dem VALE-Urteil des EuGH», *EuZW* 2012, p. 888.

⁷ H. HAHN, «Grenzüberschreitender Formwechsel und grenzüberschreitende Sitzverlegung («VALE»)», *jurisPR-SteuerR* 39/2012, Anm. 6.

⁸ N. 29.

⁹ F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «El cambio de *lex societatis*: una forma especial de transformación societaria. Comentario a la sentencia del TJUE (as. Vale Építési kft)», *Diario La Ley* N° 7992, Sección Tribuna, 28 Dic. 2012, Ref D-459.

¹⁰ Mediante la Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen, MoMiG, BGBI. 2008, p. 2026.

¹¹ STJUE de 13 de diciembre de 2005, SEVIC Systems, As. C-411/03, Rec. I-10805.

¹² N. 32.

¹³ Cfr. al respecto por ejemplo M.-Ph. WELLER, «EuGH: Grenzüberschreitende Umwandlung einer Gesellschaft - VALE», *LMK* 2012, 336113; S. LEIBLE, «El traslado transfronterizo del domicilio social y la libertad de establecimiento», en R. Arenas García/ C. Górriz López/ J. Miquel González (coords.), *La internacionalización del derecho de sociedades*, Atelier, Barcelona, 2010, p. 108.

11. La relevancia de posibilitar un traslado del domicilio social con mantenimiento de la identidad a los efectos de la libertad de establecimiento se hace patente al repasar las ventajas que éste puede reportar: una reducción de trámites en comparación con la disolución y constitución de una nueva sociedad en el Estado miembro de destino, la falta de necesidad del consentimiento de cada uno de los socios en el transcurso del nuevo proceso fundacional, la regularización de la situación de una sociedad que ha trasladado su sede de administración a otro Estado miembro o la facilitación de la adquisición de una sociedad extranjera, sin necesidad de comprar los activos.¹⁴

12. En relación con la concreta compatibilidad de una norma que permite solamente la transformación de sociedades constituidas de acuerdo con el derecho nacional y no de las sociedades constituidas de acuerdo con un derecho extranjero, el TJUE afirma que dicha norma «establece una diferencia de tratamiento entre sociedades en función de la naturaleza interna o transfronteriza de la transformación, lo que puede disuadir a las sociedades domiciliadas en otros Estados miembros de ejercer la libertad de establecimiento consagrada por el Tratado, constituyendo, por ello, una restricción en el sentido de los artículos 49 TFUE y 54 TFUE.» Esta afirmación es contradictoria. Si una norma trata de forma diferente a sociedades dependiendo de su domicilio social, criterio por el que se establece su nacionalidad, estamos ante una norma de carácter discriminatorio¹⁵ («diferencia de tratamiento») y no ante una restricción de la libertad de establecimiento, por mucho que pueda disuadir a las sociedades extranjeras de ejercer, aunque sea por otros medios como el traslado de sede de administración, el ejercicio de la libertad secundaria de establecimiento o una fusión transfronteriza. Según el Tribunal, la denegación general de las transformaciones transfronterizas por parte del derecho húngaro no es susceptible de justificación por razones imperiosas de interés general.

C) Aplicación de los principios de equivalencia y efectividad

13. Las cuestiones tercera y cuarta planteadas por el Tribunal Supremo húngaro se refieren ya a la adaptación del derecho nacional con el fin de asegurar la conformidad con la libertad de establecimiento. El órgano jurisdiccional remitente pregunta en primer lugar si es relevante el motivo por el cual el Estado miembro de acogida deniega la inscripción en el Registro Mercantil y quiere que el TJUE se pronuncie sobre dos ejemplos concretos: si se puede denegar la inscripción como predecesora de una sociedad por estar ésta constituida en base al derecho de otro Estado miembro y si existe una obligación de tener en cuenta el acto por el que el Estado miembro de origen anotó en su Registro Mercantil el hecho del cambio del domicilio social y, en caso afirmativo, en qué medida. A falta de armonización del derecho de los Estados miembros, el Tribunal establece que el derecho del Estado miembro de acogida, que es el que determina en exclusiva los requisitos para la transformación, debe respetar los principios de equivalencia y efectividad, establecidos en jurisprudencia consolidada. El Tribunal reconoce asimismo que en el presente contexto la libertad de establecimiento deja de ser considerado un derecho defensivo¹⁶ de los intervenientes en el mercado interior frente a medidas legislativas discriminatorias o que representen un obstáculo para la circulación de personas, bienes y servicios, confiriendo un auténtico un derecho al justiciable.¹⁷

14. En virtud del principio de equivalencia se genera para el legislador del Estado de acogida la obligación de no tratar las operaciones transfronterizas de forma menos favorable que las operaciones nacionales. Esto se traduce, en el presente caso, en la posibilidad del legislador nacional de exigir

¹⁴ F. ESTEBAN DE LA ROSA, «El nuevo régimen de la transferencia internacional de la sede social en el sistema español de derecho internacional privado», *Cuadernos de Derecho y comercio* nº54, 2010, p. 75 f.

¹⁵ En el mismo sentido Conclusiones del Abogado General JÄÄSKINEN, n. 72; C. BEHME, «Der grenzüberschreitende Formwechsel von Gesellschaften nach Cartesio und Vale», *NZG* 2012, p. 938. Cfr. sobre la fusión transfronteriza S. LEIBLE, *Syst. Darst. 2*, en L. MICHALSKI, *GmbH-Gesetz*, Band 10, Múnich, C.H. Beck, 2010, Rn. 33.

¹⁶ H. HAHN, «Grenzüberschreitender Formwechsel und grenzüberschreitende Sitzverlegung («VALE»)», *jurisPR-SteuerR* 39/2012, Anm. 6.

¹⁷ N. 49.

las mismas garantías de continuidad jurídica y económica entre la sociedad predecesora que solicitó la transformación y la sociedad sucesora transformada.¹⁸ Parece que, al puntualizar precisamente esta cuestión, el Tribunal reconocía implícitamente sus dudas sobre si el supuesto que sirve de fundamento a la cuestión prejudicial podría efectivamente considerarse una transformación societaria.

15. El principio de efectividad, por su parte, establece que las normas de los derechos nacionales no deben hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión. En el presente caso, dicho principio requiere que las autoridades de Estado miembro de acogida «tengan debidamente en cuenta los documentos procedentes de las autoridades del Estado miembro de origen que acreditan que dicha sociedad cumplió efectivamente las condiciones de éste, en la medida en que sean compatibles con el Derecho de la Unión». No queda muy claro lo que se pretende con este inciso final, del que podría derivarse que las autoridades del Estado miembro de acogida podrían ignorar los documentos procedentes del Estado miembro de origen de ser éstos por alguna razón incompatibles con la libertad de establecimiento. Con ello se estaría presuponiendo un control de la compatibilidad del derecho del Estado de origen con la libertad de establecimiento pese a que la instancia competente para ello es el TJUE. Por otro lado, el Abogado General puntualiza que la oponibilidad frente a terceros y la responsabilidad estatal derivada de inexactitud no deberían regir en la inscripción de datos procedentes de autoridades de otros Estados miembros, ya que las autoridades del Estado miembro de acogida tampoco pueden verificar su exactitud.¹⁹

III. El concepto de establecimiento: ¿vuelta a los orígenes?

16. Con independencia de si se sigue la teoría de la sede o la teoría de la constitución, el traslado del domicilio social comporta la producción de un conflicto móvil, ya que difícilmente van a querer los socios realizar todos los trámites para trasladar el domicilio social –suponiendo que el Estado miembro de origen lo permita– manteniendo la sede de administración en el Estado de origen.²⁰ El TJUE considera por lo demás que el traslado del domicilio social sin traslado de la sede de administración no está amparado por la libertad de establecimiento. Para ello recurre a la sentencia Cadbury Schweppes y Cadbury Schweppes Overseas,²¹ según la cual el concepto de establecimiento implica el ejercicio efectivo de una actividad económica por medio de una instalación permanente en el Estado miembro de acogida por una duración indeterminada. En definitiva, la libertad de establecimiento no está llamada a propiciar la creación de sociedades fantasma o pantalla.

17. La referencia a esta sentencia, que trataba de cuestiones tributarias, en un supuesto de «inmigración» de una sociedad llama la atención a la vista de la jurisprudencia anterior sobre el traslado de la sede de administración: no en vano en la sentencia Centros se había reconocido el derecho de una sociedad a ejercer la totalidad de sus actividades en una sucursal situada en otro Estado miembro, en la sentencia Überseering se afirmó la obligación del Estado miembro al que una sociedad había trasladado su sede de administración de reconocer a esta sociedad la personalidad jurídica de acuerdo con el derecho del Estado miembro en el que se constituyó y, finalmente, en la sentencia Inspire Art se consideró contrario a la libertad de establecimiento que el Estado miembro de acogida impusiese requisitos legales adicionales a una sucursal. A la vista de esto no debe extrañar que el AG Poiares Maduro considerase la sentencia Cadbury Schweppes como «una matización significativa de las sentencias Centros e Inspire Art».²² De hecho podría entenderse que, si el traslado del domicilio social siempre se ha de acompañar

¹⁸ N. 55.

¹⁹ N. 76.

²⁰ Cfr. sobre la aplicación de la Sitztheorie en este caso P. KINDLER, «Der reale Niederlassungsbegriff nach dem VALE-Urteil des EuGH», *EuZW* 2012, p. 891.

²¹ STJUE de 12 de septiembre de 2006, C-194/2004, Cadbury Schweppes plc y Cadbury Schweppes Overseas Ltd contra Commissioners of Inland Revenue, Rec. 2006, p. I-8031, n. 54.

²² Conclusiones en el Asunto C-210/06 (Cartesio), n. 29. Cfr. al respecto S. LEIBLE/J. HOFFMANN, «Cartesio – fortgeltende

del traslado de la sede de administración para que la operación quede amparada por la libertad de establecimiento, lo mismo tendría que regir en el caso inverso, es decir, si se traslada la sede de administración y toda la actividad de la empresa a un Estado miembro. De no ir el traslado de la sede de administración acompañado del traslado del domicilio social, la sociedad pasaría a tener una «implantación ficticia» en el Estado donde se constituyó.²³

IV. Implicaciones para el derecho español: Ley 3/2009 sobre modificaciones estructurales

18. La sentencia VALE pilla al legislador español con los deberes hechos, ya que el traslado del domicilio social está regulado en los arts. 92 y sigs. de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, normas que según parece se incluirían en el futuro Código Mercantil.²⁴ En el art. 93 apartado primero de dicha ley se permite el traslado del domicilio social de España a otro Estado miembro del EEE, aunque se prohíbe para sociedades en liquidación o en concurso de acreedores. Por otro lado, en el art. 94 apartado primero se establece que el traslado al territorio español del domicilio de una sociedad constituida conforme a la ley de otro Estado parte del EEE no afectará a la personalidad jurídica de la sociedad, aunque ésta deberá cumplir con lo exigido por la ley española para la constitución de la sociedad cuyo tipo ostente, salvo que dispongan otra cosa los Tratados o Convenios Internacionales vigentes en España.

19. La consecuencia de la producción de un conflicto móvil es que la sociedad extranjera se transforma en una sociedad española con la forma societaria equivalente a la que ésta ostentaba en el Estado miembro de origen y que debe cumplir con los requisitos previstos por la ley española para su constitución a riesgo de ser considerada una sociedad irregular. Traslado de domicilio social con cambio de la lex societatis equivale por tanto a una excepcional transformación en una sociedad del mismo tipo, pero constituida según el nuevo ordenamiento aplicable. Desde este punto de vista resulta adecuada la inclusión de las normas españolas sobre esta cuestión en una Ley sobre modificaciones estructurales. Ahora bien, no debe perderse de vista que la finalidad perseguida en una transformación societaria típica y en la transformación consecuencia del traslado del domicilio social es distinta, ya que la primera pretende adecuar el marco legal de la sociedad a las necesidades derivadas de su actividad y administración, mientras que la segunda es simplemente consecuencia del conflicto móvil derivado de la voluntad de alterar el vínculo de la sociedad con un Estado. No obstante, el cambio de domicilio social (con la sede de administración) va tener lugar a menudo debido al contenido más favorable del derecho de sociedades del país de destino.

20. Al establecer la presente sentencia de forma expresa la aplicación de las normas sobre transformación societaria a sociedades del EEE se consiguen dos importantes ventajas: en primer lugar, la posibilidad de inscribir a la sociedad extranjera como predecesora legal; en segundo lugar, que la sociedad no solamente podría adoptar la forma societaria del derecho del Estado miembro de acogida que se correspondiese con la adoptada hasta entonces, sino también otra distinta. En cambio, parece que según la Ley 3/2009 la única transformación prevista lo es en «la sociedad cuyo tipo ostente». Así por ejemplo, la transformación de una GmbH alemana en una Sociedad Anónima española tendría que ir precedida del traslado del domicilio social a España y la transformación en una Sociedad Limitada, ya que el art. 4 de la Ley 3/2009 solamente se aplica a sociedades inscritas. La necesidad de tratar de forma igualitaria a sociedades nacionales y extranjeras parece estar en contra de dicho proceder. Sin embargo, debe tenerse

Sitztheorie, grenzüberschreitender Formwechsel und Verbot materiellrechtlicher Wegzugsbeschränkungen», *Betriebs-Berater* 2009, p. 61 s.

²³ P. KINDLER, «Der reale Niederlassungsbegriff nach dem VALE-Urteil des EuGH», *EuZW* 2012, p. 891 s.; en el mismo sentido L. BÖTTCHER/J. KRAFT, «Grenzüberschreitender Formwechsel und tatsächliche Sitzverlegung – Die Entscheidung VALE des EuGH», *NJW* 2012, p. 2703.

²⁴ Cfr. Arts. 262-1 a 262-14 de la Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación.

presente que la aplicación de las normas sobre transformaciones societarias a transformaciones transfronterizas obedece a una finalidad distinta a la perseguida en las transformaciones puramente internas, ya que no hay ninguna necesidad, en el ordenamiento jurídico nacional, de prever la transformación de una sociedad en una sociedad del mismo tipo.²⁵ De ahí podría derivarse que la remisión a las normas sobre transformación de sociedades en supuestos transfronterizos solamente lo es a efectos auxiliares, para que la sociedad «inmigrante» pudiese adaptarse al ordenamiento que rige debido al traslado de la sede, sin que la libertad de establecimiento exigiese necesariamente la posibilidad de una transformación en cualesquiera de las formas societarias del Estado miembro de acogida o, al menos, las previstas para la forma societaria equivalente. Bastaría con poder realizar una transformación congruente. No obstante, parece más acorde con el tenor de la sentencia aquí comentada realizar una interpretación acorde con el derecho comunitario del art. 4 de la ley 3/2009 y entender por sociedad inscrita cualquier sociedad inscrita en el Registro de un Estado miembro.

V. Persistente necesidad de una Directiva sobre transferencia del domicilio social

1. Antecedentes y base competencial

21. Tal y como se reconoce en la misma sentencia, la transformación transfronteriza supone la aplicación consecutiva de dos derechos nacionales. Los «problemas específicos»²⁶ que pueden derivar de ello son variados y su solución debería abordarse de forma conjunta por los Estados miembros, tal y como ya ha ocurrido con el Reglamento 2157/2001, que entre otras cuestiones regula el traslado de sede de la sociedad privada europea, el Reglamento 1435/2003, sobre Cooperativas europeas y la Directiva 2005/56 sobre fusiones transfronterizas.

22. El traslado transfronterizo de domicilio social (mantenimiento de la personalidad jurídica en caso de traslado de su sede de un país a otro) había formado parte anteriormente de las materias para las que se preveía la posibilidad de un Convenio entre los Estados miembros (art. 220 TCEE, art. 293 TCE). Esta mención desaparece en el Tratado de Lisboa, aunque ya anteriormente se había descartado la vía del convenio y se habían realizado trabajos para la introducción de una directiva sobre transferencia internacional de la sede social. Según se anunció en una la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo²⁷, la Propuesta de Directiva presentada en 1997 por la Comisión,²⁸ que se consideró en su día contraria a la libertad de establecimiento,²⁹ tenía que ser sustituida por otra, pero los trabajos quedaron paralizados a partir del año 2004, y en 2007 se afirmó por parte de la Comisión que tampoco había necesidad de una Directiva sobre esta cuestión, ya que la movilidad de las sociedades dentro de la Unión Europea quedaba suficiente garantizada mediante la Societas Europaea y la posibilidad de realizar fusiones transfronterizas.³⁰ Como ya se ha demostrado debidamente, esta afirmación dista mucho de ser correcta.³¹ La necesidad de una Directiva fue reconocida por el Parlamento Europeo en sendas resoluciones de 2009³² y 2012,³³ y a principios de 2013 se han reiniciado los trabajos por parte de la Comisión.³⁴

²⁵ Cfr. Conclusiones del Abogado General JÄÄSKINEN, n. 33.

²⁶ N. 37.

²⁷ Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo de 21 de mayo de 2003 sobre la Modernización del Derecho de sociedades y mejora de la gobernanza empresarial en la Unión Europea – Un plan para avanzar COM (2003), 284 final, p. 23.

²⁸ COM XV/D2/6002/97-EN rev.2, cfr. al respecto M. LUTTER/W. BAYER/J. SCHMIDT, *Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht: Grundlagen, Stand und Entwicklung nebst Texten und Materialien*, Berlín, de Gruyter, 2011, p. 1108 ss.

²⁹ S. LEIBLE, Syst. Darst. 2, en L. MICHALSKI, *GmbH-Gesetz*, Band 10, Múnich, C.H. Beck, 2010, Rn. 56.

³⁰ http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-07-592_en.htm

³¹ S. LEIBLE, «El traslado transfronterizo del domicilio social y la libertad de establecimiento», en R. ARENAS GARCÍA/ C. GÓRIZ LÓPEZ/ J. MIQUEL GONZÁLEZ (coords.), *La internacionalización del derecho de sociedades*, Atelier, Barcelona, 2010, p. 111 s.

³² 2008/2196 (INI) <http://www.europarl.europa.eu/oeil/popups/summary.do?id=1070497&t=d>

³³ 2011/2046 (INI) <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P7-TA-2012-0019&language=ES>

³⁴ http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2013/seat-transfer/index_en.htm

23. La base competencial para la introducción de dicha Directiva debe encontrarse en el art. 50. 2 g) TFUE. Teniendo en cuenta la ya mencionada aplicación de la doctrina sentada en el asunto Cadbury Schweppes, se ha afirmado que no existe título competencial para un traslado del domicilio social que no vaya acompañado de un traslado de la sede de administración.³⁵

2. Contenido

24. Las recomendaciones en el anexo a la última Resolución del Parlamento Europeo de 2 de febrero de 2012 contienen las líneas generales del contenido de la futura Directiva. Deben destacarse la referencia a la neutralidad del traslado en el plano tributario, a la necesidad de respetar los derechos de terceros y a las informaciones debidas a accionistas, a representantes de los trabajadores o a los mismos trabajadores, que deberían concentrarse en un informe y un plan de traslado. Una vez obtenido un acuerdo los socios, se prevé que las autoridades del Estado miembro de origen verifiquen la legalidad del traslado en base a su propia legislación, emitiendo un certificado al respecto,³⁶ lo que por ejemplo en el presente caso hubiese ahorrado dolores de cabeza innecesarios a los órganos jurisdiccionales húngaros. Conforme vayan avanzando los trámites legislativos en la Comisión se pondrá de relieve si la nueva Directiva requerirá una reforma del derecho español sobre esta cuestión, quizá a incluir ya en un nuevo Código Mercantil.

³⁵ L. BÖTTCHER/J. KRAFT, «Grenzüberschreitender Formwechsel und tatsächliche Sitzverlegung – Die Entscheidung VALE des EuGH», *NJW* 2012, p. 2703; O. MÖRSDORF/C. JOPEN «Grenzüberschreitender Formwechsel einer Gesellschaft („Vale“), EuGH, Urt. v. 12. 7. 2012 – Rs C-378/10 (Oberstes Gericht Ungarn ZIP 2010, 1956; EuGH GA ZIP 2012, 615)», *ZIP* 2012, p. 1399; P. KINDLER, «Der reale Niederlassungsbegriff nach dem VALE-Urteil des EuGH», *EuZW* 2012, p. 892.

³⁶ Cfr. anteriormente F. ESTEBAN DE LA ROSA, «El nuevo régimen de la transferencia internacional de la sede social en el sistema español de derecho internacional privado», *Cuadernos de Derecho y comercio* nº54, 2010, p. 90.

PRINCIPIOS DE UNIDROIT E ILCITUD DEL CONTRATO INTERNACIONAL

MIGUEL UNCETA LABORDA

*Profesor de Derecho internacional privado
Universidad CEU San Pablo de Madrid*

Recibido: 15.07.2013 / Aceptado: 22.07.2013

Resumen: En una encuesta que realizó UNIDROIT con el fin de identificar nuevas materias que serían incluidas en la tercera versión de los Principios, una de las cuestiones más demandadas fue la ilicitud. Los nuevos artículos sobre ilicitud que aparecen en la última versión de los Principios de UNIDROIT (2010) son el 3.3.1 (Contratos que violan normas de carácter imperativo) y 3.3.2 (Restitución) (Sección 3: Illicitud, dentro del Capítulo 3: Validez). Estos artículos se ocupan del contrato que infringe normas imperativas, bien sea por medio de sus cláusulas, su ejecución, su finalidad o de otra manera. Más concretamente, regulan los efectos que produce dicha violación en el contrato, estableciendo los criterios a seguir para determinar si, a pesar de la violación, las partes siguen gozando de remedios de naturaleza contractual (Artículo 3.3.1) o de la posibilidad de restitución (Artículo 3.3.2).

Palabras clave: Principios de UNIDROIT, ilicitud, contrato, normas imperativas y restitución.

Abstract: In an inquiry conducted by UNIDROIT in order to identify additional topics for inclusion in the new edition of the Principles, one of the most widely supported topics was illegality. The new provisions on illegality in the last version of UNIDROIT Principles (2010) are Articles 3.3.1 (Contracts infringing mandatory rules) and 3.3.2 (Restitution) (Section 3: Illegality, of Chapter 3: Validity). These provisions are concerned with a contract that infringes mandatory rules, whether by its terms, performance, purpose or otherwise. More precisely, this new section on illegality deals with the effects of the infringement on the contract, by laying down the criteria to be followed in determining whether, despite the infringement, parties may still be granted remedies. And if so, whether there will be remedies under the contract (art. 3.3.1) or restitution (art. 3.3.2).

Key words: UNIDROIT Principles, illegality, contract, mandatory rules and restitution.

Sumario: I. Una novedad en la última versión de los Principios de UNIDROIT. II. Los trabajos preparatorios. III. Formas en que un contrato puede infringir normas imperativas. IV. Efectos de la infracción de una norma imperativa en el contrato. 1. Efectos de la infracción expresamente previstos por la norma imperativa. 2. Efectos de la infracción no previstos por la norma imperativa y determinados según lo que es razonable. 3. Criterios para determinar lo que es razonable atendiendo a las circunstancias. V. La restitución. 1. Consideraciones generales. 2. Criterios para determinar si la restitución es razonable. 3. Reglas que rigen la restitución.

I. Una novedad en la última versión de los Principios de UNIDROIT

1. La regulación de la ilicitud del contrato internacional es una de las novedades de la última versión de los Principios de UNIDROIT¹. Junto a ella se han introducido otros artículos nuevos sobre

¹ La nueva regulación sobre la ilicitud del contrato internacional aparece recogida en una sección independiente (Sección 3), dentro del capítulo sobre la validez (Capítulo 3) y está formado por dos artículos, el 3.3.1 (Contratos que violan normas de carácter imperativo) y el 3.3.2 (Restitución) de los Principios de UNIDROIT.

la restitución de lo entregado en caso de anulación del contrato²; sobre las obligaciones condicionales³, distinguiéndose entre condiciones suspensivas y resolutorias, y un capítulo nuevo sobre la pluralidad de deudores y acreedores⁴, diferenciándose entre las obligaciones y los créditos solidarios, mancomunados y separados⁵.

2. En relación con la ilicitud del contrato internacional, hay que señalar que la libertad de contratación en los Principios de UNIDROIT no es ilimitada. Las partes no solamente deben celebrar el contrato sin que medie error o intimidación, sino que además el contrato no debe infringir las normas materiales imperativas que sean aplicables en virtud de las normas de Derecho internacional privado⁶. Mientras que los vicios del consentimiento son tratados en la Sección 2 (Causas de anulación) del Capítulo 3 (Validez), la Sección 3 (Ilicitud) se ocupa del contrato que infringe normas imperativas, bien sea por medio de sus cláusulas, su ejecución, su finalidad o de otra manera⁷. Más concretamente, esta sección regula los efectos que produce dicha violación en el contrato, estableciendo los criterios a seguir para determinar si a pesar de la violación, las partes siguen gozando de remedios de naturaleza contractual (Artículo 3.3.1) o de la posibilidad de restitución (Artículo 3.3.2).

3. Conviene recordar que tanto la primera versión de los Principios de UNIDROIT (1994) como la segunda (2004) excluían expresamente la ilicitud, como causa de invalidez del contrato, del ámbito de aplicación de los mismos. El artículo 3.1 señalaba que estos Principios no se ocupan de la invalidez del contrato causada por: la falta de capacidad; inmoralidad o ilegalidad⁸. Y, en el Comentario al artículo, se explicaba que no toda la materia de la invalidez del contrato contemplada en los sistemas jurídicos nacionales se incluía en el ámbito de los Principios, como es el caso de la inmoralidad o ilegalidad. Esto se debía a la complejidad que conllevan estas cuestiones, así como al diverso tratamiento que reciben en los diferentes ordenamientos nacionales. Consecuentemente, el contenido ilegal o inmoral de los contratos continuaba siendo una materia regulada por la ley nacional aplicable.

Sin embargo, en una encuesta que realizó el Instituto de UNIDROIT con el fin de identificar nuevas materias que serían incluidas en la tercera versión de los Principios, una de las cuestiones más demandadas fue, precisamente, la ilicitud⁹. Además, otro de los motivos relevantes para su inclusión fue que esta institución ya había sido incluida en instrumentos jurídicos de la misma naturaleza como los Principios de Derecho Contractual Europeo o en el borrador del Marco Común de Referencia (*Draft Common Frame of Reference*). En concreto, la ilicitud, que tampoco aparecía inicialmente en los Principios de Derecho Contractual Europeo, fue incorporada a los mismos en su Parte III (capítulo 15 «Ilicitud») y publicada en 2003¹⁰. Y, de igual modo, diversas disposiciones sobre la ilicitud aparecen recogidas en el borrador del Marco Común de Referencia, en el Libro II, Sección 3¹¹.

² Art. 3.2.15 (Restitución) de los Principios de UNIDROIT.

³ La Sección 3: Obligaciones condicionales, está dentro del Capítulo 5: Contenido, de los Principios de UNIDROIT.

⁴ Capítulo 11: Pluralidad de deudores y acreedores, de los Principios de UNIDROIT.

⁵ Sobre los nuevos artículos de los Principios de UNIDROIT 2010, *vid.* M.J. BONELL, «The new provisions on illegality in the UNIDROIT Principles 2010», *Uniform Law Review*, 2011-3, pp. 517-536; B. FAUVARQUE-COSSON, «The new provisions on conditions in the UNIDROIT Principles 2010», *Uniform Law Review*, 2011-3, pp. 537-548; M. FONTAINE, «The new provisions on plurality of obligors and obligees in the UNIDROIT Principles 2010», *Uniform Law Review*, 2011-3, pp. 549-562; R. ZIMMERMAN, «The unwinding of failed contracts in the UNIDROIT Principles», *Uniform Law Review*, 2011-3, pp. 563-588.

⁶ El artículo 1.4 de los Principios de UNIDROIT (Normas de carácter imperativo) señala que estos Principios no restringen la aplicación de normas de carácter imperativo, sean de origen nacional, internacional o supranacional, que resulten aplicables conforme a las normas pertinentes de Derecho internacional privado.

⁷ *Vid.* Comentario 1 (Ámbito de esta Sección) del Artículo 3.3.1 (Contratos que violan normas de carácter imperativo) de la Sección 3 (Ilicitud) de los Principios de UNIDROIT.

⁸ Artículo 3.1 (Cuestiones excluidas), dentro del Capítulo 3: Validez, de los Principios de UNIDROIT (Versiones 1994 y 2004).

⁹ Cf. UNIDROIT. 2005 – C.D. (84) 19 rev. 2, para. 18.

¹⁰ El capítulo 15 «Ilicitud» de los Principios de Derecho Contractual Europeo comprende los artículos 15:101-15:105.

¹¹ El borrador del Marco Común de Referencia ha sido preparado por el Grupo de estudio sobre el Código Civil Europeo y el Grupo de investigación en Derecho privado de las Comunidades Europeas y fue publicado en 2009. La ilicitud aparece regulada en los Arts. II.7:301 y II. 7:302 del borrador del Marco Común de Referencia.

II. Los trabajos preparatorios

4. En los trabajos preparatorios que dieron lugar a la regulación actual de la Illicitud¹² en los Principios de UNIDROIT, se hizo un estudio de la misma desde el punto de vista del Derecho comparado¹³. En él se constató que en el *Common law* se distingue entre los contratos cuya formación está prohibida por ley (*statutory illegality*) y los contratos que son ilegales por ser contrarios al orden público (*public policy*) (*common law illegality*)¹⁴. Sin embargo, en los sistemas de Derecho civil continental hay que diferenciar dos formas de regulación. Por un lado, un grupo de Derechos nacionales, como el alemán, austriaco o suizo, que distinguen entre contratos ilegales y contratos contrarios a la moral¹⁵. Y, por otro lado, un grupo de Derechos nacionales, como el Derecho francés o italiano, que consideran que un contrato es inválido si están basados en una causa ilícita. Por ejemplo, un causa prohibida por la ley o contraria a la moral o al orden público (art. 1133 Código civil francés) o una causa contraria a una norma imperativa, al orden público o a las buenas costumbres (art. 1343 Código civil italiano).

En el caso de la legislación española, la ilicitud del contrato aparece regulada en diversos artículos de nuestro Código civil¹⁶. Conforme al mismo, los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral o al orden público (art. 1255 Código civil español). Además establece que pueden ser objeto del contrato todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres (art. 1271.3 Código civil español). Y, por último, se señala que los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Siendo ilícita la causa cuando se oponga a las leyes o a la moral (art. 1275 Código civil español).

5. Hay que señalar que hubo un cambio entre la primera versión de estos artículos y la definitiva¹⁷. En los primeros borradores del capítulo sobre Illicitud, se distinguía entre «contratos contrarios a principios fundamentales», concretamente, «principios ampliamente aceptados como fundamentales en los sistemas legales de todo el mundo» y «contratos que infringen normas de carácter imperativo», en particular, «normas de carácter imperativo que resulten aplicables en virtud del Artículo 1.4 de los Principios». Pero al final se decidió prescindir de los «principios ampliamente aceptados como fundamentales en los sistemas legales de todo el mundo» por considerarlos demasiado imprecisos y porque podrían dar lugar a interpretaciones divergentes en las distintas partes del planeta. Además se iría en contra de uno de los objetivos principales de los Principios de UNIDROIT como es la seguridad jurídica en la contratación internacional.

Por tanto, se decidió que los Principios se centrarían en una clase de Illicitud, la violación de una norma de carácter imperativo que resulte aplicable en virtud del Artículo 1.4, ya sea de origen nacional, internacional o supranacional. Y así es como aparece en el Artículo 3.3.1. Pero, a la vez, se modificaron los Comentarios al Artículo 1.4 (Normas de carácter imperativo), con el fin de clarificar que la noción de «normas de carácter imperativo» debe entenderse en un sentido amplio, de tal manera que abarque tanto las disposiciones legislativas específicas como los «principios generales de orden público»¹⁸. La

¹² Artículo 3.3.1 (Contratos que violan normas de carácter imperativo) y 3.3.2 (Restitución) de los Principios de UNIDROIT.

¹³ El Borrador del Capítulo sobre Illicitud fue preparado por un Grupo de trabajo formado por los profesores M.J. BONELL (Profesor emérito de Derecho, Universidad Roma I «La Sapienza», Roma, Italia. Presidente del Grupo de trabajo), B. FAUVARQUE-COSSON (Profesor de Derecho, Universidad Panteón-Assas, París II, París, Francia), M. FONTAINE (Profesor emérito de Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Lovaina, Louvain-la-Neuve, Bélgica), M. FURMSTON (Decano de la Facultad de Derecho y profesor de Derecho, Universidad de Singapur), R. GOODE (Profesor emérito de Derecho, Universidad de Oxford, Oxford, Reino Unido) y R. ZIMMERMAN (Profesor de Derecho, Director del Max-Planck Institute für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburgo, Alemania). *Vid.* UNIDROIT 2008 – Study L- Doc. 106, para el primer borrador y UNIDROIT 2009 – Study L- Doc. 111, para el segundo borrador.

¹⁴ *Vid.* E.A. FARNSWORTH, *Contracts*, 4th ed., 2004, pp. 313 ss. y M.J. BONELL, «The new provisions ...», *loc. cit.* p. 518.

¹⁵ *Vid.* Artículos 134 y 138 del Código civil alemán (BGB), art. 879 del Código civil austriaco (ABGB) y art. 20 de Código de obligaciones suizo.

¹⁶ *Vid.* Artículos 1255, 1271.1 y 1275 del Código civil español.

¹⁷ *Vid.* UNIDROIT 2008 – Study L- Doc. 106, para el primer borrador y UNIDROIT 2009 – Study L- Doc. 111, para el segundo borrador. M.J. BONELL, «The new provisions ...», *loc. cit.* pp. 519 ss.

¹⁸ *Vid.* Comentario 2. (Noción amplia de «normas de carácter imperativo») del Artículo 1.4 (Normas de carácter imperativo) de los Principios de UNIDROIT.

redacción del Artículo 3.3.2 (Restitución) resultó más sencilla. De hecho, los miembros del Grupo de trabajo estuvieron de acuerdo desde el principio en que se podría proceder a la restitución, en el caso de contratos que violasen normas imperativas, siempre que aquella fuese razonable atendiendo a las circunstancias¹⁹.

III. Formas en que un contrato puede infringir normas imperativas

6. Existen diversas formas en que un contrato internacional puede infringir una norma material imperativa. En el tercer comentario al Artículo 3.3.1 aparecen recogidas las maneras más relevantes en que un acuerdo contractual puede infringir una norma material imperativa²⁰. En particular, se hace referencia a que un contrato internacional puede vulnerar normas imperativas en virtud de sus propias cláusulas, durante el proceso de ejecución, durante su proceso de celebración o por su finalidad. Por tanto, en primer lugar, un contrato puede vulnerar normas imperativas en virtud de sus propias cláusulas. Así, por ejemplo, si una empresa extranjera le pide a un intermediario local que, a cambio de unos honorarios, soborne a un asesor gubernamental de alto rango para que, al final, la empresa extranjera sea la designada como la encargada de la construcción de una nueva planta eléctrica, las cláusulas de dicho contrato de comisión serán contrarias a las leyes de ambos países que prohíben el soborno de funcionarios²¹.

En segundo lugar, un contrato también puede violar normas imperativas durante el proceso de ejecución. Este es el caso de un comerciante minorista que celebra un contrato para la fabricación de juguetes con un fabricante extranjero. El comerciante sabía o debía saber que los juguetes ordenados serían fabricados por niños. Como en ambos países el trabajo infantil es contrario al orden público, la ejecución del contrato vulneraría estos principios de orden público²².

Y, en tercer lugar, un contrato puede infringir las normas imperativas durante su proceso de celebración o por su finalidad. Un ejemplo lo encontramos en un contrato de suministro celebrado entre un fabricante de explosivos de un país y una empresa de otro país. En virtud del mismo, el fabricante se comprometió a suministrar grandes cantidades de semtex, un producto utilizado tanto para fines pacíficos como para la fabricación de bombas. El fabricante sabía o debía saber que la empresa pretendía hacer llegar la mercancía a una organización terrorista. Por tanto, el contrato de suministro viola el principio fundamental de orden público que prohíbe el apoyo a actividades terroristas²³.

IV. Efectos de la infracción de una norma imperativa en el contrato

7. A la hora de analizar los efectos que puede tener un acuerdo que infringe una norma imperativa hay que distinguir entre dos supuestos. Por un lado, cuando la propia norma imperativa prevé de manera expresa los efectos que su vulneración produce en el contrato y, por otro, cuando la norma imperativa no prevé estos efectos.

1. Efectos de la infracción expresamente previstos por la norma imperativa

8. Hay veces que la misma norma imperativa determina expresamente los efectos que tendrá la violación de esta norma en el contrato²⁴. De este modo, la norma imperativa puede especificar los remedios de naturaleza contractual o los derechos de restitución que las partes podrán hacer valer en caso

¹⁹ *Vid.* UNIDROIT 2006 – Study L- Misc. 26, para. 147 y UNIDROIT 2009 – Study L- Misc. 29, para. 388 y 450.

²⁰ *Vid.* Tercer comentario al Artículo 3.3.1 de los Principios de UNIDROIT (3. Formas en que un contrato puede contrariar normas imperativas).

²¹ Ejemplo 1 de los comentarios al Artículo 3.3.1 de los Principios de UNIDROIT.

²² Ejemplo 5 de los comentarios al Artículo 3.3.1 de los Principios de UNIDROIT.

²³ Ejemplo 8 de los comentarios al Artículo 3.3.1 de los Principios de UNIDROIT.

²⁴ *Vid.* Comentario 4 (Efectos de la violación expresamente previstos por la norma imperativa violada) al Artículo 3.3.1 (Contratos que violan normas de carácter imperativo) de los Principios de UNIDROIT.

de su violación. Un ejemplo, lo encontramos en el artículo 101.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea²⁵, el cual establece expresamente que los acuerdos entre empresas que puedan afectar el comercio entre los Estados miembros de la Unión Europea, prohibidos por el artículo 101.1, serán nulos de pleno derecho.

De igual modo, la Convención de UNIDROIT sobre bienes culturales robados o exportados ilícitamente²⁶, en su artículo 5, prevé que un Estado contratante podrá solicitar la devolución de un bien cultural exportado ilícitamente del territorio del Estado requirente²⁷. Si bien, en su artículo 6, tiene en cuenta al poseedor de buena fe cuando establece que el poseedor de un bien cultural que haya adquirido ese bien tendrá derecho al pago de una indemnización equitativa, por parte del Estado requirente, si el poseedor no supiese que dicho bien se había exportado ilícitamente en el momento de su adquisición²⁸.

²⁵ Artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (DO C nº 326 de 26-10-2012) (antiguo artículo 81 del Tratado de Roma (TCE)). 1) 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. Y, en particular, los que consistan en: a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción; b) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones; c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento; d) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva; e) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones supplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos. 2) Los acuerdos o decisiones prohibidos por el presente artículo serán nulos de pleno derecho. 3) No obstante, las disposiciones del apartado 1 podrán ser declaradas inaplicables a: cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas, cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas, cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas, que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante. Y sin que: a) impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos; b) ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.

²⁶ Convención de UNIDROIT sobre bienes culturales robados o exportados ilícitamente (Roma, 24 de junio de 1995). *Vid.* <http://www.unidroit.org/english/conventions/1995culturalproperty/translations/culturalproperty-spanish.pdf>.

²⁷ Artículo 5 de la Convención de UNIDROIT sobre bienes culturales robados o exportados ilícitamente. 1) Un Estado contratante podrá solicitar al tribunal o cualquier otra autoridad competente de otro Estado contratante que ordene la devolución de un bien cultural exportado ilícitamente del territorio del Estado requirente. 2) Un bien cultural, exportado temporalmente del territorio del Estado requirente, en particular con fines de exposición, investigación o restauración, en virtud de una autorización expedida de acuerdo con su derecho que regula la exportación de bienes culturales con miras a la protección de su patrimonio cultural y que no haya sido devuelto de conformidad con las condiciones de esa autorización, se considerará que ha sido exportado ilícitamente. 3) El tribunal o cualquier otra autoridad competente del Estado requerido ordenará la devolución del bien cultural cuando el Estado requirente demuestre que la exportación del bien produce un daño significativo con relación a alguno de los intereses siguientes: a) la conservación material del bien o de su contexto; b) la integridad de un bien complejo; c) la conservación de la información, en particular de carácter científico o histórico, relativa al bien; d) la utilización tradicional o ritual del bien por una comunidad autóctona o tribal, o que el bien reviste para él una importancia cultural significativa. 4) Toda demanda presentada en virtud del párrafo 1 del presente artículo deberá ir acompañada de cualquier información de hecho o de derecho que permita al tribunal o a la autoridad competente del Estado requerido determinar si se cumplen las condiciones de los párrafos 1 a 3. 5) Toda demanda de devolución deberá presentarse dentro de un plazo de tres años a partir del momento en que el Estado requirente haya conocido el lugar donde se encontraba el bien cultural y la identidad de su poseedor y, en cualquier caso, en un plazo de cincuenta años a partir de la fecha de la exportación o de la fecha en la que el bien hubiese debido devolverse en virtud de la autorización a que se hace referencia en el párrafo 2 del presente artículo.

²⁸ Artículo 6 de la Convención de UNIDROIT sobre bienes culturales robados o exportados ilícitamente. 1) El poseedor de un bien cultural que haya adquirido ese bien después de que éste ha sido exportado ilícitamente tendrá derecho, en el momento de su devolución, al pago por el Estado requirente de una indemnización equitativa, a condición de que el poseedor no supiese o hubiese debido razonablemente saber, en el momento de la adquisición, que el bien se había exportado ilícitamente. 2) Para determinar si el poseedor sabía o hubiese debido razonablemente saber que el bien cultural se había exportado ilícitamente, se tendrán en cuenta las circunstancias de la adquisición, en particular la falta del certificado de exportación requerido en virtud del derecho del Estado requirente. 3) En lugar de la indemnización, y de acuerdo con el Estado requirente, el poseedor que deba devolver el bien cultural al territorio de ese Estado, podrá optar por: a) seguir siendo el propietario del bien; o b) transferir su propiedad, a título oneroso o gratuito, a la persona que elija, siempre que ésta resida en el Estado requirente y presente las garantías necesarias. 4) Los gastos derivados de la devolución del bien cultural de conformidad con el presente artículo correrán a cargo del Estado requirente, sin perjuicio de su derecho a hacerse reembolsar los gastos por cualquier otra persona. 5) El poseedor no gozará de condiciones más favorables que las de la persona de la que adquirió el bien cultural por herencia o de cualquier otro modo a título gratuito.

2. Efectos de la infracción no previstos por la norma imperativa y determinados según lo que es razonable

9. En otras ocasiones, la norma imperativa no establece expresamente los efectos que su violación produce en el contrato²⁹. En estos casos, las partes podrán ejercitar aquellos remedios de naturaleza contractual que sean razonables atendiendo a las circunstancias, como prevé el párrafo (2) del Artículo 3.3.1 de los Principios de UNIDROIT. Esta fórmula tan amplia ha sido utilizada de manera deliberada con el fin de que las partes tengan la mayor flexibilidad posible.

De este modo, a pesar de la violación de una norma imperativa, cualquiera de las partes podrá ejercitar los remedios ordinarios disponibles en el caso de un contrato válido, incluido el derecho al cumplimiento. Entre otros remedios, podrán considerar el contrato como ineficaz, adaptarlo a las nuevas circunstancias o bien optar por su resolución, en las condiciones que sean determinadas. Este último tipo de remedio puede ser especialmente apropiado cuando, como consecuencia de la infracción, solamente una parte del contrato resulte ineficaz.

3. Criterios para determinar lo que es razonable atendiendo a las circunstancias

10. Los Principios de UNIDROIT contienen una lista, no exhaustiva, de diferentes criterios para determinar los remedios contractuales que las partes podrían ejercitar atendiendo a las circunstancias, concretamente, en el párrafo (3) del Artículo 3.3.1. Hay que señalar que en algunos casos existirá más de un criterio pertinente y la decisión implicará una ponderación de dichos criterios.

- a) La finalidad de la norma violada. Uno de los factores más importantes a tener en cuenta es la finalidad de la norma imperativa y si dicha finalidad resultase afectada en el caso de que se concediese, a alguna de las partes, un remedio por incumplimiento del contrato³⁰. Por ejemplo, A, un fabricante de aeronaves en el país X, a sabiendas de que C, el Ministro de Defensa del país Y, tiene la intención de adquirir un cierto número de aviones militares, celebra un contrato con B, una consultora ubicada en el país Y. Conforme al contrato, B debe negociar la posible adquisición por parte de C de las aeronaves fabricadas por A (el contrato de representación). Una norma jurídica del país Y prohíbe recurrir a intermediarios para la negociación y celebración de contratos con entes gubernamentales. Ni A ni B pueden ejercitar los remedios por incumplimiento del contrato de representación, porque la finalidad de la prohibición del empleo de intermediarios es combatir la corrupción³¹.
- b) La categoría de personas que la norma busca proteger. Es decir, ver si la norma imperativa infringida está dirigida a proteger los intereses del público en general o los de una categoría particular de personas, por ejemplo, usuarios o clientes. De este modo, si un contrato es celebrado por una parte que carece de licencia, sería razonable conceder al cliente algún remedio de naturaleza contractual como el resarcimiento del daño³².
- c) Cualquier sanción que imponga la norma violada. Las disposiciones legales que prohíben determinadas actividades o imponen limitaciones, suelen ir acompañadas de sanciones penales o administrativas. Cuando la norma imperativa no especifique el efecto que la violación produce en el contrato, la existencia y naturaleza de estas sanciones podrán ofrecer indicaciones relevantes para determinar el efecto de una infracción en los derechos y los remedios de origen contractual³³.
- d) La gravedad de la violación. Según este criterio, los remedios de naturaleza contractual pueden ser ejercidos si la naturaleza de la norma imperativa es meramente técnica y su violación

²⁹ Comentario 5 al Artículo 3.3.1 de los Principios de UNIDROIT (4. Efectos de la violación determinados de conformidad con lo que es razonable atendiendo a las circunstancias.)

³⁰ Ejemplos 9, 10 y 11 de los comentarios al Artículo 3.3.1 de los Principios de UNIDROIT.

³¹ Ejemplo 10 de los comentarios al Artículo 3.3.1 de los Principios de UNIDROIT.

³² Ejemplo 12 de los comentarios al Artículo 3.3.1 de los Principios de UNIDROIT.

³³ Ejemplo 13 de los comentarios al Artículo 3.3.1 de los Principios de UNIDROIT.

no afecta a la otra parte. Así, por ejemplo, si el ganadero de un país X vende ganado al ganadero de otro país Y, cuya legislación exige que el ganado importado esté debidamente marcado y que la información contenida en la marca lo esté también en los documentos anexos. En el caso de que el ganado entregado haya sido marcado debidamente pero, sin embargo, los documentos anexos estuvieran incompletos, el ganadero del país X, que vendió las reses, conservaría su derecho al pago del precio³⁴.

- e) Si la violación era conocida o debió haber sido conocida por una o ambas partes. El ejercicio de los remedios de naturaleza contractual también puede depender de si una o ambas partes conocían la norma imperativa o su violación³⁵.
- f) Si el cumplimiento del contrato conlleva violación. Por tanto, si las mismas cláusulas del contrato prevén la violación de una disposición legal o la suponen implícitamente, sería razonable no conceder ningún remedio por incumplimiento del contrato a las partes³⁶.
- g) Las expectativas razonables de las partes. Si una de las partes (B) crea en la otra (A) una expectativa legítima en relación con la validez de un contrato de inversiones, por ejemplo, la sumisión al arbitraje en caso de controversia. B no podría, posteriormente, invocar una prohibición legal prevista en su propio ordenamiento con el fin de evitar el arbitraje como, por ejemplo, la existencia de una norma imperativa de su país que establece la competencia exclusiva de sus propios tribunales nacionales para ese tipo de contratos³⁷.

IV. La restitución

1. Consideraciones generales

11. Los Principios de UNIDROIT también contemplan la posibilidad de la restitución al establecer que, en el caso de haberse cumplido un contrato que infringe una norma imperativa, se podrá proceder a la restitución, siempre que sea razonable atendiendo a las circunstancias, como establece el artículo 3.3.2³⁸. Aunque las partes no puedan ejercer los remedios de naturaleza contractual por violar una norma imperativa, hay que ver si las partes pueden exigir la restitución de las prestaciones cumplidas en virtud del contrato.

En primer lugar, hay que tener en cuenta si la norma imperativa contempla expresamente los derechos de restitución. Un ejemplo lo encontramos en la mencionada anteriormente Convención de UNIDROIT sobre bienes culturales robados o exportados ilícitamente³⁹. En su artículo 5, se prevé que un Estado contratante podrá solicitar la devolución de un bien cultural exportado ilícitamente del territorio del Estado adquirente. Y, en su artículo 6, se establece que el poseedor de buena fe tendrá derecho al pago de una indemnización equitativa, por parte del Estado requirente, si no supiese, en el momento de su adquisición, que dicho bien se había exportado ilícitamente⁴⁰.

En segundo lugar, si la norma imperativa no dice nada al respecto, los Principios de UNIDROIT prevén que se podrá proceder a la restitución siempre que sea razonable atendiendo a las circunstancias, como establece el primer párrafo del artículo 3.3.2. Esta norma, siguiendo la tendencia moderna, adopta una perspectiva flexible. De este modo, la restitución es posible y habrá que ver lo más adecuado para cada caso concreto. Unas veces lo más conveniente será permitir conservar la prestación recibida a quien la recibió y otras permitir reclamarla a quien la ejecutó. La concepción tradicional, por el contrario,

³⁴ Ejemplo 14 de los comentarios al Artículo 3.3.1 de los Principios de UNIDROIT.

³⁵ Ejemplos 16 y 17 de los comentarios al Artículo 3.3.1 de los Principios de UNIDROIT.

³⁶ Ejemplo 18 de los comentarios al Artículo 3.3.1 de los Principios de UNIDROIT.

³⁷ Ejemplo 19 de los comentarios al Artículo 3.3.1 de los Principios de UNIDROIT.

³⁸ *Vid.* Primer párrafo del Artículo 3.3.2 (Restitución) de los Principios de UNIDROIT.

³⁹ Convención de UNIDROIT sobre bienes culturales robados o exportados ilícitamente (Roma, 24 de junio de 1995). *Vid.* <http://www.unidroit.org/english/conventions/1995culturalproperty/translations/culturalproperty-spanish.pdf>.

⁴⁰ *Vid.* Comentario 4 (Efectos de la violación expresamente previstos por la norma imperativa violada) del Artículo 3.3.1 (Contratos que violan normas de carácter imperativo) de los Principios de UNIDROIT.

señalaba que cuando las partes son conscientes de la violación de la norma imperativa deben permanecer en la situación en que se encontraban, negando por tanto el derecho a recuperar las prestaciones ejecutadas.

2. Criterios para determinar si la restitución es razonable

12. Para determinar si la restitución es razonable, se tendrán en cuenta los criterios a los que se refiere el párrafo (3) del Artículo 3.3.1. a) La finalidad de la norma violada; b) La categoría de personas que la norma busca proteger; c) Cualquier sanción que imponga la norma violada; d) La gravedad de la violación; e) Si la violación era conocida o debió haber sido conocida por una o ambas partes; f) Si el cumplimiento del contrato conlleva violación; g) Las expectativas razonables de las partes. Ahora bien, dado que los remedios de naturaleza contractual y el derecho a la restitución son diferentes, los mismos criterios pueden conducir a resultados diferentes frente a hechos idénticos⁴¹.

Por ejemplo, el contratista A del país X entabla negociaciones con D, el Ministro de economía y desarrollo del país Y, con el fin de celebrar un contrato sobre un gran proyecto de infraestructura. Para celebrar el contrato, D exige el pago de una comisión del 7,5% del valor del contrato. A paga la comisión exigida y el contrato se celebra. Después de que A haya cumplido todas sus obligaciones derivadas del contrato, un gobierno nuevo llega al poder en el país Y y el nuevo Ministro de economía y desarrollo, alegando el pago de la comisión, se niega al pago del precio del contrato restante. A tendría derecho a una compensación en dinero por las obras realizadas, proporcional al valor del proyecto de infraestructura⁴².

3. Reglas que rigen la restitución

13. En el caso de que se reconozca la restitución, en virtud del Artículo 3.3.2 de los Principios de UNIDROIT, ésta se regirá por las reglas establecidas en el Artículo 3.2.15, sobre la restitución en el contexto de la anulación, pero con las adaptaciones necesarias⁴³. Según el artículo 3.2.15 de los Principios de UNIDROIT: 1) En caso de anulación, cualquiera de las partes puede reclamar la restitución de lo entregado conforme al contrato o a la parte del contrato que haya sido anulada, siempre que dicha parte restituya al mismo tiempo lo que recibió con base en el contrato o en la parte del contrato que fue anulada. 2) Si no es posible o apropiada la restitución en especie, procederá una compensación en dinero, siempre que sea razonable. 3) Quien recibió el beneficio del cumplimiento no está obligado a la compensación en dinero si la imposibilidad de la restitución en especie es imputable a la otra parte. 4) Puede exigirse una compensación por los gastos que fueren razonablemente necesarios para proteger o conservar lo recibido. Las adaptaciones necesarias consistirían, por un lado, en que la referencia a la anulación, que hace el primer párrafo del artículo 3.2.15, debe entenderse como una referencia al caso en el que el contrato no produzca efectos como resultado de la violación de una norma imperativa. Y, por otro lado, la referencia a la anulación de una parte del contrato debe entenderse para el supuesto en el que solo una parte del contrato no produzca efectos como resultado de la violación de una norma imperativa.

Un caso real en el que se planteó el derecho a la restitución, por encontrarnos ante un supuesto de contrato ilegal, fue el asunto Hydracar SRL v. Italspazi SRL, que resolvió el Tribunal de Bérgamo (Italia), mediante sentencia de 19 de abril de 2006⁴⁴. En él, dos empresas italianas, Hydracar e Italspazi (en adelante A y B), celebraron un contrato en virtud del cual B se comprometía a instalar para A, un cartel o valla publicitaria al lado de una autopista a las afueras de Milán. B instaló la valla publicitaria y A la utilizó durante dos años, pagando a B, como contraprestación, una renta periódica. Sin embargo, al cabo de estos dos años el propietario de la autopista pidió retirar la valla publicitaria porque su instalación era

⁴¹ Ejemplos 1, 2 y 3 de los comentarios al Artículo 3.3.2 de los Principios de UNIDROIT.

⁴² Ejemplo 2 de los comentarios al Artículo 3.3.2 de los Principios de UNIDROIT.

⁴³ Vid. Comentario 3 (Reglas que rigen la restitución cuando es reconocida) del Artículo 3.3.2 (Restitución) de los Principios de UNIDROIT.

⁴⁴ Vid. Sentencia del Tribunal de Bérgamo (Italia), de 19 de abril de 2006, Hydracar srl v. Italspazi srl, (<http://www.unilex.info/case.cfm?id=1508>).

contraria a la ley. Consecuentemente, A invocando la ilicitud del contrato que había firmado con B, acudió a los tribunales solicitando la restitución de la renta que le había pagado a B durante estos dos años.

El tribunal rechazó la demanda de restitución solicitada por A porque, como A no podía restituir a B lo que había recibido de este último, esto es, la concesión del uso de la valla publicitaria durante dos años, tampoco podía reclamar la restitución de su prestación, es decir, la renta pagada periódicamente a B. Y menos aún por el hecho de que se había beneficiado de la prestación de B. El tribunal admitió que esta situación era una cuestión abierta y todavía no resuelta por el Derecho italiano. Conforme a este Derecho no se establece con claridad la regla según la cual una parte sólo podrá reclamar la restitución de la prestación que ha realizado, bajo un contrato ilegal, si ella misma puede restituir la prestación que ha recibido. Sin embargo, para optar por esta solución el tribunal se refirió expresamente a los Principios de UNIDROIT y al Convenio de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías. En particular, hizo referencia del artículo 81.2 del Convenio de Viena de 1980 y, sin citarlo directamente, del artículo 7.3.6 (actual 7.3.7 (1)) de los Principios de UNIDROIT. Hay que señalar que el artículo 7.3.6⁴⁵ de los Principios trata sobre la restitución en el supuesto de terminación del contrato, mientras que en el presente caso estamos ante un supuesto de contrato ilegal. En los comentarios a esta sentencia se señala que, cuando se dictó la decisión, la ilicitud todavía no estaba contemplada en los Principios de 2004, como sí lo está actualmente en los artículos 3.3.1 y 3.3.2 de los Principios de UNIDROIT 2010.

14. Como vemos en el presente caso, estos nuevos artículos colman una laguna que tenían los Principios de UNIDROIT, ya que hasta ahora la restitución no estaba prevista para el supuesto de contratos que infringen normas de carácter imperativo. Esto es un ejemplo de cómo los Principios constituyen un *Restatement* internacional del derecho de contratos que se va actualizando constantemente y que nunca llega a ser una obra totalmente acabada⁴⁶. Al igual que los *Restatements of the law* norteamericanos, que son continuamente actualizados y mejorados por el *American Law Institute*⁴⁷, UNIDROIT va progresivamente incorporando a los Principios artículos nuevos y mejorando los ya existentes. Precisamente, este ha sido su objetivo al incorporar las cuatro instituciones jurídicas mencionadas al principio de este trabajo y, en particular, los nuevos artículos que regulan la ilicitud del contrato.

⁴⁵ Art. 7.3.6 (*Restitución*) de los Principios de UNIDROIT (2004) (1) Al resolver el contrato, cada parte puede reclamar a la otra la restitución de lo que haya entregado en virtud de dicho contrato, siempre que tal parte restituya a la vez lo que haya recibido. Si no es posible o apropiada la restitución en especie, deberá hacerse una compensación en dinero, siempre que sea razonable.

⁴⁶ Vid. M.J. BONELL, *An International Restatement of Contract Law. The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, Transnational Publishers, New York, 3º ed., 2005.

⁴⁷ Vid. H. WECHSLER, «Restatements and legal change: problems of policy in the restatement work of the American Law Institute», *St. Louis University Law Journal*, vol. 3, 1968-1969, pp. 185 ss.

SOBRE CDT

NORMAS DE PUBLICACIÓN EN LA REVISTA *CUADERNOS DE DERECHO TRANSNACIONAL (CDT)*

1. Contenido y periodicidad

En *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, se publican trabajos de investigación sobre Derecho internacional privado, Derecho uniforme y Derecho privado comparado. Es una revista de publicación semestral (marzo y octubre).

2. Originalidad e idioma

Los trabajos han de ser inéditos y pueden estar escritos en cualquiera de los principales idiomas europeos.

3. Envío de originales

Los originales deben remitirse por correo electrónico a la Secretaría de Redacción (celiamaria.caamina@uc3m.es) hasta el 15 de enero para el número de marzo y hasta el 15 de julio para el número de octubre.

4. Publicación y secciones

La publicación de los trabajos será decidida por los Directores de la Revista, con la participación del Consejo de Redacción y siendo asesorados por el Comité Científico, con base en una evaluación externa, independiente y anónima. El trabajo podrá ser “aceptado”, “aceptado con modificaciones” o “rechazado”. Dependiendo de la naturaleza del trabajo, éste será incluido en la sección “Estudios” o en la sección “Varia”.

5. Aspectos formales

En la primera página de los originales ha de constar el título, nombre del autor y filiación académica. A continuación deberá incluirse un resumen en el idioma en que esté redactado el trabajo (máximo 120 palabras) y palabras clave en el idioma en que esté redactado el trabajo (de 3 a 5), así como dicho resumen y palabras clave en inglés. Tras los resúmenes y palabras clave en los dos idiomas, se incluirá un sumario del trabajo.

El texto principal del trabajo deberá estar escrito en Times New Roman, tamaño 12 para el texto principal, y tamaño 10 para las notas a pie de página y para el sumario. El texto principal ha de estructurarse en párrafos numerados consecutivamente.

El Consejo de Redacción dará prioridad a los trabajos que no excedan de 25.000 palabras. Sólo muy excepcionalmente se publicarán trabajos cuya extensión supere las 35.000 palabras.

La numeración de los epígrafes seguirá el siguiente esquema numerado:

- I. _____
- 1. _____
- A) _____
- a) _____

Los párrafos irán numerados en números arábigos.

6. Normas para las citas

a) Bibliografía:

- A. L. CALVO CARAVACA, “El DIPr. de la Comunidad Europea”, *International Law. Revista colombiana de Derecho internacional*, nº 2, diciembre 2003, pp. 277-300.
- F. POCAR, “Osservazioni a margine della proposta di Regolamento sulla giurisdizione e la legge applicabile al divorzio”, en S. BARIATTI (Coord.), *La famiglia nel diritto internazionale privato comunitario*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A., 2007, pp. 267-278.
- S. RÜBERG, *Auf dem Weg zu einem europäischen Scheidungskollisionsrecht*, Frankfurt am Main, Lang, 2006.

b) Jurisprudencia:

- STJCE 20 febrero 1979, *Cassis de Dijon*, 120/78, Rec. 1979, p. 649.
- STS 22 marzo 2001 (RJ 2001/4756).

c) Legislación:

- Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), DOUE L 177 de 4 julio 2008, p. 6.
- Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, BOE de 29 diciembre 2007.

7. Responsabilidad de los autores

El contenido de los trabajos publicados en la Revista es responsabilidad exclusiva de los autores de los mismos.

8. Copyright

Se permite que los autores de los trabajos de investigación publicados en la Revista los reproduzcan en otros sitios siempre que se haga mención de que han sido previamente publicados en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (CDT).