
Estudios		
	Poderes autorizados por notarios extranjeros y compraventa de inmuebles situados en España <i>Power of attorney authorized by foreign notaries and purchase of property located in Spain</i> ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA - JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ	8
	Lex mercatoria and private international arbitration <i>Lex mercatoria y arbitraje privado internacional</i> ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA - JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ	66
	Consumer contracts in the European Court of Justice case law. Latest trends <i>Los contratos de consumo en la jurisprudencia del TJUE. Últimas tendencias</i> ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA	86
	El nuevo Reglamento (UE) 2019/1111: análisis de las mejoras en las relaciones con el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 sobre responsabilidad parental <i>The new Regulation (EU) 2019/1111: analysis of the improvements in the relations with The Hague Convention of 19 october 1996 about parental responsibility</i> BEATRIZ CAMPUZANO DÍAZ	97
	Estudio de derecho comparado sobre las garantías en la venta de bienes de consumo en España y Portugal a la luz de la Directiva (UE) 2019/771 <i>Comparative legal studies on the sale of consumer goods and guarantees in Spain and Portugal in the light of the Directive EU 2019/771</i> FELISA MARÍA CORVO LÓPEZ	118
	La creciente interacción entre la seguridad nacional y el comercio internacional: hacia una concreción del significado y alcance del Artículo XXI GATT en tiempos de cambios tecnológicos y competencia geopolítica <i>National security and international trade: approaching the meaning and extent of Article XXI gatt in times of technological changes and geostrategic competence</i> CARLOS ESPLUGUES MOTA	170
	Lo que se está discutiendo en la CNUDMI: evolución o revolución en el sistema de solución de controversias inversor-estado <i>What is being discussed in the UNCITRAL: evolution or revolution in the investor-state dispute settlement system</i> ENRIQUE FERNÁNDEZ MASIÁ - MARGHERITA SALVADORI	203

La disciplina internacional privatística italiana della protezione degli adulti alla luce di una recente pronuncia <i>A recent decision involving the italian rules of private international law on the protection of adults</i> PIETRO FRANZINA	219
La regulación del flujo de datos personales entre la Unión Europea y el Reino Unido tras el Brexit <i>The regulation of the flow of personal data between the European Union and the United Kingdom after Brexit</i> ANA GASCÓN MARCÉN	231
Datos, minería e innovación: qvo vadis, Europa? Análisis sobre las nuevas excepciones para la minería de textos y datos <i>Data, mining and innovation: qvo vadis, Europe? Analysis on the new exceptions for text and data mining</i> VANESSA JIMÉNEZ SERRANÍA	247
Las cuestiones del régimen matrimonial primario y la aplicación del Reglamento 2016/1103 <i>The questions of the primary matrimonial regime and the application of Regulation 2016/1103</i> ANA MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA	259
Discriminación de la mujer en el Derecho de familia islámico y orden público <i>Discrimination of women in Islamic Family Law and public order</i> ALEJANDRO NIETO CRUZ	286
La aplicación en España del Convenio Hispano-Marroquí de Seguridad Social a la luz del Acuerdo Euromediterráneo y del Reglamento (UE) 1231/2010 <i>The application in Spain of the Hispanic-Morocco Social Security Agreement under the light of the Euromediterranean Agreement and Regulation (EU) 1231/2010</i> CRISTINA SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO	319
Interacción y eficacia de los mecanismos de la autorregulación contra la competencia desleal en el comercio y el Derecho mercantil internacional <i>The interplay and efficacy of the self-regulation and soft law mechanisms against the unfair competition in the International Trade Law</i> ANNA MARÍA RUIZ MARTÍN	346
La entrada e intervención de terceros en el arbitraje comercial internacional <i>Joinder and intervention of additional parties in international commercial arbitration</i> MARÍA VICTORIA SÁNCHEZ POS	365
The implementation at the national level of the bank account information mechanism under the Eapo Regulation: a comparative analysis <i>La implementación del mecanismo de información sobre las cuentas bancarias de la Orden Europea de Retención de Cuentas: un análisis comparado</i> CARLOS SANTALÓ GORIS	386
Sostenibilidad social en la industria 4.0. Desafío para la UE-2030 <i>Social sustainability in industry 4.0. Challenge for the EU-2030</i> ESPERANZA MACARENA SIERRA BENÍTEZ	413

Varia

Problemas de ley aplicable en el marco de un contrato internacional de agencia comercial: comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 11ª) de 3 de julio de 2019 <i>Law applicable problems in the frame of international agency agreements: comments about the judgement issued by the Audiencia Provincial de Barcelona on 3 July 2019</i> Hilda Aguilar Grieder	435
La protección del crédito transfronterizo mediante la Orden Europea de Retención de Cuentas. En torno a la STJUE C-555/18 de 7 de noviembre de 2019 <i>The protection of the cross-border credit by the European Account Preservation Order: Regarding the ECJ Judgment C-555/18 of 7 November of 2019</i> ISABEL ANTÓN JUÁREZ	444
Ley aplicable al Régimen Económico Matrimonial. Algunas cuestiones de Derecho transitorio <i>Applicable Law to Matrimonial Property Regimes. Some issues concerning transitional rules</i> JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ	456

Competencia internacional en materia de expedición de certificados sucesorios: a propósito de la Sentencia del TJUE 21 junio 2018, Vincent Pierre Oberle, C-20/17 <i>Jurisdiction in the issuance of succession certificates: purpose to the CJEU Judgement of 21st June 2018, Vincent Pierre Oberle, C-20/17</i> MARÍA JOSÉ CASTELLANOS RUIZ	473
Exequatur de laudos arbitrales extranjeros en España: comentario al auto del TSJ de Murcia de 12 de abril de 2019 <i>Exequatur of foreign arbitral awards in Spain: commentary to the decision of the High Court of Justice of Murcia of 12th April 2019</i> MARÍA JOSÉ CASTELLANOS RUIZ	512
El derecho a la libre prestación de servicios o libre circulación de capitales en la Unión Europea vs la protección del consumidor nacional croata a la luz del Asunto C-630/17 Anica Milivojević vs. Raiffeisenbank St. Stefan-Jagerberg-Wolfsberg Egen <i>He right to free provision of services or free movement of capital in the European Union vs. the protection of the croatian national consumer in the context of the Case C-630/17 Anica Milivojević vs. Raiffeisenbank st. Stefan-Jagerberg-Wolfsberg Egen</i> MARÍA JOSÉ CATALÁN CHAMORRO	531
Can harmonized time limits in European Civil Procedure enhance the effectiveness of the enforcement of EU law? <i>Possono termini processuali armonizzati in materia civile incrementare l'effettività nell'esecuzione del Diritto dell'Unione Europea?</i> GIOVANNI CHIAPPONI	543
Beneficiario efectivo de los intereses, abuso de derecho y libre circulación de capitales: a propósito de la STJUE de 26 de febrero de 2019 <i>Beneficial owner of interests, abuse of rights and free movement of capitals: by purpose of the Judgment of the Court 26 February 2019</i> CARLOS MARÍA LÓPEZ ESPADAFOR - DAVID GARCÍA GUERRERO	550
La crisis de identidad del derecho societario de la Unión Europea. Comentario al asunto Polbud y a cuestiones derivadas <i>The identity crisis of the European Union's corporate law. A review on the Polbud Case and derived matters</i> JOSÉ ANTONIO GONZÁLEZ LÓPEZ	558
La ley aplicable a la forma en las donaciones internacionales. En torno a la STSJ Cataluña de 18 marzo 2019 <i>Applicable law to the form requirements of international gifts. Around the sentence of the High Court of Cataluña of 18 March 2019</i> NATIVIDAD GOÑI URRIZA	586
Aplicación práctica de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil. Análisis de la excepción de litispendencia internacional y de otros aspectos a propósito del auto de la AP de Gerona (Sección 2ª) de 28 de marzo de 2019 <i>The application of the International Legal Cooperation in civil matters act. The analysis of the provision Lis pendens and other aspects. Spanish Court of Appeal of Gerona (Section 2ª) 28th of March 2019</i> MÓNICA HERRANZ BALLESTEROS	596
Litispendencia internacional extracomunitaria: una alegación ignorada (SAP Barcelona de 30 de mayo de 2019) <i>Extra-community international Lis Pendes: an ignored allegation (decision of the Provincial Court of Barcelona of 30 May 2019)</i> PILAR JUÁREZ PÉREZ	610
Los acuerdos atributivos de jurisdicción a favor de un tribunal extranjero incluidos en un conocimiento de embarque: los usos y la libertad contractual en el sector marítimo. Comentario al Auto de 5 de julio de 2019 de la AAP de Madrid (Sección 28) <i>Agreements conferring jurisdiction in favour of a foreign court included in a bill of lading: customs and contractual freedom in the maritime sector. Commentary on the Order of 5 July 2019 of the AAP de Madrid (Section 28)</i> NEREA MAGALLÓN ELÓSEGUI	619

Use of standard forms in EU Civil Judicial Cooperation: the case of the European Certificate of Succession <i>L'uso di formulari standard nella Cooperazione Giudiziaria Civile: il caso del Certificato Successorio Europeo</i> SILVIA MARINO	627
El interés superior del menor como cuestión de fondo <i>The superior interest of the child as a question of a fund</i> ANTONIO MERCHÁN MURILLO	635
El valor jurídico del Incoterm “EXW”, a propósito del auto de la Audiencia Provincial de Oviedo, de 27 de junio de 2019 <i>The legal value of Incoterm “EXW”, on the purpose of the Provincial Audience of Oviedo, June 27, 2019</i> ALFONSO ORTEGA GIMÉNEZ	645
Trascendencia de la residencia habitual en las crisis familiares en el Derecho Europeo. Comentario de la Sentencia de 24 de julio de 2019 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Girona <i>Transcendence of the habitual residence in family crisis in the European Law. Discussion of the Judgement of July 24, 2019 Second Section of the provincial Court of Girona</i> LUCAS ANDRÉS PÉREZ MARTÍN	657
Quieta Movere – but please do not do it quietly: the ECJ on international jurisdiction in antitrust damages actions (Tibor-Trans, C-451/18) <i>Quieta Movere – pero no en silencio por favor: el TJUE sobre la competencia internacional en las acciones civiles derivadas de ilícitos antitrust (Tibor-Trans, c-451/18)</i> LUKAS RADEMACHER	673
Reglamento 2016/1103, a propósito del comentario de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 7 mayo 2019 <i>Regulation 2016/1103, with occasion of commentary of the Judgment of the Appeal Court of Barcelona, 7th May 2019</i> JULIANA RODRÍGUEZ RODRIGO	679
Litispendencia y motivos de denegación del reconocimiento: la sentencia del TJUE en el Asunto C-386/17, Liberato <i>Lis pendens and grounds of refusal of recognition: the ECJ Judgment in the Case c-386/17, Liberato</i> M ^a ÁNGELES RODRÍGUEZ VÁZQUEZ	690
Comentario del AAP Barcelona n.º 128/2019 de 8 de mayo: contrato de suministro y cláusula de sumisión expresa a los Tribunales de Costa Rica <i>Comment from AAP Barcelona n.º 128/2019 of May 8: provider contract and express submission clause to the courts of Costa Rica</i> YERAY ROMERO MATUTE	700
La aplicación de la Directiva 2004/38/CE en supuestos de Kafala (كافل افك) Internacional <i>The application of Directive 2004/38/EC in an International Kafala's (كافل افك) Cases</i> MARÍA JESÚS SÁNCHEZ CANO	713
Estudio jurídico del caso de Juana Rivas y Francesco Arcuri desde la perspectiva del Derecho internacional privado y del Derecho civil <i>Legal study of the case of Juana Rivas and Francesco Arcuri from the perspective of Private International Law and Civil Law</i> JAVIER MARTÍNEZ CALVO - MARÍA JESÚS SÁNCHEZ CANO	728
Competencia en la modificación por tribunales españoles de medidas relativas a alimentos establecidas por tribunales extranjeros. Comentario al Auto del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2019 <i>Jurisdiction and amendments by Spanish courts of measures relating to alimony established by foreign courts. A commentary to the order of the Spanish Supreme Court of September 17, 2019</i> MARÍA JOSÉ VALVERDE MARTÍNEZ	763
El concepto de contrato de trabajo en el marco del Convenio de Lugano. Comentario a la Sentencia del TJUE de 11 de abril de 2019, Asunto C-603/17, Bosworth y Hurley <i>The concept of employment contract in the Lugano Convention. Commentary of the Judgement of the CJEU April 11, 2019, Case C-603/17, Bosworth and Hurley</i> CARMEN VAQUERO LÓPEZ	776

Crisis familiar, responsabilidad parental y alimentos: revisando las cuestiones generales en un divorcio transnacional (Audiencia Provincial Barcelona - Sentencia de 15/04/2019) <i>Crisis of the couple, parental responsibility and maintenance: reviewing core matters in a cross-border family judgement (Barcelona Court of Appeal - decision of 15/04/2019)</i> MARINA VARGAS GÓMEZ-URRUTIA	784
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

Congresos		
Remedios por falta de conformidad en contratos de compraventa y de suministro de elementos digitales con varias prestaciones <i>Remedies for non-conformity in contracts of sale and supply of digital items with several elements</i> LÍDIA ARNAU RAVENTÓS	796	
La responsabilidad de los intermediarios en Internet ¿Puertos seguros a prueba de futuro? <i>Liability of Internet intermediaries safe and future-proof harbours?</i> ESTHER ARROYO AMAYUELAS	808	
Resolución contractual y destino de los datos y contenidos generados por los usuarios de servicios digitales <i>Termination of contract and destination of data and content generated by users of digital services</i> SERGIO CÁMARA LAPUENTE	838	
Online platforms: concept, role in the conclusion of contracts and current legal framework in Europe <i>Plataformas en línea: concepto, papel en la conclusión de contratos y marco legal actual en Europa</i> JOANA CAMPOS CARVALHO	863	
Bases jurídicas relevantes del tratamiento de datos personales en la contratación de contenidos y servicios digitales <i>Relevant legal bases in the processing of personal data in the contracts of digital contents and digital services</i> ROSA MARÍA GARCÍA PÉREZ	875	
Voluntades digitales en caso de muerte <i>Digital wills in case of death</i> M. ESPERANÇA GINEBRA MOLINS	908	
Contratos de compraventa de bienes (Directiva 2019/771) y suministro de contenidos o servicios digitales (Directiva 2019/770) - ámbito de aplicación y grado de armonización <i>Sale of goods (Directive 2019/771) and supply of digital content and digital services (Directive 2019/770) - scope and degree of harmonisation</i> JORGE MORAIS CARVALHO	930	
La aplicación de la normativa sobre accidentes de tráfico a los causados por vehículos automatizados y autónomos <i>Application of road traffic regulations to accidents caused by automated and autonomous vehicles</i> MÓNICA NAVARRO-MICHEL	941	
¿Compartir contenidos en línea o no? Un análisis del Artículo 17 de la Directiva sobre propiedad intelectual en el mercado único digital <i>To upload or not – an analysis of Art. 17 of the directive on copyright in the digital single market</i> GERALD SPINDLER	962	

Recensiones		
The Internet - Privacy and rights relating to personality ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA	1004	
G.A. MARTÍN MARTÍN, <i>Competencia, enriquecimiento y daños</i> CARMEN HERRERO SUÁREZ	1006	

Normas de publicación en la revista	1008
--------------------------------------------	------

Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)

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

Directores

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

ESPERANZA CASTELLANOS RUIZ
(Univ. Carlos III de Madrid)

Secretaría de Redacción

ISABEL ANTÓN JUÁREZ
(Univ. Carlos III de Madrid)

Consejo Asesor

PILAR BLANCO-MORALES LIMONES
(Univ. Extremadura)

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

DIEGO PEDRO FERNÁNDEZ ARROYO
(Univ. Complutense de Madrid)

FRANCESCA C. VILLATA
(Univ. Degli Studi di Milano)

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

ILARIA PRETELLI
(Institut Suisse de Droit Comparé)

IGNACIO TIRADO MARTÍ
(secretario general de Unidroit)

JULIANA RODRÍGUEZ RODRIGO
(Univ. Carlos III de Madrid)

Comité Científico

CARMEN ALONSO LEDESMA
(Univ. Complutense de Madrid)

STEFANIA BARIATTI
(Univ. Milano)

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

CRISTINA CAMPLIGIO
(Univ. Pavia)

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

ANGELO DAVÌ
(Univ. degli Studi di Roma "La Sapienza")

PIETRO FRANZINA
(Univ. Ferrara)

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

JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO
(Letrado DGRN)

STEFAN LEIBLÉ
(Univ. Bayreuth)

LUÍS DE LIMA PINHEIRO
(Univ. Lisboa)

ULRICH MAGNUS
(Univ. Hamburg)

PETER MANKOWSKI
(Univ. Hamburg)

HEINZ PETER MANSSEL
(Univ. Köln)

SILVIA MARINO
(Univ. degli Studi dell'Insubria)

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

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

RUI MANUEL MOURA RAMOS
(Univ. Coimbra)

DÁRIO MOURA VICENTE
(Univ. Lisboa)

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

JORGE OVIEDO ALBÁN
(Univ. La Sabana)

LUCIANO PAREJO ALFONSO
(Univ. Carlos III de Madrid)

GIAN PAOLO ROMANO
(Univ. de Genève)

CATHERINE PRIETO
(Univ. Paris I Panthéon-Sorbonne)

JUANA PULGAR EZQUERRA
(Univ. Complutense de Madrid)

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

MARTA REQUEJO ISIDRO
(Max Planck Institute Luxembourg
for International, European and
Regulatory Procedural Law)

MARCOS SACRISTÁN REPRESA
(Univ. Valladolid)

FRANCESCO SALERNO
(Univ. Ferrara)

LUIS A. VELASCO SAN PEDRO
(Univ. Valladolid)

ALESSANDRA ZANOBETTI
(Univ. Bologna)

Comité de Evaluación

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

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

Área de Derecho Internacional Privado - Despacho 4.0.11

UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID

c/ Madrid 126-128

28903 Getafe (Madrid) SPAIN

Teléfono: +34 91 624 95 13

Correo electrónico: isabel.anton@uc3m.es

Página web: <http://www.uc3m.es/cdt>

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

ESTUDIOS

PODERES AUTORIZADOS POR NOTARIOS EXTRANJEROS Y COMPRAVENTA DE INMUEBLES SITUADOS EN ESPAÑA

POWER OF ATTORNEY AUTHORIZED BY FOREIGN NOTARIES AND PURCHASE OF PROPERTY LOCATED IN SPAIN

ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA

Catedrático de Derecho internacional privado

Universidad Carlos III de Madrid

Vocal Permanente de la Comisión General de Codificación

ORCID ID: 0000-0003-2236-4641

JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ

Catedrático de Derecho internacional privado

Universidad de Murcia

ORCID ID: 0000-0002-0347-7985

Recibido: 03.12.2019 / Aceptado: 16.12.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5179>

Resumen: El presente estudio muestra que un poder otorgado en país extranjero y empleado para vender o adquirir inmuebles situados en España mediante escritura pública notarial española que posteriormente se presenta para su inscripción en el Registro de la propiedad, debe haber sido otorgado ante notario extranjero que desarrolla funciones similares a las que son propias de los notarios españoles. El art. 10.1 CC es el precepto que impone la necesidad de que el poder se otorgue en documento público equivalente al español. El art. 10.11 CC no incide en dicha cuestión. Tampoco el art. 11.2 CC es aplicable a la cuestión, pues en Derecho español el poder no es un acto jurídico sujeto a forma solemne. Este trabajo también pone de relieve que el notario español debe realizar un juicio de “suficiencia del poder” en el que se encuentra implícito un juicio de “equivalencia de funciones”.

Palabras clave: poder otorgado en país extranjero, inmuebles situados en España, notario extranjero, derechos reales.

Abstract: This study deals with some issues concerning the legal effects in Spain of a power of attorney granted specially when its is used to sell or acquire real estate located in Spain before a Spanish notary with the purpose of a subsequent registration in the Spanish Property Registry. Art. 10.1 of the Spanish civil code proves that Spanish Law applies to the extent that the foreign notary must have been acted as a Spanish notary would have been when a power of attorney is granted. The requirement of a public document does not derive from Art. 11.2 of the Spanish civil code neither from art. 10.11 of the Spanish civil code. Under Spanish Law, the power of attorney is not a legal act subject to solemn form. This work also highlights that the Spanish notaries must value the adequacy of the power of attorney with regard to the sale of real estate located in Spain.

Keywords: power of attorney in a foreign country, real estate located in Spain, foreign notary public, rights *in rem*.

Sumario: I. Introducción. 1. Los poderes de representación y el tráfico jurídico y económico internacional. 2. Secuencia de razonamiento jurídico: efectos en España de los poderes de representación otorgados en otros países. II. Compraventa ante notario español de bienes inmuebles situados en España y poder otorgado en el extranjero. 1. La cuestión central: la protección registral del derecho de propiedad sobre bienes inmuebles. 2. Ley aplicable a la publicidad registral del derecho de propiedad sobre bienes inmuebles. El art. 10.1 CC. III. Exigencias necesarias para inscribir en el Registro de la propiedad español la escritura de compraventa de un bien inmueble situado en España. 1. Otorgamiento de escritura pública de compraventa del bien inmueble. 2. Constancia en documento público del poder empleado en la compraventa. A) Poder otorgado en documento público español o extranjero. B) Poderes otorgados ante fedatario público extranjero. La "equivalencia de funciones". C) Extremos a controlar para acreditar la equivalencia de funciones. a) Autoridad pública extranjera con competencia para autorizar poderes en documentos públicos. b) Observancia de las formalidades y solemnidades exigidas por la Ley del Estado donde se ha otorgado el poder. c) Juicio de realidad de los hechos necesarios para otorgar el poder. d) Juicio de legalidad civil del poder: un poder válido en Derecho. (i) Juicio de capacidad de los sujetos que intervienen en el otorgamiento del poder. (ii) Juicio de validez civil del contenido del poder. (iii) Juicio de validez civil de las formalidades del poder. e) Legalización o apostilla y traducción. IV. Autoridad española que debe controlar la legalidad del poder de representación autorizado por fedatario público extranjero. 1. La función del notario español. Juicio de equivalencia y juicio de suficiencia del poder autorizado por notario extranjero. 2. La función del registrador de la Propiedad. V. Poderes autorizados por fedatarios de países anglosajones. 1. Notario (*notary*) o *notary public* en Inglaterra y Gales. 2. *Scrivener Notary* en la ciudad de Londres. 3. *Notary Public* en los Estados Unidos de América. V. Laboratorio práctico de poderes otorgados en el extranjero. 1. Poder en documento público otorgado ante *solicitor-notary* en Inglaterra para comprar inmuebles situados en España. 2. Poder otorgado en documento privado firmado por poderdante y apoderado en Irlanda para adquirir inmuebles situados en España. 3. Poder otorgado ante *Notary Public* del *State* de *New Jersey* (Estados Unidos de América) para adquirir un apartamento situado en España. 4. Poder otorgado en Liverpool para adquirir bienes inmuebles en España. El caso de la objeto de la RDGRN de 14 septiembre 2016. 5. Poder otorgado en Suecia para adquirir bienes inmuebles en España. El caso objeto de la RDGRN de 18 diciembre 2018. VII. Reflexiones finales. 1. La apostilla: esa gran desconocida. 2. El art. 11.2 CC: ese gran incomprendido. 3. El valor jurídico de las resoluciones de la DGRN. 4. El sentido de la equivalencia de funciones. 5. Recomendaciones prácticas. 6. La lógica económica de la *Lex Originis* en el comercio internacional. 7. La lógica económica de la *Lex Rei Sitae* en la ordenación jurídica de los derechos reales.

I. Introducción

1. Los poderes de representación y el tráfico jurídico y económico internacional

1. Los poderes de representación constituyen un medio fundamental para el comercio internacional y para la vida internacional de las personas. La imposibilidad o dificultad de estar presente en la conclusión de un negocio jurídico que tiene lugar en otro país así como los altos costes que ello puede comportar, motiva, en efecto, el otorgamiento de un "poder", el instrumento por excelencia de la "representación voluntaria"¹. Ya sea, por tanto, para firmar un contrato de compraventa de inmuebles,

¹ En el Derecho Romano no existía la representación directa tal y como hoy se conoce. Sin perjuicio de algunos antecedentes que se pueden encontrar en el Derecho canónico y en el Derecho común, la representación voluntaria, como institución, es una creación del genio jurídico de la dogmática alemana del siglo XIX, como muy bien explica N. STOLFI, *Diritto civile*, 1921, UTET, Torino, vol.I, parte 2, pp. 642-645. Las líneas básicas de la evolución doctrinal, jurisprudencial y legal de la representación pueden seguirse en el clásico e imprescindible trabajo de J. HUPKA, *La representación voluntaria en los negocios jurídicos*, Ed. Olejnik. Buenos aires, Argentina, 2018 (reproducción del original, publicado en editorial Revista de Derecho privado, Madrid, 1930). Las contribuciones de la literatura jurídica sobre la representación son muy numerosas. Ello se debe, sin duda, a la construcción primordialmente doctrinal de la figura, lo que es todavía más acusado en Derecho español. Pueden verse, como aportes fundamentales, los trabajos de L. DIEZ-PICAZO, y en concreto, L. DIEZ-PICAZO, "En torno al concepto jurídico de representación", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n. 8, 2004, pp. 311-316; L. DIEZ-PICAZO, "La representación en el derecho privado", Madrid, Cívitas, 1979; L. DIEZ-PICAZO, "El concepto jurídico de la representación en el derecho privado", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. 16, 1968, pp. 133-175. También F. DE CASTRO. "La representación", en *Temas de Derecho Civil*, Madrid, 1972, pp. 105-114; M. ALBALADEJO GARCÍA, "La represen-

para presentar demandas, recurrir sentencias, constituir sociedades, defender la propiedad, contraer matrimonio, liquidar una comunidad conyugal de bienes en otro país, o tantos y tantos actos jurídicos, los poderes operan como una herramienta que facilita el intercambio de bienes y recursos patrimoniales y que permite una auténtica vida de las personas en el contexto internacional². En suma, los poderes son esenciales para el tráfico económico y jurídico internacional, pues consienten lo que I. RAMOS MEDINA ha denominado, en una muy justa aproximación al apoderamiento, la "ubicuidad jurídica" de la persona³.

2. Por otro lado, y visto que está demostrado que la movilidad transfronteriza de las personas y el incremento del intercambio internacional de bienes y servicios comportan un aumento del bienestar suponen beneficios para toda la sociedad, resulta que los poderes de representación constituyen un instrumento jurídico de Derecho internacional privado de extrema importancia para el aumento del progreso y del bienestar personal y social⁴. Los poderes de representación constituyen una sofisticada, sutil y poderosa creación del Derecho que produce externalidades positivas que benefician a toda la sociedad.

3. La utilización de los poderes de representación en el tráfico jurídico internacional es, en la actualidad, muy frecuente, como ha recordado la doctrina notarial especializada y la misma DGRN en su célebre y al mismo tiempo también poliédrica RDGRN 14 septiembre 2016 [poder otorgado en Liverpool]⁵. Sin embargo, resulta paradójico, señala P. CALLÉ, que la cuestión del régimen jurídico de los poderes en Derecho internacional privado, especialmente en sede notarial, haya sido considerada un pariente pobre de las exquisitas, elevadas y elitistas disquisiciones propias del Derecho internacional privado⁶. Esta situación se explica, quizás, y como expone I. GOMÁ LANZÓN, por el marcado perfil práctico del Derecho notarial frente al carácter preponderantemente teórico que ha mostrado siempre el Derecho internacional privado⁷. No obstante, teoría y práctica están destinadas a encontrarse cuando el Derecho internacional privado debe responder a cuestiones jurídicas que se suscitan cada vez con mayor frecuencia y cuando, al mismo tiempo, tales cuestiones jurídicas alcanzan una importancia de primer orden en el tráfico económico, apunta J. ÁLVAREZ-SALA⁸. En esta línea, recuerda M. PRIETO ESCUDERO que en la sentencia 65/2017 del Juzgado de Primera Instancia número 26 de Barcelona de 17 abril 2017 se abordó el caso de la adquisición de 370 inmuebles situados en España mediante un poder otorgado en

tación", *Anuario de Derecho civil*, vol. 11, n.3, 1958, pp. 767-804, así como los estudios citados en la selecta bibliografía que proporciona P. DE PABLO CONTRERAS, "Legitimación y representación", en AA.VV., *Curso de Derecho civil, Derecho Privado Derecho de la Perona*, 5ª ed., 2015, Ed. Colex, pp. 281-282.

² *Vid.*, en este sentido, el brillante estudio debido a V. STARACE, "La procura nel Diritto internazionale privato", *RDIPP*, 1996, pp. 421-434. La potencialidad económica y jurídica de los poderes aparece muy bien descrita por F.M. MARINO PARDO, "El apoderamiento", 4 noviembre 2014, texto en: <https://www.franciscomarinpardo.es/mis-temas/22-civil-parte-general/61-tema-27-el-apoderamiento>, por F. ROSALES, "Los poderes los carga el diablo", 17 febrero 2014, en <https://www.notariofrancisco-rosales.com/los-poderes-los-carga-el-diablo/>, y también por R. TENA ARREGUI, "A propósito de la resolución de la DGRN de 14 de septiembre de 2016", en *El notario del siglo XXI*, septiembre-octubre 2019, n. 87, texto en <http://www.elnotario.es/index.php/practica-juridica/7319-poderes-extranjeros>.

³ I. RAMOS MEDINA, "Los poderes notariales o el don de la ubicuidad... jurídica", 30 junio 2014, en <http://www.notariosenred.com/2014/06/los-poderes-notariales-o-el-don-de-la-ubicuidad-juridica/>.

⁴ J. CARRASCOSA GONZALEZ, *Conflicto de leyes y teoría económica*, Colex, Madrid, 2011, pp. 31-38. También en J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Règle de conflit et théorie économique", *Revue critique de droit international privé*, vol. 101, 2012-3 (juillet-septembre 2012), pp. 521-538.

⁵ RDGRN 14 septiembre 2016 [BOE núm. 241 de 5 octubre 2016], posteriormente reiterada en este punto, entre otras, por la RDGRN 17 abril 2017 [BOE núm. 101 de 28 abril 2017] y la RDGRN 18 diciembre 2018 [BOE núm. 24 de 28 enero 2019]. Aspecto éste, también, que ha sido resaltado por numerosos autores. *Vid. ad ex.* A. GARCÍA LUQUE, "Poderes notariales en el extranjero", 5 diciembre 2017, en <http://blog.garrigues.com/poderes-notariales-en-el-extranjero/>; E. ARRUGA / J.L. JUEZ, "Eficacia en España de los apoderamientos otorgados en el extranjero", 3 julio 2017, en <http://togas.biz/articulos/articulo-profesionales-eficacia-en-espa-a-de-los-apoderamientos-otorgados-en-el-extranjero/>.

⁶ P. CALLÉ, "L'acte authentique établi à l'étranger. Validité et exécution en France", *RCDIP*, 2005, pp. 337-356.

⁷ I. GOMÁ LANZÓN, "La escritura otorgada ante notario extranjero", en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo 45-46, 2009, (ejemplar dedicado a Cursos 2004/2005-2005/2006), pp. 287-353 (texto completo en <https://hayderecho.com/wp-content/uploads/2012/10/ESCRITURA-ANTE-NOTARIO-EXTRANJERO.pdf>).

⁸ J. ÁLVAREZ-SALA, "¿Conflictos de leyes o conflictos de intereses?", *El notario del siglo XXI*, julio-agosto 2005, n.2, <http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-2/3356-conflictos-de-leyes-o-conflictos-de-intereses-0-06980321935359689>.

los Estados Unidos de América⁹. Los poderes otorgados en el extranjero mueven cantidades fabulosas. La necesidad económica y la relevancia social son los dos factores que han posible e inevitable que el régimen jurídico de los poderes otorgados en el extranjero constituya, hoy día, una de las cuestiones legales más estudiadas del Derecho internacional privado tanto en España como en otros países.

4. El estudio del régimen jurídico de los poderes en Derecho internacional está condicionado, como explica de modo transparente I. GOMÁ LANZÓN, por el diferente valor jurídico que presentan, por un lado, los poderes autorizados por notarios en los países que siguen el sistema del Notariado latino y por otra parte, los autorizados por fedatarios que responden a las reglas de notariado anglosajón¹⁰.

En los países de notariado latino, el documento notarial presenta un peso y un valor legal de primer orden que vincula a las partes e incluso, salvo excepciones puntuales, también a las autoridades, judiciales y no judiciales. En estos países, el notario asegura el cumplimiento de la Ley y el respeto al Derecho de los negocios contenidos en el documento.

Por el contrario, en los países que siguen el modelo del notariado sajón rige un "Derecho fabricado por el juez" (*judge made law*). En consecuencia, o bien no existen notarios o bien sí existen unos fedatarios extrajudiciales que se limitan, *grosso modo*, a legitimar las firmas que constan en los documentos legales. En tales países, como muy bien explican E. ARRUGA / J.L. JUEZ, la función de los notarios no radica en controlar la legalidad de los actos jurídicos que constan en los documentos presentados ante tales notarios, sino en identificar a los firmantes de tales documentos, precisamente a través de la "legalización de firmas"¹¹. Tales documentos notariales propios de los países de notariado sajón no hacen prueba plena en juicio. El juez dispone de una facultad muy amplia para valorar, libremente, el peso legal de los documentos intervenidos por fedatarios públicos. Por tanto, debe procederse con sumo cuidado al referirse a un "notario" en un país o en otro, pues se trata de profesionales diferentes, con funciones, competencias y atribuciones legales distintas de Estado a Estado, según expone L. PRATS ALBENTOSA¹². Por este motivo, como escribe con toda exactitud P. BLANCO-MORALES LIMONES, el valor jurídico de un documento notarial varía de país a país¹³. En general, puede decirse, como expone de modo inmejorable G.A.L. DROZ, que cuando un documento ha sido elaborado y redactado por un notario perteneciente al notariado sajón que ha controlado la legalidad del contenido de dicho documento, cabe entender que dicho documento puede ser calificado como "documento público" en España. Si el notario sajón se ha limitado a legitimar firmas o a certificar la autenticidad de un documento que le ha sido presentado, aunque tal documento disponga de apostilla, no podrá ser considerado "documento público" a efectos del ordenamiento jurídico español¹⁴. El mundo es muy grande y existen más de 195 países en él, cada uno con sus leyes y su propio sistema notarial. El 70% por ciento de la de la población mundial, observa R. TENA ARREGUI, habita en países que siguen el sistema del Notariado Latino¹⁵. El otro 30% acude a fedatarios que se integran en un sistema de notariado sajón, muy diferente. Y debe notarse que en ese 30% se encuentran los Estados Unidos de América, primera potencia económica del planeta y país origen de inversiones millonarias, país que produce "poderes de representación" en cantidades

⁹ M. PRIETO ESCUDERO, "Poderes extranjeros y poderes ante agentes diplomáticos y consulares de España en el extranjero", 28 febrero 2018, en <https://www.justitonotario.es/poderes-extranjeros-agentes-diplomaticos-consulares-espana/>.

¹⁰ I. GOMÁ LANZÓN, "La escritura otorgada ante notario extranjero", en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo 45-46, 2009, (ejemplar dedicado a Cursos 2004/2005-2005/2006), pp. 287-353 (texto completo en <https://hayderecho.com/wp-content/uploads/2012/10/ESCRITURA-ANTE-NOTARIO-EXTRANJERO.pdf>).

¹¹ E. ARRUGA / J.L. JUEZ, "Eficacia en España de los apoderamientos otorgados en el extranjero", 3 julio 2017, en <http://togas.biz/articulos/articulo-profesionales-eficacia-en-espa-a-de-los-apoderamientos-otorgados-en-el-extranjero/>.

¹² L. PRATS ALBENTOSA, "El control de legalidad notarial en el Derecho de la Unión", *Noticias de la Unión Europea*, n.328, 2012 (ejemplar dedicado a: 150 aniversario de la Ley del Notariado), pp. 39-49. De l mismo modo, muy bien planteado en SWAN PARTNERS, "Los documentos notariales extranjeros cumplen siempre en España la función deseada", 13 julio 2017, en <https://www.swanpartners.es/2017/07/13/los-documentos-notariales-extranjeros-cumplen-siempre-espana-la-funcion-deseada/>.

¹³ P. BLANCO-MORALES LIMONES, "Las nociones de función pública y de autoridad pública en la Unión Europea", *Noticias de la Unión Europea*, n.328, 2012 (ejemplar dedicado a: 150 aniversario de la Ley del Notariado), pp. 25-38.

¹⁴ G.A.L. DROZ, "Notaire", en VV.AA., *Encyclopedie Dalloz droit international*, París, 1968-69 (dir. PH. FRANCESKAKIS), vol. II, 1969, pp. 472-476.

¹⁵ R. TENA ARREGUI, "A propósito de la resolución de la DGRN de 14 de septiembre de 2016", en *El notario del siglo XXI*, septiembre-octubre 2019, n. 87, texto en <http://www.elnotario.es/index.php/practica-juridica/7319-poderes-extranjeros>.

industriales, pues cada día sus empresas invierten, compran y venden bienes en todo el mundo por valor de millones de dólares¹⁶.

2. Secuencia del razonamiento jurídico: efectos en España de los poderes de representación otorgados en otros países

5. El presente estudio tiene como objetivo demostrar que el régimen jurídico del poder otorgado en país extranjero y empleado para vender o adquirir inmuebles situados en España mediante escritura pública notarial española que posteriormente se presenta para su inscripción en el Registro de la propiedad constituye una cuestión de publicidad de los derechos reales. Así calificada la cuestión, resulta de aplicación el art. 10.1 CC al régimen jurídico de un poder otorgado en el extranjero. La Ley sustantiva española, -Ley del país donde está sito el inmueble-, rige los requisitos que debe reunir la venta que se lleva a cabo mediante un poder de representación para que el derecho real transmitido por dicha venta pueda constar en el Registro de la propiedad español. En esta línea, el Derecho español exige que el poder de representación reúna estos requisitos.

6. En primer lugar, el poder debe ser válido. La validez del poder en cuanto al fondo se rige por la Ley elegida por el poderdante de modo expreso y a falta de tal elección, por la Ley del país donde se ejercitan las facultades conferidas, que es la Ley española, pues el poder se ejercita en España (art. 10.11 CC). La capacidad de poderdante y apoderado se rige por la respectiva ley nacional (art. 9.1 CC). Finalmente, en cuanto a la forma, el poder debe constar en una forma prevista en cualquiera de las Leyes designadas por el art. 11 CC. Lo más habitual es que el poder se otorgue ante fedatario o autoridad de un país, por lo que queda sujeto a las formalidades previstas en la Ley del país de su otorgamiento.

7. En segundo lugar, el poder debe constar en "documento público". Los arts. 98 de la Ley 24/2001 y 1280.5° CC así lo exigen. Ambos preceptos permiten que dicho poder se otorgue en país extranjero y que haya sido autorizado por notario o fedatario de otro país. Ahora bien, dicho documento público extranjero debe reunir ciertos caracteres para poder ser calificado como un "documento público" en el sentido exigido por los arts. 98 de la Ley 24/2001 y 1280.5° CC. El poder otorgado en el extranjero debe presentar los mismos "elementos estructurales" propios de un poder otorgado ante notario en España. Tales elementos estructurales son los siguientes: (i) El notario o fedatario extranjero que ha autorizado el poder debe ser una autoridad pública que, además, debe disponer, con arreglo al Derecho extranjero del país del que depende, de competencia para autorizar un poder de representación y dar fe pública extrajudicial del otorgamiento del poder; (ii) El notario extranjero debe haber desarrollado funciones legales "equivalentes" a las que en España desarrolla un notario cuando autoriza una escritura de poder (= teoría de la "equivalencia de funciones"). Una mera legitimación de firmas no es bastante, pues la legitimación de firmas, incluso hecha por un notario, no hace que un documento privado se convierta en documento público. En concreto, el notario extranjero que autoriza el poder debe haber realizado un *juicio de realidad* (= debe haber controlado los hechos relevantes, tales como la fecha y la identidad de los sujetos otorgantes, y debe haber llevado a cabo un *juicio de legalidad civil del negocio jurídico* (= debe haber controlado que el poder ha sido otorgado por el poderdante, persona con capacidad legal para ello y que ha comprendido las facultades que está otorgando al apoderado)¹⁷.

8. En tercer lugar, el poder debe haber otorgado al apoderado facultades suficientes para disponer del inmueble sito en España. El notario español que autoriza la venta mediante poder de representa-

¹⁶ Una detallada, clara y muy ilustrativa exposición de los actos jurídicos autorizados por un *notary public* en los Estados Unidos de América, se encuentra en J.A. MÁRQUEZ GONZÁLEZ, "¿Qué es lo que hace un "notary public"?", *El Notario del siglo XXI*, Colegio Notarial de Madrid, n. 71, enero-febrero 2017.

¹⁷ Aparecen muy bien desarrollados los elementos estructurales del poder en E. ARRUGA / J.L. JUEZ, "Eficacia en España de los apoderamientos otorgados en el extranjero", 3 julio 2017, en <http://togas.biz/articulos/articulo-profesionales-eficacia-espaa-de-los-apoderamientos-otorgados-en-el-extranjero/>.

ción es el encargado de practicar este "juicio de suficiencia del poder" (= comprobación de la existencia y la suficiencia del poder con el que se actúa ante él). Este juicio de "suficiencia del poder" es un juicio jurídico no revisable, en ningún caso y bajo ninguna circunstancia, por el registrador, que debe limitarse a constatar que el notario ha practicado el mencionado juicio de "suficiencia del poder" (art. 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre)¹⁸. El notario español ante el que se hace valer el poder debe acreditar que éste confiere facultades suficientes al apoderado (= "juicio de suficiencia del poder"). Al realizar tal juicio de suficiencia, el notario español debe, previamente, haber comprobado la anterior "equivalencia de funciones". Se presume que dicha equivalencia, aceptada por el notario, es correcta. Si el registrador disiente de dicha equivalencia tendrá que motivar su negativa de manera "expresa y adecuada". Deberá, en tal caso, probar el Derecho extranjero del país al que pertenece el notario extranjero y demostrar de forma expresa y motivada, que con arreglo al Derecho notarial de dicho país extranjero, las funciones que desarrolla un notario extranjero cuando autoriza un poder de representación no equivalen a las funciones propias de los notarios españoles.

(d) El poder, que es un documento público extranjero, debe, por ello, presentarse en España acompañado de legalización (art. 323.2.º LEC) o apostilla y de traducción a lengua oficial española (art. 144 LEC).

II. Compraventa ante notario español de bienes inmuebles situados en España y poder otorgado en el extranjero

1. La cuestión central: la protección registral del derecho de propiedad sobre bienes inmuebles

9. Cuando se trata de poderes empleados para vender o adquirir propiedades inmuebles sitas en España, surge el problema, frecuente, de precisar si el poder otorgado en el extranjero es bastante y suficiente para vender o comprar tales propiedades mediante escritura pública que posteriormente se pretende inscribir en el Registro de la propiedad español. Es decir, se trata de decidir si ese poder otorgado en país extranjero y ante fedatario público extranjero surte plenos efectos legales en España, de modo que el apoderado puede actuar válidamente en nombre y por cuenta del comprador o el vendedor en una compraventa que tiene lugar ante notario español y, en consecuencia, el contrato de compraventa (= título), documentado en escritura pública (= documento), puede inscribirse en el Registro de la Propiedad español. De esa forma el derecho real transmitido (= propiedad) es, desde el punto de vista registral, un derecho real "público", de modo que resulta especialmente protegido por la legislación registral¹⁹.

¹⁸ R. TENA ARREGUI, "Sentencia del Tribunal Supremo sobre la calificación registral de la representación, la potestad disciplinaria de la Dirección General de los Registros... Y el caso Garzón, comentario a la STS de 23 de septiembre de 2011 y al acuerdo de archivo de la DGRN de 14 de febrero de 2012", *El notario del siglo XXI*, marzo-abril 2012, texto en <http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-42/482-sentencia-del-tribunal-supremo-sobre-la-calificacion-registral-de-la-representacion-la-potestad-disciplinaria-de-la-direccion-general-de-los-registros-y-el-caso-garzon-0-2881677125470412>: "..... el registrador no puede revisar la valoración que en la forma prevenida por el artículo 98 el notario haya realizado de la suficiencia de las facultades representativas (...) Es decir, el TS consagra, por si la Ley no estuviese lo suficientemente clara, que el juicio de notario es un juicio jurídico, es decir, una calificación que se sostiene por si misma, y que no es exigible que se vea acompañada por los datos fácticos en los que se ha apoyado con la finalidad de que pueda verse revisada por otro funcionario".

¹⁹ En particular, sobre los efectos jurídicos en España de los poderes autorizados por notarios y fedatarios extranjeros, entre la muy abundante y rica doctrina jurídica, *vid.* M. ANDRINO HERNÁNDEZ, "La forma de los poderes en Derecho Alemán. Comentarios a la Resolución de 21 de abril de 2003", *Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada*, n. 270, 2004, pp. 1421-1456; J. ÁLVAREZ-SALA WALTHER, "La representación y la calificación notarial (una reflexión sobre el valor del instrumento público)", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n. 8, 2004 (ejemplar dedicado a: La representación en el derecho), pp. 249-310; E.C. TORRALBA MENDIOLA, "La eficacia en España de los poderes otorgados ante notario extranjero", *Bitácora Millennium DIPr: Derecho Internacional Privado*, n. 5, 2017; J.I. ATIENZA LÓPEZ, "El juicio notarial de suficiencia. Calificación registral (Comentario a la STS de 23 de septiembre de 2011)", en <https://www.civil-mercantil.com/apoderamiento-notario-registrador-propiedad-conflicto-normas-principio-especialidad-seguridad-juridica.html> (14 junio 2012); A. GARCÍA GARCÍA, "Eficacia de los poderes especiales otorgados ante Notario extranjero: una respuesta al Profesor Sánchez Lorenzo", *Diario La Ley*, n. 9427, Sección Tribuna, 3 de Junio de 2019; S.A. SÁNCHEZ LORENZO, "La eficacia de los poderes de representación voluntaria otorgados ante Notario extranjero y la doctrina de la Dirección General de Registros y el Notariado", *Diario La Ley*, n. 9376, Sección Tribuna, 13 de marzo de 2019; L. PRATS ALBENTOSA, "El control de

10. La cuestión principal sobre la que gira toda esta problemática en la que se ve envuelto un poder otorgado en país extranjero es, por tanto, la publicidad de un derecho real, tal y como con acierto ha precisado I. ESPÍNEIRA SOTO²⁰. Se tratará, normalmente, del derecho de propiedad sobre un inmueble específico situado en España. El derecho de propiedad sobre dicho inmueble se transmite en virtud de un contrato de compraventa y de la tradición del bien (art. 10.1 CC y art. 609 CC). Debe concretarse, de ese modo, si el derecho real transmitido en virtud de un contrato documentado en escritura pública española que se ha otorgado mediante la utilización de un poder de representación otorgado en el extranjero, puede inscribirse en el Registro de la Propiedad español y gozar de la protección registral, frente a terceros, que recoge la Ley hipotecaria española.

11. En efecto, si la escritura pública de compraventa del bien inmueble se inscribe en el Registro de la Propiedad español, resultará que la propiedad del bien puede oponerse a terceros en los términos del taumatúrgico art. 32 LH interpretado *a contrario sensu*²¹. En tal caso, también resultará que el ter-

legalidad notarial en el Derecho de la Unión", *Noticias de la Unión Europea*, n.328, 2012 (ejemplar dedicado a: 150 aniversario de la Ley del Notariado), pp. 39-49; J. ÁLVAREZ-SALA, "¿Conflictos de leyes o conflictos de intereses?", *El notario del siglo XXI*, julio-agosto 2005, n.2, <http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-2/3356-conflictos-de-leyes-o-conflictos-de-intereses-0-06980321935359689>; J. ORDÓÑEZ CUADROS, "Comentario de urgencia a la resolución de 18 de diciembre de 2018 sobre equivalencia documental", 28 enero 2019, en <https://www.notariosyregistradores.com>; J. GARCÍA-CAZORLA TABOADA, "Sobre la eficacia en España de los poderes otorgados ante notarios extranjeros (a propósito de las resoluciones de la DGRN de 14 de septiembre de 2016 y 17 de abril de 2017)", *Actualidad Jurídica Uriá Menéndez*, 2017, n. 47, pp. 127-133; E. ARRUGA / J.L. JUEZ, "Eficacia en España de los apoderamientos otorgados en el extranjero", 3 julio 2017, en <http://togas.biz/articulos/articulo-profesionales-eficacia-en-espaa-de-los-apoderamientos-otorgados-en-el-extranjero/>; J.S. MULERO GARCÍA, "Reconocimiento en España del poder para pleitos extranjero: análisis crítico de la Jurisprudencia", *Diario La Ley*, n. 6580, Sección Doctrina, 30 octubre 2006, año XXVII; Á.L. TOMASELLI ROJAS, "El análisis de los poderes generales para pleitos realizados en el extranjero, examen de los principales problemas al respecto", 7 diciembre 2018, en <https://elderecho.com/analisis-los-poderes-generales-pleitos-realizados-extranjero/>; M. PRIETO ESCUDERO, "Poderes extranjeros y poderes ante agentes diplomáticos y consulares de España en el extranjero", 28 febrero 2018, en <https://www.justitonotario.es/poderes-extranjeros-agentes-diplomaticos-consulares-espana/>; V. MARTORELL, "Equiparación de los documentos notariales extranjeros: requisitos de equivalencia y extensibilidad", 5 diciembre 2017, en <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/modelos/equiparacion-de-los-documentos-notariales-extranjeros-requisitos-de-equivalencia-y-extensibilidad/>; J. ALFARO ÁGUILA REAL, "Poder extranjero: juicio de suficiencia y de equivalencia ¿cambio de criterio de la DGRN?", 28 abril 2017, en <https://derecho-mercantiles-pana.blogspot.com/2017/04/poder-extranjero-juicio-de-suficiencia.html>; PÉREZ DE VARGAS ABOGADOS, "Validez en España de los poderes notariales otorgados en Reino Unido", 21 enero 2017, en <https://perezdevargas.es/blog/validez-espana-poderes-notariales-otorgados-reino-unido/>; C. JIMÉNEZ HERNÁNDEZ, "Los poderes otorgados en el extranjero", *Notaría abierta*, 28 febrero 2017, texto en <https://notariabierta.es/los-poderes-otorgados-extranjero/>; A. CORTÉS GARCÍA, "Poder extranjero y su suficiencia: Resolución de 14 de Septiembre de 2016", en *Notaría abierta*, 22 noviembre 2016, texto en <https://notariabierta.es/poder-extranjero-y-su-suficiencia-resolucion-de-14-de-septiembre-de-2016/>; R. TENA ARREGUI, "Sentencia del Tribunal Supremo sobre la calificación registral de la representación, la potestad disciplinaria de la Dirección General de los Registros... Y el caso Garzón, comentario a la STS de 23 de septiembre de 2011 y al acuerdo de archivo de la DGRN de 14 de febrero de 2012", *El notario del siglo XXI*, marzo-abril 2012, texto en <http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-42/482-sentencia-del-tribunal-supremo-sobre-la-calificacion-registral-de-la-representacion-la-potestad-disciplinaria-de-la-direccion-general-de-los-registros-y-el-caso-garzon-0-2881677125470412>; SWAN PARTNERS, "Los documentos notariales extranjeros cumplen siempre en España la función deseada", 13 julio 2017, en <https://www.swanpartners.es/2017/07/13/los-documentos-notariales-extranjeros-cumplen-siempre-espana-la-funcion-deseada/>; F. ROSALES, "Los poderes los carga el diablo", 17 febrero 2014, en <https://www.notariofranciscorosaes.com/los-poderes-los-carga-el-diablo/>; ESCURA ABOGADOS, "Poderes otorgados ante notario extranjero", 1 febrero 2018, en <https://www.escura.com/es/poderes-otorgados-ante-notario-extranjero/>; J.A. FERRER, "Los poderes extranjeros y su calificación por el registrador de la propiedad. Referencia al juicio de equivalencia de funciones entre los notarios extranjeros y los españoles. Resolución de la DGRN de 14 de septiembre de 2016", en <http://joseantonioferrer.com/los-poderes-extranjeros-calificacion-registrador-la-propiedad-referencia-al-juicio-equivalencia-funciones-los-notarios-extranjeros-los-espanoles-resolucion-la-dgrn/>; A. GARCÍA LUQUE, "Poderes notariales en el extranjero", 5 diciembre 2017, en <http://blog.garrigues.com/poderes-notariales-en-el-extranjero/>; MARTÍNEZ COMÍN (BLOG), "Poderes otorgados en el extranjero: requisitos para su validez en España", 28 noviembre 2016, en <https://www.martinezcomin.com/blog/poderes-otorgados-en-el-extranjero-requisitos-para-su-validez-en-espana/>; R. TENA ARREGUI, "A propósito de la resolución de la DGRN de 14 de septiembre de 2016", en *El notario del siglo XXI*, septiembre-octubre 2019, n. 87, texto en <http://www.elnotario.es/index.php/practica-juridica/7319-poderes-extranjeros>.

²⁰ I. ESPÍNEIRA SOTO, "Comentario sobre el acceso al registro de propiedad de documentos de notarios extranjeros", en <https://www.notariosyregistradores.com/LEYESEXTRANJERAS/escriturasextranjer.htm>.

²¹ Artículo 32 LH: "Los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles, que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad, no perjudican a tercero". Así, RDGRN 14 septiembre 2016 [BOE núm. 241 de 5 octubre 2016].

cer adquirente de buena fe de un bien inscrito en el Registro está protegido por la Ley y su adquisición deviene inatacable en los términos del nunca suficientemente bien ponderado y siempre benéfico para la sociedad y la economía art. 34 LH²². Además, según el art. 35 LH, "*a los efectos de la prescripción adquisitiva en favor del titular inscrito, será justo título la inscripción, y se presumirá que aquél ha poseído pública, pacífica, ininterrumpidamente y de buena fe durante el tiempo de vigencia del asiento y de los de sus antecesores de quienes traiga causa*". El efecto más importante que deriva de la inscripción del derecho real en el Registro de la Propiedad español es, sin menospreciar los anteriormente citados, el recogido en el art. 38 LH. Dicho precepto establece que, como regla general, a todos los efectos legales se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo. Es por ello que los adquirentes de bienes inmuebles situados en España desean inscribir su derecho real en el Registro de la Propiedad, para gozar de los beneficios legales que la legislación registral española concede a la propiedad inscrita. Se alcanza, así, un derecho real especialmente protegido por la publicidad registral.

2. Ley aplicable a la protección registral del derecho de propiedad sobre bienes inmuebles. El art. 10.1 CC

12. Debe afirmarse, sin sombra de duda alguna, que, en los casos internacionales, el elenco de elementos, requisitos y exigencias necesario para inscribir en el Registro de la Propiedad español una escritura de compraventa de un inmueble sito en España lo fija el Derecho español. Así lo dispone el art. 10.1 CC y así lo confirma la DGRN (RDGRN 14 septiembre 2016, RDGRN 18 diciembre 2018)²³. Se trata ésta de una cuestión de publicidad de los derechos reales que afectan a un inmueble sito en España. Es por ello aplicable el citado art. 10.1 CC y su milenaria regla *lex rei sitae*²⁴. Rige, pues la Ley sustantiva española, que es la Ley del país en cuyo territorio donde está sito el inmueble al que se refiere la propiedad de cuya publicidad registral se trata. Se trata, es claro, de la publicidad registral de un derecho real sobre bien sito en España. La Ley sustantiva española regula, por tanto, los requisitos que debe reunir la compraventa para que el derecho real transmitido por dicha venta pueda constar en el Registro de la propiedad español. Así es en prácticamente todos los Estados del mundo: la propiedad y los demás derechos reales se rigen por la Ley del país en cuyo territorio están situados los bienes. Esta regla, aunque está exclusivamente circunscrita a los derechos reales, influye de modo decisivo en los contratos que tiene como objetivo la transmisión de tales derechos reales, explica D. MARTINY²⁵. Un contrato de venta

²² Artículo 34. El tercero que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro. La buena fe del tercero se presume siempre mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro. Los adquirentes a título gratuito no gozarán de más protección registral que la que tuviere su causante o transferente.

²³ RDGRN 14 septiembre 2016 [BOE núm. 241 de 5 octubre 2016]: "*La presentación al notario de un poder otorgado fuera de España exige, al igual que ocurre con poderes otorgados en España, un análisis jurídico que conllevará conforme a los artículos 10.1 y 11.1 del Código Civil, de una parte, la remisión respecto de la suficiencia del poder, a la ley española a la que se somete el ejercicio de las facultades otorgadas por el representado, de no mediar sometimiento expreso, y de otra, artículo 11.1 del Código Civil al análisis de la equivalencia de la forma en España, forma que habrá de regirse por la ley del país en que se otorguen. Ello implica que, analizado el valor del documento en el país de origen, tanto desde la perspectiva material como formal, pueda concluir su equivalencia o aproximación sustancial de efectos, en relación con un apoderamiento para el mismo acto otorgado en España*". En palabras de la RDGRN 18 diciembre 2018 [BOE núm. 24 de 28 enero 2019]: "*La aplicación del Derecho español en esta materia es indudable, en la medida que corresponde al legislador nacional fijar las condiciones del propio sistema de seguridad jurídica preventiva, tal y como ha reconocido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en Sentencia de 9 de marzo de 2017 (asunto C-342/15) al afirmar que el hecho de reservar las actividades relacionadas con la autenticación de documentos relativos a la creación o la transferencia de derechos reales inmobiliarios a una categoría específica de profesionales, depositarios de la fe pública y sobre los que el Estado miembro de que se trate ejerce un control especial, constituye una medida adecuada para alcanzar los objetivos de buen funcionamiento del sistema del Registro de la Propiedad y de legalidad y seguridad jurídica de los actos celebrados entre particulares*".

²⁴ Art. 10 CC: "*1. La posesión, la propiedad y los demás derechos sobre bienes inmuebles, así como su publicidad, se regirán por la ley del lugar donde se hallen. La misma ley será aplicable a los bienes muebles (...)*".

²⁵ D. MARTINY, "*Lex rei sitae as a connecting factor in EU Private International Law*", *IPRax*, 2012, pp. 119-133.

de inmuebles produce efectos obligacionales con arreglo a la Ley estatal que lo rige, pero la transmisión de la propiedad de dicho inmueble se regula, en todo caso, por la Ley del país donde se halla situado el inmueble. La *regla lex rei sitae*, recogida en el art. 10.1 CC y en normas muy similares de todos los Estados miembros de la UE, ha sido asumida en un sentido negativo y excluyente por la misma Unión Europea. Con otras palabras, así, puede afirmarse que el Derecho de la UE interfiere en la regulación del sistema de derechos reales de cada Estado miembro ni tampoco en el sistema de publicidad registral y de protección de tales derechos reales. Cada Estado miembro regula estas cuestiones como tiene por conveniente en lo que se refiere a los inmuebles sitos en su territorio. Así lo indica de modo indubitado la STJUE 9 marzo 2017, C-342/15, *Leopoldine Gertraud Piringer*. En esta sentencia, recuerda el TJUE que las condiciones y requisitos legales establecidos por un Estado miembro y que son necesarios para que un documento legal sea considerado como auténtico y acceda al Registro de la Propiedad se rigen por el Derecho de dicho Estado miembro. Ello "*constituye una medida adecuada para alcanzar los objetivos de buen funcionamiento del sistema del Registro de la Propiedad y de legalidad y seguridad jurídica de los actos celebrados entre particulares*" (STJUE 9 marzo 2017, C-342/15, *Leopoldine Gertraud Piringer*, FD 65) y, además, "... *la llevanza del Registro de la Propiedad constituye así un componente esencial de la administración preventiva de la justicia, en la medida en que pretende garantizar una correcta aplicación de la ley y la seguridad jurídica de los actos celebrados entre particulares, objetivos que forman parte de las misiones y responsabilidades del Estado*" (STJUE 9 marzo 2017, C-342/15, *Leopoldine Gertraud Piringer* FD 58)²⁶. La DGRN hace también suyos estos planteamientos en la RDGRN 17 abril 2017 y en la RDGRN 18 diciembre 2018, entre otras resoluciones²⁷. Es claro que el TJUE vincula las cuestiones de la publicidad registral de los derechos reales a las actividades propias y soberanas de cada Estado. Por ello, al tratarse de cuestiones estrechamente conectadas con la soberanía estatal, como es la buena administración de la justicia preventiva y el sistema de publicidd de los derechos reales sobre bienes inmuebles, tales cuestiones deben quedar sujetas, exclusivamente, al Derecho del Estado miembro correspondiente.

13. Como se ha indicado, el Derecho español determina, así, cuáles son los requisitos que debe reunir la escritura de compraventa para que pueda ser inscrita en el Registro de la Propiedad español. Ahora bien, debe dejarse claro que algunos de estos requisitos, -todos ellos fijados por el Derecho sustantivo español, se insiste-, pueden quedar sujetos a un Derecho extranjero. Por ejemplo, el Derecho español puede exigir que la compraventa sea "válida" pero bien podría suceder que la validez de dicho contrato quedase sujeta al Derecho alemán si las partes han sometido su contrato de compraventa del inmueble sito en España al Derecho teutón (*vid.* art. 3 RR-I)²⁸.

²⁶ STJUE 9 marzo 2017, C-342/15, *Leopoldine Gertraud Piringer* [ECLI:EU:C:2017:196], FD 65: "*En tales circunstancias, el hecho de reservar las actividades relacionadas con la autenticación de documentos relativos a la creación o la transferencia de derechos reales inmobiliarios a una categoría específica de profesionales, depositarios de la fe pública y sobre los que el Estado miembro de que se trate ejerce un control especial, constituye una medida adecuada para alcanzar los objetivos de buen funcionamiento del sistema del Registro de la Propiedad y de legalidad y seguridad jurídica de los actos celebrados entre particulares*" y FD 58: "*Pues bien, por un lado, es preciso señalar que, como han indicado los Gobiernos austriaco y alemán, el Registro de la Propiedad tiene una importancia fundamental, especialmente en lo que respecta a las transacciones inmobiliarias, sobre todo en los Estados miembros en los que existe un notariado de sistema latino. En particular, toda inscripción en un Registro de la Propiedad como el austriaco surte efectos constitutivos, en el sentido de que el derecho de la persona que solicitó la inscripción sólo nace al producirse esta última. La llevanza del Registro de la Propiedad constituye así un componente esencial de la administración preventiva de la justicia, en la medida en que pretende garantizar una correcta aplicación de la ley y la seguridad jurídica de los actos celebrados entre particulares, objetivos que forman parte de las misiones y responsabilidades del Estado*".

²⁷ RDGRN 18 diciembre 2018 [BOE núm. 24 de 28 enero 2019]: "*La preeminencia del Derecho español en esta materia es indudable, en la medida que corresponde al legislador nacional fijar las condiciones del propio sistema de seguridad jurídica preventiva, tal y como ha reconocido recientemente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en Sentencia de 9 de marzo de 2017 (asunto C-342/15) al afirmar que el hecho de reservar las actividades relacionadas con la autenticación de documentos relativos a la creación o la transferencia de derechos reales inmobiliarios a una categoría específica de profesionales, depositarios de la fe pública y sobre los que el Estado miembro de que se trate ejerce un control especial, constituye una medida adecuada para alcanzar los objetivos de buen funcionamiento del sistema del Registro de la Propiedad y de legalidad y seguridad jurídica de los actos celebrados entre particulares*". Con las mismas palabras ya antes se expresó la RDGRN 17 abril 2017 [BOE núm. 101 de 28 abril 2017].

²⁸ *Vid.* Reglamento (CE) 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), cuyo art. 3.1 dispone: "*El contrato se regirá por la*

III. Exigencias necesarias para inscribir en el Registro de la propiedad español la escritura de compraventa de un bien inmueble situado en España

14. En este momento, por tanto, se trata de concretar cuáles son los requisitos exactos que exige el Derecho español para que una escritura de compraventa de un bien inmueble situado en España pueda ser inscrita en el Registro de la Propiedad español. Esos requisitos, nunca resulta ocioso reiterarlo, son los exigidos por el Derecho sustantivo español.

1. Otorgamiento de escritura pública de compraventa del bien inmueble

15. Resulta preciso arrancar del art. 3 LH. El precepto indica que "*para que puedan ser inscritos los títulos expresados en el artículo anterior [se refiere en general a actos y contratos de creación, transmisión y extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles], deberán estar consignados en escritura pública, ejecutoria o documento auténtico expedido por Autoridad judicial o por el Gobierno o sus Agentes, en la forma que prescriban los reglamentos*". Es decir, el art. 3 LH exige, para que la transferencia de la propiedad sobre un inmueble sea inscrita en el Registro de la propiedad español, que el título, el contrato de compraventa, conste en "*escritura pública*". El art. 3 LH requiere que la compraventa se documente en escritura pública pero no exige que se trate de una escritura pública otorgada ante notario español. Es más, el art. 4 LH, -cuya colocación sistemática, inmediatamente posterior al precepto fundamental, el mencionado art. 3 LH, es reveladora-, constituye una cláusula de apertura del Registro de la Propiedad español a los documentos otorgados en otros países. En tal sentido, puede afirmarse que el Derecho español es favorable y proclive, en principio, a la inscripción de escrituras públicas autorizadas por fedatarios extranjeros²⁹. La puerta del Registro de la Propiedad español no está cerrada a las escrituras públicas extranjeras por el mero hecho de que haya sido autorizadas por notarios de otros países.

16. La Ley española exige un "doble control de legalidad" del documento público que pretende ser inscrito en el Registro de la Propiedad. En primer término, la legalidad del acto debe controlarse por el notario autorizante de la escritura. En segundo lugar, la legalidad del documento debe controlarse por el Registrador de la Propiedad en el momento de su calificación previa al acceso del mismo al Registro de la Propiedad español. Este "doble control" de legalidad debe observarse en relación con todo documento público, ya sea autorizado por notario español o extranjero, que pretenda acceder al Registro de la Propiedad español.

17. Los documentos públicos extranjeros no acceden "sin más" al Registro de la Propiedad español por el simple hecho de ser "públicos". Se exige, naturalmente, que tales documentos superen un "control jurídico previo" compuesto por varios elementos. El precepto clave en relación con esta cuestión es el art. 60 LCJIMC³⁰. Esta norma presenta un alcance general, pues se refiere a todos los "documentos públicos extranjeros extrajudiciales". Proyectado al campo de las escrituras públicas otorgadas ante fedatario extranjero y relativas a transmisiones de inmuebles sitos en España, puede afirmarse que los requisitos específicos para el acceso de tales documentos al Registro de la Propiedad español son los que siguen.

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

²⁹ Art. 4 LH: "*También se inscribirán en el Registro los títulos expresados en el artículo segundo, otorgados en país extranjero, que tengan fuerza en España con arreglo a las leyes, y las ejecutorias pronunciadas por Tribunales extranjeros a que deba darse cumplimiento en España, con arreglo a la Ley de Enjuiciamiento Civil*".

³⁰ Art. 60 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil (BOE núm. 182 de 31 julio 2015): "*Inscripción de documentos públicos extranjeros. s documentos públicos extranjeros extrajudiciales podrán ser inscritos en los registros públicos españoles si cumplen los requisitos establecidos en la legislación específica aplicable y siempre que la autoridad extranjera haya intervenido en la confección del documento desarrollando funciones equivalentes a las que desempeñan las autoridades españolas en la materia de que se trate y surta los mismos o más próximos efectos en el país de origen*".

En primer lugar, el procedimiento registral, los requisitos legales y los efectos de los asientos registrales se someterán, en todo caso, a las normas del Derecho español (art. 58 LCJIMC).

En segundo término, el documento autorizado por el notario extranjero debe ser un documento “público”. Salvo contadísimas excepciones, al Registro de la Propiedad acceden sólo documentos “públicos”, sea cual sea el país donde se otorguen. Son documentos “públicos” extranjeros aquéllos que han sido autorizados por el funcionario que, en el país extranjero del que se trate, sea el titular de la función pública de dar fe y controlar la legalidad de los actos extrajudiciales. El documento público debe haber sido autorizado por autoridad extranjera que sea competente para ello conforme a la legislación de su Estado (Disposición Adicional Tercera de la Ley de la Jurisdicción voluntaria, número 1.a)³¹. En el otorgamiento o confección del documento se deben haber observado los requisitos que se exijan en el país donde se hayan otorgado para que el documento haga prueba plena en juicio (art. 323.2.1º LEC).

En tercer lugar, al tratarse de un documento “extranjero”, la autoridad registral española no puede comprobar su autenticidad con arreglo a las normas españolas³². Por tanto, por tratarse de un documento “extranjero”, se exige un “control de autenticidad”. Dicho control externo evita falsificaciones y fraudes. En concreto, se exige que la escritura pública extranjera se acompañe de su legalización (art. 323.2.2º LEC) o trámite que lo sustituya, como la “apostilla” prevista en el Convenio de La Haya de 5 octubre 1961 (RDGRN 14 septiembre 2016)³³. Del mismo modo, el documento público extranjero debe presentarse traducido a lengua española oficial (art. 144 LEC).

En cuarto lugar, el acto, hecho o negocio recogido en el documento público extranjero debe ser válido conforme a Derecho. Para acreditar tal validez, deben aplicarse “*las normas de Derecho internacional privado*” españolas o europeas que señalan la Ley aplicable a la capacidad, forma y fondo del negocio de que se trate (RDGRN 22 febrero 2012, RDGRN 31 octubre 2013 [escritura de constitución de hipoteca y contratantes holandeses]) (art. 60 LCJIMC, Disp. Adic. Tercera LJV, 1.c), art. 36 RH)³⁴. Ello significa que la compraventa del inmueble debe ser válida con arreglo a la Ley estatal que rige dicho contrato (arts. 3 y 4 RR-I) y debe respetar también, en su caso, las “normas internacionalmente imperativas” aplicables a dicho contrato (art. 9 RR-I). Esta exigencia puede comportar la necesidad de exigir que el acto que consta en el documento se ajuste a una Ley extranjera, cuyo tenor debe quedar probado.

En quinto lugar, debe recordarse que la inscripción del documento público extranjero no debe resultar manifiestamente incompatible con el orden público español (art. 60 LCJIMC y Disp. Adic. Tercera LJV, 1.d).

En sexto lugar, la autoridad extranjera, el notario extranjero, debe haber intervenido en la confección del documento público extranjero desarrollando funciones equivalentes a las que desempeñan las autoridades españolas en la materia de que se trate y surta los mismos o más próximos efectos en el país de origen (art. 60 LCJIMC y Disp. Adic. Tercera LJV, 1.b). Se trata de la “teoría de la equivalencia de funciones”, teoría bien diseñada ya hace años, en España, por R. BLANQUER UBEROS y que ahora consta de modo expreso y detallado, en el art. 60 LCJIMC citado³⁵. Debe advertirse, como advierten J. BOLÁS

³¹ Disposición Adicional Tercera de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (BOE núm. 158 de 3 julio 2015): “Disposición adicional tercera. Inscripción en los registros públicos de documentos públicos extranjeros. 1. Un documento público extranjero no dictado por un órgano judicial es título para inscribir el hecho o acto de que da fe siempre que cumpla los siguientes requisitos: a) Que el documento ha sido otorgado por autoridad extranjera competente conforme a la legislación de su Estado. b) Que la autoridad extranjera haya intervenido en la confección del documento desarrollando funciones equivalentes a las que desempeñan las autoridades españolas en la materia de que se trate y surta los mismos o más próximos efectos en el país de origen. c) Que el hecho o acto contenido en el documento sea válido conforme al ordenamiento designado por las normas españolas de Derecho internacional privado. d) Que la inscripción del documento extranjero no resulte manifiestamente incompatible con el orden público español. 2. El régimen jurídico contemplado en el presente artículo para las resoluciones dictadas por autoridades no judiciales extranjeras será aplicable a las resoluciones pronunciadas por órganos judiciales extranjeros en materias cuya competencia corresponda, según esta ley, al conocimiento de autoridades españolas no judiciales”.

³² Á.L. TOMASELLI ROJAS, “El análisis de los poderes generales para pleitos realizados en el extranjero, examen de los principales problemas al respecto”, 7 diciembre 2018, en <https://elderecho.com/analisis-los-poderes-generales-pleitos-realizados-extranjero>.

³³ RDGRN 14 septiembre 2016 [BOE núm. 241 de 5 octubre 2016]. *Vid.* Convenio suprimiendo la exigencia de la legalización de los documentos públicos extranjeros, hecho en La Haya el 5 octubre 1961 (BOE núm. 229 de 25 septiembre 1978).

³⁴ RDGRN 22 febrero 2012 [RJ 2012\5959]; RDGRN 31 octubre 2013 [BOE núm. 280 de 22 noviembre 2013].

³⁵ R. BLANQUER UBEROS, “Excepciones a la regla “locus regit actum” en materia de disposiciones “mortis causa”, suce-

ALFONSO / I. LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ / M. SAGARDÍA NAVARRO, que no basta con afirmar que un notario extranjero pertenece a un país cuyas leyes siguen el sistema del llamado "Notariado latino" y no el sistema del "notariado sajón" para, de ahí, concluir, de modo simplista, que la escritura pública autorizada por el Notario extranjero accederá al Registro español porque notario español y notario extranjero desarrollan la misma función³⁶. Debe indicarse, más bien al contrario, que, como regla general, el notario extranjero no puede controlar los mismos extremos que controla un notario español que autoriza una escritura pública de venta de inmueble, ni lo hará con el mismo nivel de profundidad, ya pertenezca al Notariado latino o al sajón. El resultado es claro: la escritura pública de compraventa sobre inmueble sito en España otorgada por notario extranjero no puede acceder al Registro español (RDGRN 7 febrero 2005, RDGRN 20 mayo 2005, RDGRN 28 enero 2006)³⁷. Como es natural, el contrato es válido y la propiedad se transmite si se cumplen con las exigencias que requiere el Derecho español para la transmisión de la propiedad, pues el bien se encuentra en territorio español (art. 10.1 CC). Si concurren título y modo, en efecto, la propiedad se transmite. Al no poder inscribirse en el Registro de la Propiedad español la escritura autorizada por notario extranjero, las partes siempre pueden compelerse a otorgar nueva escritura ante notario español si desean inscribir en el Registro español³⁸.

La exigencia legal expresa en el art. 60 LCJIMC y en la Disposición Adicional Tercera de la LJV de una "equivalencia de funciones" entre fedatarios públicos extranjeros y notarios españoles ha permitido superar la muy confusa y equivocada situación que se había creado como consecuencia de la jurisprudencia española recaída en esta cuestión³⁹. En particular, como muy bien ha subrayado V. MARTORELL,

sión y transmisión de bienes inmuebles", *Ponencias presentadas por el Notariado español a los congresos internacionales del Notariado latino*, vol. XIII, Madrid 1975, pp. 267-434; ID., "El estatuto formal (Artículo 11 del Código civil)", *Academia Matritense del Notariado. Estudios*, Tomo I, vol. II, Derecho internacional privado, Madrid, 1977, pp. 163-306. Sobre los orígenes doctrinales de esta teoría, muy completo resulta el análisis de I. GOMÁ LANZÓN, "La escritura otorgada ante notario extranjero", en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo 45-46, 2009, (ejemplar dedicado a Cursos 2004/2005-2005/2006), pp. 287-353 (texto completo en <https://hayderecho.com/wp-content/uploads/2012/10/ESCRITURA-ANTE-NOTARIO-EXTRANJERO.pdf>), así como el debido a I. LORA-TAMAYO RODRIGUEZ, "Eficacia en España de documentos formalizados en países extranjeros", en *III Congreso Nacional del Notariado Español*, Maspalomas (Gran Canaria), 1986, Consejo General del Notariado, 1988, pp. 180-200 y el expuesto por J. ÁLVAREZ-SALA, "¿Conflictos de leyes o conflictos de intereses?", *El notario del siglo XXI*, julio-agosto 2005, n.2, <http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-2/3356-conflictos-de-leyes-o-conflictos-de-intereses-0-06980321935359689>.

³⁶ J. BOLÁS ALFONSO / I. LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ / M. SAGARDÍA NAVARRO, "Valor y efecto de un documento extranjero recibido por el notario", *Revista Jurídica del Notariado*, 1992, pp. 367-484.

³⁷ RDGRN 7 febrero 2005 [REDI, 2005, pp. 1013-1023]; RDGRN 20 mayo 2005 [RJ 2005\5645]; RDGRN 28 enero 2006 [BIMJ núm. 2022 de 1 octubre 2006, pp. 4208-4211].

³⁸ P. BLANCO-MORALES LIMONES, "Autonomía de la voluntad en el derecho privado", en *Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, coord. por LORENZO PRATS ALBENTOSA, vol. 5, 2012 (Derecho Internacional Privado e Interregional), pp. 1-166.

³⁹ En relación con el acceso al Registro de la Propiedad español de escrituras formalizadas ante notarios extranjeros la literatura jurídica es extensa. *Vid.* entre otros, P. BLANCO-MORALES LIMONES, "Sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, n.º 998/2011, de 19 de junio de 2012 (ROJ STS 5354/2012)", *Ars Iuris Salmanticensis: AIS : revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología*, vol. 1, n.1, 2013, pp. 251-254; P. BLANCO-MORALES LIMONES, "La función notarial desde la perspectiva de la Unión Europea", en *El documento público extranjero en España y en la Unión Europea: Estudios sobre las características y efectos del documento público* (dir. MARIA FONT I MAS), 2014, pp. 123-149; P. BLANCO-MORALES LIMONES, "Del cándido europeísmo al turismo documental: reflexiones a propósito de la inscripción en el registro de la propiedad de una escritura autorizada por notario alemán", *Diario La Ley*, n. 7940, 2012; J. ÁLVAREZ-SALA WALTHER, "¿Conflictos de leyes o conflictos de intereses?", *El notario del siglo XXI* (www.elnotario.com), 2005-2; R. ARENAS GARCÍA, "Nota a SJPI n.6 Santa Cruz de Tenerife 9 marzo 2006 (inscripción de escrituras alemanas en el Registro español de la Propiedad)", *REDI*, 2006, pp. 484-488; R. ARENAS GARCÍA, "Denegación de la inscripción de un documento en el registro de la propiedad español por el hecho de ser extranjero", *Anuario Español de Derecho internacional privado*, vol. 4, 2005, pp. 337 y ss.; R. ARENAS GARCÍA, "Nota a SAP Sta Cruz Tenerife, 22 noviembre 2006 (inscripción en el Registro de la Propiedad español de escritura alemana de compraventa de inmueble sito en España)", *REDI*, 2006, pp. 987-993; A. FONT, "Acto relativo a acceso de documentos extranjeros en los Registros Públicos españoles, organizado por la Associació d'estudis jurídics internacionals (29 junio 2006)", *REDI*, 2006, pp. 616-619; J.L. GIMENO Y GÓMEZ-LAFUENTE, "El reconocimiento automático de documentación extranjera en los Registros de la Propiedad y de bienes Muebles", *Noticias de la Unión Europea*, 2007, pp. 101 y ss.; I. GOMÁ LANZÓN, "La escritura otorgada ante notario extranjero", en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo 45-46, 2009, (ejemplar dedicado a Cursos 2004/2005-2005/2006), pp. 287-353 (texto completo en <https://hayderecho.com/wp-content/uploads/2012/10/ESCRITURA-ANTE-NOTARIO-EXTRANJERO.pdf>); C. GUILARTE MARTÍN-CALERO, "Traditio y escritura pública", *La Ley* n.6322, 20 sept. 2005; I. HEREDIA CERVANTES, "Resolución de la DGRN de 7 de febrero de 2005: Denegación de la

la nueva disciplina legal de la cuestión permite superar las tesis que sentó la STS 19 junio 2012⁴⁰. Esta sentencia afirmó el "*principio de equiparación de las escrituras públicas otorgadas en el extranjero, por no existir limitación legal alguna contenida en la Ley Hipotecaria sobre el valor de los documentos otorgados en otros países*", en palabras de J.A. XIOL RÍOS⁴¹. Esta jurisprudencia, estimó, de modo erróneo, que no era preciso exigir una equivalencia de funciones entre fedatario público extranjero y fedatario público español, como observa con perspicacia R. RIVAS ANDRÉS⁴². Bastaba, decía el TS, que la escritura extranjera cumpliera con las exigencias de forma recogidas en la Ley designada por el art. 11 CC, lo que, como apuntan J.L. IRIARTE ÁNGEL / M. CASADO ABARQUERO, conducía a aceptar la inscripción en el Registro de la Propiedad español, sin más, de una escritura pública elaborada con arreglo a las formalidades del país del que depende el fedatario extranjero (*auctor regit actum - locus regit actum*)⁴³. Ello se apreciaba, decía el TS, con particular énfasis, cuando se trataba de escrituras autorizadas por fedatarios de Estados miembros de la Unión Europea, según destaca E.C. TORRALBA MENDIOLA⁴⁴. Tras la entrada en escena del art. 60 LCIMC debe entenderse que, en todo caso, la escritura pública extranjera debe haber sido confeccionada por el notario extranjero mediante el desarrollo de las mismas funciones y con el mismo nivel de control de legalidad que despliega el notario español que autoriza una escritura de venta de inmueble. Como ello es, en realidad, imposible, la consecuencia natural es que, escribe J. ÁLVAREZ-SALA, las escrituras de compraventa de inmuebles sitios en España deben otorgarse ante notario español si se desea que accedan al Registro de la Propiedad español, como ha indicado también, con toda corrección, I. ESPÍNEIRA SOTO⁴⁵.

inscripción de documento notarial extranjero", *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, 2006, pp. 115 y ss.; C. JEREZ DELGADO, "La inscripción de documentos notariales extranjeros en el Registro de la Propiedad: perspectivas jurídica y política (a la espera de un pronunciamiento del Tribunal Supremo y de un instrumento europeo)", *Revista crítica de derecho inmobiliario*, n.º 715, 2009, pp. 2531-2559; F. DE LUCAS FERNÁNDEZ, "Escrituras sobre bienes inmuebles sitios en España. Deben otorgarse ante Notario español para que puedan inscribirse en el Registro de la Propiedad", *Noticias de la Unión Europea*, N.º 255, 2006, pp. 9-15; V. PÉREZ DE MADRID CARRERAS, *Introducción al Derecho notarial*, Granada, Comares, 2006; M. REQUEJO ISIDRO, "Nota a RDGRN 23 abril 2003", *REDI*, 2005, pp. 335-340; S. SÁNCHEZ LORENZO, "La eficacia registral de las escrituras públicas de compraventa de inmuebles otorgadas ante notario extranjero a la luz de la doctrina reciente de la Dirección General de los Registros y del Notariado", *La Ley*, 2006, pp. 1461 y ss.; S. SÁNCHEZ LORENZO, "Nota a RDGRN 7 febrero 2005 (inscripción en Registro español de escrituras otorgadas en Alemania)", *REDI*, 2005, pp. 1013-1023; J.L. IRIARTE ÁNGEL / M. CASADO ABARQUERO, "Acceso al Registro de las escrituras públicas de adquisición de inmuebles otorgadas en el extranjero (Comentario a la sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 19 de junio de 2012)", *Revista crítica de derecho inmobiliario*, n.741, 2014 (ejemplar dedicado a: Derecho privado de la Unión Europea), pp. 177-194; C. GUILARTE MARTÍN-CALERO, "Traditio y escritura pública", *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n.4, 2005, pp. 1585-1589; J.A. XIOL RÍOS, "Validez en España de escritura pública de compraventa otorgada en Alemania", *Diario La Ley*, año XXXIII, n. XXXX, martes, 30 octubre 2012, pp. 4-6; R. RIVAS ANDRÉS, "Cómo debe actuar el notario español ante una escritura extranjera con inmuebles hispanos o cuando tiene que autorizar una escritura de inmuebles extranjeros (escrituras de requisitos y efectos básicos y de requisitos y efectos fuertes)" en <https://www.notariosyregistradores.com/LEYESEXTRANJERAS/ARTICULOS/2013-escriturasextranjerarivas.htm>; I. GOMÁ LANZÓN, "La escritura otorgada ante notario extranjero", en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo 45-46, 2009, (ejemplar dedicado a Cursos 2004/2005-2005/2006), pp. 287-353 (texto completo en <https://hayderecho.com/wp-content/uploads/2012/10/ESCRITURA-ANTE-NOTARIO-EXTRANJERO.pdf>); I. LORA-TAMAYO RODRIGUEZ, "Eficacia en España de documentos formalizados en países extranjeros", en *III Congreso Nacional del Notariado Español*, Maspalomas (Gran Canaria), 1986, Consejo General del Notariado, 1988, pp. 180-200; I. ESPÍNEIRA SOTO, "Comentario sobre el acceso al registro de propiedad de documentos de notarios extranjeros", en <https://www.notariosyregistradores.com/LEYESEXTRANJERAS/escriturasextranjerarivas.htm>. También, en la doctrina francesa puede verse el muy lucido análisis de S. GODECHOT-PATRIIS, "Nota a Sent. Cass. Francia 14 abril 2016 [poder otorgado ante *notary public* australiano]", *RCDIP*, 2017, pp. 55-63.

⁴⁰ V. MARTORELL, "Equiparación de los documentos notariales extranjeros: requisitos de equivalencia y extensibilidad", 5 diciembre 2017, en <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/modelos/equiparacion-de-los-documentos-notariales-extranjeros-requisitos-de-equivalencia-y-extensibilidad/>.

⁴¹ STS 19 junio 2012 [ECLI:ES:TS:2012:5354]. *Vid.* J.A. XIOL RÍOS, "Validez en España de escritura pública de compraventa otorgada en Alemania", *Diario La Ley*, año XXXIII, n. XXXX, martes, 30 octubre 2012, pp. 4-6.

⁴² R. RIVAS ANDRÉS, "Cómo debe actuar el notario español ante una escritura extranjera con inmuebles hispanos o cuando tiene que autorizar una escritura de inmuebles extranjeros (escrituras de requisitos y efectos básicos y de requisitos y efectos fuertes)" en <https://www.notariosyregistradores.com/LEYESEXTRANJERAS/ARTICULOS/2013-escriturasextranjerarivas.htm>.

⁴³ J.L. IRIARTE ÁNGEL / M. CASADO ABARQUERO, "Acceso al Registro de las escrituras públicas de adquisición de inmuebles otorgadas en el extranjero (Comentario a la sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 19 de junio de 2012)", *Revista crítica de derecho inmobiliario*, n.741, 2014 (ejemplar dedicado a: Derecho privado de la Unión Europea), pp. 177-194.

⁴⁴ E.C. TORRALBA MENDIOLA, "La eficacia en España de los poderes otorgados ante notario extranjero", *Bitácora Millennium DIPr: Derecho Internacional Privado*, n. 5, 2017.

⁴⁵ J. ÁLVAREZ-SALA, "¿Conflictos de leyes o conflictos de intereses?", *El notario del siglo XXI*, julio-agosto 2005, n.2, <http://>

2. Constancia en documento público del poder empleado en la compraventa

A) Poder otorgado en documento público español o extranjero

18. El Derecho español exige, para otorgar escritura pública de venta del inmueble situado en España, que el poder de representación empleado por vendedor o comprador conste en "documento público". Así lo requiere de modo claro, evidente y terminante, el art. 98 de la Ley 24/2001⁴⁶. Este precepto indica que: "[e]n los instrumentos públicos otorgados por representantes o apoderado, el Notario autorizante insertará una reseña identificativa del documento auténtico que se le haya aportado para acreditar la representación alegada y expresará que, a su juicio, son suficientes las facultades representativas acreditadas para el acto o contrato a que el instrumento se refiera"⁴⁷. Nótese que el precepto se refiere al "documento auténtico" que se haya aportado al notario para acreditar la representación alegada. El poder debe haber sido otorgado, necesariamente, en documento público, que es el "documento auténtico" al que se refiere el art. 98 de la Ley 24/2001, precisan F.M. MARIÑO PARDO y I. GOMÁ LANZÓN⁴⁸. Por otra parte, aunque de modo más general, concuerda con el citado art. 98 de la Ley 24/2001 también el art. 1280.5º CC: "deberán constar en documento público: (...): 5.º El poder (...) que tenga por objeto un acto redactado o que deba redactarse en escritura pública, o haya de perjudicar a tercero".

19. Dicho lo anterior, debe subrayarse que, en Derecho español, el poder de representación no es un acto jurídico solemne o acto jurídico estrictamente formal. El poder es un acto jurídico que goza de libertad de forma, en plena sintonía con los principios fundamentales que vertebran el sistema jurídico español⁴⁹. Aunque de modo sorprendente ciertos autores afirman, contra la letra del art. 1278 CC y con-

www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-2/3356-conflictos-de-leyes-o-conflictos-de-intereses-0-06980321935359689; I. ESPINEIRA SOTO, "Comentario sobre el acceso al registro de propiedad de documentos de notarios extranjeros", en <https://www.notariosyregistradores.com/LEYESEXTRANJERAS/escriturasextranjeras.htm>. De la misma y acreditada opinión es P. BLANCO-MORALES LIMONES, "Sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, n.º 998/2011, de 19 de junio de 2012 (ROJ STS 5354/2012)", *Ars Iuris Salmanticensis: AIS: revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología*, vol. 1, n.1, 2013, pp. 251-254; P. BLANCO-MORALES LIMONES, "Del cándido europeísmo al turismo documental: reflexiones a propósito de la inscripción en el registro de la propiedad de una escritura autorizada por notario alemán", *Diario La Ley*, n. 7940, 2012.

⁴⁶ Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (BOE núm. 313 de 31 diciembre 2001).

⁴⁷ Artículo 98 Ley 24/2001: "Juicio de suficiencia de la representación o apoderamiento por el Notario. 1. En los instrumentos públicos otorgados por representantes o apoderado, el Notario autorizante insertará una reseña identificativa del documento auténtico que se le haya aportado para acreditar la representación alegada y expresará que, a su juicio, son suficientes las facultades representativas acreditadas para el acto o contrato a que el instrumento se refiera. 2. La reseña por el notario de los datos identificativos del documento auténtico y su valoración de la suficiencia de las facultades representativas harán fe suficiente, por sí solas, de la representación acreditada, bajo responsabilidad del notario. El registrador limitará su calificación a la existencia de la reseña identificativa del documento, del juicio notarial de suficiencia y a la congruencia de éste con el contenido del título presentado, sin que el registrador pueda solicitar que se le transcriba o acompañe el documento del que nace la representación. 3. Deberán ser unidos a la matriz, original o por testimonio, los documentos complementarios de la misma cuando así lo exija la ley y podrán serlo aquéllos que el Notario autorizante juzgue conveniente. En los casos de unión, incorporación o testimonio parcial, el Notario dará fe de que en lo omitido no hay nada que restrinja ni, en forma alguna, modifique o condicione la parte transcrita". Téngase presente que el segundo párrafo del artículo 98 citado ha sido redactado por el art. 43 de la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de reformas para el impulso a la productividad (BOE de 19 noviembre 2005).

⁴⁸ F.M. MARIÑO PARDO, "El apoderamiento", 4 noviembre 2014, texto en: <https://www.franciscosmarinopardo.es/mis-temas/22-civil-parte-general/61-tema-27-el-apoderamiento>; I. GOMÁ LANZÓN, "La escritura otorgada ante notario extranjero", en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo 45-46, 2009, (ejemplar dedicado a Cursos 2004/2005-2005/2006), pp. 287-353 (texto completo en <https://hayderecho.com/wp-content/uploads/2012/10/ESCRITURA-ANTE-NOTARIO-EXTRANJERO.pdf>).

⁴⁹ R. TENA ARREGUI, "A propósito de la resolución de la DGRN de 14 de septiembre de 2016", en *El notario del siglo XXI*, septiembre-octubre 2019, n. 87, texto en <http://www.elnotario.es/index.php/practica-juridica/7319-poderes-extranjeros>: "Efectivamente, la resolución da por sentado la aplicabilidad de una serie de preceptos cuya ratio es completamente diferente. Así, olvida que el artículo 1280.5 CC no es requisito de validez del negocio, lo que implica que el artículo pertinente es el artículo 11.1 y no el 11.2 CC, por lo que la forma del país del otorgamiento será perfectamente admisible. Olvida también que el artículo 36 RH no está pensando en los títulos complementarios, sino en el título principal sujeto a inscripción. Es decir, no piensa en el poder, sino en la compraventa. Lo mismo cabe predicar del artículo 60 de la Ley de cooperación jurídica inter-

tra la centenaria jurisprudencia del Tribunal Supremo, que el poder para enajenar inmuebles debe, para su validez, constar en documento público, eso no es cierto⁵⁰.

20. En efecto, el sistema jurídico español, como es sabido, está construido sobre el principio de libertad de forma. El Derecho español constituye sigue las líneas de un "sistema legal espiritualista": la sola voluntad de las personas es la que crea obligaciones. Importa la voluntad del sujeto, el espíritu de las personas expresado en sus solas declaraciones de voluntad. El Derecho español, por influjo del Derecho canónico medieval, dejó atrás las solemnidades de las formas legales propias del Derecho Romano arcaico y clásico (*forma dat esse rei*). Así puede apreciarse ya en el Ordenamiento de Alcalá de 1348 dictado por Alfonso XI, recuerdan P. BLANCO-MORALES LIMONES y I. GOMÁ LANZÓN⁵¹. Por tanto, insiste muy correctamente R. TENA ARREGUI, en que salvo que una norma jurídica establezca lo contrario, un acto o contrato es válido cualquiera que sea la forma en la que las declaraciones de voluntad de los sujetos se manifieste (art. 1278 CC)⁵². No significa ello que la forma de los actos jurídicos y de los contratos no revista importancia para el Derecho. La forma de los actos jurídicos y de los contratos es un elemento necesario, pues toda declaración de voluntad se presenta de algún modo, esto es, se presenta en una "forma". Ésta, como muestra de modo inmejorable P. BLANCO-MORALES LIMONES, cumple tres funciones. En primer lugar, una función admonitoria (= protege a las personas para que no queden vinculadas por declaraciones de voluntad emitidas de modo precipitado). En segundo lugar, una función probatoria (= permite una acreditación sencilla de la existencia del negocio jurídico). Y en tercer lugar, una función salvatoria (= evita que las declaraciones de voluntad se emitan con vicios o defectos legales). En consecuencia, la forma de los actos evita los litigios y encaja con la santa economía jurídica, al evitar litigios judiciales⁵³. Sin embargo, y pese a la innegable importancia de la forma de todo negocio jurídico, la herencia no formalista de los actos jurídicos en Derecho español llegó impoluta hasta el Código Civil de 1889. El Derecho español aparece vertebrado, tal y como se ha subrayado antes, por el principio espiritualista y no formalista. Así pues, los actos y contratos relacionados en el art. 1280 CC no constituyen actos o contratos estrictamente formales o sometidos a forma *ad solemnitatem*. Tales actos

*nacional en materia civil -relativo a la inscripción de documentos públicos extranjeros- que es el que consagra el principio de equivalencia". F. ROSALES, "Legitimación de firmas ante notario", 9 mayo 2016, en <https://www.notariofranciscorosales.com/legitimacion-de-firma-ante-notario/>. Indica J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral, Tomo tercero, Derecho de Obligaciones, La obligación y el contrato en general*, 15ª ed., Reus SA, Madrid, 1988, p. 547: "en el supuesto de que no se hubiera llenado la forma exigida por la Ley, sólo están autorizadas las partes para compelerse recíprocamente a llenar aquella forma, nunca para solicitar la inexistencia del contrato (...) en síntesis, el art. 1280 C no modifica el precepto del art. 1278 CC, ni tiene otro alcance, conforme al art. 1279 CC, que el de que pueda cualquiera de las partes imponer a la otra su cumplimiento, pidiendo la elevación del contrato a escritura pública".*

⁵⁰ Es el caso de S.A. SÁNCHEZ LORENZO, "La eficacia de los poderes de representación voluntaria otorgados ante Notario extranjero y la doctrina de la Dirección General de Registros y el Notariado", *Diario La Ley*, n. 9376, Sección Tribuna, 13 de marzo de 2019, que escribe: "El artículo 10.11º del Código civil somete a la representación voluntaria, con carácter general, a la ley española si las facultades representativas se ejercen en España, esto es, si el poder se emplea, por ejemplo, para negociar sobre un inmueble situado en España. Como la ley española requiere imperativamente que el poder conste en documento público como condición de validez del apoderamiento (artículo 1280.5º del Código civil), si el poder se otorga en el extranjero debe hacerse en tal forma, esto es, a través de un documento público equivalente al que otorga el notario español" (sic).

⁵¹ P. BLANCO-MORALES LIMONES "Forma de los actos", en A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Directores), *Derecho internacional privado*, vol. II, 15ª edición, Comares, Granada, 2015, pp. 3-14; I. GOMÁ LANZÓN, "La escritura otorgada ante notario extranjero", en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo 45-46, 2009, (ejemplar dedicado a Cursos 2004/2005-2005/2006), pp. 287-353 (texto completo en <https://hayderecho.com/wp-content/uploads/2012/10/ESCRITURA-ANTE-NOTARIO-EXTRANJERO.pdf>).

⁵² R. TENA ARREGUI, "A propósito de la resolución de la DGRN de 14 de septiembre de 2016", en *El notario del siglo XXI*, septiembre-octubre 2019, n. 87, texto en <http://www.elnotario.es/index.php/practica-juridica/7319-poderes-extranjeros>. F. ROSALES, "Legitimación de firmas ante notario", 9 mayo 2016, en <https://www.notariofranciscorosales.com/legitimacion-de-firma-ante-notario/>. Así lo expresa la RDGRN 11 junio 1999 [BOE núm. 166 de 13 julio 1999]: "Sería inoportuno intentar resolver el problema por aplicación de las reglas que contiene el artículo 11 del Código Civil respecto de la forma de los actos y contratos, porque este artículo resuelve únicamente cuestiones en torno a la validez de distintas formas en el ámbito del Derecho Internacional Privado, en armonía, por cierto, con el principio general de libertad de forma para los contratos en nuestro Derecho interno (cfr. artículos 1.278 y siguientes del Código Civil)....". En el mismo sentido, RDGRN 23 mayo 2006 [BOE de 26 junio 2006].

⁵³ P. BLANCO-MORALES LIMONES "Forma de los actos", en A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Directores), *Derecho internacional privado*, vol. II, 15ª edición, Comares, Granada, 2015, pp. 3-14.

y contratos son perfectamente válidos aunque no se haya observado la forma jurídica indicada por el art. 1280 CC. Su significado debe leerse a partir del art. 1279 CC⁵⁴. Esta norma establece que las partes "*podrán compelerse recíprocamente*" a observar la forma prescrita por el art. 1280 CC en relación con los actos y contratos mencionados en el art. 1280 CC. Tales actos y contratos son jurídicamente válidos y obligan, por supuesto, a las partes. La forma a la que se refiere el art. 1280 CC sólo es precisa en el caso de que tales actos y contratos deban oponerse a terceros. La jurisprudencia española es unánime en este sentido y también lo es la doctrina⁵⁵. En verdad, son muy escasos los actos y contratos en relación con los cuales el Derecho español exige la observancia de una forma solemne bajo pena de nulidad del acto o contrato. Un ejemplo es la donación de bienes inmuebles recogida en el art. 633 CC⁵⁶. Se insiste, así, una vez más y nunca serán suficientes, en que el poder de representación es un acto jurídico que, en Derecho español, sigue el principio de libertad de forma, explica F.M. MARIÑO PARDO⁵⁷. Para su validez no es preciso que el poder sea otorgado en escritura pública, en documento público o con arreglo a ninguna otra formalidad legal ni por supuesto, que deba superar un "juicio de equivalencia", como bien ilustra J. GARCÍA-CAZORLA TABOADA⁵⁸. La constancia del poder en escritura pública, española o extranjera, sólo es precisa si dicho poder va a ser utilizado para otorgar una escritura pública notarial española de venta de un inmueble sito en España. El poder otorgado en documento privado es plena y perfectamente válido. Así lo indica con precisión la RDGRN 17 abril 2017⁵⁹.

21. El poder de representación es, pues, en Derecho español, un acto jurídico válido aunque no conste en documento público. Puede otorgarse de forma escrita en documento privado o incluso de forma oral. La forma solmne, -el otorgamiento del poder en escritura pública-, no es elemento necesario para la validez de dicho poder. El art. 1280.5º CC, como es bien sabido, no contiene una lista de actos jurídicos formales, sometidos a forma *ad solemnitatem*, como se ha indicado en el párrafo anterior. Esta afirmación reviste una importancia capital para el Derecho internacional privado. En efecto, al tratarse el poder de un acto jurídico que se beneficia de la libertad de forma, el art. 11.2 CC no es nunca aplicable a los poderes aunque la Ley que rija el fondo del poder, *ex art.* 10.11 CC, sea la Ley española. Sorprende, nuevamente, que ciertos autores opinen lo contrario y sostengan que los poderes para disponer de

⁵⁴ Art. 1279 CC: "*Si la ley exigiere el otorgamiento de escritura u otra forma especial para hacer efectivas las obligaciones propias de un contrato, los contratantes podrán compelerse recíprocamente a llenar aquella forma desde que hubiese intervenido el consentimiento y demás requisitos necesarios para su validez*".

⁵⁵ *Vid.* entre otras muchas: STS 23 noviembre 1989 [ECLI: ES:TS:1989:9789]; STS 24 noviembre 1993 [ECLI: ES:TS:1993:7970]; STS 12 marzo 1994 [ECLI: ES:TS:1994:14913]. Afirma y reafirma la plena validez legal de los actos y contratos incluidos en el art. 1280 CC cuando no se hayan observado las formas que se relacionan en dicho precepto numerosísima doctrina unánime. *Vid.* entre otros muchos, F. SEVILLA CÁCERES, "Elevar a escritura pública el contrato de compraventa", 4 octubre 2019, texto en <https://www.mundojuridico.info/elevar-escritura-publica-el-contrato-de-compraventa/>; F. ROSALES, "Legitimación de firmas ante notario", 9 mayo 2016, en <https://www.notariofranciscosales.com/legitimacion-de-firma-ante-notario/>; F.M. MARIÑO PARDO, "El apoderamiento", 4 noviembre 2014, texto en: <https://www.franciscosmarinopardo.es/mis-temas/22-civil-parte-general/61-tema-27-el-apoderamiento/>; R. TENA ARREGUI, "A propósito de la resolución de la DGRN de 14 de septiembre de 2016", en *El notario del siglo XXI*, septiembre-octubre 2019, n. 87, texto en <http://www.elnotario.es/index.php/practica-juridica/7319-poderes-extranjeros>.

⁵⁶ Art. 633 CC: "*Para que sea válida la donación de cosa inmueble ha de hacerse en escritura pública, expresándose en ella individualmente los bienes donados y el valor de las cargas que deba satisfacer el donatario. | La aceptación podrá hacerse en la misma escritura de donación o en otra separada; pero no surtirá efecto si no se hiciese en vida del donante. | Hecha en escritura separada, deberá notificarse la aceptación en forma auténtica al donante y se anotará esta diligencia en ambas escrituras*".

⁵⁷ F.M. MARIÑO PARDO, "El apoderamiento", 4 noviembre 2014, texto en: <https://www.franciscosmarinopardo.es/mis-temas/22-civil-parte-general/61-tema-27-el-apoderamiento>.

⁵⁸ J. GARCÍA-CAZORLA TABOADA, "Sobre la eficacia en España de los poderes otorgados ante notarios extranjeros (a propósito de las resoluciones de la DGRN de 14 de septiembre de 2016 y 17 de abril de 2017)", *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 2017, n. 47, pp. 127-133. También R. TENA ARREGUI, "A propósito de la resolución de la DGRN de 14 de septiembre de 2016", en *El notario del siglo XXI*, septiembre-octubre 2019, n. 87, texto en <http://www.elnotario.es/index.php/practica-juridica/7319-poderes-extranjeros>.

⁵⁹ RDGRN 17 abril 2017 [BOE núm. 101 de 28 abril 2017]: "*Procede por tanto examinar la valoración formal del documento extranjero con arreglo a la legislación española, teniendo en cuenta, que el derecho español exige, en ciertos casos (como en el supuesto del artículo 1280.5 del Código Civil), que conste en documento público el poder que «...tenga por objeto un acto redactado o que deba redactarse en escritura pública, o haya de perjudicar a tercero» (cfr. artículo 3 de la Ley Hipotecaria)*".

inmuebles sólo son válidos si se otorgan en documento público porque están sujetos a la dicha forma solemne. Como antes se ha indicado, el art. 1278 CC y la jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha interpretado, desde hace innumerables años, el sentido del art. 1280 CC permiten afirmar que el poder otorgado en España o en el extranjero y que consta en documento privado es plenamente válido para el ordenamiento jurídico español⁶⁰. En consecuencia, aunque el poder quede sujeto, en cuanto al fondo, al Derecho español en virtud del art. 10.11 CC, resultará que el art. 11.2 CC no es aplicable a los poderes porque éstos, en Derecho español, no requieren ser otorgados en documento público para ser válidos.

Una observación cautelosa, sosegada y atenta de las resoluciones de la DGRN permite comprobar que la DGRN jamás nombra, ni menciona, ni cita el art. 11.2 CC como punto legal de apoyo para exigir que el poder deba constar en escritura pública. En la misma línea, el TS ha afirmado con elegante transparencia en su STS 20 julio 1992 que el art. 11.1 CC es aplicable para precisar la ley aplicable a la forma de los poderes y que el art. 11.2 CC no resulta aplicable a los actos jurídicos, como los poderes, incluidos en la lista de actos y contratos que recoge en art. 1280 CC⁶¹.

22. El poder que se emplea para comprar o vender un inmueble sito en España, así, debe constar en documento público, esto es, en un documento intervenido por fedatario público pero sólo en el caso de que la adquisición del inmueble se realice en escritura pública notarial⁶². El Derecho español exige la intervención de un fedatario público para asegurar la veracidad de los elementos fácticos del negocio jurídico de apoderamiento -identidad de los sujetos, voluntad de los mismos, fecha de la operación, autenticidad de las firmas, etc.-, así como la validez jurídica del poder -su ajuste a Derecho-.

23. El art. 1216 CC indica que son documentos públicos "*los autorizados por un Notario o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la ley*". Es obvio que este precepto se refiere a los documentos autorizados por notarios españoles o empleados públicos españoles (RDGRN 7 febrero 2005)⁶³. Con otras palabras, puede afirmarse que, cuando ciertos preceptos legales españoles exigen el otorgamiento de "escritura pública" o de un "documento público" se refieren a la escritura pública "española" y al documento público "español" (art. 12.1 CC por analogía [*juris*], según la RDGRN 11 junio 1999)⁶⁴.

24. Ahora bien, es preciso aclarar si cada vez que el Derecho español exige que un acto o contrato o, en este caso, el poder de representación, se otorgue en documento público o escritura pública, está exigiendo con ello que se trate de documento intervenido por notario o funcionario "español" o si, por el

⁶⁰ Es el caso de S.A. SÁNCHEZ LORENZO, "La eficacia de los poderes de representación voluntaria otorgados ante Notario extranjero y la doctrina de la Dirección General de Registros y el Notariado", *Diario La Ley*, n. 9376, sección Tribuna, 13 de marzo de 2019. La jurisprudencia del TS confirma que los actos y contratos relacionados en el art. 1280 CC no están sujetos, para su validez, a la observancia de forma solemne, y en concreto afirma que un poder es perfectamente válido aunque no se otorgue en documento público. *Vid.* entre otras muchas: STS 23 noviembre 1989 [ECLI: ES:TS:1989:9789]; STS 24 noviembre 1993 [ECLI: ES:TS:1993:7970]; STS 12 marzo 1994 [ECLI: ES:TS:1994:14913].

⁶¹ STS 20 julio 1992 [ECLI: ES:TS:1992:6270]: "... la ahora recurrente que la legislación belga exija formalidades que no se hayan cumplido en los poderes otorgados en dicha Nación, y dada la autenticación de firmas de los poderdantes, legalizados y apostillados y que fueron presentados en el acto de comparecencia exigida por el artículo 693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ello está sustantivamente acorde con las normas de Derecho Internacional Privado (artículo 11-1 del Código Civil) que establece la aplicación del principio "*locus regit actum*", sin que pueda exigirse a un documento foráneo formalidades de nuestro régimen jurídico, puramente reglamentario, no habiéndose podido probar que otras defecciones pueda tener el referido apoderamiento, pues incluso el artículo 1.280, está supeditado al dispositivo del artículo 11-1, que específicamente se refiere a normas de Derecho Internacional, es bastante por ello que, como aquí acontece, no haya duda razonable de la delegación representativa".

⁶² J.A. FERRER, "Los poderes extranjeros y su calificación por el registrador de la propiedad. Referencia al juicio de equivalencia de funciones entre los notarios extranjeros y los españoles. Resolución de la DGRN de 14 de septiembre de 2016", en <http://joseantonioferrer.com/los-poderes-extranjeros-calificacion-registrador-la-propiedad-referencia-al-juicio-equivalencia-funciones-los-notarios-extranjeros-los-espanoles-resolucion-la-dgrn/>; MARTÍNEZ COMÍN (BLOG), "Poderes otorgados en el extranjero: requisitos para su validez en España", 28 noviembre 2016, en <https://www.martinezcomin.com/blog/poderes-otorgados-en-el-extranjero-requisitos-para-su-validez-en-espana/>.

⁶³ RDGRN 7 febrero 2005 [REDI, 2005, pp. 1013-1023].

⁶⁴ RDGRN 11 junio 1999 [BOE núm. 166, de 13 julio 1999].

contrario, cabe admitir el documento autorizado por fedatario extranjero. La cuestión estriba en decidir, en efecto, si la escritura pública extranjera de "poder" produce en España el "efecto de tipicidad", de modo que puede ser subsumida en la expresión "escritura pública" o "documento público" que emplean las normas del Derecho español que regulan, en el caso del art. 98 de la Ley 24/2001 y del art. 1280.5º CC, la exigencia de que el poder conste en "escritura pública". Así lo indica la RDGRN 14 septiembre 2016 [poder otorgado en Liverpool]⁶⁵.

25. Debe afirmarse que los preceptos legales españoles que exigen otorgamiento de escritura pública o documento público, y en concreto, el art. 98 de la Ley 24/2001 y el 1280.5º CC, no requieren en ningún momento que se trate de escritura pública o documento público autorizado por notario o funcionario "español". Es más, el art. 11 CC es claro al respecto al indicar que "[l]as formas y solemnidades de los contratos, testamentos y demás actos jurídicos se regirán por la ley del país en que se otorgan. No obstante, serán también válidos los celebrados con las formas y solemnidades exigidas por la ley aplicable a su contenido, así como los celebrados conforme a la ley personal del disponente o la común de los otorgantes. Igualmente serán válidos los actos y contratos relativos a bienes inmuebles otorgados con arreglo a las formas y solemnidades del lugar en que éstos radiquen". Es decir, que los poderes de representación pueden otorgarse en escritura pública autorizada por fedatario extranjeros siempre que se trate de auténticos "poderes" y de que tal escritura pública extranjera reúna la forma y las solemnidades exigidos bien por la Ley del país en que se otorgue el poder, bien por la Ley aplicable al contenido del poder, bien por ley personal del poderdante o bien por la Ley española visto que es España el país donde radican los inmuebles.

26. Lo más habitual es que el adquirente otorgue un poder de representación ante el notario o fedatario público extranjero correspondiente al país donde dicho poderdante se encuentra, donde tiene su residencia habitual y/o la sede central de sus negocios. Se exigirá, pues, que dicho poder se haya otorgado en documento público, esto es, que haya sido autorizado por autoridad pública, y que dicho documento revista todas las formalidades exigidas por la legislación extranjera aplicable a la forma del mismo, que es, habitualmente, la Ley del país donde se otorga el poder (art. 11.1 CC, conexión primera: *Locus Regit Actum*) (RDGRN 14 septiembre 2016)⁶⁶.

27. En consecuencia, puede apuntarse que el Derecho español exige que el poder se haya otorgado en documento público pero que no exige que se en cuestión se haya otorgado ante notario español. Puede haberse otorgado, así, ante fedatario público extranjero, como admite de modo diáfano la RDGRN 18 diciembre 2018⁶⁷.

Como es normal y lógico, si el poder ha sido otorgado ante notario español, resultará que el notario español ante el cual se formaliza la escritura de compraventa del inmueble sito en España tendrá por presentado un poder otorgado en escritura pública española y por cumplido tendrá también el art. 1280.5º CC y el art. 98 de la Ley 24/2001.

En el caso de un poder aparente y presuntamente otorgado ante fedatario público extranjero, el notario español ante el cual se formaliza la escritura de compraventa del inmueble sito en España debe exigir que concurra una serie de requisitos específicos en dicho poder con el objetivo de comprobar que está, en verdad, ante un poder otorgado en "escritura pública" como indica y requiere el art. 1280.5º CC.

⁶⁵ RDGRN 14 septiembre 2016 [BOE núm. 241 de 5 octubre 2016]: "... ha de decidirse si el documento público de apoderamiento otorgado en Inglaterra conforme a sus leyes produce en España el efecto de tipicidad que permita subsumir éste en la categoría documento público requerido conforme al Derecho español para la representación en la compra del inmueble".

⁶⁶ RDGRN 14 septiembre 2016 [BOE núm. 241 de 5 octubre 2016].

⁶⁷ RDGRN 18 diciembre 2018 [BOE núm. 24 de 28 enero 2019]: "Igualmente tiene establecida una dilatada doctrina relativa a la idoneidad de los documentos otorgados en el extranjero para producir una modificación del contenido del Registro español. Dicha doctrina, expresada ya en la Resolución de 11 de junio de 1999 y confirmada por muchas otras posteriores, pone de manifiesto cómo, con independencia de la validez formal del documento de acuerdo a las normas de conflicto aplicables (artículo 11 del Código Civil), y de su traducción y legalización (artículos 36 y 37 del Reglamento Hipotecario), es preciso que el documento supere un análisis de idoneidad o de equivalencia en relación a los documentos públicos españoles, requisito sin el cual no puede considerarse apto para modificar el contenido del Registro".

28. En favor de la inclusión de los documentos públicos extranjeros en el concepto de "documentos auténticos" o "documentos públicos" empleado por el art. 98 de la Ley 24/2001 y por el art. 1280.5º CC cabe invocar varios argumentos dogmáticamente bien pertrechados y expuestos con solidez por abundante doctrina especializada⁶⁸.

29. En primer término cabe interpretar el art. 1280.5ª CC de manera literal y *a contrario sensu*. Si el legislador español hubiera querido exigir el necesario otorgamiento de una escritura pública formalizada ante fedatario público español, lo habría exigido de manera expresa, como ha sucedido en otros supuestos. Ése fue el caso del art. 17.1 y 2 RD 671/1992, de 2 de julio, sobre inversiones extranjeras en España, normativa hoy derogada⁶⁹.

30. En segundo lugar, cabe recordar que el Derecho español, en esta materia, descansa en un antes ya aludido principio general de aceptación en España de los documentos públicos extranjeros. La apertura del Derecho español hacia las escrituras formalizadas ante fedatarios extranjeros encaja con el principio general de eficacia registral en España de documentos públicos extranjeros (*vid.* arts. 11-12 Ley de la jurisdicción voluntaria, arts. 58-61 LCJIMC, art. 4 LH y art. 36 RH aplicados en esta sede por *analogía juris*). En efecto, si el Registro español está abierto para escrituras y demás documentos públi-

⁶⁸ *Vid.* entre otros muchos, J. ÁLVAREZ-SALA WALTHER, "¿Conflictos de leyes o conflictos de intereses?", *El notario del siglo XXI* (www.elnotario.com), 2005-2; R. ARENAS GARCÍA, "Nota a SJPI n.6 Santa Cruz de Tenerife 9 marzo 2006 (inscripción de escrituras alemanas en el Registro español de la Propiedad)", *REDI*, 2006, pp. 484-488; R. ARENAS GARCÍA, "Denegación de la inscripción de un documento en el registro de la propiedad español por el hecho de ser extranjero", *Anuario Español de Derecho internacional privado*, vol. 4. 2005, pp. 337 y ss.; R. ARENAS GARCÍA, "Nota a SAP Sta Cruz Tenerife, 22 noviembre 2006 (inscripción en el Registro de la Propiedad español de escritura alemana de compraventa de inmueble sito en España)", *REDI*, 2006, pp. 987-993; A. FONT, "Acto relativo a acceso de documentos extranjeros en los Registros Públicos españoles, organizado por la Associació d'estudis jurídics internacionals (29 junio 2006)", *REDI*, 2006, pp. 616-619; J.L. GIMENO Y GÓMEZ-LAFUENTE, "El reconocimiento automático de documentación extranjera en los Registros de la Propiedad y de bienes Muebles", *Noticias de la Unión Europea*, 2007, pp. 101 y ss.; S. GODECHOT-PATRIS, "Nota a Sent. Cass. Francia 14 abril 2016 [poder otorgado ante notary public australiano]", *RCDIP*, 2017, pp. 55-63; I. GOMÁ LANZÓN, "La escritura otorgada ante notario extranjero", en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo 45-46, 2009, (ejemplar dedicado a Cursos 2004/2005-2005/2006), pp. 287-353 (texto completo en <https://hayderecho.com/wp-content/uploads/2012/10/ESCRITURA-ANTE-NOTARIO-EXTRANJERO.pdf>); C. GUILARTE MARTÍN-CALERO, "Traditio y escritura pública", *La Ley* n.6322, 20 sept. 2005; I. HEREDIA CERVANTES, "Resolución de la DGRN de 7 de febrero de 2005: Denegación de la inscripción de documento notarial extranjero", *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, 2006, pp. 115 y ss.; C. JEREZ DELGADO, "La inscripción de documentos notariales extranjeros en el Registro de la Propiedad: perspectivas jurídica y política (a la espera de un pronunciamiento del Tribunal Supremo y de un instrumento europeo)", *Revista crítica de derecho inmobiliario*, nº 715, 2009, pp. 2531-2559; F. DE LUCAS FERNÁNDEZ, "Escrituras sobre bienes inmuebles sitios en España. Deben otorgarse ante Notario español para que puedan inscribirse en el Registro de la Propiedad", *Noticias de la Unión Europea*, Nº 255, 2006, pp. 9-15; V. PÉREZ DE MADRID CARRERAS, *Introducción al Derecho notarial*, Granada, Comares, 2006; M. REQUEJO ISIDRO, "Nota a RDGRN 23 abril 2003", *REDI*, 2005, pp. 335-340; S. SÁNCHEZ LORENZO, "La eficacia registral de las escrituras públicas de compraventa de inmuebles otorgadas ante notario extranjero a la luz de la doctrina reciente de la Dirección General de los Registros y del Notariado", *La Ley*, 2006, pp. 1461 y ss.; S. SÁNCHEZ LORENZO, "Nota a RDGRN 7 febrero 2005 (inscripción en Registro español de escrituras otorgadas en Alemania)", *REDI*, 2005, pp. 1013-1023.

⁶⁹ Real Decreto 671/1992, de 2 de julio, sobre régimen de las inversiones extranjeras en España (BOE núm.160 de 4 de julio de 1992): "Artículo 17. Formalización documental. 1. Las inversiones extranjeras, con la salvedad establecida en el apartado 3 siguiente, así como en los supuestos del artículo 2.2 y en la disposición transitoria primera del presente Real Decreto, se formalizarán en documento autorizado por fedatario público español. Dichos fedatarios públicos, así como los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, con carácter previo al ejercicio de las funciones y atribuciones que les confiere la legislación vigente, deberán exigir a los particulares la presentación de los documentos que acrediten haber cumplido los requisitos exigidos en las normas sobre inversiones extranjeras en España, incluida las justificaciones de la condición de no residente a que se refiere el artículo 2 del presente Real Decreto y de la forma de aportación de entre las previstas en el artículo 3, según se establezca en las normas de desarrollo de este Real Decreto, al objeto, según proceda, de su incorporación a la matriz o libro registro como documentos unidos por el fedatario público o conservación en su archivo por el Registrador de la Propiedad o Mercantil. 2. Las sucesivas transmisiones de los bienes o derechos en que se hubieran materializado las inversiones extranjeras en España, efectuadas en el extranjero entre no residentes, requerirán la intervención de fedatario público español. 3. No será necesaria la intervención de fedatario público para la adquisición, por no residentes, de valores cuya transmisión entre residentes pueda hacerse sin esa intervención, siempre que se efectúen con la participación o mediación de una sociedad o agencia de valores o de cualquier otra entidad cuya intervención sea necesaria para la operación, de acuerdo con la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores. Dichas entidades estarán sujetas a la misma obligación de comprobación documental prevista para los fedatarios públicos y Registradores de la Propiedad y Mercantiles en el apartado 1 anterior".

cos otorgados ante fedatarios extranjeros que satisfacen determinados requisitos de legalidad, también debe permitirse que el concepto de "documento público" o "escritura pública" utilizado por la legislación española cubra estos documentos públicos otorgados en el extranjero. Esto es: *a maiore* [inscripción en Registro Público español de documentos autorizados por notarios extranjeros] *ad minus* [el documento público "extranjero" también debe ser considerado "documento público" por una norma legal española].

31. En tercer lugar, cabe subrayar que el Derecho español, al exigir que el poder conste en escritura pública, requiere una determinada "formalidad documental del acto" que supone que se ha practicado un específico control de legalidad de dicho acto. Si el documento otorgado ante fedatario extranjero satisface el mismo nivel de "control de legalidad" al que se someten los documentos otorgados ante notarios españoles, las normas españolas que exigen el otorgamiento de documento público ven cumplida su exigencia material. La *ratio* de las normas (art. 98 de la Ley 24/2001 y art. 1280.5º CC) se respeta. En tal caso, no hay motivo alguno para exigir que el documento público sea, en todo caso, un documento autorizado por fedatario español.

En suma, el Derecho material español, abierto en general a la eficacia en España de documentos públicos extranjeros, exige que el ajuste a la legalidad que debe satisfacer el documento extranjero sea "equivalente" al ajuste a la legalidad propio del documento público español⁷⁰. Esto es, se exige que se haya realizado, en el extranjero, un "control de legalidad" del documento y del acto jurídico similar al que practica un notario español cuando autoriza el otorgamiento de un documento público español en el que consta un poder de representación. Esta exigencia se conoce con el nombre de "equivalencia de funciones". Se trata de acreditar la equivalencia de la intensidad de la intervención del fedatario público extranjero en la confección y autorización del documento con la intensidad de la intervención en la misma que practican los notarios españoles, como muy bien expone I. ESPÍNEIRA SOTO⁷¹.

Esta exigencia de equivalencia en las funciones desarrolladas por el notario extranjero con las que despliega el notario español deriva del mismo art. 1280.5 y del art. 98 de la Ley 23/2001, preceptos que requieren que el poder conste en "documento público" o "documento auténtico" sólo en el caso de que tal poder desee ser utilizado para otorgar escritura pública de venta de inmueble. Como es obvio, nada tiene que ver en ello la Ley que rige la representación *ex art.* 10.11 CC. Dicha Ley puede ser una ley extranjera o bien la ley española. Pretender que la exigencia de otorgamiento del poder en documento público equivalente al español sólo procede cuando la ley aplicable a la representación así lo exige, como hace cierta doctrina, supone ignorar que los arts. 1280.5 CC y art. 98 Ley 24/2001 se aplican por designación del art. 10.1 CC y no por mandato del art. 10.11 y 11.2 del CC⁷². Del mismo modo, esta

⁷⁰ Así lo expresa la RDGRN 11 junio 1999 [BOE núm. 166 de 13 julio 1999]: "*Ahora bien, si la determinación acerca de cuándo un documento español reúne las condiciones necesarias para ser calificado como público o auténtico no presenta dificultades a la vista de la definición contenida en el artículo 1.216 del Código Civil, la cuestión se complica extraordinariamente cuando se trata de un documento extranjero. Desde luego este documento habrá de tener en España fuerza con arreglo a las Leyes (cfr. artículos 4 de la Ley Hipotecaria y 36 del Reglamento Hipotecario), por haberse observado en su otorgamiento las formas y solemnidades establecidas en el país correspondiente (cfr. artículos. 600.3.o y 954.4.o de la Ley Enjuiciamiento Civil), pero esta primera aproximación no resuelve totalmente el problema planteado porque se trata aquí de determinar, en función de la exigencia de documentación pública para la inscripción en el Registro de la Propiedad español, cuándo un documento extranjero puede ser calificado como título público, y pueda así tener acceso al Registro de la Propiedad (...) mientras que aquí, como antes se ha apuntado, se trata de precisar un problema concreto: La aptitud de un documento extranjero para acceder al Registro español. Por el contrario, es el artículo 12.1 del Código Civil el que debe tenerse presente para encauzar la cuestión; en efecto, si el documento público español, por reunir unas características especiales, es inscribible en el Registro de la Propiedad, lo que no ocurre, como regla, respecto de los documentos privados, se hace necesaria una labor previa de calificación o, dicho de otro modo, de comparación entre los requisitos básicos exigidos al documento español para ser considerado como público y los exigidos al documento extranjero para gozar de ese mismo valor público en su propio ordenamiento. Sólo cuando el documento extranjero reúna los requisitos o presupuestos mínimos imprescindibles que caracterizan al documento público español, es cuando podrá sostenerse que aquél sea apropiado para ser inscrito en el Registro de la Propiedad"*.

⁷¹ I. ESPÍNEIRA SOTO, "Comentario sobre el acceso al registro de propiedad de documentos de notarios extranjeros", en <https://www.notariosyregistradores.com/LEYESEXTRANJERAS/escriturasextranjer.htm>.

⁷² Es el caso de S.A. SÁNCHEZ LORENZO, "La eficacia de los poderes de representación voluntaria otorgados ante Notario extranjero y la doctrina de la Dirección General de Registros y el Notariado", *Diario La Ley*, n. 9376, Sección Tribuna, 13 de marzo de 2019, así como de A. GARCÍA GARCÍA, "Eficacia de los poderes especiales otorgados ante Notario extranjero: una respuesta al Profesor Sánchez Lorenzo", *Diario La Ley*, n. 9427, Sección Tribuna, 3 de Junio de 2019.

interpretación lleva a la absurda consecuencia de tener que aceptar en España los poderes otorgados ante notario extranjero sin exigir la equivalencia de funciones cuando el poderdante o las partes que intervienen hayan decidido someter el poder a una ley extranjera. Si así fuera, bastaría con hacer constar en el poder una cláusula como, por ejemplo "*este poder queda sometido a la Ley de New Jersey*" para que el notario español se viera obligado a admitir la representación presuntamente derivada de un poder en cuya confección el notario extranjero no ha realizado un control de legalidad, no ha comprobado la capacidad de las partes o la suficiencia de las facultades conferidas, etc. Un poder que está sometido, por voluntad del poderdante, a la Ley de *New Jersey* se rige por la Ley de dicho *State* tanto en cuanto al fondo (art. 10.11) como a la forma (art. 11.1 CC), de modo que si en la Ley de *New Jersey* es válido el poder otorgado en documento privado, el poder es válido en España y puede ser perfectamente utilizado en España para comprar o vender inmuebles sitios en España. Ahora bien, si se desea emplear dicho poder para comprar o vender inmuebles a través de escritura pública notarial española, deberá exigirse que dicho poder conste en documento público en cuya elaboración el notario extranjero haya desarrollado funciones equivalente a las que desarrolla un notario español que autoriza una escritura de poder⁷³. En ello no influye la ley que rige las relaciones entre representante y representado, ilustra C. JIMÉNEZ HERNÁNDEZ, relaciones jurídicas que se rigen, en todo caso, por la Ley designada por el art. 10.11 CC⁷⁴.

Si el documento público extranjero de poder ha sido autorizado por fedatario extranjero que no ha realizado las mismas funciones que desarrolla un notario español cuando autoriza una escritura de "poder", tal documento extranjero no será equivalente a la "escritura pública de poder" exigida por el Derecho español (art. 1280.5º CC) y por tanto, no podrá considerarse como una "escritura pública de poder" a efectos de la legislación española (ATS 17 junio 1983 [poder otorgado por sociedad alemana ante notario de Hamburgo a favor de procurador español])⁷⁵. Es el momento, ahora, de perfilar, concretar y desarrollar en qué consiste y cómo se comprueba la equivalencia entre las funciones que desarrolla el notario extranjero y las que despliega el notario español.

B) Poderes otorgados ante fedatario público extranjero. La "equivalencia de funciones"

32. Como se ha indicado, si el poder se ha otorgado ante fedatario público extranjero, debe entonces haber sido autorizado por fedatario extranjero que desarrolla unas funciones legales "equivalentes" a las que en España desarrolla un notario cuando autoriza una escritura de poder si se quiere cumplir con la forma pública exigida por los arts. 98 Ley 4/2001 y art. 1280.5º CC. La exigencia de "equivalencia de funciones" entre las desplegadas por el fedatario público extranjero y las que corresponden a un notario español es necesaria para asegurar la profundidad y extensión de la labor del control que realiza el fedatario público sobre la veracidad de los elementos fácticos del negocio jurídico de apoderamiento y sobre la validez jurídica del poder. De ese modo, queda acreditado que el documento público extranjero cumple con las mismas "garantías de control de legalidad" que un documento público español. Así, por tanto, se exige que el fedatario público extranjero haya desarrollado una "función equivalente" a la que despliega el notario español que autoriza una escritura pública de "poder".

33. Este requisito de la "equivalencia de funciones" se extrae del art. 4 LH, como ha señalado la DGRN (RDGRN 18 diciembre 2018 [poder otorgado en Suecia]; RDGRN 7 septiembre 2018 [poderes otorgados ante notarios de Tokio y Londres]; RDGRN 17 abril 2017 [poderes otorgados en Inglaterra]; RDGRN 14 septiembre 2016 [poder otorgado en Liverpool]; RDGRN 23 febrero 2015 [poder otorgado en el extranjero]; RDGRN 27 febrero 2014 [poder otorgado en Bélgica]; RDGRN 22 febrero 2012 [ins-

⁷³ J.A. FERRER, "Los poderes extranjeros y su calificación por el registrador de la propiedad. Referencia al juicio de equivalencia de funciones entre los notarios extranjeros y los españoles. Resolución de la DGRN de 14 de septiembre de 2016", en <http://joseantonioferrer.com/los-poderes-extranjeros-calificacion-registrador-la-propiedad-referencia-al-juicio-equivalencia-funciones-los-notarios-extranjeros-los-espanoles-resolucion-la-dgrn/>.

⁷⁴ C. JIMÉNEZ HERNÁNDEZ, "Los poderes otorgados en el extranjero", *Notaría abierta*, 28 febrero 2017, texto en <https://notariabierta.es/los-poderes-otorgados-extranjero/>.

⁷⁵ ATS 17 junio 1983 [CENDOJ 28079110011983200017 / ECLI:ES:TS:1983:680A].

cripción en España de documento de compraventa formalizado en Venezuela]; RDGRN 25 septiembre 2006; RDGRN 23 abril 2003 [poder otorgado ante notario alemán]; RDGRN 11 junio 1999 [escritura de compraventa otorgada ante Notario alemán)]⁷⁶.

En efecto, el poder puede haber sido autorizado por notario o fedatario público extranjero pero debe ser un poder cuya legalidad ha sido controlada por dicho funcionario tal y como lo habría hecho un notario español. La equivalencia de funciones es una exigencia indispensable para considerar que el documento extranjero es un "documento público" a efectos de la legislación española. Exigencia que también es requerida en otros países (Sent. Cour Cassation de Francia 23 mayo 2006) (G.A.L. DROZ, M. REVILLARD, P. CALLÉ)⁷⁷.

34. La teoría de la equivalencia de funciones ha sido recogida de modo expreso por el legislador para proceder a la inscripción en Registros españoles de documentos públicos otorgados ante autoridad extranjera. Así se recoge en el art. 60 LCJIMC y Disp. Adic. Tercera LJV, 1.b)⁷⁸. Pues bien, dicho mecanismo puede aplicarse también para decidir sobre el efecto de tipicidad de los documentos públicos otorgados ante funcionario extranjero en relación con la normativa material española ya que el mismo se halla implícito en el citado art. 4 LH.

35. La "equivalencia de funciones" resulta necesaria para poder afirmar una "equivalencia de efectos jurídicos" entre el documento público extranjero y el español. Sólo cuando se ha acreditado la existencia de dicha "equivalencia de funciones" entre las que desarrolla la autoridad española y las que despliega la autoridad extranjera, podrá considerarse que el documento público de "poder" autorizado por fedatario extranjero es un "documento público" a los efectos de la aplicación de la Ley material española, esto es, a los efectos del art. 98 Ley 24/2001 y art. 1280.5º CC. Esta equivalencia nada tiene que ver con el "principio de reciprocidad", como ha señalado la doctrina gala⁷⁹. Esto es, para considerar que un documento público extranjero es equivalente a un documento público español, no es preciso acreditar que en ese país extranjero se da valor de documento público local a los documentos públicos otorgados ante funcionarios españoles.

⁷⁶ RDGRN 18 diciembre 2018 [BOE núm. 24 de 28 enero 2019]; RDGRN 7 septiembre 2018 [BOE núm. 233 de 26 septiembre 2018]; RDGRN 17 abril 2017 [BOE núm. 101 de 28 abril 2017]; RDGRN 14 septiembre 2016 [BOE núm. 241 de 5 octubre 2016]; RDGRN 23 febrero 2015 [RJ 2015\1230]; RDGRN 27 febrero 2014 [BIMJ de 9 julio 2014]; RDGRN 22 febrero 2012 [BIMJ 7 noviembre 2012]; RDGRN [5ª] 25 septiembre 2006 [BIMJ núm. 2046 de 1 octubre 2007, pp. 3802-3808]; RDGRN 23 abril 2003 [BOE núm. 100 de 26 abril 2003]; RDGRN 11 junio 1999 [BOE núm. 166 de 13 julio 1999].

⁷⁷ Sent. Cour Cass. Francia 23 mayo 2006 [*Bulletin*, 2006, I n.258, p. 226]. *Vid.* G.A.L. DROZ, "Notaire", en VV.AA., *Encyclopedie Dalloz droit international*, París, 1968-69 (dir. Ph. FRANCESKAKIS), vol. II, 1969, pp. 472-476; M. REVILLARD, *Droit international privé et pratique notariale*, 5ª ed., Defrénois, 2001, pp. 430-433; M. REVILLARD, "Législation", *Encyclopedie Dalloz Droit international*, 2ª ed, París, enero 2006; P. CALLÉ, "L'acte authentique établi à l'étranger. Validité et exécution en France", *RCDIP*, 2005, pp. 337-356.

⁷⁸ Artículo 60 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil (BOE núm. 182 de 31 julio 2015): "*Inscripción de documentos públicos extranjeros. Los documentos públicos extranjeros extrajudiciales podrán ser inscritos en los registros públicos españoles si cumplen los requisitos establecidos en la legislación específica aplicable y siempre que la autoridad extranjera haya intervenido en la confección del documento desarrollando funciones equivalentes a las que desempeñan las autoridades españolas en la materia de que se trate y surta los mismos o más próximos efectos en el país de origen*". Más completo resulta, siempre no obstante, con la misma *ratio legis*, la Disposición Adicional Tercera de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (BOE núm. 158 de 3 julio 2015), cuyo texto indica: "*Disposición adicional tercera. Inscripción en los registros públicos de documentos públicos extranjeros. 1. Un documento público extranjero no dictado por un órgano judicial es título para inscribir el hecho o acto de que da fe siempre que cumpla los siguientes requisitos: a) Que el documento ha sido otorgado por autoridad extranjera competente conforme a la legislación de su Estado. b) Que la autoridad extranjera haya intervenido en la confección del documento desarrollando funciones equivalentes a las que desempeñan las autoridades españolas en la materia de que se trate y surta los mismos o más próximos efectos en el país de origen. c) Que el hecho o acto contenido en el documento sea válido conforme al ordenamiento designado por las normas españolas de Derecho internacional privado. d) Que la inscripción del documento extranjero no resulte manifiestamente incompatible con el orden público español. 2. El régimen jurídico contemplado en el presente artículo para las resoluciones dictadas por autoridades no judiciales extranjeras será aplicable a las resoluciones pronunciadas por órganos judiciales extranjeros en materias cuya competencia corresponda, según esta ley, al conocimiento de autoridades españolas no judiciales*".

⁷⁹ H. MUIR-WATT, "Le rencontre dans l'espace de figures hybrides" (variations autour du conflit international de décisions)", *Revue générale de procédures*, 1999, pp. 711-725; P. CALLÉ, "L'acte authentique établi à l'étranger. Validité et exécution en France", *RCDIP*, 2005, pp. 337-356.

36. En realidad, como precisa con toda exactitud G. BALLADORE PALLIERI, la exigencia de una equivalencia de funciones no tiene nada que ver con el art. 11 CC, aunque este precepto señale la Ley aplicable a la "forma de los actos"⁸⁰. La Ley material reguladora del acceso al Registro de la Propiedad de la escritura de compraventa del inmueble sito en España -Ley que es, según indica el art. 10.1 CC, la Ley española-, exige que el poder empleado en dicha venta conste en un "documento público". El art. 1280.5º CC y el art. 98 de la Ley 24/2001 requieren que, puesto que el poder se emplea para comprar o vender, en escritura pública, un inmueble sito en España, dicho poder conste en "documento público". Tal documento público puede ser otorgado ante notario español o extranjero pero debe, en todo caso, cumplir el mismo nivel de control de "ajuste a la legalidad". En suma, toda escritura pública de poder que se emplea para adquirir un inmueble a través de una compraventa realizada ante notario español, debe cumplir con el control de legalidad exigido por el Derecho español⁸¹. Esta equivalencia de funciones debe exigirse una vez que ya se ha determinado la Ley material aplicable al fondo y la forma del poder de representación y que, en consecuencia, el poder es válido. Por ello, se trata de una cuestión jurídica "material" y no "conflictual", como expresan con todo acierto F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ y M. ANDRINO HERNÁNDEZ⁸². La exigencia de equivalencia de funciones la requiere el art. 98 Ley 24/2001 y el art. 1280.5º CC, preceptos aplicables porque así lo determina el art. 10.1 CC y no el art. 11 CC en ninguno de sus párrafos.

37. El notario español interviene con una intensidad diferente según se trate de autorizar un tipo de acto jurídico u otro⁸³. El notario español no controla los mismos extremos legales cuando autoriza una escritura de "poder" que cuando autoriza una escritura de "capitulaciones matrimoniales" o de "compraventa de inmueble", por ejemplo. Por tanto, para que el documento público extranjero de "poder" pueda considerarse un "documento público" a efectos de la legislación española, la autoridad pública extranjera debe intervenir en la autorización del documento público con atribuciones similares a las que tiene el notario español que autoriza un documento similar. Se hace precisa, dice la DGRN, "*una labor previa de comparación entre los requisitos básicos exigidos al documento español para ser considerado como público y los exigidos al documento extranjero para gozar de ese mismo valor público en su propio ordenamiento*", en palabras de la RDGRN 11 junio 1999 [escritura de compraventa otorgada ante Notario alemán]⁸⁴.

38. En relación con los poderes la cuestión es sencilla. Como explica con muy acertado criterio J. ORDÓÑEZ CUADROS, es preciso que confluyan cuatro requisitos para aceptar la equivalencia de funciones entre notario extranjero que autoriza un poder y notario español: (a) el notario extranjero debe ser "*titular de una función pública, nombrado para el Estado para conferir autenticidad a los actos y negocios jurídicos*", (b) el notario extranjero debe haber desarrollado las funciones equivalentes a las propias del notario español, en concreto como "*la identificación del otorgante (juicio de identidad)*" así como (c) la comprobación de la capacidad *del otorgante en relación con el acto o negocio jurídico del que se trate (juicio de capacidad)*" y es preciso, también, finalmente, (d) que los poderes "*produzcan en su país de origen efectos*

⁸⁰ G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto internazionale privato*, en "Trattato di diritto civile e commerciale", Giuffrè, Milano, 1974, p. 370: "*si tratta cioè di decidere se, quando le nostre norme richiedono l'atto pubblico, con ciò intendano solo l'atto pubblico italiano, dinanzi al notaio italiano, o se venga considerato equivalente a questo anche l'atto pubblico straniero, e, in quest'ultima ipotesi, quali requisiti debbano sussistere affinché l'equivalenza vi sia. Il problema non è il problema della legge secondo cui valutare la forma di un atto, ma il problema di decidere se la forma concreta assunta da un terminato atto corrisponda alla forma per quell'atto prescritta dalla legge che gli è già stata ritenuta applicabile*".

⁸¹ P. CALLÉ, "L'acte authentique établi à l'étranger. Validité et exécution en France", *RCDIP*, 2005, pp. 337-356, en relación con Francia.

⁸² F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho internacional privado*, Cizur Menor, Civitas Thomson Reuters, Madrid, 5ª ed., 2019, p. 365; M. ANDRINO HERNÁNDEZ, "La forma de los poderes en Derecho Alemán. Comentarios a la Resolución de 21 de abril de 2003", *Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada*, n. 270, 2004, pp. 1421-1456.

⁸³ I. ESPINEIRA SOTO, "Comentario sobre el acceso al registro de propiedad de documentos de notarios extranjeros", en <https://www.notariosyregistradores.com/LEYESEXTRANJERAS/escriturasextranjer.htm>. También J. ORDÓÑEZ CUADROS, "Comentario de urgencia a la resolución de 18 de diciembre de 2018 sobre equivalencia documental", 28 enero 2019, en <https://www.notariosyregistradores.com>.

⁸⁴ RDGRN 11 junio 1999 [BOE núm. 166, de 13 julio 1999].

*equivalentes a los que deba producir conforme a la ley española*⁸⁵. La RDGRN 11 junio 1999 recoge estos mismos "requisito de equivalencia", si bien con un lenguaje más alambicado⁸⁶. En definitiva, esos cuatro datos constituyen los "elementos estructurales que dan fuerza al documento público español"⁸⁷.

39. No es relevante cuál es la concreta autoridad pública extranjera que autoriza el documento público: notario, secretario judicial, juez, funcionario del Registro Civil, corredor colegiado, etc. Lo fundamental es, como ya se ha indicado, que la autoridad extranjera que autoriza un documento público de "poder" controle los mismos extremos legales y realice una función de control de legalidad equivalente o similar a la función que desarrollaría un notario español que autoriza una escritura de "poder". Así lo ha indicado la muy bien diseñada RDGRN 11 junio 1999 [poder autorizado por notario alemán], sobre sólidas líneas de razonamiento jurídico ya marcadas por el TS en la STS 27 febrero 1964 [reconocimiento de filiación en Cuba] y en la STS 15 marzo 1955 [testamento ológrafo redactado en España y protocolizado en Cuba]⁸⁸. A efectos de acreditar que se cumple una equivalencia de funciones en la autorización de los poderes, deben controlarse, pues, los siguientes extremos.

C) Extremos a controlar para acreditar la equivalencia de funciones

a) Autoridad pública extranjera con competencia para autorizar poderes en documentos público

40. En primer lugar, el poder otorgado ante autoridad extranjera debe haber sido autorizado por una autoridad pública del país del que se trate, según antes se ha indicado. Como es natural, debe tratarse de una autoridad pública que tenga atribuida, en el país extranjero donde se otorga el poder, la competencia de otorgar fe pública extrajudicial. Esta comprobación debe realizarse con arreglo a las normas jurídicas extranjeras que regulan la fe pública extrajudicial en el país del que se trate y constituye el punto central, la clave de bóveda fundamental de toda la tesis de la equivalencia de funciones. Es el Derecho

⁸⁵ J. ORDÓÑEZ CUADROS, "Comentario de urgencia a la resolución de 18 de diciembre de 2018 sobre equivalencia documental", 28 enero 2019, en <https://www.notariosyregistradores.com>.

⁸⁶ La RDGRN 11 junio 1999 [BOE núm. 166 de 13 julio 1999] lo expresa así: "*Desde este punto de vista debe afirmarse que el documento público español alcanza este valor cuando en él concurren las exigencias básicas siguientes: a) que haya sido autorizado «por un Notario o empleado público competente» (artículo 1.216 del Código Civil), es decir, que el funcionario autorizante sea el titular de la función pública de dar fe, bien en la esfera judicial, bien la esfera extrajudicial; b) que se hayan observado «las solemnidades requeridas por la Ley» (artículo 1.216 del Código Civil), lo que se traduce en el cumplimiento de las formalidades exigidas para cada categoría de documento público, las cuales, cuando se trata de documentar públicamente un acto extrajudicial, son sustancialmente, la necesidad de la identificación suficiente del otorgante del acto o contrato (fe de conocimiento o juicio de identidad) y la apreciación por el autorizante de la capacidad del otorgante (juicio de capacidad), si bien en cuanto a este último requisito ha de precisarse que la no constancia documental del juicio de capacidad no implica que éste no haya existido pues puede considerarse implícito en la autorización del documento, como lo prueba el hecho de que su falta de constatación expresa en el documento notarial no lleva consigo la nulidad del instrumento público (cfr. artículo 27 de la Ley del Notariado), así como el hecho de que haya documentos judiciales que constatan acuerdos entre particulares en los que no se expresa tal juicio de capacidad (cfr. artículos 476 y 1.518 L.E.C.)*".

⁸⁷ En palabras, muy exactas, de la RDGRN 14 septiembre 2016 [BOE núm. 241 de 5 octubre 2016]: "*Como ha reiterado este Centro Directivo, el documento extranjero sólo es equivalente al documento español si concurren en su otorgamiento aquellos elementos estructurales que dan fuerza al documento público español: que sea autorizado por quien tenga atribuida en su país la competencia de otorgar fe pública y que el autorizante de fe, garantice, la identificación del otorgante así como su capacidad para el acto o negocio que contenga (vid. en el mismo sentido el artículo 323 de la Ley de Enjuiciamiento Civil o el artículo 2.c del Reglamento 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012 -Bruselas I refundido-)*". También coincidente la RDGRN 18 diciembre 2018 [BOE núm. 24 de 28 enero 2019]: "*... y, además, que exprese el cumplimiento de los requisitos de equivalencia del poder otorgado en el extranjero (cfr., disposición adicional tercera de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, y el artículo 60 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil), es decir, que la autoridad extranjera haya intervenido en la confección del documento desarrollando funciones equivalentes a las que desempeñan las autoridades españolas en la materia de que se trate y surta los mismos o más próximos efectos en el país de origen, que implica juicio de identidad y de capacidad de los otorgantes y que resulta sustancial y formalmente válido conforme a la ley aplicable (artículos 10.11 y 11 del Código Civil), si bien el registrador, bajo su responsabilidad, puede apreciar esa equivalencia (cfr. artículo 36 del Reglamento Hipotecario)*".

⁸⁸ STS 15 marzo 1955 [R.767]; STS 27 febrero 1964 [R.811]; RDGRN 11 junio 1999 [BOE núm. 166, de 13 julio 1999].

extranjero del país del que depende el fedatario público extranjero el que debe atribuir las funciones de dación de la fe pública extrajudicial al notario que autoriza el poder otorgado en el extranjero⁸⁹. En el caso de que con arreglo al Derecho extranjero los fedatarios de dicho país se hayan limitado a realizar una mera legitimación de firmas entonces debe estimarse que el documento en cuestión no puede calificarse como "documento público". Del mismo modo, cuando el documento ha sido intervenido por un servicio privado o un profesional privado, debe estimarse que el documento no ha sido autorizado por autoridad pública extranjera y no puede entenderse que la autoridad extranjera ha desarrollado funciones equivalentes a las que despliega un notario español, pues lo que ocurre, en verdad, es que el documento no ha sido intervenido por ninguna autoridad pública, como muy bien explica la RDGRN 23 mayo 2006 [poder otorgado en Marruecos con una simple legitimación de firmas]⁹⁰.

b) Observancia de las formalidades y solemnidades exigidas por la Ley del Estado donde se ha otorgado el poder

41. En segundo lugar, y como directa consecuencia de lo anterior, el poder otorgado ante autoridad extranjera debe constar en un documento en cuya confección se hayan observado los requisitos formales y demás solemnidades que se exijan en el país donde se hayan otorgado para que el documento pueda ser considerado como "documento público" o documento que hace "prueba plena en juicio" (art. 323.2.1º LEC por analogía). Esto es, el poder debe ser formalmente válido con arreglo a la Ley del país donde se ha otorgado, que es también la Ley del país de la autoridad pública fedataria que lo ha autorizado. No es preciso, naturalmente, que la autoridad pública extranjera haya observado las concretas formalidades exigidas por la legislación notarial española a la hora de confeccionar un documento público. En efecto, tal normativa no es aplicable, por definición, a los documentos expedidos por autoridades públicas extranjeras "*por no estar sometidos los notarios extranjeros a la normativa notarial española*", indica la DGRN, o como destaca el TS en relación con un poder otorgado en Hamburgo, Alemania, "*sería excesivo ahora exigir el cumplimiento de las circunstancias que el Reglamento Notarial español indica en sus artículos 165 y 166, evidentemente inaplicables...*" (ATS 17 junio 1983 [poder otorgado por sociedad alemana ante notario de Hamburgo a favor de procurador español]; RDGRN 22 febrero 2012 [inscripción en España de documento de compraventa formalizado en Venezuela])⁹¹. Por ello, el

⁸⁹ Así lo indica la RDGRN 14 septiembre 2016 [BOE núm. 241 de 5 octubre 2016]: "*Este juicio de equivalencia debe hacerse en función del ordenamiento extranjero aplicable por corresponderle determinar el alcance y eficacia de la actuación del autorizante lo que a su vez impone que dicha circunstancia sea debidamente acreditada, fuera del supuesto en que el registrador no lo considere preciso (artículo 36 del Reglamento Hipotecario)*". También la RDGRN 18 diciembre 2018 [BOE núm. 24 de 28 enero 2019]: "*A tales efectos, no será tanto en el contenido del documento, sino en el estatuto y la actuación de la autoridad extranjera donde se ha de centrar la aplicación de llamada regla de equivalencia de funciones, que supera y deja atrás la regla de equivalencia de formas, y que significa que un documento otorgado en el extranjero será válido prima facie para las exigencias del derecho español si la autoridad extranjera autorizante cumple unas funciones equivalentes a las de una autoridad española*". En idéntico sentido, también, la RDGRN 17 abril 2017 [BOE núm. 101 de 28 abril 2017].

⁹⁰ RDGRN 23 mayo 2006 [BOE de 26 junio 2006]: "*Si se comparan, pues, los requisitos básicos indicados del documento extranjero calificado, se observará que éste debe ser rechazado, como acertadamente señala el Registrador; por tratarse de una simple autorización con firma legitimada, sin que se le haya probado al funcionario calificador, que los documentos aportados sean equivalentes a una Escritura de poder notarial española (Cfr. Resolución de 19 de febrero de 2004) (...) Del examen de los documentos aportados resulta evidente que no se acreditan debidamente los nombramientos de don Mohamed Hassad y Mohamed Berrada como Presidentes Directores Generales de la «Compañía Nacional Royal Air Maroc», toda vez que dichos nombramientos resultan de sus meras manifestaciones, por lo que procede confirmar igualmente el primer defecto de la nota de calificación (Cfr. Resolución 27 de mayo de 2005)*". Vid. F.M. MARIÑO PARDO, "El apoderamiento", 4 noviembre 2014, texto en: <https://www.franciscosmarinopardo.es/mis-temas/22-civil-parte-general/61-tema-27-el-apoderamiento>; I. GOMÁ LANZÓN, "La escritura otorgada ante notario extranjero", en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo 45-46, 2009, (ejemplar dedicado a Cursos 2004/2005-2005/2006), pp. 287-353 (texto completo en <https://hayderecho.com/wp-content/uploads/2012/10/ESCRITURA-ANTE-NOTARIO-EXTRANJERO.pdf>).

⁹¹ ATS 17 junio 1983 [CENDOJ 28079110011983200017 / ECLI:ES:TS:1983:680A]: "*... no puede por menos que llevar a la conclusión ya establecida en reiterada doctrina de esta Sala en los Autos de 11 febrero 81 , 8 octubre 81 , 3 junio 82 y 14 enero 83 , de estimar su validez y eficacia ante este Tribunal por la simple aplicación de los artículos 9 y 11 del Código Civil español, pues otorgado el poder en Hamburgo (Alemania) es la Ley personal de los otorgantes la aplicable (artículo 9), como lo es la ley alemana en punto a la forma del contrato autorizado por Notario público en dicha ciudad, y al afirmar y certificar este funcionario, como se ha visto, la validez y concordancia con la ley del país ("locus regit actum"), sería excesivo ahora*

nombre que encabeza el poder otorgado ante notario extranjero es irrelevante: *Power of Attorney, Certificate*, etc. La apostilla colocada en el documento público extranjero de poder garantiza que se trata de un documento público extranjero autorizado por una verdadera autoridad pública extranjera y que dicho documento es auténtico y no una falsificación. La intervención de una autoridad o funcionario público en la confección del documento permite garantizar que el documento ha sido revisado por un sujeto neutral versado en Derecho y con la autoridad jurídica concedida por un Estado.

c) Juicio de realidad de los hechos necesarios para otorgar el poder

42. En tercer lugar, es preciso que el fedatario público extranjero desarrolle un "juicio de realidad" al autorizar el poder. Es decir, el fedatario extranjero debe haber controlado los hechos relevantes y necesarios para el otorgamiento del poder, tales como la fecha del acto jurídico, la voluntad inequívoca de otorgamiento del poder en los términos que exprese el poderdante y la identidad indubitada del otorgante del poder y del apoderado.

d) Juicio de legalidad civil del poder: un poder válido en Derecho

43. En cuarto lugar, el fedatario público extranjero debe desplegar un "juicio de legalidad civil del negocio jurídico". En este caso, el notario extranjero debe haber acreditado que se trata de un poder válidamente otorgado con arreglo a la Ley. El poder de representación otorgado ante fedatario público extranjero debe ser válido. Debe tratarse de un "poder", esto es, de un negocio jurídico unilateral en cuya virtud una persona otorga a otra el ejercicio de ciertas facultades jurídicas que le son propias⁹². Tal poder debe ser jurídicamente válido, perfectamente ajustado a Derecho. El fedatario extranjero debe haber autorizado un poder válido en sí mismo, esto es, un poder ajustado a la Ley. El notario español ante el que se formaliza la escritura de compraventa del inmueble sito en España debe controlar que el poder empleado para otorgar dicha escritura de venta y que ha sido otorgado ante fedatario público extranjero es válido, es ajustado a Derecho. La validez jurídica del poder se extiende a (i) la capacidad de los sujetos intervinientes, (ii) el fondo o sustancia de dicho poder y (iii) la forma del poder.

(i) Juicio de capacidad de los sujetos que intervienen en el otorgamiento del poder.

44. En primer término, el notario extranjero debe haber realizado un "juicio de capacidad" para precisar, con total certeza, que los sujetos que intervienen en el poder disponen de la capacidad legal requerida para proceder a tal otorgamiento. En la práctica, se trata de controlar, fundamentalmente, que el poderdante dispone de la capacidad legal exigida para otorgar el poder concreto del que se trate. La capacidad de dichos sujetos está determinada por la Ley nacional de cada sujeto (art. 9.1 CC).

(ii) Juicio de validez civil del contenido del poder.

45. En segundo término, el notario extranjero debe haber llevado a cabo un "juicio de validez civil" del contenido del poder. Éste debe ser válido con arreglo a las Leyes, españolas o extranjeras, que regulan el poder de representación según las normas de conflicto de leyes españolas o europeas vigentes en España. El precepto a considerar es el art. 10.11 CC⁹³. Esta norma de conflicto indica que a la representación voluntaria se aplicará "*de no mediar sometimiento expreso, la ley del país en donde se ejerciten las facultades conferidas*". Este art. 10.11 CC se aplica a la representación voluntaria y no a la

exigir el cumplimiento de las circunstancias que el Reglamento Notarial español indica en sus artículos 165 y 166, evidentemente inaplicables...". Vid. también RDGRN 22 febrero 2012 [RJ 2012\5959].

⁹² P. DE PABLO CONTRERAS, "Legitimación y representación", en AA.VV, *Curso de Derecho civil, Derecho Privado Derecho de la Perona*, 5ª ed., 2015, Ed. Colex, pp. 266-281, esp. p. 273: "*mediante el otorgamiento del poder de representación, el representado legitima al representante para que actúe en su nombre, produciendo esa actuación efectos en su esfera jurídica*".

⁹³ La redacción vigente del art. 10.11 CC data de 1974 (Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, por el que se sanciona con fuerza de ley el texto articulado del Título Preliminar del Código civil, en BOE núm. 163 de 9 julio 1974).

“representación indirecta”, ni a la “actuación gestorial auxiliar”, ni a la actuación del *nuntius*, emisario o mensajero. En consecuencia, el notario extranjero debe haber autorizado un poder que respeta la Ley del Estado que ha elegido de modo expreso el poderdante o bien, a falta de dicha elección, la Ley del país donde opera o actúa el representante. El Reglamento Roma I no es aplicable para designar la Ley aplicable a la representación voluntaria⁹⁴.

46. Como ha señalado la doctrina española, la Ley que regula el fondo o sustancia del poder y que se determina a través del art. 10.11 CC regula diversas cuestiones jurídicas de extrema importancia⁹⁵. En concreto dicha Ley rige: (i) la cuestión de saber en qué medida la actuación el representante obliga al representado frente a terceros. Como ha señalado el TS, la Ley que rige la representación voluntaria *ex art. 10.11 CC* regula la cuestión de saber si “*un intermediario puede obligar frente a terceros a la persona por cuya cuenta pretende actuar*”, como ha precisado el Tribunal Supremo en su STS 14 junio 1974⁹⁶. Dicha Ley regula, pues, la existencia misma de la representación, esto es, la “cuestión previa” al contrato que se celebra con el tercero (= la compraventa del inmueble situado en España). Dicha cuestión previa radica en corroborar si el representante puede vincular con su actuación al representado o poderdante con un tercero, como observa F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ⁹⁷; (ii) las facultades jurídicas del representante. La Ley reguladora de la representación voluntaria regula qué gestiones, trámites y actos jurídicos puede realizar el representante en nombre de su poderdante. También regula con qué terceros y hasta que punto o nivel está autorizado a negociar o tratar con tales terceros en nombre de su poderdante. Igualmente, la importante cuestión de la posibilidad de “autocontrato” queda sujeta a la Ley designada por el art. 10.11 CC; (iii) la sustancia del poder, esto es, la existencia del poder, su alcance, su renovación y la extinción de los poderes del representante. También regula el régimen jurídico de la declaración del representante en cuya virtud dice actuar en nombre del representado (*contemplatio domini*); (iv) Finalmente, la Ley designada por el art. 10.11 CC regula la existencia de extralimitaciones en la actuación del representante (*falsus procurator*) y sus consecuencias jurídicas en relación con el negocio de la representación.

⁹⁴ El art. 1.2.g RR-I indica, en efecto, que está excluida del ámbito de aplicación de dicho Reglamento Roma I, “*la posibilidad para un intermediario de obligar frente a terceros a la persona por cuya cuenta pretende actuar, o para un órgano de obligar a una sociedad, asociación o persona jurídica*”. Explicación: el Reglamento Roma I señala la Ley aplicable a los contratos internacionales. La representación voluntaria, en sí misma considerada, no es un contrato, aunque pueda derivar de un contrato de mandato, agencia, trabajo, o comisión mercantil, como ha señalado la DGRN (RDGRN 14 septiembre 2016 [poder otorgado el Liverpool] [BOE núm. 241 de 5 octubre 2016]; RDGRN 7 septiembre 2018 [poderes otorgados ante notarios de Tokio y Londres] [BOE núm. 233 de 26 septiembre 2018]; RDGRN 18 diciembre 2018 [poder otorgado en Suecia]; RDGRN 18 diciembre 2018 [BOE núm. 24 de 28 enero 2019]). *Vid.* Reglamento (CE) 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). Preciso resulta también recordar que el Convenio de La Haya de 14 marzo 1978 sobre la Ley aplicable a los contratos de intermediarios y a la representación, convenio internacional concluido en el marco de la Conferencia de La Haya de DIPr., no está en vigor para España. Por ello, es inaplicable por las autoridades españolas. Por otro lado, la UE ha manifestado en 2008 que no recomienda a los Estados miembros la ratificación de este convenio. *Vid.* texto del convenio en: <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=89>.

⁹⁵ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La representación”, en A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Directores), *Derecho internacional privado*, vol. II, 18ª edición, Comares, Granada, 2018, pp. 1068-1076; A. BORRÁS RODRÍGUEZ, “Artículo 10.11 CC”, en AA.VV., *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO Y S. DÍAZ ALABART, tomo I, vol.II, 2ª ed., Ed.Revista de Derecho privado / Edersa, Madrid, 1995, pp. 788-795; J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Artículo 10.11 CC”, en AA.VV., *Comentario del Código civil*, publicado por el Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 133-136; I. GUARDANS I CAMBO, *Contrato internacional y Derecho imperativo extranjero*, Ed.Aranzadi, 1992, pp. 357-396; M. MOYA ESCUDERO, “Nota a la SAT Granada de 17 febrero 1979”, *REDI*, 1982, vol.XXXIV, pp. 511-513; A. ORTIZ-ARCE DE LA FUENTE, “Artículo 10.11 CC.”, *CRef.Cc.*, 1977, en AA.VV., *Comentarios a las reformas del Código Civil (El nuevo Título Preliminar y la ley de 2 de mayo de 1975)*, vol.I, Madrid, Ed. Tecnos, 1977, pp. 562-566; A. REMIRO BROTONS, “Artículo 10.11 CC”, en AA.VV., *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones forales*, t.I, Edersa, Jaén, 1978, pp. 374-385; R. RUEDA VALDIVIA, “Régimen jurídico de la forma de los poderes de representación voluntaria en DIPr. español”, *RCEA*, 1995, pp. 177-220; *Id.*, *La representación voluntaria en la contratación internacional*, Granada, Ed. Comares, 1998.

⁹⁶ STS 14 junio 1974 [R.2637].

⁹⁷ F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “El Reglamento ‘Roma I’ sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: ¿Cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?”, *Diario La Ley*, núm. 6957, Sección Doctrina, 30 mayo 2008, versión *on line*.

(iii) Juicio de validez civil de las formalidades del poder.

47. En tercer término, en cuanto a la forma del poder de representación, éste debe haber sido otorgado con las formalidades exigidas por cualquiera de las Leyes designadas por el art. 11.1 CC⁹⁸. La redacción de este precepto data de 1974⁹⁹. Tales leyes operan "de modo fungible", como escribe con elegancia G. BALLADORE PALLIERI¹⁰⁰. Así, el poder puede ajustarse a las formalidades exigidas por el Derecho del país donde se ha otorgado, por el Derecho del país que rige el fondo del poder con arreglo al art. 10.11 CC, o bien por la ley personal del poderdante o por la Ley española, ya que el poder se refiere a facultades para disponer de bienes inmuebles sitos en España. En la inmensa mayoría de los supuestos los poderes se otorgan ante fedatarios públicos extranjeros. Éstos, autoridades públicas, operan siempre con arreglo a las Leyes del país del que dependen (*auctor regit actum*). Por tanto, en la práctica, el art. 11.1 CC comporta que se exija al poder autorizado por notario extranjero que cumpla con las formalidades vigentes en la Ley del país del que tales notarios depende, que es la Ley del país donde dicho poder se ha otorgado¹⁰¹.

48. La incidencia del art. 11.2 CC en este punto es inexistente¹⁰². Una correcta intelección de este precepto debe arrancar de una idea previa: existe una muy estrecha vinculación entre el régimen de fondo de ciertos actos jurídicos y la exigencia de forma solemne que establece la Ley. Con otras palabras, puede afirmarse que la forma solemne afecta a la validez intrínseca del acto jurídico e incluso

⁹⁸ El más completo y brillante estudio sobre forma de los actos en Derecho internacional privado español es el debido a M. REQUEJO ISIDRO, *Ley local y forma de los actos en el Derecho internacional Privado español*, Madrid, Eurolex, 1998, cuya lectura resulta imprescindible en este sector.

⁹⁹ Los antecedentes anteriores a este precepto pueden seguirse en J.M. TRÍAS DE BES, "La forme des actes juridiques dans la législation espagnole du point de vue international", *RCDIP*, 1927, pp. 18-36; J. DE YANGUAS MESSÍA, "La regla *locus regit actum*", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 1967, vol.XV, pp. 479-497; A. MIAJA DE LA MUELA, "Soluciones sanas a los conflictos de leyes, *favor negotii* y respeto a los derechos adquiridos", *REDI*, 1964, vol.XVII, pp. 16-38; A. BOYA BALET, "El sistema conflictual del Real decreto de extranjería de 17 de noviembre de 1852", *El Derecho internacional privado español anterior al Código civil de 1889*, Zaragoza, 1968, pp. 49-54; A. CANO MATA / F. LAGUNA ARANDA, "El sistema conflictual del Real decreto de 17 de octubre de 1851 sobre contratos y demás actos notariados en el extranjero", *El Derecho internacional privado español anterior al Código civil de 1889*, Zaragoza, 1968, pp. 41-47. Para la exégesis del art. 11 del Código Civil en 1974 son imprescindibles los trabajos de M.L. ALONSO HORCADA en M. AGUILAR NAVARRO Y OTROS, *Lecciones de Derecho civil internacional*, Serv.publ. Facultad Derecho, Univ.Complutense. Madrid, 1982, pp. 303-337; R. BLANQUER UBEROS, "Excepciones a la regla "locus regit actum" en materia de disposiciones "mortis causa", sucesión y transmisión de bienes inmuebles", *Ponencias presentadas por el Notariado español a los congresos internacionales del Notariado latino*, vol.XIII, Madrid 1975, pp. 267-434; Id., "El estatuto formal (Artículo 11 del Código civil)", *Academia Matritense del Notariado. Estudios*, Tomo I, vol. II, Derecho internacional privado, Madrid, 1977, pp. 163-306; J.M. ESPINAR VICENTE, "El art. 11 del Código civil español. Una posible lectura", *AESJ*, vol.X-XI, 1981-1982, pp. 423-441; A. HERRERO RUBIO, "La evolución del estatuto formal", *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra. Estudos em homenagem ao prof.Doutor A.de Arruda Ferrer Correia*, Coimbra, 1985, pp. 1-48; E. PÉREZ VERA, "Art. 11 CC", *Comentarios a las reformas del Código Civil*, vol.I, Madrid, Ed. Tecnos, 1977, pp. 566-584; J.L. IGLESIAS BUHIGUES, "La forma de los actos jurídicos en Derecho internacional privado", *Documentación jurídica*, núm.24, 1979, pp. 837-841; F. SÁNCHEZ-APELLÁNIZ y J. OLIVARES D'ANGELO, "La proyectada reforma del artículo 11.1 del Código civil", *RGD*, 1987, núm.519, pp. 6749-6756.

¹⁰⁰ G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto internazionale privato*, en "Trattato di diritto civile e commerciale", Giuffrè, Milano, 1974, p. 369.

¹⁰¹ Las relaciones entre art. 11 CC y los documentos notariales aparecen muy bien descritas en J.J. LÓPEZ BURNIOL, "La Escritura pública", en C.G.P.J., *Estudios sobre Derecho documental*, Madrid, 1997, pp. 47 ss.; R. RUEDA VALDIVIA, "Régimen jurídico de la forma de los poderes de representación voluntaria en Derecho internacional privado español", *RCEA*, 1999, pp. 177 ss.; J. BOLÁS ALFONSO / I. LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ / M. SAGARDÍA NAVARRO, "Valor y efecto de un documento extranjero recibido por el notario", *Revista Jurídica del Notariado*, 1992, pp. 367-484; I. ESPÍNEIRA SOTO, "Comentario sobre el acceso al registro de propiedad de documentos de notarios extranjeros", <http://www.notariosyregistradores.com>.

¹⁰² El art. 11 CC ha sido objeto de varias lecturas interpretativas que afectan, especialmente, a su segundo párrafo. Este profundo diálogo doctrinal puede explorarse en diversos estudios: J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, "Art. 11 CC", en AA.VV., *Comentario del Código civil*, publicado por el Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 136-138; J.D. GONZÁLEZ CAMPOS y F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, "Art. 11 CC.", en AA.VV., *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART, tomo I, vol.II, 2ª ed., Ed.Revista de Derecho privado / Edersa, Madrid, 1995, pp. 795-842; J.D. GONZÁLEZ CAMPOS / A. ORTIZ-ARCE DE LA FUENTE, "Art. 11 CC", en AA.VV., *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones forales*, t.I, Edersa, Jaén, 1978, pp. 386-427. La más original de estas propuestas se debe a J.M. ESPINAR VICENTE en J.D. GONZÁLEZ CAMPOS Y OTROS, *Derecho internacional privado, parte especial*, vol.II, 3ª ed. revisada, Ed.Apel, 1990, pp. 285-304.

a su propia existencia. En efecto, ciertos actos jurídicos revisten una extraordinaria relevancia hasta el punto de tener que ajustarse a una forma solemne para garantizar la protección y defensa de intereses públicos, generales o colectivos y también para proteger a las mismas partes que intervienen en el acto. Por ello, precisamente, es conveniente que se observe dicha forma solemne, para que los intereses particulares y los intereses supraindividuales que protege el Derecho que rige el fondo del acto queden salvaguardados. El Derecho que regula el fondo del acto es, en definitiva, del Derecho del país objetivamente más vinculado con el acto jurídico en cuestión, indican Y. LOUSSOUARN / P. BOUREL / P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES¹⁰³. El art. 11.2 CC se aplica sea cual fuere la Ley estatal que rige el fondo del acto, esto es, ya se regule el acto en cuestión por la Ley española o por una Ley extranjera. Una vez comprobado que la Ley que regula el fondo del acto considera que tal acto es "rigurosamente formal" y que, en consecuencia, debe revestir una concreta "forma solemne", el art. 11.2 CC indica que dicha "forma o solemnidad", y no cualquier otra forma o solemnidad, debe ser siempre respetada: escritura pública, documento público, testamento, etc. La forma solemne requerida por la Ley, española o extranjera, que regula el fondo del asunto, es la que hay que observar. De este modo, la clave reside en la necesaria consulta previa de la Ley que rige el fondo del acto. Se trata de averiguar si dicha Ley considera que el acto en cuestión debe ser otorgado con respeto de una determinada forma solemne sin cuya observancia en acto jurídico es nulo o inexistente.

49. En relación con los poderes de representación, el art. 11.2 CC persigue garantizar la validez intrínseca de dicho poder, esto es, que el poder se ajuste, también en cuanto a la forma, a la Ley que rige su contenido sustancial si dicha Ley considera que el poder sólo es válido si se otorga en documento público o con arreglo a otra forma solemne. Sin embargo, se observa fácilmente que la inmensa mayoría de los Derechos estatales no requieren, para la validez del poder, que éste se otorgue en escritura pública aunque se refieran a inmuebles. Es el caso del Reino Unido, Chipre o Estados Unidos de América¹⁰⁴. Pero es que también en Derecho español, como antes se ha apuntado, el poder es perfectamente válido si se otorga en documento privado. En efecto, el art. 1280.5º CC no requiere que, para considerarlo "válido", el poder se otorgue en documento público. La forma pública del poder sólo es precisa si dicho poder se debe oponer a terceros o si el poder se emplea para otorgar una escritura pública relativa a bienes inmuebles. En tal caso, se exige que el poder conste en documento público. Fuera de tales supuestos, el poder es perfectamente válido incluso si consta en documento privado o si se otorga de forma oral. En suma: como escribe P. DE PABLO CONTRERAS, en Derecho español el poder no es un acto jurídico estrictamente formal o sometido a forma pública solemne¹⁰⁵. En consecuencia, resulta evidente que el art. 11.2 CC, -previsto exclusivamente para actos solemnes en cuanto a la forma-, no es aplicable a los poderes de representación porque el poder, en el Derecho de la inmensa mayoría de los países y también en el Derecho español, no es un acto jurídico *sujeto a "forma ad solemnitatem" o "ad validitatem"*¹⁰⁶. Es un acto que goza del principio de "libertad de forma", de modo que es perfectamente válido aunque se otorgue en documento privado o incluso de forma oral.

50. Actos jurídicos formales o actos sujetos a "forma ad solemnitatem" o "ad validitatem" son aquéllos respecto de los que el Derecho exige, para su validez e incluso para su misma existencia, que se

¹⁰³ Y. LOUSSOUARN / P. BOUREL / P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, 10ª ed., Paris, Dalloz, 2013, pp. 485-490.

¹⁰⁴ <https://www.notariosyregistradores.com/LEYSEXTRANJERAS/reinounido.htm>

¹⁰⁵ P. DE PABLO CONTRERAS, "Legitimación y representación", en AA.VV, *Curso de Derecho civil, Derecho Privado Derecho de la Persona*, 5ª ed., 2015, Ed. Colex, pp. 266-281, esp. p. 274: "En cuanto a la forma del apoderamiento, rige el principio general de libertad de forma contenido en el art. 1278 CC. Sin embargo, según el art. 1280.5 CC, deben constar en documento público el poder para contraer matrimonio, el general para pleitos, los especiales que deban presentarse en juicio, el poder para administrar bienes y cualquier otro que tenga por objeto un acto redactado o que deba redactarse en escritura pública o haya de perjudicar a tercero. El precepto ha de ponerse en relación con el art. 1279 CC significando entonces que el poderdante puede ser compelido para que eleve el poder a escritura pública por el tercero con quien se relacione el apoderado. Exceptuáse de esta doctrina el poder para contraer matrimonio, en el que el documento público ha de considerarse, conforme a lo dispuesto en el art. 55 CC, como forma de solemnidad".

¹⁰⁶ Artículo 11 CC (párrafo 2): "2. Si la ley reguladora del contenido de los actos y contratos exigiere para su validez una determinada forma o solemnidad, será siempre aplicada, incluso en el caso de otorgarse aquéllos en el extranjero".

revistan una determinada forma jurídica especial o "forma solemne". Si dicha forma no se observa, el acto jurídico es inválido. La forma específica del acto es requisito de su validez intrínseca. Así, en Derecho español, el derecho real de hipoteca debe constar en escritura pública y debe ser inscrita en el Registro de la Propiedad, de modo que si tal forma no se observa, el acto (= el derecho real de hipoteca) es nulo de pleno derecho o inexistente (art. 1836 CC). Otro ejemplo es el reconocimiento de la filiación no matrimonial, que debe realizarse "*ante el encargado del Registro Civil, en testamento o en otro documento público*", y en caso contrario, no es válido (art. 120.1 CC). En tercer lugar, son también actos solemnes en cuanto a la forma, las capitulaciones matrimoniales pues el art. 1327 CC que "[p]ara su validez, las capitulaciones [matrimoniales] habrán de constar en escritura pública". Si las capitulaciones no constan en escritura pública, no son válidas, no surten efecto jurídico alguno, el acto jurídico está viciado de nulidad por no haberse observado una forma jurídica solemne. En estos casos, se habla de "*forma ad solemnitatem*" o de "*forma ad validitatem*". Frente a estos actos jurídicos, los poderes de representación no son, en Derecho español, en ningún caso, actos jurídicos sujetos a una forma *ad solemnitatem*.

51. Por tanto, en la inmensa mayoría de los supuestos, visto que la Ley que rige el fondo del poder no exigirá, para considerarlo válido, que éste se otorgue en documento público, que se documente en escritura pública notarial, el poder contenido en documento privado no notarial es válido. Así, un poder otorgado en documento privado o incluso oralmente y que se rige, según el art. 10.11 CC por la Ley inglesa y que concede facultades al apoderado para vender o comprar inmuebles situados en España, es perfectamente válido en España. Dicho poder permite al apoderado firmar contratos válidos con terceros que vincularán jurídicamente al poderdante con dicho tercero. Para la validez de dicho poder, no es preciso que conste en escritura o documento público alguno. El art. 11.2 CC no obliga a ello. Pero es más: si el poder no indica nada en cuanto a la ley aplicable, esto es, si el otorgante no ha designado la Ley que debe regular el poder (art. 10.11.I CC), pero dicho poder se ha otorgado para que el apoderado compre y venda inmuebles en España, la Ley aplicable al fondo del poder será la Ley española y ésta tampoco exige, para la validez de dicho poder, que éste conste en documento público alguno. Dicho poder será plenamente válido en España y con el mismo se pueden concluir contratos de compraventa de inmuebles en España que serán perfectamente válidos. En consecuencia, el art. 11.2 CC es inaplicable a los poderes de representación incluso si el poder se rige por la Ley española *ex art.* 10.11 CC.

52. Ahora bien, como se ha indicado, el art. 10.1 CC obliga a aplicar la Ley española para inscribir en el Registro de la Propiedad español la compraventa de un inmueble sito en España y la Ley española, -en concreto el art. 98 Ley 24/2001 y el art. 1280.5º CC-, exige que si dicha escritura pública de compraventa se ha otorgado mediante un poder, dicho poder debe constar en escritura pública. En consecuencia, en dicho caso, es preciso que el poder para celebrar un contrato de compraventa del inmueble conste en escritura pública. Es el art. 10.1 CC el precepto que conduce a exigir que el poder conste en escritura pública y no el art. 11.2 CC. Sin embargo, se insiste, el poder otorgado ante fedatario extranjero o español sólo debe constar en documento público si se desea que la escritura pública de compraventa de un inmueble situado en España acceda al Registro de la Propiedad español. Si no es éste el caso, el contrato será válido y obligará a las partes porque el poder no necesita constar en documento público para ser válido en Derecho.

e) Legalización o apostilla y traducción

53. El poder de representación otorgado ante fedatario público extranjero es un "documento público extranjero". A falta de instrumento legal internacional o ley especial aplicable, los arts. 323 y 144 LEC, -aplicables por analogía en sede notarial-, indican qué requisitos deben cumplir los documentos formalizados por autoridad extranjera para ser considerados como "documentos públicos" auténticos ante las autoridades españolas (SAP Madrid 21 octubre 2011 [sentencia mejicana], SAP Baleares 9 junio 2006)¹⁰⁷. Estos dos preceptos, en concreto, exigen la observancia de tres requisitos para que el documento donde

¹⁰⁷ SAP Madrid 21 octubre 2011 [CENDOJ 28079370282011100302]; SAP Baleares 9 junio 2006 [R. JUR 253439].

consta el poder pueda ser considerado, en España un documento público auténtico, esto es, no falsificado: (a) Que dicho poder se presente en España acompañado de su oportuna legalización (art. 323.2.2º LEC) o apostilla; (b) Que se presente acompañado igualmente de su traducción a lengua oficial española (art. 144 LEC). Aunque la traducción es, en principio, obligatoria, el art. 37 RH faculta al Registrador para prescindir de la traducción del documento, bajo su responsabilidad, cuando conociere el idioma extranjero de que se trate. Ciertas normas europeas y determinados convenios internacionales eximen, en casos concretos, de la legalización y apostilla; (c) Que en el documento donde consta el poder "*se hayan observado los requisitos que se exijan en el país donde se hayan otorgado para que el documento haga prueba plena en juicio*" (art. 323.2.1º LEC). La autenticidad del poder, en realidad, no nada que ver con la forma de los actos. El art. 11 CC no es aplicable a esta cuestión, que se regula por los citados arts. 323 y 144 LEC.

54. En cuanto a la observancia de las formalidades previstas en la Ley del Estado del que depende el funcionario público que redacta o autoriza el documento, esta exigencia garantiza que en España sólo se considerarán documentos "públicos" los que sean verdaderamente documentos "públicos" con arreglo al Derecho del Estado cuyas autoridades lo han redactado. Esta exigencia es un reflejo vivo y palpable de la regla *Auctor Regit Actum*: los funcionarios públicos redactan documentos con arreglo, exclusivamente, a las formalidades previstas en la Ley del Estado del que dependen, como es natural. Un notario belga autoriza un poder con arreglo a las formalidades previstas en el Derecho notarial belga. Exigir que dicho notario belga observe las formalidades propias del Derecho español es absurdo y resulta ser, además, una exigencia imposible. Por eso el Derecho internacional privado español asume que un documento notarial extranjero debe respetar las exigencias de forma propias del notariado del país en cuestión, sin que resulten aplicables al documento en cuestión las exigencias propias de la legislación notarial española.

IV. Autoridad española que debe controlar la legalidad del poder de representación autorizado por fedatario público extranjero.

1. La función del notario español. Juicio de equivalencia y juicio de suficiencia del poder autorizado por notario extranjero.

55. El art. 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, en su versión vigente, -que obedece a la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de reformas para el impulso a la productividad-, precisa que es el notario español que autoriza la venta mediante poder de representación, el encargado de practicar un "juicio de suficiencia del poder", esto, el sujeto que debe controlar la existencia y la suficiencia del poder con el que se actúa ante él¹⁰⁸. El tenor literal de la norma es clarísimo y su espíritu transparente, apunta J.I. ATIENZA LÓPEZ¹⁰⁹. La norma pretende, por seguridad jurídica, delimitar con toda precisión, -y lo consigue-, las materias que son competencia exclusiva del notario y las que son competencia exclusiva del registrador en su calificación¹¹⁰. Por ello sorprende que el precepto

¹⁰⁸ Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (BOE núm. 313 de 31 diciembre 2001) y Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de reformas para el impulso a la productividad (BOE núm. 277 de 19 noviembre 2005). Sobre el alcance de esta norma, *vid.* entre otros muchos, J.A. MARTÍNEZ SANCHIZ, "Sobre el título inscrito", *Revista jurídica del notariado*, núm. 33 (enero-marzo 2000), pp. 137-150; R. TENA ARREGUI, "El coste de la doble calificación notarial y registral de la representación", *La Notaría*, n.9 (septiembre 2000), pp. 57-65; J.J. LÓPEZ BURNIOL, "Valor de la escritura pública y de la inscripción en las transmisiones inmobiliarias", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. XXXII, pp. 165-202; R. BLANQUER UBEROS, "La preparación de la escritura pública y el principio de legalidad", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. XXXVI, pp. 291-332.

¹⁰⁹ J.I. ATIENZA LÓPEZ, "El juicio notarial de suficiencia. Calificación registral (Comentario a la STS de 23 de septiembre de 2011)", en <https://www.civil-mercantil.com/apoderamiento-notario-registrador-propiedad-conflicto-normas-principio-especialidad-seguridad-juridica.html> (14 junio 2012).

¹¹⁰ RDGRN 17 abril 2017 [BOE núm. 101 de 28 abril 2017]: "*Es cierto, como afirma la recurrente, que el juicio de suficiencia en caso de actuación representativa constituye una obligación del notario cuya competencia exclusiva al respecto ha sido reiteradamente reconocida (vid. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 20 de mayo de 2008, y la continua doctrina de esta Dirección General al respecto, por todas, Resolución de 14 de diciembre de 2016). Pero esto es así sólo respecto de los poderes otorgados ante notario español*".

haya sido objeto de lecturas diametralmente opuestas. Incluso extraña aun más, subraya J. ÁLVAREZ-SALA WALTHER, si cabe, la presencia de expertos en Derecho que afirmen que el precepto no ha alterado nada sustancial en el reparto de funciones entre notarios y registradores¹¹¹. En suma, como explica A. GARCÍA GARCÍA, corresponde al notario en exclusiva, (i) estimar si existe poder de representación, (ii) comprobar la suficiencia de las facultades conferidas en dicho poder y la equivalencia de las funciones desarrolladas por el notario extranjero con las propias de los notarios españoles que autorizan escrituras de poder¹¹².

56. Al acreditar la "suficiencia del poder", y en el caso de poderes otorgados ante fedatarios extranjeros, el notario español debe activar o implementar la tesis de la equivalencia de funciones, antes descrita. Sólo si se supera la "equivalencia de funciones", esto es, sólo si el notario español acredita que el fedatario extranjero controló los mismos extremos legales que controla un notario español cuando autoriza el otorgamiento de un poder, podrá, entonces, hacer constar que, a su juicio, el poder es "suficiente" para el acto que autoriza. Por tanto, en el caso de poderes otorgados en el extranjero, debe afirmarse que el "juicio de equivalencia de funciones" se realiza implícitamente al llevar a cabo el "juicio de suficiencia" del poder. Así lo entiende la DGRN en su RDGRN 18 diciembre 2018 [poder otorgado en Suecia], que deja claro que, desde un punto de vista lógico, como apunta S.A. SÁNCHEZ LORENZO, el juicio de equivalencia debe ser previo al de suficiencia¹¹³. Por tanto, cuando el notario español expresa su juicio de suficiencia de las facultades conferidas al representante en virtud de un poder otorgado ante fedatario extranjero, acepta, de modo implícito pero inequívoco, la equivalencia de las funciones desarrolladas por el fedatario extranjero con las propias de los notarios españoles. El juicio de equivalencia se produce necesariamente cuando el notario español pronuncia un juicio de suficiencia del poder otorgado en el extranjero: "*si el notario español autorizante de la escritura otorgada por el apoderado, hace un juicio expreso ... de que el poder que se le exhibe es suficiente para el otorgamiento, cabalmente tendrá que haber apreciado su equivalencia conforme al Derecho español ... de lo contrario no sería suficiente*" (RDGRN 17 abril 2017 [poderes otorgados en Inglaterra]; RDGRN 7 septiembre 2018 [poderes otorgados ante notarios de Tokio y Londres])¹¹⁴. Es decir, cuando el notario español afirma que el poder otorgado en el extranjero concede facultades suficientes al representante para comprar o vender inmuebles en España, implícitamente afirma también que el notario extranjero ha controlado la identidad del otorgante, la fecha del acto jurídico y la legalidad del poder, en especial, la capacidad del poderdante.

57. El juicio de equivalencia notarial que efectúa el notario español no tiene por qué ajustarse a fórmulas sacramentales. Podrá expresarse en un modo similar a éste "*el poder reseñado es suficiente para el otorgamiento de esta escritura de (...), entendiendo que el mismo es funcionalmente equivalente*

¹¹¹ J. ÁLVAREZ-SALA WALTHER, "La representación y la calificación notarial (una reflexión sobre el valor del instrumento público)", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n. 8, 2004 (ejemplar dedicado a: La representación en el derecho), pp. 249-310.

¹¹² A. GARCÍA GARCÍA, "Eficacia de los poderes especiales otorgados ante Notario extranjero: una respuesta al Profesor Sánchez Lorenzo", *Diario La Ley*, n. 9427, Sección Tribuna, 3 de Junio de 2019.

¹¹³ RDGRN 18 diciembre 2018 [BOE núm. 24 de 28 enero 2019]: "*Este juicio o informe de equivalencia no es lo mismo que el juicio de suficiencia del artículo 98 de la Ley 24/2001, aunque como veremos éste, cuando se realiza expresamente un juicio de suficiencia para el acto o negocio que se autoriza, implica cabalmente aquél. Tratándose del juicio de suficiencia del artículo 98 de la Ley 24/2001 el notario tiene la obligación inexcusable de emitirla (artículo 166 del Reglamento Hipotecario y Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 2008), mientras que el informe de equivalencia puede ser emitido o no por el notario, toda vez que éste no está obligado a conocer el Derecho extranjero y atendiendo al criterio de que el documento extranjero debe ser equivalente al documento público español a los meros efectos de su inscripción en el Registro de la Propiedad, al exigir el artículo 3 de la Ley Hipotecaria titulación pública, como regla general, y sin que ello sea esencial a efectos extrarregistrales*". En idéntico sentido ya antes se había pronunciado la RDGRN 17 abril 2017 [BOE núm. 101 de 28 abril 2017]. *Vid.* S.A. SÁNCHEZ LORENZO, "La eficacia de los poderes de representación voluntaria otorgados ante Notario extranjero y la doctrina de la Dirección General de Registros y el Notariado", *Diario La Ley*, n. 9376, Sección Tribuna, 13 de marzo de 2019. También Á.L. TOMASELLI ROJAS, "El análisis de los poderes generales para pleitos realizados en el extranjero, examen de los principales problemas al respecto", 7 diciembre 2018, en <https://elderecho.com/analisis-los-poderes-generales-pleitos-realizados-extranjero>.

¹¹⁴ RDGRN 17 abril 2017 [BOE núm. 101 de 28 abril 2017]; RDGRN 7 septiembre 2018 [BOE núm. 233 de 26 septiembre 2018].

a los efectos de acreditar la representación en el tráfico jurídico internacional", en palabras de la RD-GRN 18 diciembre 2018¹¹⁵.

58. En las escrituras públicas de venta de inmuebles sitos en España y en relación con las cuales opera un representante que exhibe un poder otorgado ante notario extranjero, el notario español autorizante insertará: (i) una reseña identificativa del documento auténtico que se le haya aportado para acreditar la representación alegada (= esto es, una reseña breve del poder otorgado en el extranjero y que se le muestra y tiene a la vista) y (ii) expresará que, a su juicio, son suficientes las facultades representativas acreditadas para el acto o contrato a que el instrumento se refiera. Es el llamado "juicio de suficiencia del poder". Ambos elementos hacen fe suficiente, por sí solos, de la representación acreditada.

59. En realidad, el juicio de suficiencia del poder es competencia exclusiva del notario y el registrador no puede entrar en ello en ningún caso. No puede cuestionarlo de ningún modo. No hay doble revisión de la suficiencia de las facultades conferidas en el poder.

60. En relación con el juicio de equivalencia, el notario dispone de una "preferencia aseverativa" apoyada por la Ley. En un primer momento, basta su palabra como fedatario público extrajudicial. Es decir, según indica E.C. TORRALBA MENDIOLA, "*se atribuye una presunción de corrección al juicio de equivalencia llevado a cabo por el notario*". Si el registrador no concuerda con tal equivalencia, si no está de acuerdo con ella, tendrá que motivar su negativa a tal equivalencia de manera "*expresa y adecuada*"¹¹⁶. Al notario español le basta con afirmar que la equivalencia existe, sin más. Al registrador se le exige mucho más: que pruebe el Derecho extranjero, y que demuestre de forma expresa y motivada, que justifique que, con arreglo al Derecho notarial extranjero, las funciones que activa un notario extranjero cuando autoriza un poder de representación no equivalen a las funciones propias de los notarios españoles¹¹⁷.

2. La función del registrador de la Propiedad

61. El Registrador de la Propiedad español ante el que se presenta para su inscripción la escritura de venta de un inmueble sito en España en la que se ha empleado un poder autorizado por notario extranjero, sólo debe y puede controlar la existencia, en el documento, de los siguientes extremos: (i) la "reseña" extendida por el notario en relación con los datos identificativos del documento auténtico de poder otorgado en el extranjero; (ii) el juicio notarial de suficiencia del poder; (iii) la congruencia del poder con el contenido del título presentado.

62. El Registrador, por tanto, no está facultado para exigir ni solicitar que se le transcriba o acompañe el poder o el documento del que nace la representación. El juicio de autenticidad y de suficiencia del poder es una cuestión que constituye competencia exclusiva del notario español y en ningún caso del Registrador. Éste no puede cuestionar, en ningún supuesto y bajo ninguna circunstancia, el juicio de suficiencia en la representación llevado a cabo por el notario. Una vez que consta en el título autorizado por el notario y presentado a inscripción en el Registro, esto es una vez que consta en la escritura de venta notarial la necesaria "reseña identificativa" y el "juicio notarial de suficiencia del poder", el Registrador no puede calificar negativamente con el argumento de que es "incongruente" el

¹¹⁵ RDGRN 18 diciembre 2018 [BOE núm. 24 de 28 enero 2019].

¹¹⁶ E.C. TORRALBA MENDIOLA, "La eficacia en España de los poderes otorgados ante notario extranjero, *Bitácora Millennium DIPr: Derecho Internacional Privado*, n. 5, 2017.

¹¹⁷ RDGRN 18 diciembre 2018 [BOE núm. 24 de 28 enero 2019]: "*En definitiva la declaración de equivalencia sobre el documento extrajudicial de apoderamiento hecha por notario español será suficiente para la inscripción en el Registro de la Propiedad del acto dispositivo efectuado en base al mismo. En el supuesto de que el registrador disintiera de la equivalencia declarada por el notario deberá motivarlo expresa y adecuadamente, y sin que ello signifique que el registrador pueda solicitar que se le transcriba o acompañe el documento del que nace la representación*".

juicio notarial con el contenido del título presentado. No es ello, insiste R. TENA ARREGUI, competencia del Registrador¹¹⁸.

63. El art. 18 LH constituye *lex generalis* en relación con el citado art. 98 de la Ley 24/2001. Esta norma opera como *lex specialis* respecto del anterior precepto. Por ello, el art. 98 de la Ley 24/2001 prevalece sobre el art. 18 LH en lo relativo a la calificación de los poderes de representación. Así lo corroboró de modo inequívoco la también antes citada Ley 24/2005 al reformar el mencionado art. 98 Ley 24/2001. Además, el art. 98 de la Ley 24/2001 constituye *lex posterior* en relación con el art. 18 LH, por lo que, en el caso de una eventual contradicción normativa, dicho art. 98 Ley 24/2001 prevalecería, también por este criterio, sobre el art. 18 LH. Ambos argumentos han sido puestos de relieve, sin sombra de duda, por la muy relevante e importante STS 23 septiembre 2011¹¹⁹.

64. Por otra parte, el art. 60 LCJIMC no es aplicable a esta cuestión. Tampoco lo es la Disposición adicional tercera (Inscripción en los registros públicos de documentos públicos extranjeros) de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. Ambos preceptos legales no se dirigen al Notario, sino al Registrador. Así lo indica, de modo transparente, la DGRN en su RDGRN 17 abril 2017 [poderes otorgados en Inglaterra]¹²⁰. Estos preceptos no obligan al notario a hacer constar expresamente un "juicio de equivalencia" en el instrumento público que autorizan. Y no obligan a ello porque al hacer el "juicio de suficiencia", el notario debe hacer también el "juicio de equivalencia", de modo que realizado el primero (= "juicio de suficiencia"), se entiende realizado el segundo (= "juicio de equivalencia"). Estas dos disposiciones legales resultan únicamente aplicables a los documentos públicos extranjeros que se presentan al Registro español para su inscripción, como indica su tenor literal. No es ése el caso

¹¹⁸ R. TENA ARREGUI, "A propósito de la resolución de la DGRN de 14 de septiembre de 2016", en *El notario del siglo XXI*, septiembre-octubre 2019, n. 87, texto en <http://www.elnotario.es/index.php/practica-juridica/7319-poderes-extranjeros>: "Porque si bien el juicio material del notario sobre la adecuación del poder a la ley extranjera no va a poder ser contradicho en la calificación más que demostrando cumplidamente su incorrección (art. 36 RH), lo que resulta poco probable, no va a ocurrir lo mismo con el aspecto formal del asunto, pues siempre es posible incurrir en bizantinas discusiones sobre si los requisitos de forma exigidos han quedado correctamente formulados. Por eso, debe concluirse que en el caso de poderes extranjeros la simple manifestación de suficiencia previa valoración de la equivalencia en base a su conocimiento de la ley extranjera realizada por el notario español, resulta más que suficiente".

¹¹⁹ STS 23 septiembre 2011 [ECLI: ES:TS:2011:6616]: "Admitida la existencia de la reseña identificativa y del juicio notarial de suficiencia, la calificación negativa del registrador no puede justificarse por la incongruencia del juicio notarial con el contenido del título presentado -única cuestión que restaba por examinar al registrador- pues no existe tal incongruencia por el hecho de que el notario no tuviera a la vista la totalidad de las escrituras sino sólo una parte de ellas, siendo así que el registrador lo que hace en realidad, lejos de limitarse a la apreciación de una posible incongruencia, es examinar la corrección del juicio de suficiencia emitido por el notario, lo que excede de sus facultades y queda para su eventual examen en el proceso judicial que pudiera iniciar la parte interesada a la hora de establecer un juicio de suficiencia cuya revisión, fuera del caso de incongruencia, no corresponde al registrador. Por último, tampoco puede el registrador, según la norma citada, solicitar que se le transcriba o acompañe el documento del que nace la representación, ni le corresponde examinar el cumplimiento que el notario haya dado a lo dispuesto en el apartado 3 del citado artículo 98 en cuanto a la incorporación a la matriz de determinados documentos, de modo que si lo hace parcialmente deba dar fe el propio notario de que en lo omitido no hay nada que restrinja ni en forma alguna modifique o condicione la parte transcrita, pues tal previsión normativa se refiere a la actuación del propio notario autorizante de la escritura en que alguna de las partes compareció representada y no al supuesto de que ante él se acredite la representación mediante copia parcial de la escritura de apoderamiento, que es el supuesto litigioso". La RDGRN de 21 diciembre 2006 [BOE de 23 enero 2007], antecedente de la sentencia citada indicó de modo muy gráfico que el registrador se opone la inscripción pero que dicha negativa "sólo se basa en la mera elucubración del Registrador que parece más inclinada a poner trabas a la calificación notarial de la suficiencia de tales facultades que a respetar la norma del artículo 98 de la Ley 24/2001 (...). Así, dicha calificación implica la revisión de una valoración -el juicio de suficiencia de las facultades representativas de quien comparece en nombre ajeno-, que legalmente compete al Notario, con el alcance que ha sido expresado en los precedentes fundamentos de derecho. Por ello, la calificación impugnada carece de todo fundamento legal". Sobre esta sentencia, *vid.* un excelente comentario a cargo de R. TENA ARREGUI, "Sentencia del Tribunal Supremo sobre la calificación registral de la representación, la potestad disciplinaria de la Dirección General de los Registros... Y el caso Garzón, comentario a la STS de 23 de septiembre de 2011 y al acuerdo de archivo de la DGRN de 14 de febrero de 2012", *El notario del siglo XXI*, marzo-abril 2012, texto en <http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-42/482-sentencia-del-tribunal-supremo-sobre-la-calificacion-registral-de-la-representacion-la-potestad-disciplinaria-de-la-direccion-general-de-los-registros-y-el-caso-garzon-0-2881677125470412>.

¹²⁰ RDGRN 17 abril 2017 [BOE núm. 101 de 28 abril 2017].

del poder de representación, que no se presenta en ningún caso a inscripción en el Registro de la Propiedad español.

65. Es bien sabido, en efecto, que los poderes de representación extranjeros calificados por el notario español como "suficientes" y como "equivalentes" a un poder español, no se presentan para su inscripción en el Registro español ni tampoco el registrador puede requerir su presentación. El control de equivalencia de funciones que desarrolla el notario español para considerar suficiente el poder autorizado por fedatario extranjero se produce completamente al margen del art. 60 LCJIMC y Disposición Adicional Tercera LJV. Se trata de un control similar, pues en ambos casos se trata de demostrar una "equivalencia de funciones" entre la autoridad extranjera y la autoridad española. Sin embargo, el juicio de equivalencia que lleva a cabo el notario no se practica a efectos de lograr la inscripción del poder extranjero en el Registros español, sino a efectos de que, mediante dicho poder, se pueda otorgar, ante notario español, otro título, normalmente una compraventa o una constitución de hipoteca.

66. El art. 98 de la Ley 24/2001 debe ser interpretado en una línea de separación de funciones entre notarios y registradores. De ese modo, tal y como apuntan E. ARRUGA / J.L. JUEZ, se protege la seguridad jurídica que el sistema jurídico español debe ofrecer a los particulares. Se potencia también, así, la eficiencia del Derecho inmobiliario registral español. Se trata, en todo caso, de asegurar la calidad de los datos y derechos que acceden al Registro de la Propiedad para, así, evitar pleitos judiciales. De ese modo, una adecuada distribución de competencias entre notario y registrador a la hora de valorar la suficiencia del poder otorgado en el extranjero fomenta la seguridad jurídica y con ello, la inversión de capitales y el tráfico de bienes. Ello comporta, siempre, aumento de riqueza para toda la sociedad, como explican E. ARRUGA / J.L. JUEZ¹²¹. En dicha perspectiva, escribe con equilibrio R. TENA ARREGUI, que notario y registrador deben cooperar en sus respectivas esferas de actuación en lo que se refiere, en estos casos, a los poderes otorgados en el extranjero y ése es el objetivo del citado art. 98 de la Ley 24/2001. El notario dispone de un ámbito de actuación autónomo, y no revisable por el registrador, a fin de controlar la existencia y la legalidad del poder otorgado en el extranjero que le es presentado. El notario, apunta el autor citado, no es ni debe operar como un "*empleado del Registro localizado fuera de la oficina cuya función es la de acopiar materiales de manera ordenada para su revisión definitiva [por el registrador] a la hora de la calificación*". Indica de nuevo el mismo autor, con pleno acierto que "*el juicio de notario es un juicio jurídico, es decir, una calificación que se sostiene por si misma*". Por ello no es revisable por el registrador¹²².

V. Poderes autorizados por fedatarios de países anglosajones

67. En relación con el *notary* propio de los países anglosajones es preciso distinguir con extremo cuidado, indica P. CALLÉ, los varios tipos de *notary public* existentes en Reino Unido y otros países de la familia jurídica del *Common Law*¹²³.

¹²¹ E. ARRUGA / J.L. JUEZ, "Eficacia en España de los apoderamientos otorgados en el extranjero", 3 julio 2017, en <http://togas.biz/articulos/articulo-profesionales-eficacia-en-espa-a-de-los-apoderamientos-otorgados-en-el-extranjero/>.

¹²² R. TENA ARREGUI, "A propósito de la resolución de la DGRN de 14 de septiembre de 2016", en *El notario del siglo XXI*, septiembre-octubre 2019, n. 87, texto en <http://www.elnotario.es/index.php/practica-juridica/7319-poderes-extranjeros>: "*... el registrador no puede revisar la valoración que en la forma prevenida por el artículo 98 el notario haya realizado de la suficiencia de las facultades representativas (...)* Es decir, el TS consagra, por si la Ley no estuviese lo suficientemente clara, que el juicio de notario es un juicio jurídico, es decir, una calificación que se sostiene por si misma, y que no es exigible que se vea acompañada por los datos fácticos en los que se ha apoyado con la finalidad de que pueda verse revisada por otro funcionario".

¹²³ P. CALLÉ, "L'acte authentique établi à l'étranger. Validité et exécution en France", *RCDIP*, 2005, pp. 337-356; P. CALLÉ, *L'acte public en droit international privé*, Economica, Paris, 2004. Con descripción de los concretos actos que realiza un *notary public* en los Estados Unidos de América, muy ilustrativo y detallado es el estudio de J.A. MÁRQUEZ GONZÁLEZ, "¿Qué es lo que hace un "notary public"?", *El Notario del siglo XXI*, Colegio Notarial de Madrid, n. 71, enero-febrero 2017.

1. Notario (*notary*) o *notary public* en Inglaterra y Gales

68. En Inglaterra y Gales, ciertos sujetos operan como *notary* y como *solicitor* al mismo tiempo¹²⁴. La figura del *notary* tiene un origen eclesiástico. En la Edad Media, ciertos eclesiásticos tomaban notas relativas a asuntos legales de la Iglesia, documentaban negocios jurídicos, daban fe de lo acordado y vigilaban el asuste a la Ley de tales documentos y asuntos legales. Operan en Inglaterra desde el siglo XVI y eran nombrados por el arzobispo de Canterbury en nombre de la autoridad del Papa. El ligamen de estos *notaries* con la Iglesia es fácil de explicar. En la Edad Media y Moderna, los comerciantes, mayormente analfabetos, debían poner por escrito sus contratos y acuerdos. Para ello recurrían a los únicos sujetos que en la época sabían leer y escribir, los clérigos de la Iglesia. Tras la ruptura de Inglaterra con la Iglesia Católica de Roma, los notarios siguieron siendo nombrados por el Tribunal del Arzobispo de Canterbury (*Court of Faculties*) y se consideran funcionarios de justicia y cargos públicos. En efecto, este tipo de *notary* inglés da fe de los datos de hecho que constan en un documento jurídico, como poderes de representación, declaraciones juradas, testamentos, contratos, etc. Tales documentos privados intervenidos por un *notary* se conocen como "*notarial acts in private or public form*".

69. En Inglaterra y Gales, cuando el *notary* refleja su intervención en un "acta notarial auténticas" (*notarial act in authentic form*), entonces comprueba la identidad de los sujetos intervinientes, su capacidad legal, que las personas han comprendido el significado del negocio y el ajuste a Derecho del negocio jurídico, como expone PÉREZ DE VARGAS¹²⁵. Los *notaries* están inscritos en la *Notaries Society of England and Wales* inglesa, fundada en 1882. Como observa C. JIMÉNEZ HERNÁNDEZ, existen unos 800 notarios en Inglaterra y Gales¹²⁶. Estos notarios disponen de un "sello oficial" (= *official seal*). La mayor parte de estos sellos oficiales son únicos, pues contienen signos grabados con un símbolo escogido personalmente por el *notary*. Los documentos intervenidos en Inglaterra y Gales por *notaries* llevan la firma y el sello del *notary* y están pensados, en su mayoría, para producir efectos jurídicos en otros países, si bien pueden emplearse también como medios de prueba en Inglaterra y Gales. Las funciones de los *notaries* están reguladas en la *Legal services Act* inglesa de 2007¹²⁷. El sujeto que ha sido nombrado "*notary*" interviene en la elaboración del acto o negocio jurídico conforme a Derecho, pues revisa el ajuste de dicho acto o negocio jurídico a la Ley que lo rige. En consecuencia, la intervención de un *notary* británico en el otorgamiento de un poder de representación y otros actos o negocios jurídicos como autorizaciones y consentimientos, puede ser equiparada a la intervención de un notario español.

El *notary* inglés controla los "elementos estructurales" que también controla un notario español en el caso de un poder otorgado ante notario en España. Es una autoridad pública, controla la fecha, la identidad de los sujetos otorgantes y la capacidad legal del poderdante, así como su voluntad de otorgar el poder en los términos reflejados en el documento. El *notary* inglés actúa, pues, como lo hace un notario español que autoriza una escritura pública de poder.

70. Como expone J. ÁLVAREZ-SALA, es cierto que tras el art. 60 LCJIMC las escrituras notariales extranjeras relativas a compraventas de inmuebles sitios en España no podrán acceder al Registro de la Propiedad español (= pues la equivalencia de funciones es imposible), pero sí que es verdad que "*esa zona franca de libre circulación documental siempre quedó relegada al ámbito de poderes, autorizaciones o consentimientos, donde también campeó, la verdad, casi con la misma soltura el apoderamiento de corte anglosajón*". Por tanto, los poderes otorgados ante *notaries* ingleses, en la inmensa mayoría de los casos, deben considerarse equivalentes a los poderes españoles autorizados en escritura pública. En

¹²⁴ Sobre los notarios en el Reino Unido, *vid.* la información oficial contenida en https://e-justice.europa.eu/content_legal_professions-29-ew-es.do?member=1.

¹²⁵ PÉREZ DE VARGAS ABOGADOS, "Validez en España de los poderes notariales otorgados en Reino Unido", 21 enero 2017, en <https://perezdevargas.es/blog/validez-espana-poderes-notariales-otorgados-reino-unido/>.

¹²⁶ C. JIMÉNEZ HERNÁNDEZ, "Los poderes otorgados en el extranjero", *Notaría abierta*, 28 febrero 2017, texto en <https://notariabierta.es/los-poderes-otorgados-extranjero/>.

¹²⁷ Texto de dicha Ley en: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2007/29/contents>.

efecto, los *notaries* ingleses desarrollan funciones similares y equivalentes a las que implementan los notarios españoles que autorizan un poder.

71. Como ha escrito con destreza jurídica A. CORTÉS GARCÍA, no es cierto que los notarios ingleses sólo se limiten a legitimar firmas porque sólo estén habilitados por el Derecho inglés para legitimar firmas. Nada más simplista y por lo tanto, nada más falso¹²⁸. Un *notary* inglés puede legitimar firmas pero también puede autorizar un poder y controlar la capacidad del poderdante y la legalidad del apoderamiento. También un notario español, en sintonía con el art. 258 del Reglamento Notarial, puede desarrollar ambas funciones, según muestra con todo rigor y detalle F. ROSALES¹²⁹. Por tanto, en realidad, la distinción abstracta que realiza la DGRN, como muy bien observa R. TENA ARREGUI, entre *notary public*, por un lado, y *notaries-at-law o lawyer notaries*, por otra parte, no es una distinción válida. En Inglaterra y Gales, -y al margen de la figura exótica de los *scrivener notaries* de la ciudad de Londres-, sólo existen los *notaries*¹³⁰. En consecuencia, debe estarse siempre al caso concreto para acreditar si el documento ha sido intervenido por un *notary* que se ha limitado a legitimar unas firmas que constan en el documento o que, por el contrario, ha comprobado la identidad del poderdante y su capacidad legal, y que controlado también que principal ha comprendido el alcance del apoderamiento que realiza en favor del apoderado, como aclara C. JIMÉNEZ HERNÁNDEZ¹³¹. En este caso, puede afirmarse, con M. REVILLARD, que el *notary* inglés ha autorizado un poder perfectamente equivalente al poder que autoriza un notario español, pues los elementos estructurales del poder inglés y español coinciden¹³². Consciente del alcance inexacto de su afirmación abstracta (= esa distinción errónea entre *notaries-at-law y lawyer notaries* que lleva a cabo la RDGRN 14 septiembre 2016-, la misma DGRN indicó en su posterior RDGRN 17 abril 2017 que en la RDGRN 14 septiembre 2016 no es que afirmase que los notarios ingleses sólo están habilitados para legitimar firmas, sino que, en el caso concreto de dicha resolución, el notario inglés se había limitado a legitimar la firma del poderdante. Pero bien habría podido acreditar ese mismo *notary* inglés la identidad y capacidad del poderdante, pues los notarios ingleses están perfectamente facultados, como lo están los españoles, para hacerlo¹³³.

72. La intervención de los notarios ingleses y galeses en el tráfico jurídico y económico es reducida. La razón estriba en que, mientras que en la Europa continental las leyes exigen que numerosos actos, contratos y negocios consten en documentos notariales (*actos ad solemnitatem*) y si no constan en tal forma notarial son nulos, inexistentes o no oponibles a terceros, resulta que en el Derecho inglés y galés los actos sujetos a forma notarial solemne no existen. Los particulares acuden a estos notarios ingleses cuando desean obtener una prueba documental cualificada para un futuro proceso o cuando

¹²⁸ A. CORTÉS GARCÍA, "Poder extranjero y su suficiencia: Resolución de 14 de Septiembre de 2016", en *Notaría abierta*, 22 noviembre 2016, texto en <https://notariabierta.es/poder-extranjero-y-su-suficiencia-resolucion-de-14-de-septiembre-de-2016/>.

¹²⁹ F. ROSALES, "Legitimación de firmas ante notario", 9 mayo 2016, en <https://www.notariofranciscorosaes.com/legitimacion-de-firma-ante-notario/>.

¹³⁰ R. TENA ARREGUI, "A propósito de la resolución de la DGRN de 14 de septiembre de 2016", en *El notario del siglo XXI*, septiembre-octubre 2019, n. 87, texto en <http://www.elnotario.es/index.php/practica-juridica/7319-poderes-extranjeros:> "En el caso sometido a su decisión, la Dirección entiende de forma errónea que un notario de Liverpool es un *notary public* que no emite juicio de capacidad de los comparecientes y no puede considerarse equivalente, a diferencia de los *notaries-at-law o lawyer notaries*, que sí pueden considerarse equivalentes. Como justificamos en el número anterior de esta revista, esa distinción es desconocida en el Derecho inglés, y un notario de Liverpool es tan equivalente o tan poco equivalente como un *scrivener de Londres*". En sentido similar, V. MARTORELL, "Equiparación de los documentos notariales extranjeros: requisitos de equivalencia y extensibilidad", 5 diciembre 2017, en <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/modelos/equiparacion-de-los-documentos-notariales-extranjeros-requisitos-de-equivalencia-y-extensibilidad/>.

¹³¹ C. JIMÉNEZ HERNÁNDEZ, "Los poderes otorgados en el extranjero", *Notaría abierta*, 28 febrero 2017, texto en <https://notariabierta.es/los-poderes-otorgados-extranjero/>.

¹³² M. REVILLARD, *Droit international privé et pratique notariale*, 5ª ed., Defrénois, 2001, pp. 430-433; M. REVILLARD, "Législation", *Encyclopedie Dalloz Droit international*, 2ª ed, París, enero 2006.

¹³³ RDGRN 17 abril 2017 [BOE núm. 101 de 28 abril 2017]: "En este sentido, en la Resolución de 14 de septiembre de 2016 de este Centro Directivo, no se afirmaba que el poder cuestionado no fuera equivalente a un notario español, sino que lo que se afirmaba era que en aquél concreto supuesto el notario extranjero se había limitado únicamente a legitimar la firma, sin que esta legitimación de firma pudiera equiparse al documento público previsto en el artículo 1280.5 del Código Civil, antes expuesto, supuesto por tanto bien distinto al que motiva esta resolución".

persiguen que tales actos, contratos o negocios surtan efectos legales fuera de Inglaterra y Gales. La certificación de documentos, en estos países, la realizan los *solicitors*, y no los *notaries*. Por ello se dice, con acierto, que los notarios ingleses y galeses actúan como "puente jurídico" entre las Islas Británicas y el resto del mundo, bonita metáfora que pone de relieve las dificultades de comunicación entre el *Common Law* y el Derecho continental.

2. *Scrivener Notary* en la ciudad de Londres

73. El *Scrivener Notary* constituye una figura jurídica propia del Derecho inglés y en concreto, de la cosmopolita ciudad de Londres, explica P. BLANCO-MORALES LIMONES¹³⁴. Visto que la capital inglesa ha sido desde hace siglos un centro financiero internacional, punto neurálgico del transporte, del seguro y de la compraventa con otros países, determinados profesionales se han dedicado a realizar funciones de juristas-lingüistas. Estos profesionales asesoran a sus clientes sobre los extremos legales de las operaciones propias del comercio internacional y redactan sus documentos legales, que con frecuencia deben surtir efectos legales fuera del Reino Unido. Por ello, estos sujetos redactan documentos legales ajustados a las formalidades legales que exige el Derecho del Estado donde estos documentos se van a utilizar¹³⁵. A estos *scrivener notaries* les es exigido el dominio del inglés y de dos lenguas más. Es frecuencia también que conozcan otros idiomas de uso común en Inglaterra y sus ex-colonias. Los *scrivener notaries* están presentes en Londres, aproximadamente, desde el siglo XIV. El *scrivener notary*, en suma, es una autoridad, un profesional del Derecho, que identifica y acredita la capacidad de los sujetos intervinientes y que fecha, certifica y autentica el negocio jurídico destinado a producir efectos legales fuera de Inglaterra. Puede afirmarse, en general, con I. GOMÁ LANZÓN, que el *scrivener notary* lleva a término un control de legalidad equivalente al que realiza un notario español, aunque deberá analizarse, sin prejuicios, el nivel de control de legalidad del caso concreto que haya practicado el *scrivener notary* en relación con un concreto documento público de apoderamiento¹³⁶. Precisa además C. JIMÉNEZ HERNÁNDEZ, sin embargo, que estos *scriveners notaries* constituyen una clase profesional en extinción. Los que quedan en la actualidad se van jubilando, de modo que los notarios extienden su actividad en toda Inglaterra y Gales, incluida la ciudad de Londres¹³⁷.

3. *Notary Public* en los Estados Unidos de América

74. En otros países de tradición jurídica anglosajona y sistema legal basado en el *Common Law*, singularmente en los Estados Unidos de América, el *Notary Public* es un sujeto que puede ser totalmente lego en Derecho, esto es, un sujeto que no es un profesional del Derecho. De hecho, es frecuente, sobre todo en los Estados Unidos de América, que tales sujetos sean personas, no juristas, en contacto profesional con el gran público: comerciantes, vendedores de tabaco, peluqueros, etc., como explican J. BOLÁS ALFONSO / I. LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ / M. SAGARDÍA NAVARRO, entre otros autores¹³⁸. Disponen

¹³⁴ P. BLANCO-MORALES LIMONES, "Autonomía de la voluntad en el derecho privado", en *Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, coord. por LORENZO PRATS ALBENTOSA, vol. 5, 2012 (Derecho Internacional Privado e Interregional), pp. 1-166.

¹³⁵ *Vid.* nota anterior.

¹³⁶ *Vid.* W. KENNAIR, "Notarios 'Scriveners' en Inglaterra", *El notario del siglo XXI*, n. 15, septiembre-octubre 2007, en <http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-15/2272-notarios-scriveners-en-inglaterra-0-9211648748453379>. I. GOMÁ LANZÓN, "La escritura otorgada ante notario extranjero", en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo 45-46, 2009, (ejemplar dedicado a Cursos 2004/2005-2005/2006), pp. 287-353 (texto completo en <https://hayderecho.com/wp-content/uploads/2012/10/ESCRITURA-ANTE-NOTARIO-EXTRANJERO.pdf>), esp. p. 33.

¹³⁷ C. JIMÉNEZ HERNÁNDEZ, "Los poderes otorgados en el extranjero", *Notaría abierta*, 28 febrero 2017, texto en <https://notariabierta.es/los-poderes-otorgados-extranjero/>.

¹³⁸ J. BOLÁS ALFONSO / I. LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ / M. SAGARDÍA NAVARRO, "Valor y efecto de un documento extranjero recibido por el notario", *Revista Jurídica del Notariado*, 1992, pp. 367-484; M. PRIETO ESCUDERO, "Poderes extranjeros y poderes ante agentes diplomáticos y consulares de España en el extranjero", 28 febrero 2018, en <https://www.justitonotario.es/poderes-extranjeros-agentes-diplomaticos-consulares-espana/>, con cita de Doria Bajo, que indica: "... uno pasea por la

Incluso, en ciertas ocasiones, de ciertas pequeñas máquinas automáticas situadas en sus establecimientos y que timbran el documento presentado por las partes, explicó ya hace muchos años G.A.L. DROZ¹³⁹. El *Notary Public* no controla la legalidad del acto contenido en el documento ni puede hacerlo, como es lógico, en el caso de que se trate de un sujeto sin conocimientos jurídicos. El Derecho de estos países no faculta al *notary public* a controlar la legalidad del acto contenido en el documento. El *notary public* se limita a acreditar la fecha de otorgamiento de documentos legales de cierta entidad y, en ocasiones, acredita también la identidad de los firmantes en el documento, sus firmas y las declaraciones o *affidavits* de los particulares. El *notary public* no participa en la confección y elaboración del documento: es un puro transcriptor de lo que las partes le dicen, identifica a las partes y da fe de la fecha de las declaraciones. Es, pues, un mero testigo imparcial de documentos firmados por las partes¹⁴⁰. En general, puede afirmarse que su intervención no equivale, por tanto, a la de un notario español, profesional que, cuando no se limita a legitimar firmas, siempre controla la legalidad del acto jurídico (SAP Tenerife 10 septiembre 2013 [poder otorgado ante *notary public* norteamericano], RDGRN 14 septiembre 2016 [poder otorgado en Liverpool], RDGRN 18 diciembre 2018 [poder otorgado en Suecia])¹⁴¹. En los Estados Unidos de América, -con muy escasas excepciones-, existe sólo este tipo de notario, el *notary public*, un mero legitimador de firmas y poco más, señala R. TENA ARREGUI¹⁴².

75. De todos modos, resulta de extrema importancia tener presente que cada *notary public* opera con arreglo a las leyes que rigen dicha profesión y que están vigente en su país. Existen *notaries public* que están autorizados por la ley para controlar la legalidad del acto que autorizan, la realidad del hecho, las firmas de los sujetos que intervienen en el poder y los datos identificativos de tales sujetos. En dichos supuestos, las funciones que desarrollan tales *notaries public* son equivalentes a las que tienen los notarios españoles que autorizan un poder. Por ello, se supera el filtro de equivalencia y el poder debe ser considerado, en España, por el notario que documenta la venta de un inmueble, como un poder otorgado en "documento público" a efectos del art. 98 Ley 24/2001 y del art. 1280.5º CC.

V. Laboratorio práctico de poderes otorgados en el extranjero

76. En el presente epígrafe se exponen distintos casos prácticos que afectan a poderes de representación y a bienes inmuebles. De este modo puede ser más sencillo comprender la proyección práctica de los postulados teóricos expuestos en las páginas anteriores, entender el funcionamiento de las normas de Derecho internacional privado europeas y españolas en este sector, así como emitir un juicio crítico

metrópoli del capitalismo, Nueva York y observa asombrado como en un establecimiento de zapatería o de electrodomésticos o en una librería se ofrece además el notary service...". Precisa G.A.L. DROZ, "Notaire", en VV.AA., *Encyclopedie Dalloz droit international*, París, 1968-69 (dir. PH. FRANCESKAKIS), vol. II, 1969, pp. 472-476: "*Ces notaires n'ont rien de commun avec un notaire français. La commission, toujours temporaire de notaire peut être attribuée à des personnes exerçant les métiers les plus divers (coiffeurs, droguistes, commerçants, etc.) qui ne doivent justifier d'aucune étude juridique. Ils se bornent à certifier la signature des personnes qui dressent des actes en leur présence, mais ne participent en rien à la rédaction de l'acte dont ils n'ont même pas le droit d'exiger de connaître le contenu*".

¹³⁹ G.A.L. DROZ, "Notaire", en VV.AA., *Encyclopedie Dalloz droit international*, París, 1968-69 (dir. PH. FRANCESKAKIS), vol. II, 1969, pp. 472-476.

¹⁴⁰ Vid. "El papel de los notarios en el Common Law", en <https://traduccionjuridica.es/el-papel-de-los-notarios-en-el-common-law/>. H.C. GUTTERIDGE, "El Notario público en Inglaterra", *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, 1925, pp. 114-134.

¹⁴¹ SAP Tenerife 10 septiembre 2013 [CENDOJ 38038370032013100276]; RDGRN 14 septiembre 2016 [BOE núm. 241 de 5 octubre 2016]; RDGRN 18 diciembre 2018 [BOE núm. 24 de 28 enero 2019].

¹⁴² R. TENA ARREGUI, "A propósito de la resolución de la DGRN de 14 de septiembre de 2016", en *El notario del siglo XXI*, septiembre-octubre 2019, n. 87, texto en <http://www.elnotario.es/index.php/practica-juridica/7319-poderes-extranjeros>: "*Pero aun cuando consideremos que la resolución en este punto es fruto de la ignorancia sobre el Derecho extranjero aplicable -el inglés- y que será rectificada en el futuro, aún subsistiría el problema en relación a otros países de cierta importancia inversora, como, por ejemplo, EEUU. Conforme al criterio sostenido en la misma será imposible que personas físicas o entidades estadounidenses puedan actuar en España mediante representante. En EEUU no existe prácticamente más que un tipo de notario, precisamente el notary public que la Dirección no considera equivalente, y la posibilidad de acudir a cónsules de España para que certifiquen la capacidad y representación de bancos o entidades americanas conforme al Derecho extranjero es simplemente una quimera*".

sobre las ventajas e inconvenientes del sistema legal vigente en España y que regula la eficacia jurídica en España de los poderes otorgados en el extranjero.

1. Poder en documento público otorgado ante *solicitor-notary* en Inglaterra para comprar inmuebles situados en España

77. Una empresa británica (= poderdante) otorga en Londres un poder a un abogado español (= apoderado) en cuya virtud dicho abogado queda facultado para comprar inmuebles situados en España durante un período de dos años. El *ordinary power of attorney* se otorga mediante la intervención de un *solicitor* que opera también como *notary* y consta en documento público, debidamente apostillado. El poder no indica nada en relación con la Ley aplicable al mismo. El apoderado adquiere una finca rústica situada en Almuñécar (Granada) de un vendedor español en virtud de contrato que consta en documento privado firmado en Granada. Ambos sujetos comparecen en una notaría española para elevar a escritura pública el contrato privado firmado previamente por ambos. Diversas cuestiones surgen.

78. En primer lugar, cabe indicar que este contrato de compraventa de la finca rústica situada en la provincia de Granada es válido para el Derecho español. El fondo o sustancia de este contrato, a falta de indicaciones de las partes sobre la Ley aplicable al contrato (art. 3.1 RR-I), se rige por el Derecho español. En efecto, las obligaciones que surgen de este contrato quedan sujetas al Derecho español, porque el art. 4.1.c) RR-I indica que "*el contrato que tenga por objeto un derecho real inmobiliario o el arrendamiento de un bien inmueble se regirá por la ley del país donde esté sito el bien inmueble*". La validez de dicho contrato queda sometida al Derecho español, pues el art. 10.1 RR-I precisa que "[l]a existencia y la validez del contrato, o de cualquiera de sus disposiciones, estarán sometidas a la ley que sería aplicable en virtud del presente Reglamento si el contrato o la disposición fueran válidos". En cuanto a la validez formal del contrato, ésta queda sujeta también al Derecho español (art. 11.5 RR-I). Ahora bien, el Derecho español no exige, para su validez, que el contrato de compraventa del inmueble en cuestión sea documentado en escritura pública. Tal forma solemne sólo se exige para que pueda oponerse a terceros (art. 1280.1º CC) y para su eventual inscripción en el Registro de la Propiedad (art. 3 LH), que es, naturalmente, un trámite voluntario que no influye en la adquisición de la propiedad del bien inmueble. El contrato de compraventa del inmueble sito en España, es, pues, válido y genera obligaciones entre las partes contratantes aunque no se eleve a escritura pública y aunque no se inscriba en el Registro de la Propiedad y las partes están obligadas por el mismo.

79. En segundo lugar, cabe afirmar que es válido en España el poder otorgado en Londres. La validez de fondo del mismo se rige, exclusivamente, por la Ley designada por el art. 10.11 CC. Visto que el poder no contiene una elección de su ley reguladora (art. 10.11 CC, segundo inciso, primera conexión), queda entonces sometido a "*la ley del país en donde se ejerciten las facultades conferidas*" (art. 10.11 CC *in fine*). Como el poder se utiliza en España para adquirir un inmueble, la Ley aplicable al fondo del poder es la Ley española. En efecto, el apoderado actúa en España, donde adquiere el inmueble para su principal: Granada fue el lugar de celebración del contrato que se firmó por el apoderado en nombre de su poderdante. En consecuencia, el fondo o sustancia del poder se rige por la Ley española. Dicha Ley regulará la vinculación jurídica entre poderdante y tercero, la misma existencia de la representación, fijará las facultades jurídicas del representante, determinará si es posible el "autocontrato", así como el alcance del poder, su renovación, la extinción de los poderes del representante y el régimen jurídico de la declaración del representante en cuya virtud dice actuar en nombre del representado (*contemplatio domini*). La Ley española, designada por el art. 10.11 CC, regula también la existencia de extralimitaciones en la actuación del representante (*falsus procurator*) y sus consecuencias jurídicas en relación con el negocio de la representación. Por tanto, si el *power of attorney* se ajusta, en cuanto al fondo, a la Ley española, será considerado perfectamente válido en España por lo que se refiere al fondo del mismo.

En cuanto a la forma del poder, éste se rige por la Ley del país donde se otorga en poder, esto es, en este caso, por la Ley inglesa (art. 11.1 CC, conexión primera: *locus regit actum*). Si en Derecho

inglés los poderes son válidos sin necesidad de que consten en documentos autorizados por fedatarios públicos, entonces son válidos también en España: es la lógica económica del art. 11.1 CC (conexión *locus regit actum*). El poder válido en cuanto a la forma en el país donde se ha otorgado (= Reino Unido en este supuesto), debe poder cruzar la frontera y será, por ello, válido también en otros país (= España en este caso). El poder que nació válido en cuanto su forma en el país de su otorgamiento no pierde su validez formal cuando cruza la frontera y por tanto, puede emplearse en otros Estados que admitan la regla *locus regit actum*. No es preciso otorgar tantos poderes como países en los que opera el representante: basta el poder de origen válidamente otorgado con arreglo a las reglas de forma del Derecho del país de su otorgamiento (= *lex originis*).

Por otro lado, es claro que un poder otorgado en documento privado es perfectamente válido para el Derecho español, incluso aunque se trate de un poder específico para adquirir bienes inmuebles. Basta tener presente el art. 1710 CC, que admite un poder expreso o tácito e incluso por actos concluyentes del principal (*facta concludentia*) y también de forma oral. El art. 1280 CC, como es sabido, no exige, para la validez de un poder "*que tenga por objeto un acto redactado o que deba redactarse en escritura pública, o haya de perjudicar a tercero*", que dicho poder conste en escritura pública. En Derecho español, esta forma pública (= poder en escritura pública) sólo se exige para que el poder pueda ser empleado para adquirir un bien inmueble en virtud de contrato documentado en escritura pública (art. 1280.5º CC y art. 98 Ley 24/2001). En consecuencia, en Derecho español, un poder no es un acto formalmente solemne que deba ser necesariamente constar en documento público bajo pena de nulidad del mismo. Por tanto, el art. 11.2 CC es inaplicable a este poder otorgado en Inglaterra. Para su validez formal en España no se exige que conste en documento público alguno. Basta que el poder se haya ajustado a la forma prescrita por la Ley del país donde se ha otorgado (art. 11.1 CC: *locus regit actum*). En otras palabras, la ley que regula el fondo del poder (= la Ley española ex art. 10.11 CC) no requiere que el poder, para su validez, se documente en instrumento público y por eso el art. 11.2 CC es totalmente inaplicable en este supuesto. Así pues, finalmente, si el poder respeta, en su sustancia, lo establecido por la Ley española (art. 10.11 CC) y se ajusta, también, a la forma admitida en la Ley inglesa (art. 11.1 CC) entonces será perfectamente válido en España como lo es también en Inglaterra, país donde se otorgó.

80. En tercer lugar, para la elevación a público del contrato privado firmado en Granada, es preciso que el poder sea válido según las normas españolas de Derecho internacional privado. Se ha visto que dicho poder es, efectivamente válido en España pues su sustancia respeta la Ley española (art. 10.11 CC) y en cuanto a la forma, porque el poder se ajusta la Ley del país donde fue otorgado (art. 11.1 CC). Ahora bien, no es suficiente con que ese poder sea "válido" en España si se desea utilizar ante notario español para documentar la venta en escritura pública. En ese caso, la cuestión afecta a la publicidad de un derecho real que recae sobre un bien inmueble situado en España, por lo que entra en escena el art. 10.1 CC. El precepto ordena aplicar el Derecho español (= Ley del país de situación del bien inmueble) y éste indica que el poder empleado en la compraventa notarial debe estar contenido en un documento público español o extranjero. Así lo precisan los arts. 1280.5º CC y 98 de la Ley 24/2001 (= el notario debe exigir la presentación de "*documento auténtico que se le haya aportado para acreditar la representación alegada*"). Por tanto, el poder debe ser válido en España (arts. 10.11 CC y 11.1 CC) y además de debe constar en documento público (art. 10.1 CC, art. 1280.5º CC y art. 98 Ley 24/2001). En este sentido, puede afirmarse lo siguiente.

En primer término, el poder otorgado en Londres consta en documento público extranjero. La autoridad que lo ha autorizado es una autoridad pública, pues el poder se presenta con apostilla y es sabido que sólo pueden apostillarse los documentos públicos. Debe estimarse que el documento no ha sido falsificado, pues la apostilla garantiza que la autoridad pública extranjera que lo ha autorizado es la que consta como firmante en el documento y que su firma es veraz.

En segundo término, corresponde a la parte interesada probar ante el notario español que el *solicitor* - *notary* inglés ha desarrollado las mismas funciones que desarrolla un notario español que autoriza un poder. Se trata del "juicio de equivalencia" de funciones entre un poder otorgado ante fedatario inglés y el que autoriza un notario español. Esto es, debe acreditarse: (a) Que el *notary* inglés tiene atribuidas

competencias legales, con arreglo al Derecho inglés, para autorizar un poder en documentos públicos; (b) Que el *notary* inglés ha observado las formalidades y solemnidades exigidas por la Ley del Estado donde se ha otorgado el poder (art. 11.1 CC). Como es natural, en consecuencia, no es preciso que el documento público inglés contenga las formalidades propias de la legislación notarial española; (c) Que el *notary* inglés ha realizado un "juicio de realidad" de los hechos necesarios para otorgar el poder. Debe haber controlado la identidad de principal y representante. También debe haber controlado y hecho constar la fecha de otorgamiento del poder, la voluntad inequívoca de otorgamiento del poder en los términos que exprese el principal y la identidad indubitada del otorgante y del apoderado; (d) Que el *notary* inglés ha realizado un "juicio de legalidad civil del poder", esto es, que la sustancia del poder se ajusta a la Ley española (art. 10.11 CC), pues el poder carece de elección de Ley y se utiliza en España. Debe quedar claro que, con arreglo al Derecho inglés, el *notary* inglés no es un mero legitimador de firmas, sino que controla, asegura y certifica, la validez de fondo del poder, su ajuste a la Ley; (e) Que el *notary* inglés ha realizado un "juicio de capacidad" de los sujetos que intervienen en el otorgamiento del poder con arreglo a su Ley nacional respectiva (art. 9.1 CC).

Una vez acreditados esos extremos (= juicio de equivalencia), el notario español puede afirmar que el poder inglés es "equivalente" al poder español otorgado en escritura pública, pues el *solicitor-notary* ha desplegado las mismas funciones que realiza un notario español cuando autoriza un poder. El juicio de equivalencia queda superado. Después, el notario deberá comprobar que el poder otorga las facultades suficientes para que el apoderado pueda adquirir el inmueble sito en España. En caso afirmativo, el poder supera también el "juicio de suficiencia".

Visto que, con arreglo al Derecho inglés, el *notary* inglés despliega funciones similares a las que corresponden a un notario español cuando autoriza una escritura pública de poder, existe equivalencia y muy probablemente suficiencia del poder. Puede, pues, elevarse a escritura pública la compraventa del inmueble sito en España. Tras ello, podrá ser inscrita en el Registro de la Propiedad español.

2. Poder otorgado en documento privado firmado por poderdante y apoderado en Irlanda para adquirir inmuebles situados en España

81. Una empresario irlandés (= poderdante / *donor*) otorga en Dublín un poder en favor de a un abogado español (= apoderado / *attorney*) en cuya virtud dicho abogado queda facultado para adquirir inmuebles situados en España. El principal hace constar de manera expresa, en el poder que otorga, que éste queda sometido al Derecho irlandés. El poder (*power of attorney*) se otorga en documento privado. Debe tenerse presente que, con arreglo al Derecho irlandés, es válido el poder otorgado en documento privado. No es necesario que intervenga un abogado (*solicitor*) ni un notario (*notary*). En cuanto a sus formalidades, basta que el poder sea firmado por el principal (*donor*) en presencia de un testigo (*witness*)¹⁴³. El abogado español apoderado compra a un vendedor también español un apartamento situado en Almería y la compra se documenta en un contrato privado firmado en dicha ciudad. Acuerdan elevarlo a escritura pública en el plazo de un mes. Diversas cuestiones surgen.

82. En primer lugar, en cuanto a la validez en España del contrato de compraventa del apartamento situado en Almería, cabe afirmar, que, al igual que en el caso anterior, el fondo o sustancia de este contrato, a falta de indicaciones de las partes (art. 3.1 RR-I), se rige por la Ley española. Así lo indican el art. 4.1.c) RR-I y art. 10.1 RR-I, ya que el contrato que tiene por objeto un derecho real inmobiliario o el arrendamiento de un bien inmueble situado en España. Los contratos de compraventa de inmuebles no son contratos sometidos a forma solemne para su validez, por lo que este contrato privado es plenamente válido para el Derecho español (art. 11.5 RR-I). El contrato es válido aunque

¹⁴³ La normativa irlandesa relativa a los poderes (*power of attorney*) se halla en la *Powers of Attorney Act 1996* y en la *Enduring Powers of Attorney Regulations 1996* (SI No. 196/1996), modificada por la *SI No. 287/1996*. Estos textos pueden consultarse en: <http://www.irishstatutebook.ie/eli/1996/si/287/made/en/print>; <http://www.irishstatutebook.ie/eli/1996/si/196/made/en/print>; <http://www.irishstatutebook.ie/eli/1996/act/12/enacted/en/html>. Más información oficial sobre los poderes en Derecho irlandés puede hallarse en https://www.citizensinformation.ie/en/death/before_a_death/power_of_attorney.html#l69954.

no se eleve a escritura pública y aunque no se inscriba en el Registro de la Propiedad. Este contrato es válido en cuanto al fondo (= obligaciones que surgen del mismo) y en cuanto a la forma (= no es un contrato sujeto a forma solemne).

83. En segundo término, la validez en España del poder como negocio jurídico se rige por la Ley designada por el art. 10.11 CC. El poderdante ha elegido la ley irlandesa (art. 10.11 CC, segundo inciso, primera conexión), de modo que dicha Ley rige la validez del poder en cuanto a su fondo o sustancia. En consecuencia, si el *power of attorney* se ajusta a la Ley irlandesa en cuanto al fondo, será considerado perfectamente válido en España. Como la Ley irlandesa no exige una forma solemne para la validez de dicho poder, resultará que el art. 11.2 CC es totalmente inaplicable, de manera que el poder en cuestión será formalmente válido en España como lo es también en Irlanda si se ajusta a la forma privada admitida en Irlanda, país donde se otorga el poder (art. 11.1 CC: *locus regit actum*). En consecuencia, el contrato de compraventa del inmueble sito en España firmado mediante un poder otorgado en Irlanda en documento privado, es perfectamente válido para el ordenamiento jurídico español. Produce obligaciones contractuales entre las partes.

84. En tercer lugar, para la elevación a público del contrato privado firmado en Almería, es preciso, en primer término, que el poder sea válido según las normas españolas de Derecho internacional privado. Como se ha indicado, el poder se ajusta a la Ley irlandesa, razón por la que es plenamente válido en España tanto en cuanto al fondo (art. 10.11 CC) como a la forma (art. 11.1 CC). Por otra parte, el art. 10.1 CC indica que el Derecho español es aplicable a la publicidad de la adquisición de la propiedad del apartamento sito en Almería. El Derecho español exige que, en la compra en escritura pública de la vivienda, el poder que se utilice conste en documento público, español o extranjero. Así lo establecen el art. 1280.5º CC y el art. 98 de la Ley 24/2001, que exige la presentación ante notario de un "*documento auténtico que se le haya aportado para acreditar la representación alegada*", esto es, de un poder que conste en documento público. Visto que el poder otorgado en Irlanda no consta en documento público ni español ni extranjero, no es posible su elevación a escritura pública ni, lógicamente es tampoco posible su inscripción en el Registro de la Propiedad español. Tampoco el poder otorgado en Irlanda contendrá "apostilla", pues sabido es que sólo pueden apostillarse los documentos firmados por autoridades públicas de los Estados partes en el Convenio de La Haya de 5 octubre 1961¹⁴⁴. El contrato privado de compraventa es perfectamente válido para el ordenamiento jurídico español: existe título, pues se ajusta a la Ley que rige el contrato, que será, a falta de elección de Ley, la Ley española (art. 4.1.c) RR-I). Si la vivienda se entrega al comprador, existirá también "modo", por lo que la propiedad se transmite al comprador, ya que, efectivamente, la transmisión de la propiedad se rige por el Derecho español al estar situada la vivienda en España (art. 10.1 CC). Y en Derecho español, la transmisión de la propiedad del inmueble se produce con la conjunción estelar de título (= contrato válido) y modo (= tradición o entrega del bien), sin que sea preciso que el contrato de compraventa se documente en escritura pública ni que la adquisición del inmueble se inscriba en el Registro de la Propiedad, explica la doctrina¹⁴⁵. Dicha inscripción sirve, que no es poco, expone I. ESPÍÑEIRA SOTO, para defender mejor el derecho de propiedad mediante un sistema de publicidad de los derechos reales¹⁴⁶.

¹⁴⁴ Convenio suprimiendo la exigencia de la legalización de los documentos públicos extranjeros, hecho en La Haya el 5 octubre 1961 (BOE núm.229 de 25 septiembre 1978).

¹⁴⁵ P. BLANCO-MORALES LIMONES, "Autonomía de la voluntad en el derecho privado", en *Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, coord. por LORENZO PRATS ALBENTOSA, vol. 5, 2012 (Derecho Internacional Privado e Interregional), pp. 1-166; P. BLANCO-MORALES LIMONES, "La función notarial desde la perspectiva de la Unión Europea", en *El documento público extranjero en España y en la Unión Europea: Estudios sobre las características y efectos del documento público* (dir. MARIA FONT I MAS), 2014, pp. 123-149. También C. GUILARTE MARTÍN-CALERO, "Traditio" y escritura pública", *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n.4, 2005, pp. 1585-1589.

¹⁴⁶ I. ESPÍÑEIRA SOTO, "Comentario sobre el acceso al registro de propiedad de documentos de notarios extranjeros", en <https://www.notariosyregistradores.com/LEYESEXTRANJERAS/escriturasextranjer.htm>.

3. Poder otorgado ante *Notary Public* del *State* de *New Jersey* (Estados Unidos de América) para adquirir un apartamento situado en España

85. Un empresario residente en el *State* de *New Jersey* (Estados Unidos de América) otorga un poder en favor de un abogado de dicho *State*, de modo que dicho sujeto apoderado queda facultado para comprar inmuebles sitios en España. El poder se otorga ante un *notary public* del *State of New Jersey* y no contiene ninguna designación de la Ley aplicable al mismo.

86. Con arreglo a la normativa legal de dicho *State*, contenida en el *New Jersey notary public manual*, revisado en septiembre de 2015, el *notary public* no debe ser experto en Derecho¹⁴⁷. Toma declaraciones y juramentos a los sujetos privados, legitima firmas, da fe de la fecha de las declaraciones de los particulares hechas ante él, certifica protestos de impago de efectos cambiarios y similares. La normativa extranjera citada indica, de modo expreso, que el *notary public* no proporciona consejos legales ni acredita el ajuste a la Ley de los documentos que autoriza¹⁴⁸. El *notary public* del *State de New Jersey* es, eso sí, un profesional que opera en el desarrollo de una función pública. En consecuencia, un poder autorizado por dicho sujeto puede ser apostillado. Es un documento público (= firmado y certificado por una autoridad pública, nombrada por un Estado parte en el Convenio de La Haya de 5 octubre 1961) y surte efectos en el Estado de origen y también en España. El poder es, naturalmente, válido también en España. Si dicho poder se ajusta a lo exigido por la Ley española (= Ley de país donde se ejercitan las facultades conferidas: art. 10.11.II CC) y se ha redactado en la forma requerida por la Ley del *State of New Jersey* (= art. 11.1 CC), lo que, efectivamente, es así, el poder es perfecta y totalmente válido en España. Puede ser empleado para adquirir inmuebles en España, de modo que el principal queda vinculado por los actos de su apoderado.

87. Sin embargo, aunque este poder es válido en España y consta en documento público extranjero, el fedatario de *New Jersey* no ha intervenido en el mismo con la una intensidad similar a la propia de los notarios españoles. Ha acreditado la identidad del poderdante y del apoderado y ha asegurado la veracidad de la firma del poderdante, la realidad del otorgamiento del poder y la fecha del mismo. No obstante, el *notary public* de *New Jersey* no ha controlado ni la capacidad del poderdante, ni la legalidad de los términos del poder. En consecuencia, las funciones que ha desarrollado el *notary public* de *New Jersey* no son equivalentes a las que despliega un notario español que autoriza una escritura pública de poder. Así pues, el documento público de poder del *State* de *New Jersey* no es "equivalente" a una escritura pública de poder que autoriza un notario español. No se verifica la exigencia de "juicio de equivalencia" requerido por el art. 98 de la Ley 24/2001 y por el art. 1280.5º CC, ambos aplicables por mandato del art. 10.1 CC. Ello conduce a afirmar, sin ningún género de duda, que el poder otorgado en *New Jersey* no puede ser empleado para comprar, en escritura pública a formalizar ante notario español, un bien inmueble sito en España. Por tanto, tampoco se podrá inscribir dicha adquisición en el Registro de la Propiedad español. Sin perjuicio de lo anterior, debe recordarse, se insiste, que el poder autorizado por el *notary public* de *New Jersey*, se insiste, es válido en España y puede ser empleado en España, aunque no pueda emplearse para formalizar adquisiciones de inmuebles en escrituras públicas notariales españolas.

4. Poder otorgado en Liverpool para adquirir bienes inmuebles en España. El caso de la objeto de la RDGRN de 14 septiembre 2016

88. En el caso objeto de la RDGRN 14 septiembre 2016, una empresa española vendió a una señora y a sus hijos dos viviendas situadas en Mazarrón (Murcia, España)¹⁴⁹. Los adquirentes estaban

¹⁴⁷ El texto de dicha normativa puede verse en <https://www.nj.gov/treasury/revenue/dcr/geninfo/notarymanual.shtml>.

¹⁴⁸ El *notary public* "never prepare[s] a legal document or give advice on legal matters, or matters pertaining to land titles (...). this includes the preparation of pleadings, affidavits, briefs and any other submissions to the court". *Vid.* nota anterior.

¹⁴⁹ BOE núm. 241 de 5 octubre 2016. *Vid.* Á.L. TOMASELLI ROJAS, "El análisis de los poderes generales para pleitos realizados en el extranjero, examen de los principales problemas al respecto", 7 diciembre 2018, en <https://elderecho.com/analisis-los-poderes-generales-pleitos-realizados-extranjero>.

representados por un apoderado que disponía de un poder otorgado en la ciudad de Liverpool (Inglaterra). La registradora denegó la inscripción de la escritura pública autorizada en Albacete al estimar que no quedaban acreditadas las facultades del representante de la parte compradora.

89. El problema radicaba en que la registradora afirmaba que "*al notario que autoriza el precedente documento, aunque hace juicio de suficiencia de las facultades, no se le han exhibido copias autorizadas o auténticas de las escrituras de poder, sino copia o testimonio, lo que desvirtúa el juicio de suficiencia y el negocio jurídico efectivamente celebrado, por lo que no queda acreditada la representación alegada*". Esto es, indica con vehemencia la Sra. Registradora que el notario no ha tenido a la vista el documento original de "poder" empleado por el apoderado, ni tampoco una copia autorizada o auténtica del mismo, sino un mero "original del certificado notarial", -eso sí, acompañado de la oportuna "apostilla"-, expedido por notario de Liverpool y que se refiere al poder en cuestión. Indica la registradora que no se ha probado que, en Derecho inglés, "*el citado certificado notarial sea un poder a todos los efectos*". La prueba del Derecho inglés debía haberse practicado por la parte que alegó tal certificado y el notario debía haber especificado qué preceptos del Derecho extranjero eran aplicables para acreditar que el certificado notarial es o equivale a un "poder de representación". Por ello, entiende la registradora que no queda acreditada la representación alegada.

90. La DGRN centra correctamente el debate jurídico al afirmar que la única cuestión suscitada es "*la calificación registral de un poder otorgado en el extranjero, ante notario de Liverpool, que el notario juzgó suficiente para el concreto otorgamiento, realizando al respecto el juicio establecido en el art. 98 de la Ley 24/2001*". En realidad, como ha apuntado R. TENA ARREGUI, la controversia surge porque no se presenta ante el notario de Albacete un "poder" en documento original o copia auténtica, sino un "certificado de poder", un "*Notarial Certificate*" expedido y autorizado por un notario de Liverpool (Inglaterra) y que contaba con la correspondiente apostilla de La Haya¹⁵⁰. La cuestión, de todos modos, debió haberse resuelto de modo sencillo: es al notario español al que corresponde, en exclusiva, decidir si la representación está acreditada o no en el caso en el que se presenten copias de un poder o extractos del mismo o un poder parcial complementado, en su caso, con otros documentos¹⁵¹. Si el notario español estima que es suficiente el documento presentado para hacer fe de la representación, así debe ser, sin que el registrador pueda en modo alguno cuestionar la conclusión del notario al respecto, como bien expone J.I. ATIENZA LÓPEZ¹⁵². En la RDGRN 21 diciembre 2006, que desembocó en la importante STS 23 septiembre 2011, se suscitó un caso similar¹⁵³. El registrador suspendió la inscripción al estimar que el notario sólo había tenido a la vista "copias parciales de los poderes" y que, de ese modo, no podía acreditarse la representación necesaria para otorgar escritura de venta. Pues bien, la DGRN estimó que la acreditación de las "facultades de los apoderados" corresponde hacerla al notario y no al registrador.

91. Así las cosas, puede afirmarse que el "*Certificate*" presentado como documento público que acredita la representación es, sin duda alguna, un documento expedido por autoridad pública (*notary public*) y puede igualmente aseverarse con seguridad que dicho documento no es una falsificación. La

¹⁵⁰ R. TENA ARREGUI, "A propósito de la resolución de la DGRN de 14 de septiembre de 2016", en *El notario del siglo XXI*, septiembre-octubre 2019, n. 87, texto en <http://www.elnotario.es/index.php/practica-juridica/7319-poderes-extranjeros>.

¹⁵¹ Así, la RDGRN 17 febrero 2000 [BOE núm. 69 de 21 marzo 2000] acepta que el notario pueda comprobar la realidad del apoderamiento mediante copias del poder u otros documentos apropiados: "*Los requisitos exigidos por esta Dirección General, derivados de los preceptos citados en el «vistos» respecto a la acreditación de la representación voluntaria, son: a) Que el apoderado haya actuado mediante exhibición al Notario, o en su defecto, mediante su aportación al Registro, en virtud de copia autorizada del poder, o que acredite, mediante otro documento público (Vgr.: Certificación del Registro Mercantil) la subsistencia de dicho poder en la fecha del otorgamiento; b) que, en el caso de transcripción parcial por el Notario de las facultades del apoderado, asevere el Notario que en lo no transcrito nada contradice, condiciona o modifica lo inserto; c) que el Registrador puede calificar la suficiencia de dichas facultades*". En sentido similar, *vid.* RDGRN 17 febrero 2000 [BOE núm. 69 de 21 marzo 2000].

¹⁵² J.I. ATIENZA LÓPEZ, "El juicio notarial de suficiencia. Calificación registral (Comentario a la STS de 23 de septiembre de 2011)", en <https://www.civil-mercantil.com/apoderamiento-notario-registrador-propiedad-conflicto-normas-principio-especialidad-seguridad-juridica.html> (14 junio 2012).

¹⁵³ RDGRN de 21 diciembre 2006 [BOE de 23 enero 2007]; STS 23 septiembre 2011 [ECLI: ES:TS:2011:6616].

presencia de la debida "apostilla" en el "Certificate" asegura ambos extremos. Queda también acreditado "el nombre y la cualidad del notario actuante". Sin duda alguna, del documento en cuestión queda probado que el *notary public* de Liverpool identificó al principal y que dicho *notary public* acreditó la capacidad legal de dicho principal.

92. La única tacha que existe, para la DGRN, radica en que no parece claro que la notaria española emitiera el juicio de equivalencia del documento notarial inglés de poder respecto del documento público español de poder, precisa J. GARCÍA-CAZORLA TABOADA¹⁵⁴. Esto es, la DGRN duda de que la notaria española haya acreditado que el *notary public* inglés "haya desarrollado funciones equivalentes a las del notario español en la autorización del documento notarial" de poder, como bien explica E.C. TORRALBA MENDIOLA¹⁵⁵. En este sentido, es preciso subrayar que si el *notary public* se limita a legitimar la firma del poderdante pero no emite un "juicio de capacidad de los comparecientes", entonces el *notary public* no desempeña las mismas funciones que un notario español desarrollaría al autorizar una escritura de poder¹⁵⁶. En ese caso, apunta PÉREZ DE VARGAS, no se alcanzaría la equivalencia y no podría otorgarse escritura pública de compraventa en España mediante el poder otorgado en Liverpool¹⁵⁷. Por tanto, cabe indicar que si la notaria española hubiera sido más contundente al afirmar que el poder otorgado el Liverpool fue autorizado por notario de dicha ciudad que realizó funciones equivalentes a las que lleva a cabo un notario español que autoriza un poder, -esto es, que el notario inglés ha comprobado la identidad del otorgante, su capacidad legal y la realidad y legalidad del apoderamiento-, no habría existido problema alguno en calificar dicho poder como poder otorgado en documento público" a efectos del art. 1280.5 CC y del art. 98 de la Ley 98/2001.

En realidad, la notaria española afirmó que, a su parecer, la poderdante tenía aptitud y capacidad legal según su ley personal, cuando, sin embargo, debía haber afirmado que era el notario inglés el que había constatado que la poderdante tenía aptitud y capacidad legal según su ley personal. Ése es el verdadero reproche que realiza a la notaria la RDGRN en su RDGRN 14 septiembre 2016¹⁵⁸. En consecuencia, como la notaria no ha afirmado que el notario inglés haya controlado la capacidad de la poderdante, puede parecer, -y eso indica la DGRN-, que el notario inglés se ha limitado a una legitimación de su firma.

93. Dicho lo anterior, es preciso que el notario español afirme que, con arreglo al Derecho del Estado de origen del documento público de poder, el notario extranjero autorizante controla y verifica la capacidad del otorgante del poder. En esta línea, la RDGRN 14 septiembre 2016 indica que "en los sistemas notariales anglosajones la equivalencia de los documentos notariales difiere notablemente. El *notary public* no emite juicio de capacidad de los comparecientes y no puede considerarse equivalente; mientras que los *notaries-at-law* o *lawyer notaries*, sí pueden considerarse equivalentes". Añade: "[e]n el presente expediente, el *notary public* inglés se ha limitado únicamente a legitimar la firma, sin que esta legitimación de firma pueda equiparse al documento público previsto en el artículo 1280.5 del Código Civil, antes expuesto". Pues bien, dichos párrafos deben ser leídos correctamente. En verdad, la distinción que lleva a cabo la DGRN entre *notary public* y *notary-at-law* es sólo válida, en general, para el mundo jurídico anglosajón. Sin embargo, tal distinción no es correcta en Inglaterra y Gales, donde sólo existe un tipo de notarios, -aparte los exóticos supuestos de los *scrivener notaries*-. Debe, por tanto, afirmarse, con

¹⁵⁴ J. GARCÍA-CAZORLA TABOADA, "Sobre la eficacia en España de los poderes otorgados ante notarios extranjeros (a propósito de las resoluciones de la DGRN de 14 de septiembre de 2016 y 17 de abril de 2017)", *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 2017, n. 47, pp. 127-133.

¹⁵⁵ E.C. TORRALBA MENDIOLA, "La eficacia en España de los poderes otorgados ante notario extranjero", *Bitácora Millennium DIPr: Derecho Internacional Privado*, n. 5, 2017.

¹⁵⁶ J. ALFARO ÁGUILA REAL, "Poder extranjero: juicio de suficiencia y de equivalencia ¿cambio de criterio de la DGRN?", 28 abril 2017, en <https://derechomercantiles.es/blogspot.com/2017/04/poder-extranjero-juicio-de-suficiencia.html>.

¹⁵⁷ PÉREZ DE VARGAS ABOGADOS, "Validez en España de los poderes notariales otorgados en Reino Unido", 21 enero 2017, en <https://perezdevargas.es/blog/validez-espana-poderes-notariales-otorgados-reino-unido/>.

¹⁵⁸ RDGRN 14 septiembre 2016 [BOE núm. 241 de 5 octubre 2016]: "En la diligencia emitida por la notaria no se contiene propiamente una declaración de equivalencia del documento notarial inglés respecto del documento público a que se refiere el artículo 1280.5 del Código Civil (...), sino que se limita a expresar que la poderdante tiene aptitud y capacidad legal según su ley personal y que se han cumplido las formalidades del país de origen, pero no se dice ni justifica que la autoridad extranjera haya desarrollado funciones equivalentes a las del notario español en la autorización del documento notarial".

R. TENA ARREGUI, que con arreglo al Derecho inglés, el *notary* inglés controla siempre la identidad del otorgante y también su capacidad legal para otorgar el poder, así como la legalidad del apoderamiento¹⁵⁹.

Es muy posible que, en el caso abordado por la DGRN, al presentarse un "certificado del poder" y no el "poder" mismo, en dicho certificado no constara el juicio de capacidad del otorgante que necesariamente realiza un *notary* inglés. Sin perjuicio de ello, cabe insistir en que un *notary* inglés siempre controla la capacidad legal del otorgante, como ha manifestado la Asociación de Notarios de Inglaterra y Gales, indica E.C. TORRALBA MENDIOLA¹⁶⁰. Por tanto, la equivalencia de funciones entre un *notary* inglés y un notario español que autoriza una escritura de poder es clara y evidente. La DGRN erró porque no verificó que, en Derecho inglés, un *notary* que autoriza un poder en documento público controla los mismos extremos que un notario español. Así pues, acreditado dicho extremo con arreglo al Derecho inglés, la equivalencia queda satisfecha y puede otorgarse escritura pública de compraventa ante notario español e inscribirse en el Registro.

5. Poder otorgado en Suecia para adquirir bienes inmuebles en España. El caso objeto de la RD-GRN de 18 diciembre 2018

94. La RDGRN 18 diciembre 2018 se ocupó del siguiente caso¹⁶¹. Se había otorgado escritura autorizada por notario de Marbella en la que se formalizó la compraventa de un inmueble sito en España. Actuó un apoderado de la parte compradora, de nacionalidad sueca, mediante un poder conferido a su favor ante notario de Estocolmo (Suecia) redactado en lengua española e inglesa, debidamente apostillado, en el que constaban las necesarias facultades para comprar bienes inmuebles. El notario español estimó que el poder otorgado en Suecia fue autorizado por notario sueco "en desarrollo de funciones equivalentes a las del notario español" y que contenía el oportuno juicio de identidad y de capacidad de los otorgantes.

95. El Sr. Registrador de la Propiedad de Mijas calificó negativamente y suspendió la inscripción con un argumento central. Según dicho Registrador, en efecto, el poder "*no es válido puesto que las funciones de la Notario sueca, no son equivalentes a las que desempeña el Notario español, y dado que ni siquiera respeta las formalidades de los documentos públicos de conformidad con la legislación española ya que el citado documento extranjero es una mera certificación de legitimación de firmas....*". En definitiva, existe una discrepancia entre el notario español, -que estima que el notario sueco controló los mismos extremos de legalidad que controla un notario español cuando autoriza una escritura de poder-, y el registrador, que niega dicha "equivalencia de funciones". Pues bien, la solución a este dilema estriba, claro es, en el contenido de la legislación sueca que regula las funciones de los notarios de dicho país. El dilema radica en saber si, con arreglo al Derecho sueco, el notario autorizante de dicho país sólo dispone de competencia legal para legitimar las firmas que aparecen en el documento de poder o si posee competencias legales para acreditar la capacidad del otorgante y la legalidad del contenido del poder. El punto central es, pues, la legislación sueca que regula las funciones notariales, la acreditación de su contenido y alcance en relación con las funciones del *notarius publicus* sueco¹⁶². Tras ello, late, como es muy frecuente, la cuestión de la imputación del coste de la prueba del Derecho extranjero en sede

¹⁵⁹ R. TENA ARREGUI, "A propósito de la resolución de la DGRN de 14 de septiembre de 2016", en *El notario del siglo XXI*, septiembre-octubre 2019, n. 87, texto en <http://www.elnotario.es/index.php/practica-juridica/7319-poderes-extranjeros>.

¹⁶⁰ E.C. TORRALBA MENDIOLA, "La eficacia en España de los poderes otorgados ante notario extranjero", *Bitácora Millennium DIPr: Derecho Internacional Privado*, n. 5, 2017.

¹⁶¹ BOE núm. 24 de 28 enero 2019.

¹⁶² DGRN 18 diciembre 2018 [BOE núm. 24 de 28 enero 2019]: "*A tales efectos, no será tanto en el contenido del documento, sino en la actuación de la autoridad extranjera (conforme a sus propias reglas generalmente basadas en la práctica internacional, como acontece en el presente supuesto) donde se ha de centrar la aplicación de llamada regla de equivalencia de funciones, que supera y deja atrás la regla de equivalencia de formas, y que significa que un documento otorgado en el extranjero será válido «prima facie» para las exigencias del Derecho español si la autoridad extranjera autorizante cumple unas funciones equivalentes a las de una autoridad española o bien pueden ser adecuadas e integradas por el notario español, en el caso concreto*".

notarial¹⁶³. ¿Quién debe probar el contenido, alcance e interpretación de esta normativa notarial sueca? ¿El notario, la parte interesada, el registrador? ¿Todos?

96. Con arreglo al art. 98 de la Ley 24/2001, el notario español expresó que "*se le ha exhibido el poder, con identificación de la notaria extranjera interviniente, debidamente apostillado, que contiene facultades suficientes para comprar bienes inmuebles y que considera además, que reúne requisitos equivalentes a los exigidos por la legislación española, al haber sido autorizado por notario en desarrollo de funciones equivalentes a las del notario español y contener juicio de identidad y de capacidad de los otorgantes*". Es decir: el notario español ha emitido su juicio. Según dicho notario, el poder es suficiente (= refleja las facultades necesarias y bastantes para que el apoderado pueda vender o comprar) y el poder es equivalente (= el notario español afirma que el notario sueco controló la legalidad del poder como lo habría hecho un notario español porque la legislación sueca ordena que los notarios suecos controlen el ajuste del poder a la Ley).

Pues bien, el art. 98 de la Ley 24/2001 contiene la solución al dilema y es ésta: si el notario español afirma que el fedatario público extranjero ha autorizado el poder y ha controlado su legalidad y, en consecuencia, ha desarrollado las mismas funciones que habría desplegado un notario español - juicio de realidad, juicio de identidad, juicio de capacidad de los otorgantes-, entonces se dará por equivalente el poder otorgado en el extranjero a un poder otorgado en España. La afirmación del notario español en este sentido es bastante y es suficiente, señala S.A. SÁNCHEZ LORENZO¹⁶⁴. Y es suficiente porque así lo señala el citado art. 98 de la Ley 24/2001. Se supone, pues, que el notario español ha recabado la información jurídica necesaria relativa al Derecho notarial extranjero que resulta precisa para afirmar la equivalencia entre poder español y poder extranjero. La carga de probar que el Derecho extranjero, -en este caso, el Derecho sueco-, no confiere a los notarios suecos la competencia para acreditar la capacidad de los otorgantes y la legalidad del contenido del poder, se traslada al registrador. Por ello, el registrador no puede, simplemente, afirmar, pura y simplemente, que disiente del parecer del notario relativo a la legislación sueca. Debe el registrador, en todo caso, llevar a cabo "*una motivación expresa, adecuada y suficiente (...) de modo que resulte probado el contenido y vigencia del Derecho extranjero sobre tal extremo, sin que -como ocurre en el caso del presente recurso-, baste la cita aislada de una ley sueca, y mucho menos la respuesta a una consulta formulada al Colegio de Registradores de la Propiedad Mercantiles y de Bienes Muebles de España (siendo cualquier actividad formativa o informativa colegial bienvenida en la necesaria especialización internacional de los notarios y registradores, carece de valor alguno a efectos de este expediente la aludida respuesta, a lo que debe añadirse que, al ser la calificación registral autónoma e independiente, carece dicho informe de efecto vinculante alguno)*". Y es que sobre este punto no puede prevalecer una interpretación de dicha ley realizada por el registrador que difiera de la que haya realizado el notario en el ejercicio de la competencia que a tal efecto tiene atribuida (...)". Por tanto, si el notario autorizante afirma que, con arreglo al Derecho notarial sueco, los notarios de dicho país autorizan poderes mediante un control equivalente al que practican los notarios españoles, lo afirmado por el notario se tendrá por cierto. Queda a salvo la posibilidad de que el registrador sostenga lo contrario. En tal hipótesis, el registrador deberá probar el contenido y vigencia del Derecho sueco, su interpretación concreta y, en consecuencia, logre demostrar que con arreglo al Derecho sueco, los notarios de dicho país escandinavo autorizan poderes de representación pero que, al hacerlo, sólo legitiman las firmas que aparecen en el documento y no controlan ni el la legalidad del contenido del poder ni la capacidad del poderdante.

97. Por tanto, en el caso objeto de esta RDGRN 18 diciembre 2018, la DGRN implementa la regla de economía probatoria del Derecho extranjero y la regla de la inversión de la "carga negativa de la prueba" contenida en el art. 98 de la Ley 24/2001. En aras de la facilitación del tráfico jurídico y económico, corresponde al notario afirmar si el poder otorgado en otro país ha sido autorizado por notario

¹⁶³ I. CARPIO GONZÁLEZ, "El notario y el derecho extranjero", 14 mayo 2018, en <http://notariaignaciocarpio.com/el-notario-y-el-derecho-extranjero/>.

¹⁶⁴ S.A. SÁNCHEZ LORENZO, "La eficacia de los poderes de representación voluntaria otorgados ante Notario extranjero y la doctrina de la Dirección General de Registros y el Notariado", *Diario La Ley*, n. 9376, Sección Tribuna, 13 de marzo de 2019.

extranjero que ha desarrollado funciones equivalentes a las del notario español que autoriza un poder. El notario debe informarse sobre el tenor del Derecho extranjero al respecto, esto es, sobre las funciones que corresponden a los notarios que autorizan poderes según la legislación extranjera correspondiente, como apunta J. ALFARO ÁGUILA REAL¹⁶⁵. Su mera afirmación positiva al respecto es ya suficiente para que la escritura española de venta pueda ser inscrita en el Registro español sin que se cuestionen la representación. El citado art. 98 de la Ley 24/2001 es clarísimo en dicho sentido¹⁶⁶.

98. Por el contrario, el registrador que disienta de la afirmación positiva del notario deberá, en su caso, probar el contenido de la legislación foránea, su vigencia, interpretación y alcance, así como motivar su posición negativa, de manera expresa, adecuada y suficiente. Una mera cita de una norma o de una ley sueca no es suficiente. Traer a colación la respuesta a una consulta formulada al Colegio de Registradores de la Propiedad Mercantiles y de Bienes Muebles de España al respecto, tampoco lo es, pues dicha consulta no es Derecho sueco y el art. 98 de la Ley 24/2001 obliga al registrador que deniega o suspende una inscripción a motivar su calificación negativa en el Derecho sueco, no en otros materiales ni en meras suposiciones de lo que indica el Derecho extranjero¹⁶⁷.

99. Así, en el supuesto resuelto por la RDGRN 18 diciembre 2018, visto que el notario español que autorizó la escritura de venta afirmó que el poder era suficiente y que las funciones del notario sueco eran equivalentes a las que desarrolla un notario español que autoriza un poder de representación, y visto, también, que el registrador no probó ni justificó ni motivó que el notario sueco se hubiera limitado a "legitimar las firmas" que constan en el poder, prevaleció el parecer del notario español y la DGRN autorizó la inscripción registral.

100. Pudiera ser que el juicio del notario español sobre las funciones que los notarios suecos pueden desarrollar según la legislación sueca fuera un juicio equivocado¹⁶⁸. Ahora bien, el sistema legal español es claro: si el notario español que autoriza la escritura de venta afirma que los notarios suecos están habilitados por la Ley sueca para identificar al poderdante y apreciar su capacidad y no sólo para legitimar sus firma, esa afirmación se tiene, en principio, por exacta. Corresponde al registrador desvirtuar la opinión legal del notario mediante una argumentación completa basada en el Derecho sueco, que habrá de ser probado, una argumentación plenamente motivada y adecuada. Sólo así se podrá rechazar o suspender la inscripción en el Registro de la Propiedad español de la escritura de venta.

101. Esta RDGRN 18 diciembre 2018 ha sido injustamente criticada al afirmarse, pro algunos comentaristas de la misma, que establece un nivel de equivalencia menor cuando se trata de poderes de representación otorgados en el extranjero que el que se fija cuando se trata de escrituras de compraventa extranjeras sobre bienes inmuebles sitos en España, caso en el que la DGRN exige un control más escrito al hilo del art. 60 LCJIMC. Pues bien, esta crítica no es, en modo alguno, exacta. Como de manera inmejo-

¹⁶⁵ J. ALFARO ÁGUILA REAL, "Poder extranjero: juicio de suficiencia y de equivalencia ¿cambio de criterio de la DGRN?", 28 abril 2017, en <https://derechomercantiles.espana.blogspot.com/2017/04/poder-extranjero-juicio-de-suficiencia.html>.

¹⁶⁶ Art. 24.2 *in primis* de la Ley 24/2001: "2. La reseña por el notario de los datos identificativos del documento auténtico y su valoración de la suficiencia de las facultades representativas harán fe suficiente, por sí solas, de la representación acreditada, bajo responsabilidad del notario".

¹⁶⁷ Art. 24.2 *in fine* de la Ley 24/2001: "El registrador limitará su calificación a la existencia de la reseña identificativa del documento, del juicio notarial de suficiencia y a la congruencia de éste con el contenido del título presentado, sin que el registrador pueda solicitar que se le transcriba o acompañe el documento del que nace la representación".

¹⁶⁸ En efecto, dudas relevantes surgen al leer la información disponible en https://e-justice.europa.eu/content_legal_professions-29-se-es.do?member=1#n04: los notarios suecos, según dicha información, están facultados por el Derecho sueco para realizar actos tales como "legitimaciones de firmas, copias, traducciones y demás información relativa al contenido de documentos; comparecer como testigo ante los tribunales en determinados casos; supervisar los sorteos de lotería; tras los oportunos controles y verificaciones, levantar acta de sus observaciones; tomar declaración sobre circunstancias de naturaleza jurídica o económica y entregar las correspondientes actas de manifestaciones a un tercero; confirmar que un organismo público o persona está facultado para la realización de determinados actos; autenticación de documentos en virtud del Convenio de la Haya, de 5 de octubre de 1961, por el que se suprimen los requisitos de legalización de los documentos públicos extranjeros (apostilla)".

rable ha expuesto I. ESPÍÑEIRA SOTO, el control de equivalencia de ambos documentos debe ser, por fuerza, diferente¹⁶⁹. En el caso de un poder, debe exigirse que se controle, exclusivamente, la existencia de una delegación de facultades de principal a apoderado, la capacidad de las partes, su identidad, fecha del poder, y la extensión de las funciones atribuidas al representante. Que es lo mismo que controla un notario español que autoriza un poder. En el caso de una escritura de venta otorgada en el extranjero, el control es mucho más exigente, por la sencilla razón de que un notario español también debe practicar un control de legalidad mucho más exigente cuando autoriza estas escrituras que cuando autoriza un poder. Por ejemplo, se debe exigir que el notario extranjero haya aplicado la legislación española relativa al blanqueo de capitales, como haría un notario español. Un notario extranjero no dispone de los medios técnicos para practicar dicho control. En el caso de un poder, por ejemplo, el notario español no vigila el ajuste del acto jurídico a la legislación contra el blanqueo de capitales, razón por la que no es preciso exigir dicho control a un notario extranjero.

VII. Reflexiones críticas

1. La apostilla: esa gran desconocida

102. La apostilla que se añade a los documentos públicos está regulada en el muy importante Convenio de La Haya de 5 octubre 1961¹⁷⁰. En la práctica notarial y negocial internacional es frecuente que se produzca el célebre "hechizo de la apostilla". Abogados, notarios y profesionales de los negocios internacionales tienden a creer, con demasiada frecuencia, que la mera presencia del sello de la "apostilla de La Haya" en el poder otorgado en el extranjero, -ese famoso cuadrado de nueve centímetros de lado-, hace del documento un "documento público" a todos los efectos legales en España. La apostilla deslumbra con su apariencia de perfecta legalidad del documento en el que ha sido colocada. Pues bien, esto no es así.

103. La apostilla, explican A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, es, en efecto, un timbre o sello que se coloca en el documento¹⁷¹. En dicha apostilla, una autoridad del Estado de origen del documento certifica que las firmas que constan en el mismo son auténticas y que las personas que lo han firmado están, efectivamente, revestidas de autoridad pública. Se evita así una "legalización firma por firma" del documento. La apostilla sirve, por tanto, para acreditar el carácter auténtico del documento público extranjero: deja clara la autenticidad formal del documento¹⁷². Éste, gracias a la apostilla,

¹⁶⁹ I. ESPÍÑEIRA SOTO, "Comentario sobre el acceso al registro de propiedad de documentos de notarios extranjeros", en <https://www.notariosyregistradores.com/LEYESEXTRANJERAS/escriturasextranjer.htm>.

¹⁷⁰ Convenio suprimiendo la exigencia de la legalización de los documentos públicos extranjeros, hecho en La Haya el 5 octubre 1961 (BOE núm.229 de 25 septiembre 1978).

¹⁷¹ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Ley aplicable al proceso con elemento extranjero y asistencia judicial internacional", en A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, 18ª edición, Comares, Granada, 2018, pp. 544-551.

¹⁷² El alcance legal de la apostilla puede seguirse en muy numerosos estudios, entre los que resultan fundamentales los debidos a M. REVILLARD, *Droit international privé et pratique notariale*, 5ª ed., Defrénois, 2001, pp. 430-433; M. REVILLARD, "Légalisation", *Encyclopedie Dalloz Droit international*, París, enero 2006. También pueden verse: A. CRIVELLARON, "Non riconoscimento de efficacia di atti stranieri non legalizzati", *RDIPP*, 1976, pp. 315-338; G. DEUKMELJAN, "Opinion de Deukmeijan, Attorney-General State of California, concernant la Convention supprimant l'exigence de la légalisation des actes publics étrangers", *International Legal Materials*, 1982, vol.31, pp. 357-366; A. GÓMEZ-MARTIHO FAERNA, "La situación y la organización del Notariado en los países miembros de la Unión Europea", *RJ La Ley*, núm.3775, 9.V.1995, pp.1-12; Á. LARA AGUADO, "La reforma de la traducción e interpretación oficial en Derecho Internacional Privado español", *REEI*, 2016; M.N. LELCH, "The Hague Convention Abolishing the Requirement of Legalization for Foreign Public Documents", *AJIL*, 1982, vol.76, pp. 182-183; P. MENGOZZI, "Il notaio nel tempo dell'Unione europea", *Rivista del notariato*, 1993, pp. 235-251; F. RODRÍGUEZ ARTIGAS, "La fe pública y la Unión Europea", *RJ La Ley*, núm.3749, 31.III.1995, pp.1-8; M. TAMAYO CLARES, "Valor internacional del documento público. La legalización diplomática, requisitos formales. La apostilla. Traducción de documentos. El libro indicador", *Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada*, 1988, núm.12, pp.133-138; F. TRIAS DE BES, "Valor internacional del documento notarial", *Ponencias presentadas por el Notariado español a los Congresos Internacionales del Notariado Latino*, vol.II, Madrid, 1975, pp. 435-460; F. VILLAGRA KRAMER, "Registro de documentos otorgados en el extranjero", *Libro homenaje a la memoria de J.Sánchez Covisa*, Caracas, 1975, pp. 377-394.

debe tenerse en España por un documento redactado en otro país (i) que ha sido firmado por una persona que es una autoridad pública nombrada por el Estado del que depende; (ii) que contiene una firma que, efectivamente, corresponde a esa autoridad pública; (iii) que, en consecuencia, es un documento no falsificado. Como afirma Á.L. TOMASELLI ROJAS, la apostilla permite afirmar que el documento notarial extranjero en el que consta el poder "*tiene el carácter de público y veraz*"¹⁷³. También la RDGRN 14 septiembre 2016 confirma que la apostilla colocada en un poder hace que éste "*pueda ser reconocido como auténtico en el ámbito nacional*"¹⁷⁴.

104. Ahora bien, la presencia de la apostilla en el documento no acredita la "verdad material" de lo contenido en el documento ni su ajuste a la Ley (STSJ Madrid CA 19 abril 2013 [valor jurídico de la apostilla])¹⁷⁵. El poder contenido en el documento puede ser contrario a la ley y el poder puede ser nulo aunque el documento esté dotado de apostilla. Ésta no sana los defectos legales del poder. Por otro lado, tampoco la apostilla permite afirmar que el poder otorgado en el extranjero haya sido intervenido por notario extranjero que haya controlado la capacidad del poderdante, su identidad y su consentimiento informado sobre la delegación de facultades en el apoderado. Por otro lado, la apostilla que consta en un poder otorgado en el extranjero no garantiza que el notario extranjero tenga competencia, con arreglo al Derecho del país del que depende, para autorizar un poder¹⁷⁶. La apostilla no es el Santo Grial.

105. El Convenio de La Haya de 5 octubre 1961 se aplica, exclusivamente, a los "documentos públicos" que hayan sido autorizados en el territorio de un Estado contratante y que deban ser presentados en el territorio de otro Estado contratante¹⁷⁷. El convenio citado no se aplica a los poderes que constan en documentos privados. Tales poderes no se pueden apostillar (ATSJ Madrid 26 septiembre 2014 [documento sin apostilla y laudo dictado en Holanda])¹⁷⁸.

106. En suma, un poder que consta en documento autorizado por autoridad pública de otro país y apostillado es un poder del que se puede afirmar, exclusivamente, que ha sido otorgado ante autoridad pública extranjera y que se ha reflejado en un documento veraz, en un documento no falsificado.

2. El art. 11.2 CC: ese gran incomprendido

107. El art. 11.2 CC constituye uno de los preceptos más controvertidos de ese mini código de Derecho internacional privado que se contiene en el Capítulo IV del Título Preliminar del Código civil español y que fe creado *ex novo* por el legislador español a través del Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, por el que se sanciona con fuerza de ley el texto articulado del Título Preliminar del Código civil¹⁷⁹. Su redacción, es cierto, no ayuda a su correcta comprensión. Puede afirmarse que, visto que en la mayoría de las legislaciones estatales, incluido, naturalmente el Derecho español, el poder constituye un negocio jurídico no sometido a forma solemne, el art. 11.2 CC es inaplicable a los poderes otorgado en el extranjero. El poder para comprar o vender inmuebles, otorgado en el extranjero, no requiere ser otorgado en

¹⁷³ Á.L. TOMASELLI ROJAS, "El análisis de los poderes generales para pleitos realizados en el extranjero, examen de los principales problemas al respecto", 7 diciembre 2018, en <https://elderecho.com/analisis-los-poderes-generales-pleitos-realizados-extranjero>.

¹⁷⁴ Vid. RDGRN 14 septiembre 2016 [BOE núm. 241 de 5 octubre 2016]: "*Desde la perspectiva formal, la legalización, la apostilla en su caso, o la excepción de ambos, constituyen un requisito para que el documento autorizado ante funcionario extranjero pueda ser reconocido como auténtico en el ámbito nacional (...)* siendo la legalización precisamente la circunstancia que permite tener por auténtico el documento extranjero reseñado".

¹⁷⁵ STSJ Madrid CA 19 abril 2013 [CENDOJ 28079330012013100571].

¹⁷⁶ Muestra argumentos a favor y en contra E. ARRUGA / J.L. JUEZ, "Eficacia en España de los apoderamientos otorgados en el extranjero", 3 julio 2017, en <http://togas.biz/articulos/articulo-profesionales-eficacia-en-espa-a-de-los-apoderamientos-otorgados-en-el-extranjero/>.

¹⁷⁷ Informaciones muy útiles sobre el funcionamiento de este convenio se pueden encontrar en: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/publications1/?dtid=53&cid=41>.

¹⁷⁸ ATSJ Madrid 26 septiembre 2014 [CENDOJ 28079310012014200026].

¹⁷⁹ BOE núm. 163 de 9 julio 1974.

documento público para ser "válido" en España. El art. 1280.5º CC no sanciona con la nulidad al poder otorgado en documento privado.

108. El art. 11.2 CC se refiere, exclusivamente, a los llamados "actos formales", esto es, a los actos jurídicos que no son válidos si no siguen u observan ciertas "formas" llamadas "formas solemnes". La Exposición de Motivos del Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, por el que se sanciona con fuerza de ley el texto articulado del Título Preliminar del Código civil, antes citada, precisa que "*si [la ley reguladora del contenido del acto] erige la forma en requisito esencial habrá de observarse siempre*". Eso significa que el art. 11.2 CC sólo es aplicable en el supuesto de que la Ley que regula el acto exija la observancia de una forma concreta de dicho como requisito para la validez intrínseca del acto en cuestión. No es el caso, en Derecho español, del poder de representación. Por ello, un poder sin designación de Ley aplicable y que confiere facultades que el representante ejercita en territorio español, es un poder sujeto al Derecho español (art. 10.11 CC) pero que no necesita constar en documento público para ser plenamente válido en España.

109. El art. 11.2 CC, como observan A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, es una norma restrictiva que no puede aplicarse más allá de lo marcado expresamente por el legislador¹⁸⁰. En este sentido, sólo es aplicable en presencia de un acto jurídico en relación con el cual el incumplimiento de ciertos requisitos formales es sancionado, por la Ley que rige el fondo del acto, con la pena de nulidad o invalidez del acto o negocio en cuestión. Así lo exige expresamente el precepto, subraya E. PÉREZ VERA¹⁸¹. En consecuencia, el art. 11.2 CC no debe aplicarse a los actos que, según la Ley que rige el fondo de los mismos, son "válidos" pero "no eficaces" si no se otorgan con una forma concreta. Es el caso del poder para enajenar inmuebles otorgado en documento privado. En este supuesto, la compraventa de un inmueble situado en España a través de un poder otorgado en documento privado es plenamente válida para el Derecho español, pero no podrá otorgarse en escritura pública (art. 1280.5º CC y no podrá acceder al Registro de la Propiedad español. El art. 11.2 CC no conduce a la exigencia de que los poderes otorgados en el extranjero consten en documento público si se desea que la compraventa del inmueble sito en España se refleje en una escritura pública notarial española. Esa exigencia deriva de la necesaria aplicación del Derecho español a la publicidad de los derechos reales relativos a bienes situados en España, esto es, del art. 10.1 CC, precepto que lleve a la aplicación de los arts. 98 Ley 24/2001 y art. 1280.5º CC. Estas dos disposiciones legales son las que exigen que el poder otorgado en el extranjero conste en documento público para que pueda autorizarse una escritura pública notarial española de venta del inmueble situado en España. El art. 11.2 CC no tiene nada que ver en ello.

3. El valor jurídico de las resoluciones de la DGRN

110. Muchas de las controversias sobre el alcance de las resoluciones de la DGRN se originan por el hecho de que se considera que tales resoluciones presentan un valor normativo general¹⁸². Pues bien, eso no es así. No es adecuado ni correcto afirmar que, con una nueva resolución de la DGRN, ésta, por ejemplo, "cambia de opinión sobre el valor jurídico en España de los poderes otorgados en el extranjero", como si con ello cambiase la normativa que regula la cuestión. Las resoluciones de la DGRN no constituyen disposiciones normativas generales. No son "ley" en el sentido del art. 1.1 CC ni tampoco forman jurisprudencia en el sentido del art. 1.6 CC. Se trata de resoluciones elaboradas por un órgano de la Administración del Estado, muy cualificado, cierto es, pero cuyo peso en la argumentación jurídica depende, fundamentalmente, de su corrección dogmática intrínseca de su *auctoritas*, de lo bien trazados que estén sus desarrollos aplicativos del Derecho.

¹⁸⁰ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Forma de los actos", en A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, 18ª edición, Comares, Granada, 2018, pp. 577-605.

¹⁸¹ E. PÉREZ VERA, "Art. 11 CC", *Comentarios a las reformas del Código Civil*, vol. I, Madrid, Ed. Tecnos, 1977, pp. 566-584.

¹⁸² *Vid.* M. PRIETO ESCUDERO, "Poderes extranjeros y poderes ante agentes diplomáticos y consulares de España en el extranjero", 28 febrero 2018, en <https://www.justitonotario.es/poderes-extranjeros-agentes-diplomaticos-consulares-espana/>.

111. Las resoluciones de la DGRN resuelven casos concretos y no deben ser interpretadas ni ser objeto de lecturas generales de valor normativo. Por el contrario, resulta más adecuado estudiar y analizar cómo la DGRN resuelve en cada una de sus resoluciones, el problema concreto que las ha motivado.

112. Así, por ejemplo, en la RDGRN 14 septiembre 2016, la postura de la DGRN viene motivada por dos causas¹⁸³. En primer lugar, porque que en dicho caso, no se presentó el poder otorgado ante el notario de Liverpool, sino un extracto del mismo, un certificado de dicho poder. En segundo lugar, porque la notaria española que autorizó la escritura de compraventa del inmueble sito en España afirmó que, a su juicio, la poderdante tenía aptitud y capacidad legal para otorgar el poder cuando, más bien al contrario, debía haber afirmado que el notario inglés había constatado que la poderdante tenía aptitud y capacidad legal según su ley personal para otorgar el poder. En consecuencia, las afirmaciones de la RDGRN 14 septiembre 2016 presentan un alcance relativo, circunscrito, exclusivamente, a las dos cuestiones suscitadas.

113. En la RDGRN 18 diciembre 2018 la cuestión fue totalmente diferente de la anterior¹⁸⁴. El nudo gordiano radicaba, en este caso, en que el notario español indicó que, a su parecer, el poder otorgado en Suecia fue autorizado por notario sueco "en desarrollo de funciones equivalentes a las del notario español", y que, por tanto, a su parecer, dicho poder contenía el oportuno juicio de identidad y de capacidad de los otorgantes. Frente a ello, el Sr. Registrador de la Propiedad afirmó, siempre y llanamente, que, a su parecer, el notario sueco no podía haber controlado la capacidad del otorgante del poder. La DGRN se limita a recordar que, con arreglo al art. 98 de la Ley 24/2001, corresponde al notario español indicar si el notario sueco ha controlado la capacidad del otorgante. Si el Sr. registrador no es de esa opinión, deberá probar de un modo motivado y expreso, que, según el Derecho sueco, un notario de ese país no dispone de competencia legal para acreditar la capacidad de los otorgantes y la legalidad del contenido del poder. Como el Sr. Registrador no lo hizo, la escritura pública de compraventa debía inscribirse.

4. El sentido de la equivalencia de funciones

114. La polémica desatada en torno a la equivalencia de funciones que desarrolla el notario extranjero que autoriza el documento público en el que se contiene el poder de representación y las que despliega el notario español en un caso similar constituye una polémica sobre lo obvio. En realidad se trata de exigir que un documento público de poder autorizado por notario extranjero reúna las mismas características estructurales que las propias de un documento público de poder autorizado por notario español. Para reconocer una sentencia extranjera en España se exige, en primer lugar, lo obvio: que sea una "sentencia" en el sentido español del concepto, esto es, que contenga los elementos estructurales de una sentencia española, esto es, que se trate de una resolución dictada por un poder judicial independiente de los demás poderes del Estado y que resuelva sobre el fondo, y en Derecho, una cuestión de Derecho privado. Pues lo mismo ocurre, indica con todo rigor P. BLANCO-MORALES LIMONES, en relación con un poder autorizado por notario extranjero: debe reunir los elementos estructurales de un poder autorizado por notario español¹⁸⁵. Se trata de una lógica normativa, conceptual y sistemática que debe estar necesariamente presente a la hora de valorar los efectos legales en España de un poder otorgado en el extranjero. En ocasiones, el mismo legislador recuerda dicha lógica al definir conceptos esenciales empleados por las leyes, como el concepto de "resolución", "resolución firme", "órgano jurisdiccional",

¹⁸³ BOE núm. 241 de 5 octubre 2016. *Vid.* Á.L. TOMASELLI ROJAS, "El análisis de los poderes generales para pleitos realizados en el extranjero, examen de los principales problemas al respecto", 7 diciembre 2018, en <https://elderecho.com/analisis-los-poderes-generales-pleitos-realizados-extranjero>.

¹⁸⁴ BOE núm. 24 de 28 enero 2019.

¹⁸⁵ P. BLANCO-MORALES LIMONES, "Las nociones de función pública y de autoridad pública en la Unión Europea", *Noticias de la Unión Europea*, n.328, 2012 (ejemplar dedicado a: 150 aniversario de la Ley del Notariado), pp. 25-38; P. BLANCO-MORALES LIMONES, "Autonomía de la voluntad en el derecho privado", en *Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, coord. por LORENZO PRATS ALBENTOSA, vol. 5, 2012 (Derecho Internacional Privado e Interregional), pp. 1-166.

"documento público", etc., como así se aprecia en el art. 43 LCJIMC en el sector del reconocimiento en España de resoluciones extranjeras¹⁸⁶.

5. Recomendaciones prácticas

115. La seguridad jurídica y la claridad en el reflejo de los derechos subjetivos son dos elementos clave en la labor notarial. Para potenciar ambos objetivos y evitar, así, controversias que pueden terminar en sede judicial, es muy recomendable seguir dos pautas en lo que respecta a los efectos en España de los poderes otorgados en el extranjero.

116. En primer lugar, es aconsejable que el notario español que autoriza la escritura pública de venta del inmueble sito en España haga constar, de modo expreso, que el poder que le es exhibido por una de las partes ha sido otorgado ante notario extranjero que ha desarrollado funciones equivalentes a las de un notario español. Esto es: que refleje, de modo expreso, en su juicio de suficiencia del poder, su propio juicio de equivalencia al reflejar que, a su parecer, el notario extranjero ha controlado la legalidad del apoderamiento, la capacidad del poderdante, su identidad, la fecha del acto y la autenticidad de las firmas. De ese modo, en el juicio de suficiencia, queda también más claro el juicio previo de equivalencia entre las funciones del notario extranjero y las funciones de un notario español que autoriza un poder de representación. La misma DGRN admite que el notario español puede incorporar a la escritura de venta su juicio de equivalencia del poder extranjero, lo que aunque no es obligatorio, es conveniente, pues con ello se potencia la libre circulación transfronteriza de dicho poder¹⁸⁷.

117 En segundo lugar, es también apropiado que el poderdante solicite al notario extranjero que haga constar en el poder que autoriza, de modo expreso, y habitualmente mediante un llamado "certificado notarial", que ha controlado la identidad del poderdante, su capacidad legal, su consentimiento pleno en la delegación de facultades al apoderado, la fecha del apoderamiento y, en suma, la legalidad del poder, apuntan E. ARRUGA / J.L. JUEZ¹⁸⁸. De este modo, el notario español dispone de todos los elementos precisos para llevar a término el necesario juicio de equivalencia de funciones y de suficiencia de las facultades conferidas¹⁸⁹.

118. Ambas cautelas, permitirán que, presentada la escritura de venta del inmueble para su inscripción en el Registro de la Propiedad español, el registrador quede convencido, sin sombra de duda alguna, de que el notario español ha practicado el juicio de suficiencia del poder.

119. Es claro, sin embargo, que no se puede conseguir lo imposible. En el caso de que el poder se haya otorgado ante un notario de país que sigue el modelo puro del notariado sajón, es muy probable que dicho fedatario público no pueda hacer constar en el poder que autoriza, que ha controlado la legalidad del poder y, en especial, la capacidad de poderdante. Ello será así porque la ley del Estado del que depende dicho fedatario no le habilita a ello. En tal caso, los particulares deben ser conscientes de que

¹⁸⁶ Art. 43 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil (BOE núm. 182 de 31 julio 2015).

¹⁸⁷ En palabras de la RDGRN 17 abril 2017 [BOE núm. 101 de 28 abril 2017]: "*No hay pues menoscabo alguno de la eficacia y valor del juicio de suficiencia notarial como afirma la recurrente ni mucho menos del valor intrínseco del instrumento público y de los fuertes efectos que al mismo reconoce el ordenamiento jurídico (artículo 17 de la Ley del Notariado). Bien al contrario, es el propio instrumento público el medio idóneo para recoger dicha valoración. Si el notario autorizante del instrumento público tiene conocimiento del mismo y desea facilitar su más eficaz circulación, nada impide que incorpore al mismo su juicio de equivalencia, evitando así los inconvenientes y retrasos inherentes cuando así no ocurre. Lo que no se puede pretender es que la autorización del instrumento implique la realización del juicio de suficiencia, pero sí que la realización del juicio de suficiencia implique la de equivalencia*".

¹⁸⁸ E. ARRUGA / J.L. JUEZ, "Eficacia en España de los apoderamientos otorgados en el extranjero", 3 julio 2017, en <http://togas.biz/articulos/articulo-profesionales-eficacia-en-espa-a-de-los-apoderamientos-otorgados-en-el-extranjero/>.

¹⁸⁹ En tal sentido *vid.* ESCURA ABOGADOS, "Poderes otorgados ante notario extranjero", 1 febrero 2018, en <https://www.escura.com/es/poderes-otorgados-ante-notario-extranjero/>.

dicho poder será muy probablemente válido en España pero no es considerado "equivalente" a un poder otorgado en documento público en España. Esto es, dicho poder no puede ser calificado, a efectos de los arts. 98 Ley 24/2001 y 1280.5º CC, como poder otorgado en "documento público", razón por la que no será posible emplear dicho poder en España para adquirir inmuebles mediante escritura pública notarial española. En dicha hipótesis, los particulares siempre pueden acudir a las autoridades diplomáticas o consulares españolas y otorgar un poder ante tales autoridades españolas, como han indicado J. GARCÍA-CAZORLA TABOADA, A. GARCÍA LUQUE, E. ARRUGA / J.L. JUEZ y Á.L. TOMASELLI ROJAS¹⁹⁰.

6. La lógica económica de la *Lex Originis* en el comercio internacional

120. En el Derecho internacional privado existe un principio general que facilita el tráfico jurídico y económico a escala internacional: la aplicación de la *Lex Originis*, esto es, la aplicación a un acto jurídico de la Ley del país donde dicho acto se ha realizado. En cierta medida, puede decirse que el acto jurídico nace válidamente con arreglo a la Ley del Estado donde tiene lugar y, a partir de ahí, dicho acto circula por los demás países, donde se admite su validez porque nació, en efecto, de un modo válido según la Ley del país donde se formó. Es el principio del "Estado de origen". Se trata de un principio y de una regla con un marcado acento liberal. La compartimentación del mundo en Estados distintos, cada uno con sus leyes y autoridades, supone un freno a la libertad de comercio mundial. Pues bien, dicho obstáculo se supera con esta regla *Lex Originis*, también conocida como *Home Country control*. Este criterio de solución respeta plenamente la aplicación de la Ley del Estado donde el acto se ha realizado (= "territorialismo estático") y, a partir de dicha afirmación, proyecta el acto jurídico válidamente creado en un Estado, hacia otro país diferente (= "territorialismo dinámico"). Es claro que esta regla, -que siempre ha estado presente, con mayor o menor intensidad en el Derecho internacional privado español, y ahora también en el Derecho internacional privado europeo-, hunde sus raíces en la clásica teoría de los derechos adquiridos (*vested rights theory*)¹⁹¹. Si dicha regla ha sobrevivido siglos y conoce hoy día un florido renacimiento es porque la misma contribuye de modo decisivo a la expansión del comercio internacional, porque constituye una regla neoliberal. La solución *Lex Originis*, escribe R. MICHAELS, liberaliza los mercados nacionales y los integra en un mercado internacional en el que los actos jurídicos creados en un país con arreglo al Derecho de dicho país circulan por todo el mundo sin perder su validez¹⁹².

¹⁹⁰ J. GARCÍA-CAZORLA TABOADA, "Sobre la eficacia en España de los poderes otorgados ante notarios extranjeros (a propósito de las resoluciones de la DGRN de 14 de septiembre de 2016 y 17 de abril de 2017)", *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 2017, n. 47, pp. 127-133; A. GARCÍA LUQUE, "Poderes notariales en el extranjero", 5 diciembre 2017, en <http://blog.garrigues.com/poderes-notariales-en-el-extranjero/>, escribe: "téngase en cuenta que hay países donde el notario extranjero no aceptará incluir el mencionado juicio de equivalencia, argumentando que son contrarias a sus funciones como notario en el país correspondiente, por lo que, en esos casos, se deberán buscar otras alternativas como, por ejemplo, el otorgamiento de poder ante el consulado español de dicho territorio". También E. ARRUGA / J.L. JUEZ, "Eficacia en España de los apoderamientos otorgados en el extranjero", 3 julio 2017, en <http://togas.biz/articulos/articulo-profesionales-eficacia-en-espa-a-de-los-apoderamientos-otorgados-en-el-extranjero/>: "Para solventarlo, los asesores legales recurren al uso de los certificados notariales a los que nos hemos referido anteriormente. No obstante, no son pocos los casos en los que los fedatarios extranjeros no están dispuestos a suscribir tales certificados notariales, porque, o bien no resulta necesario para los poderes que van a ser utilizados en sus jurisdicciones o porque, en determinados casos, ni su propia legislación les permite realizar tales aseveraciones (por ejemplo, los notarios del Estado de California, en Estados Unidos)". Del mismo modo se expresa Á.L. TOMASELLI ROJAS, "El análisis de los poderes generales para pleitos realizados en el extranjero, examen de los principales problemas al respecto", 7 diciembre 2018, en <https://elderecho.com/analisis-los-poderes-generales-pleitos-realizados-extranjero>, en relación con los poderes otorgados por sociedades extranjeras: "Dicho poder incluye una Certificación emitida por el Notario Público de Luxemburgo, debidamente apostillada, redactada el idioma inglés y español, que acredita que : la Sociedad poderdante es una Sociedad debidamente constituida y existente de conformidad con las leyes de Luxemburgo, que en el otorgamiento del poder se han observado y cumplido todas las formalidades requeridas por la legislación de Luxemburgo; que las firmas de D. XXXX que constan en el poder son auténticas y que dichas personas poseen las facultades necesarias para otorgar válidamente el poder de referencia bajo las leyes aplicables a la Sociedad poderdante".

¹⁹¹ La bibliografía sobre la llamada "tesis de los derechos adquiridos" es inabarcable. Una adecuada visión actualizada puede encontrarse en el sugestivo análisis, en dos actos, debido a TH. SCHULTZ / D. HOLLOWAY, "Retour sur la comity (Première partie)", *JDI Clunet*, 2011, pp. 863-866; TH. SCHULTZ / DAVID HOLLOWAY, "Retour sur la comity, deuxième partie: La comity dans l'histoire du droit international privé", *JDI Clunet*, 2012, pp. 571-595.

¹⁹² R. MICHAELS, "EU law as private international law? Reconceptualising the country-of-origin principle as vested-rights theory", *Journal of Private International Law*, 2006, pp. 195-242.

121. Esta regla se sostiene en una lógica económica poderosa. La economía del mundo se desarrolla porque todos los Estados cooperan espontáneamente al aceptar este principio *Lex Originis* en sus respectivos sistemas nacionales de Derecho internacional privado. Todos los Estados respetan la legalidad de los actos jurídicos nacidos al amparo de la Ley del país en cuyo territorio dichos actos han nacido de un modo válido. Esta regla, anclada en un territorialismo lógico, permite respetar soberanía del Estado sobre su territorio. Sin embargo, su lógica económica no se basa en dicha soberanía. Se funda, más bien, destaca S. BOLLÉE, en las razonables expectativas jurídicas de los particulares¹⁹³. Éstos deben poder confiar en que un acto jurídico que ha sido creado válidamente con arreglo a la Ley del país donde se ha formado, es también válido en otros países. Es un acto que no muere cuando cruza la frontera. Sólo así se preserva la eficiencia jurídica que es precisa para un desarrollo adecuado del comercio internacional, pues no es preciso rehacer el acto jurídico en cada uno de los países donde desea hacerse valer, como apunta H. MUIR-WATT¹⁹⁴.

122. La argumentación anterior es perfectamente válida para los poderes de representación¹⁹⁵. La actividad jurídica y económica se paralizaría, escribe R. TENA ARREGUI, si un poder de representación válidamente otorgado en un país no fuera válido en los demás países, esto es, si no se pudiera utilizar en otros Estados¹⁹⁶. El poder nace, precisamente para facilitar la ubicuidad jurídica del poderdante, que no puede ni debe frenarse por la existencia de las fronteras nacionales entre Estados. El art. 9.1 CC (= *Lex Patriae*: la capacidad se rige por la Ley nacional de la persona), el art. 10.11 CC conexión primera (= el fondo del poder se rige por la Ley elegida por el principal), y el art. 11.1 CC (= *Locus Regit Actum*: la forma del poder puede sujetarse a la Ley del país de su otorgamiento) son preceptos que responden a esa lógica económica propia de la Ley del país de origen¹⁹⁷. Por tanto, es preciso subrayar que, la regla general vigente en el Derecho internacional privado español, resultante de la combinación de los preceptos legales citados es, precisamente, que un poder de representación legalmente y válidamente otorgado en un país es también válido en España. El poder de representación circula desde el país de su creación hacia España. España admite los poderes de representación que se otorgan válidamente en otros países. No influye para nada en ello quién sea el fedatario público ante el que se haya otorgado el poder en el país de origen. Un poder válidamente otorgado ante *notary public* de Wisconsin es perfectamente válido en España, de modo que el apoderado puede realizar en España cuantos actos jurídicos le autorice el poder. Puede comprar y vender inmuebles mediante dicho poder, de modo que la propiedad, si concurre título y modo, se transmite de vendedor a comprador (arts. 10.1 CC y 609 CC). En este sentido, puede subrayarse, en las palabras de H.-P. MANSSEL / K. THORN / R. WAGNER, que esta regla *Lex Originis*, comporta un mutuo reconocimiento de los poderes de representación entre todos los Estados¹⁹⁸. Ello dinamiza el Derecho internacional privado, lo fluidifica y es conveniente resaltar, al mismo tiempo, que esta regla ha sido implementada por todos los legisladores del mundo pero también ha sido impulsada, en ausencia de normas legales escritas, por la jurisprudencia de numerosos Estados y en particular, en el contexto de la Unión Europea, por el TJUE.

123. Sin embargo, y sin perjuicio de lo anterior, como exponen E. ARRUGA / J.L. JUEZ, resulta difícil explicar a los inversores extranjeros que un poder otorgado ante un fedatario público de Chipre o

¹⁹³ S. BOLLÉE, "L'extension du domaine de la méthode de reconnaissance unilatérale", *RCDIP*, 2007, pp. 307-355.

¹⁹⁴ H. MUIR-WATT, "Le rencontre dans l'espace de figures hybrides" (variations autour du conflit international de décisions)", *Revue générale de procédures*, 1999, pp. 711-725.

¹⁹⁵ En tal sentido, aunque con un enfoque más amplio, CH. PAMBOUKIS, "L'acte quasi public en droit international privé", *RCDIP*, 1993, pp. 565-590. Un antecedente distinguido de esta argumentación se encuentra ya en el estudio de F. RIGAUX, "La force probante des écrits en droit international privé", *RCDIP*, 1961, pp. 1-82.

¹⁹⁶ R. TENA ARREGUI, "A propósito de la resolución de la DGRN de 14 de septiembre de 2016", en *El notario del siglo XXI*, septiembre-octubre 2019, n. 87, texto en <http://www.elnotario.es/index.php/practica-juridica/7319-poderes-extranjeros>.

¹⁹⁷ Por lo que se refiere a la regla *locus regit actum*, este planteamiento superador de la soberanía y que presta atención a las expectativas legales de los sujetos privados protagonistas del comercio internacional está ya presente en el muy notable trabajo de R.E.B. TOTTERMAN, "Functional Bases of the Rule *Locus regit actum* in English Conflict Rules", *ICLQ*, 1953, pp. 27-46.

¹⁹⁸ H.-P. MANSSEL / K. THORN / R. WAGNER, "Europäisches Kollisionsrecht 2010: Verstärkte Zusammenarbeit als Motor der Vereinheitlichung?", *IPRax*, 2011-I, pp. 1-30.

de los Estados Unidos, un poder que es perfectamente válido en dichos países, no lo es en España y ello por un "problema de forma": porque el poder se ha otorgado en un documento público que no es similar, en su estructura jurídica esencial, a un documento público español¹⁹⁹.

124. Debe también entenderse, destaca R. TENA ARREGUI, la enorme frustración jurídica que experimenta el poderdante, potencial inversor en España, al encontrarse con que en su país de origen sólo existen fedatarios o notarios que autorizan un poder en documento público pero en el que sólo legitiman la firma del otorgante y acreditan la identidad de éste y la fecha del otorgamiento del poder²⁰⁰. En tal caso, el poder es válido también en España pero con una fuerte limitación operativa: no puede ser empleado para adquirir en escritura pública notarial española, un bien inmueble situado en España. ¿Por qué se produce esta situación? ¿Qué pueden hacer estos poderdantes ante este estado de cosas?

7. La lógica económica de la *Lex Rei Sitae* en la ordenación jurídica de los derechos reales

125. La regla general anterior, -esto es, la validez en España de todo poder legalmente otorgado en otro país-, que responde a la lógica económica del "país de origen", sufre una restricción cuando se encuentra con la lógica económica de la *Lex Rei Sitae*. En ocasiones, el poder válidamente otorgado en país extranjero se emplea para adquirir o enajenar bienes inmuebles situados en España. En tal caso, entra en juego el derecho de cada Estado de ordenar, como tiene por conveniente, los derechos reales sobre los bienes situados en su territorio, subraya I. CARPIO GONZÁLEZ²⁰¹. Esta regla, la regla *Lex Rei Sitae*, recogida en el art. 10.1 CC puede exigir que la publicidad registral de las adquisiciones inmobiliarias que se realizan mediante un poder de representación, dicho poder se haya otorgado en documento público (art. 98 de la Ley 24/2001 y art. 1280.5º CC) que presente los mismos elementos estructurales de un poder notarial español. Un poder en el que el notario extranjero, una autoridad pública del Estado de origen, haya controlado la legalidad intrínseca del apoderamiento, la fecha y la identidad y capacidad legal del poderdante y en el que el notario extranjero no se haya limitado a legitimar las firmas de los intervinientes.

126. Es cierto que la regla *Lex Originis* presta servicios muy relevantes al comercio internacional. Pero cierto es también que el mundo es muy grande y que cada Estado dispone de su sistema jurídico notarial, reflejo de su cultura jurídica peculiar, como ha escrito A. YOKARIS²⁰². Un documento llamado "poder notarial" en los Estados Unidos no es igual a un "poder notarial" español aunque lleven el mismo nombre. Difiere en sus elementos estructurales porque son documentos gestados en culturas

¹⁹⁹ E. ARRUGA / J.L. JUEZ, "Eficacia en España de los apoderamientos otorgados en el extranjero", 3 julio 2017, en <http://togas.biz/articulos/articulo-profesionales-eficacia-en-espa-a-de-los-apoderamientos-otorgados-en-el-extranjero/>: "Está claro que el hecho de que notarios y registradores no se pongan de acuerdo pese a los cada vez más detallados pronunciamientos de la DGRN al respecto dificulta enormemente el trabajo del resto de actores jurídicos, que se ven incapaces de afirmar con rotundidad si los apoderamientos extranjeros van a ser "utilizables" en España, lo que determina, por desgracia, una gran inseguridad jurídica y, por ende, la pérdida de la confianza de los actores extranjeros que desean invertir en España. Estos no llegan a entender (y es ardua tarea de los propios asesores legales españoles para "justificarlo") que una mera formalidad como es el reconocimiento de un poder extranjero debidamente legalizado o apostillado (y plenamente válido en el país de origen) pueda ser aceptado en España y por ende, poner en riesgo una inversión en España (sea la compra de un pequeño apartamento en la costa, sea la compra de una empresa por millones de euros)".

²⁰⁰ R. TENA ARREGUI, "A propósito de la resolución de la DGRN de 14 de septiembre de 2016", en *El notario del siglo XXI*, septiembre-octubre 2019, n. 87, texto en <http://www.elnotario.es/index.php/practica-juridica/7319-poderes-extranjeros>: "... aún subsistiría el problema en relación a otros países de cierta importancia inversora, como, por ejemplo, EEUU. Conforme al criterio sostenido en la misma será imposible que personas físicas o entidades estadounidenses puedan actuar en España mediante representante. En EEUU no existe prácticamente más que un tipo de notario, precisamente el notary public que la Dirección no considera equivalente, y la posibilidad de acudir a cónsules de España para que certifiquen la capacidad y representación de bancos o entidades americanas conforme al Derecho extranjero es simplemente una quimera".

²⁰¹ I. CARPIO GONZÁLEZ, "El notario y el derecho extranjero", 14 mayo 2018, en <http://notariagnaciocarpio.com/el-notario-y-el-derecho-extranjero/>.

²⁰² A. YOKARIS, "Le droit international face au défi de la diversité culturelle", *Revue hellénique de droit international*, 2009-I, pp. 695-704.

notariales muy diferentes. Por tanto, la lógica económica construida sobre la *Lex Originis* puede llevarse hasta un punto máximo, -y se lleva-, con el fin de procurar la validez en España de los poderes válidamente otorgados en otros países, pero no puede dilatarse hasta el extremo de afectar la exigente ordenación de la publicidad registral inmobiliaria en España. El territorialismo dinámico propio de los poderes de representación encuentra su limitación en el territorialismo estático de la ordenación jurídica de los derechos reales sobre inmuebles que se refleja, escribe certeramente B. AKKERMANS, en la *Lex Rei Sitaе*²⁰³. Esta tensión energética entre *Lex Originis* y *Lex Rei Sitaе* se encuentra en el ADN del Derecho internacional privado. Lograr un justo equilibrio entre ambas reglas es un objetivo que todo legislador debe perseguir. Con ello se consigue impulsar el comercio internacional y garantizar, al mismo tiempo, una ordenación jurídica de los derechos reales que se corresponda con el nivel fijado por el Estado donde los inmuebles se hallan sitos.

127. En este caso, los intereses generales de ordenación del mercado inmobiliario español se imponen sobre los intereses particulares de libre circulación internacional del poder de representación. En palabras de J.-S. BERGÉ, no se trata, solamente, de que las normas que regulan los derechos reales impongan límites a la plena eficacia en España de los poderes válidamente otorgados en otros países, sino de salvaguardar valores jurídicos de primer orden, como son los relativos a la protección registral de la propiedad inmobiliaria²⁰⁴. El art. 10.1 CC opera, en tal hipótesis, como una limitación de los efectos jurídicos del poder legalmente otorgado en el extranjero y que se emplea en España, porque exige, a través de los arts. 98 Ley 24/2001 y 1280.5ª CC que el poder se haya otorgado ante notario extranjero que haya, efectivamente, controlado, como antes se ha indicado, la legalidad intrínseca del apoderamiento, la fecha y la identidad y la capacidad legal del poderdante. De ese modo, se asegura la perfecta legalidad del apoderamiento, su veracidad jurídica. Este elevado nivel de exigencia se explica por la vocación del legislador español de garantizar que accedan al Registro de la Propiedad, exclusivamente, compraventas válidas que se han llevado a cabo mediante poderes perfectamente ajustados a la Ley.

²⁰³ B. AKKERMANS, "*Lex Rei Sitaе* and the EU Internal Market - towards mutual recognition of property relations", *European Property Law Journal*, volume 7, Issue 3, 2018, pp. 246-266 (available at: <https://ssrn.com/abstract=3289625>).

²⁰⁴ J.-S. BERGÉ, "De la hiérarchie des normes au droit hiérarchisé: figures pratiques de l'application du droit à différents niveaux", *JDI Clunet*, 2013, núm. 1, pp. 3-25.

LEX MERCATORIA AND PRIVATE INTERNATIONAL ARBITRATION

LEX MERCATORIA Y ARBITRAJE PRIVADO INTERNACIONAL

ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA
Professor of Private International Law
Carlos III University, Madrid
Member of the UNIDROIT Governing Council
ORCID ID: 0000-0003-2236-4641

JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ
Professor of Private International Law
University of Murcia
ORCID ID: 0000-0002-0347-7985

Recibido: 02.10.2019 / Aceptado: 24.10.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5180>

Abstract: The “*New Lex Mercatoria*” is not a “legal system” or a defined set of rules, but a “method”. In this sense, the *New Lex Mercatoria* consists of giving authorization to the courts and/or arbitrators to assess different legal materials regulating international trade; following that, they will extract the “most appropriate rules” to solve the litigation. It is, therefore, a method to achieve adequate decisions in international trade (*Method of Decision-Making*). Thus, the arbitrator is prevented from applying a single national Law, which is exactly what the parties intended to avoid at all costs and the reason why they chose the *New Lex Mercatoria*. In other words, it can be affirmed that the methodological approach to the *New Lex Mercatoria* is the most operative, useful and complete, as well as the one that enables us to develop a metacriticism of the *New Lex Mercatoria* as a source of Law in international trade.

Keywords: Arbitration, efficiency principle, general principles of Law recognized by civilized Nations, general principles of private international law, Globalization, international contracts, international trade, delocalization, mandatory rules (in international trade), *New Lex Mercatoria*, “Norsolor syndrome”, Private International Law, Public Policy, sources of Law, Uniform Law.

Resumen: La *Nueva Lex Mercatoria* es un “método” y no un “ordenamiento jurídico” ni un conjunto definido de reglas. En esta acepción, la *Nueva Lex Mercatoria* consiste en una habilitación ofrecida a los tribunales y/o a los árbitros para que éstos valoren distintos materiales jurídicos reguladores del comercio internacional y, tras ello, extraigan las “normas más adecuadas” para solventar el litigio. Es, por tanto, un método para alcanzar decisiones adecuadas en el comercio internacional (*Method of Decision-Making*). De ese modo, se evita que el árbitro acabe por aplicar una concreta Ley estatal lo que constituye, significativamente, eso mismo que la elección de la *Nueva Lex Mercatoria* por las partes quiere evitar a toda costa. En otras palabras, puede afirmarse que la acepción metodológica de la *Nueva Lex Mercatoria* es la más operativa, la más útil, la más completa y la que permite desarrollar, precisamente, una metacrítica de la *Nueva Lex Mercatoria* como fuente del Derecho de los negocios internacionales.

Palabras clave: Arbitraje, comercio internacional, contratos internacionales, Derecho Internacional Privado, Derecho Uniforme, deslocalización, fuentes del Derecho, Globalización, normas imperativas (en el comercio internacional), *Nueva Ley Mercatoria*, orden público, principios generales de De-

recho Internacional Privado, principios generales del Derecho reconocidos por las naciones civilizadas, “síndrome Norsolor”.

Sumario: I. Globalization, market and economic operators in the 21st century. II. Regulatory law of the international economic activity of companies. 1. A global market without a global law. 2. International business law created by commercial companies. A) Legal material prepared by transnational corporations. B) The mystery of the *New Lex Mercatoria*. a) The *New Lex Mercatoria* as Law developed by merchants. b) The *New Lex Mercatoria* as entrepreneurial class law. III. Application of the *New Lex Mercatoria* by arbitrators. 1. Arbitrators are the best applicators of the *New Lex Mercatoria*. 2. *The New Lex Mercatoria* as a legal system. 3. Critics to the theory of the *New Lex Mercatoria*. 4. Metacritical vision of the *New Lex Mercatoria* as a method to resolve disputes between companies. 5. Law applicable by arbitrators to the substance of the dispute. A) Preliminary aspects. B) Article VII.1 of the European Convention on International Commercial Arbitration, made in Geneva on April 21, 1961. C) Art. 34.2 of Spanish Arbitration Law 60/2003. a) Open attitude of the legislator toward non-national legal materials. b) Choice of the *New Lex Mercatoria* by the parties. c) Application of the *New Lex Mercatoria* in the absence of a choice of law by the parties. IV. Concluding thoughts. *New Lex Mercatoria*, regulatory competence and efficiency principle.

I. Globalization, market and economic operators in the 21st century

1. The economic process known as “Globalization” has completely transformed the scenario in which enterprises operate nowadays¹. The traditional idea of “national markets” has changed giving way to a single gigantic market, identified with the whole planet Earth. A single market in which capital flows fast, guided by a universal law: the production of profits. Globalization is a complex phenomenon formed by several structures of different characteristics; it allows the free global circulation of productive factors, information and social and cultural models. Some authors more technically define it as the “phenomenon of extension to the planet of social and economic interdependence”². For J. BASEDOW, it has to do with the fact that an increasing number of social problems show a global dimension that cannot be tackled with national solutions³. For G. DE LA DEHESA, it is a “dynamic process of increasing freedom and global integration of the labour, goods, services, technology and capital markets”⁴.

2. *Two large structures* make up Globalization⁵. The *first structure* or fundamental element consists of the elimination of economic and political barriers to the free circulation of productive factors. The *second structure* or element is the unprecedented technological development of physical communications and telecommunications, which allows a fluid movement of people and information, as well as cultural and social models around the world.

3. The final result is clear: a planetary extension of the market has taken place (= the world operates as a single market), the economic control law (= public economic law) experiences a remarkable downturn (= it is the crisis of Public Business Law, writes G. BROGGINI)⁶. It is the transition from state capitalism to world capitalism and in this new legal and evaluative picture, capital companies with a cross-border dimension rise up as the vectors that drive and move wealth throughout the planet. If assets

¹ The authors wish to thank warmly *Umberta Pennarolli* for her help with the English version of this work.

² M.S.M. MAHMOUD, “Mondialisation et souveraineté de l'Etat”, *JDI Clunet*, 1996, pp. 611-662; J. CHESNEAUX, “Dix questions sur la mondialisation”, *Les frontières de l'Economie globale, Le monde diplomatique*, 1994, manière de voir núm. 18.

³ J. BASEDOW, “The Effects of Globalization on Private International Law”, in J. BASEDOW / T. KONO, *Legal Aspects of Globalization*, The Hague - London- Boston, Kluwer Law International, 2000, pp. 11-26.

⁴ G. DE LA DEHESA, *Comprender la globalización*, Madrid, Alianza Editorial, 2000, p. 17.

⁵ H.P. MARTIN / H. SCHUMANN, *La trampa de la globalización (el ataque contra la democracia y el bienestar)*, Madrid, Ed. Taurus, 1998, pp. 22-24.

⁶ G. BROGGINI, “Sulle società nel diritto internazionale privato”, *RDI*, 1992, vol. LXXV, pp. 30-40; G. BROGGINI, “Considerazioni sul diritto internazionale privato dell'economia”, *RDIPP*, 1990, pp. 277-300.

move across borders, so do companies, because in a way they are also assets themselves, as T. VIGNAL points out⁷.

4. The current process of globalization shows new data hitherto unknown: never had the internationalization of people's lives reached such high levels or so many countries and sectors; never had private companies enjoyed so much economic power as they have at present; finally, never had the process of Globalization been supported so decidedly by transnational corporations, international institutions and the States⁸. The market has become global.

II. Regulatory law of the international economic activity of companies

1. A global market without a global law

5. Despite the unstoppable momentum of globalization, the world remains divided into almost 200 States, each with its courts, authorities and laws that regulate economic activity. Now, this "legal particularism" does not prevent us to observe something that has been pointed out by A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ⁹: large companies, corporations, enterprises and societies operate throughout the world respecting a single set of laws: the economic laws of supply and demand, of costs and benefits, and of free competition among economic operators. In this scenario, as F. GALGANO has indicated with his usual brilliance and legal elegance, there is no "world law" that regulates the international activity of commercial companies¹⁰. There is no such thing as a world government that can elaborate global legal rules to regulate the economic activity of companies on the planet. In fact, joint initiatives of the States to create such rules show very poor results. Few regulations can be described as examples of "world law". Among them we may mention –even if with extreme caution– the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, made in Vienna on April 11, 1980; the Patent Cooperation Treaty, made in Washington on June 19, 1970; and the New York Convention of June 10, 1958 on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards. The substantive regulation of the *exequatur* of arbitral awards, clearly aimed at favouring the extraterritorial enforcement of arbitral awards as well as their international circulation, has been the key to its success. Spain joined the Convention in 1977, which entered into force for Spain on August 10, 1977¹¹. The NYC 1958 for Spain has an *erga omnes* character, thus it applies to the *exequatur* of any non-Spanish arbitration award, regardless of the country where the award was made (Order Tribunal Superior de Justicia, Madrid, 28 September 2016 [*exequatur* of award rendered in France against the Republic of Guinea], Order Tribunal Superior de Justicia, Catalonia, 15 May 2014 [unconfirmed arbitration award rendered in Paris])¹². This Convention has been a thorough success because of the very high number of States that are parties to it: as a matter of fact, one hundred and fifty-nine as of April 2019¹³. This entails a competitive advantage for the arbitral award compared to a judicial decision:

⁷ T. VIGNAL, "Nota a STJCE 16 diciembre 2008, Cartesio", *JDI Clunet*, 2009, pp. 893-902.

⁸ Y. DEZALAY, *Marchands de droit: la restructuration de l'ordre juridique international par les multinationales du droit*, Paris, Fayard, 1992; E. VERDEGUER PUIG / L. ALVAREZ ALONSO, *La globalización*, Madrid, Acento Editorial, 2001, pp. 10-11.

⁹ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "El Derecho internacional privado y la actividad internacional de las sociedades mercantiles", in A. ALONSO / L. VELASCO / J. PULGAR (Dir.), *Derecho de Sociedades y de los Mercados Financieros (Libro homenaje a Carmen Alonso Ledesma)*, Madrid, Iustel, 2018, pp. 174-196.

¹⁰ F. GALGANO, "Globalizzazione dei mercati e universalità del diritto", *Politica del diritto*, 2009-2, pp. 177-192; F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, Il Mulino, 2005.

¹¹ BOE (Spanish Official Journal) N° 164 11 July 1977. *Vid., ad ex.*, A.M. BALLESTEROS BARROS, "La relación entre la Convención de Nueva York de 1958 y otros instrumentos internacionales sobre jurisdicción, reconocimiento o exequátur", in A.M. LÓPEZ RODRÍGUEZ/K. FACH GÓMEZ (EDS.), *Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras en España y Latinoamérica*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2019, pp. 135-155; A. LÓPEZ DE ARGUMENTO PIÑEIRO, "La interpretación y aplicación de la Convención de Nueva York de 1958 en España", in A.M. LÓPEZ RODRÍGUEZ/K. FACH GÓMEZ (EDS.), *Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras en España y Latinoamérica*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2019, pp. 101-133.

¹² Order Tribunal Superior de Justicia Madrid 28 September 2016 [CENDOJ 28079310012016200059]; Order Tribunal Superior de Justicia Catalonia 15 May 2014 [CENDOJ 08019310012014200062].

¹³ *Vid.*: http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html.

an award susceptible of obtaining the *exequatur* under the NYC 1958 is effective practically all over the world, something that a court ruling issued by the courts of a certain State cannot boast of. Not even in the EU. Only the three normative groups mentioned above can be considered “global rules” (= in the sense of rules having a worldwide scope, applicable in large areas of the planet) that regulate the economic activity carried out by companies, and even such global rules suffer from great operational limitations.

2. International business law created by commercial companies

A) Legal material prepared by transnational corporations

6. It seems appropriate, at this point, to examine in some detail the private law created by transnational corporations themselves. Companies have created a body of rules that regulate their transnational economic activity and have done so through several large movements of active legal creation: the elaboration of the so-called “standard contracts” developed by parent companies, employed by the most large corporate groups; “uniform contracts” drawn up by international business associations in each sector of the economy, which companies observe as members of such associations; the technocratic production of uniform technical rules adopted within international organizations and/or international business organizations and, finally, the *New Lex Mercatoria*.

B) The mystery of the *New Lex Mercatoria*

a) The *New Lex Mercatoria* as Law developed by merchants

7. Companies with international activity, as well as large corporations, enterprises and corporate conglomerates are the undoubted key players of the large international contracts that move wealth in the world. Wealth moves from one country to another thanks to a great legal invention: the contract. International contracts are the best legal vehicles to ensure exchange between companies from different countries. They ensure such exchange even if there is a border between the contracting companies, because the contract can be enforced in several countries, as long as it is a valid contract in the country where it is performed, needless to say.

8. However, the regulation of contracts varies from country to country. In opposition to this diversity, which is detrimental to legal certainty in the international scenario, adequate legal regulation of international contracts requires certain and predictable responses. The contracting parties must have available some “rules of contractual behaviour” whose application involves reduced costs and that they may know *ex ante*, so they are able to calculate the legal consequences of their contractual behaviour. At present, several legal initiatives coexist for this purpose.

9. In the face of proposals for unification put forward by the States, the primary actors in international trade have developed certain “rules of behaviour” that govern in a direct and material manner ^{3/4}and with no reference to the Law of any particular State^{3/4} certain aspects of international contracting¹⁴. It is the so-called “transnational law” or *New Lex Mercatoria*.

10. The concept of “*New Lex Mercatoria*” is and always has been controversial. Very controversial. A widespread definition is the classic one provided by GOLDMAN: the “*New Lex Mercatoria*” is “the law proper to international economic relations”¹⁵. Another sound definition is provided by A. FRIGNANI:

¹⁴ R. MICHAELS/N. JANSEN, “Private Law beyond the State? Europeanization, Globalization, Privatization”, *AJCL*, 54, 2006, pp. 843-890.

¹⁵ B. GOLDMAN, “Frontières du droit et lex mercatoria”, *Archives de Philosophie du droit*, 1964, vol. 9, pp. 46-69; Id., “La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage international: réalités et perspectives”, *JDI Clunet*, 1979, vol. 106, pp. 475-508.

the *New Lex Mercatoria* constitutes “a series of usages and frequent practices in international trade that individuals assume in their relationships with the *opinio juris* that they are legally binding”¹⁶. The rules that make up the “*New Lex Mercatoria*” are contained in international conventions, state laws, arbitration practices, commercial legal usages, regulations drawn up by merchants’ associations, etc.

11. It has been said that the *New Lex Mercatoria* is an imprecise set of more or less nebulous legal rules developed by large companies and imposed on the various sectors of international contracting because their use is very widespread in contractual practice, and, as I. STRENGER points out, because such rules are applied by arbitrators who resolve disputes related to international trade¹⁷. As S.M. CARBONE has stressed, it is the companies of transnational dimensions and not other subjects or other instances, which create a “*new Lex Mercatoria*” that expands in the 21st century as an alternative criterion to national Law¹⁸. The *jus mercatorum* is not Law created for the leading companies of the international trade, but Law created by these companies to regulate their activities in the international trade sector. Conceiving the *New Lex Mercatoria* as a patchwork of all legal material created by States, institutions or companies to regulate the activity of the latter in international trade is inaccurate, notes S. SÁNCHEZ LORENZO¹⁹. Such a conception of the *New Lex Mercatoria* mixes up heteronomous law (= created by individuals and institutions that do not operate in international trade) and autonomous law (= created, precisely, by the key players of international trade themselves). Since the eighteenth century, and with greater impetus after Codification, Law is essentially heteronomous: it is created by the State under a monopoly regime. The originality, the distinctive feature of the *New Lex Mercatoria* ¾possibly the source of its virtues¾ resides in the very fact that the *New Lex Mercatoria* is created by the same individuals whose commercial activity it regulates: the merchants, as H.A. GRIGERA NAÓN has explained²⁰. It is a Law that the key players of international trade give themselves. The key feature that characterizes the *New Lex Mercatoria* is that traders have created all the materials that make it up in order to regulate the contracts of international commerce. It is a “Corporate Law” of sorts.

12. The legal materials not elaborated by the merchants, but by States or official institutions are not part of the *New Lex Mercatoria* unless, as S. SÁNCHEZ LORENZO correctly points out, they result in an “objectification” of the customs and usages previously created by the Companies that operate in international trade²¹. As a result, Incoterms 2010, effective as of January 2, 2011, drawn up by the International Chamber of Commerce (ICC) to regulate certain rights and obligations in the contract for the international sale of goods, are part of the *New Lex Mercatoria*. The same applies to the “Uniformed Customs and Practice for Documentary Credits” (latest version 2006) ¾also prepared by the ICC¾, that regulate certain aspects related to payment in international sales agreements, but only to the extent that the ICC has collected the Law that entrepreneurs and merchants had been putting in practice. It should be emphasized that it is the ICC, not UNCITRAL that has elaborated these rules. UNCITRAL merely “supports” the use of such rules. On the other hand, the *Unidroit Principles for International Commercial Contracts* (1994), which have been updated several times, most recently in 2016²², are not part of the *New Lex*

¹⁶ A. FRIGNANI, “Il contratto internazionale”, *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, Milán, Cedam, 1990, pp. 86-90; A. FRIGNANI, *Il diritto del commercio internazionale*, Milán, IPSOA informática, 1986, p. 101.

¹⁷ I. STRENGER, “La notion de *lex mercatoria* en droit du commerce international”, *RCADI*, 1991, t. 227, pp. 207-356.

¹⁸ S.M. CARBONE, “Lex Mercatoria e lex societatis tra principi di diritto internazionale privato e disciplina dei mercati finanziari”, *RDIPP*, 2007, pp. 27-62; S.M. CARBONE, “Patti parasociali, autonomia privata e diritto internazionale privato”, *RDIPP*, 1991, pp. 885-894.

¹⁹ S. SÁNCHEZ LORENZO, “Derecho aplicable al fondo de la controversia en el arbitraje comercial internacional”, *REDI*, LXI, 1, 2009, pp. 39-74.

²⁰ H.A. GRIGERA NAÓN, “Choice-of-Law Problems in international commercial arbitration”, *RCADI*, 2001, vol. 289, pp. 9-396, esp. pp. 31-34.

²¹ S. SÁNCHEZ LORENZO, “Derecho aplicable al fondo de la controversia en el arbitraje comercial internacional”, *REDI*, LXI, 1, 2009, pp. 39-74.

²² *Vid.*, ad ex., E.J. BRÖDERMANN, *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: An Article-by-Article Commentary*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2018; P. DEUMIER, “Les principes Unidroit comme cadre de référence pour l’interprétation uniforme des droits nationaux”, *RIDC*, 2019, n° 2, pp. 413-430; A. MUÑOZ/D. GENY, “Les principes d’UNIDROIT dans l’arbitrage international”, *Revue de droit des affaires internationales*, 2016, n° 2, pp. 109-117; M.P. PERALES

Mercatoria with the exception of a handful of specific provisions which are a blend of the customs and practices of the merchants²³. It is known that these “Principles” have been mostly drawn up by experts in law coming from the Roman-continental sector and, for that reason, they are not an expression of the *Jus mercatorum*²⁴. Due to the above, the *New Lex Mercatoria* has been accused of being an expression of “Professors’ law” (*Jus Professorum*) and not merchants’ Law (*Jus mercatorum*)²⁵. It has been pointed out that many of the legal rules that make up the *New Lex Mercatoria* have not been drawn up by merchants, but by the States. In fact, when experts in international trade relationships say, for example, that CISG 1980 contains rules of the *New Lex Mercatoria*, they incur a profound contradiction: in that case, the rules do not belong to the *New Lex Mercatoria*, but to national law, because the CISG is part of the law of the States parties to such international agreement, as A. KASSIS notes²⁶.

b) The *New Lex Mercatoria* as entrepreneurial class Law.

13. The so-called transnational law, the *New Lex Mercatoria*, having been created by international trade professionals as a result of their private initiative, is not a neutral law. Its rules tend to reflect the interests and will of the large multinational corporations, which are the ones that elaborate the principles and provisions that make up this transnational law. Therefore, allowing the choice of transnational law as a contract law does not constitute an efficient solution for many entrepreneurs and individuals who, without being large corporations, also operate in international trade. And neither is it for States, which do not want to lose control over the legal rules applicable to international contracts.

III. Application of the *New Lex Mercatoria* by arbitrators

1. Arbitrators are the best applicators of the *New Lex Mercatoria*

14. The actual functionality of the *New Lex Mercatoria* depends on the circumstances in which it is applied. Disputes and controversies between companies can either be resolved by the courts of a State, or by means of private international arbitration. Now, when it is up to the courts to resolve such disputes, they will apply the rules of the *New Lex Mercatoria* only to the extent that their state Law allows it. Such Law allows the application of materials that are part of the *New Lex Mercatoria* through two different channels: (a) Through “material autonomy” of the contracting parties²⁷. The rules of the

VISCASILLAS, “La aplicación jurisprudencial de los principios de UNIDROIT”, in L.M. MIRANDA SERRANO/JAVIER PAGADOR LÓPEZ (EDS.), *Retos y tendencias del Derecho de la contratación mercantil*, Madrid, Marcial Pons, 2017, pp. 807-824; S. SÁNCHEZ LORENZO, “UNIDROIT principles and OHADAC principles on international commercial contracts: convergences and divergences”, in S. LEIBLE/R. MIQUEL SALA (EDS.), *Legal integration in Europe and America: international contract law and ADR*, Jena, JWV Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2018, pp. 69-106.

²³ M. GALLARDO SALA, “Os princípios propostos pelo Unidroit: relação com a lex mercatoria e sua utilização na esfera do comércio internacional”, *Revista do IBRAC*, 21, 25, 2016, pp. 241-273.

²⁴ <https://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2016/principles2016-e.pdf>.

²⁵ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contrato internacional, nueva *Lex Mercatoria* y Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales”, in *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, vol. II, Madrid, Civitas, 2003, pp. 1539-1567; A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Los contratos internacionales y el mito de la Nueva *Lex Mercatoria*”, in A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIRS.), *Estudios sobre Contratación Internacional*, Madrid, Colex, 2006, pp. 55-80; A. LEDUC, “L’émérgence d’une nouvelle lex mercatoria à l’enseigne des principes d’UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international: thèse et antithèse”, *Revue Juridique Thémis*, 35, 2001, pp. 429-451.

²⁶ A. KASSIS, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, Paris, LGDJ, 1993, pp. 99-101; A. KASSIS, *Théorie générale des usages du commerce (droit comparé, contrats et arbitrales internationaux, lex mercatoria)*, Paris, Pichon & Durand-Auzias, 1984.

²⁷ E. CASTELLANOS RUIZ, “Lex Mercatoria y autonomía privada en materia de contratos internacionales” in A.L. CALVO CARAVACA/J. OVIEDO ALBÁN (EDS.), *Nueva Lex Mercatoria y contratos internacionales*, Bogotá D.C., Grupo Editorial Ibáñez, 2006, pp. 55-117; S. PATTI, “Autonomia negoziale nei codici civili europei e nei contratti transnazionali”, in *Liber amicorum Angelo Davi: La vita giuridica internazionale nell’età della globalizzazione*, vol. I, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, pp. 271-280.

New Lex Mercatoria are considered substantial “private agreements” and will be applied to the contract insofar as the Law that governs it considers that such *inter partes* private agreements made under the *New Lex Mercatoria* are valid (e.g., for Spain, article 1255 CC); (b) By accepting the “legal nature” of certain rules of the *New Lex Mercatoria*. On very specific occasions, certain rules of the *New Lex Mercatoria* are “raised” by some rules of private international law to an “objective” legal rank. They become “objective law” rules. Examples: art. 9 CISG²⁸ and art. 25 BR I-bis²⁹.

15. However, it is only when litigation is resolved by arbitration bodies that the *New Lex Mercatoria* can deploy its broader normative and regulatory potential. In international practice, it is very common for contracting parties to invest arbitration bodies with the competence to resolve disputes arising from an international contract. More than 80% of international contracts have an arbitration clause in favour of private law international arbitration, as F. MARRELLA stresses³⁰. Concretizing the rules (= the “conflict solving criteria or guidelines”) that the arbitrators will apply to the international contract becomes, then, a matter of the utmost importance.

16. At a contentious arbitration level, it must be kept in mind that the competence of the arbitrators emanates from the parties. In the case of arbitration subject to Law, it must be kept in mind that the arbitrators are not “guardians” of any state legal system (A. REMIRO BROTONS)³¹. Therefore, the arbitrators will resolve the dispute according to the “rules” that the parties indicate as the normative basis. The parties may direct the arbitrators to rule under a non-state regulation (“*droit non étatique*”) ^{3/4}as P. LAGARDE / A. TENENBAUM indicate^{3/4} provided that the rules governing the arbitration in the State where it is carried out admit the designation of the *New Lex Mercatoria* as the law regulating the contract (O. LANDO / P.A. NIELSEN), as it is the case in Spain³². The arbitrators apply those rules of the *New Lex Mercatoria* that are indicated by the parties.

17. In this context, the arbitrators can resolve the controversy by applying rules of the *New Lex Mercatoria*. The arbitrators have no reason to apply any State Law or any principle of any non-existent “transnational public order”³³, so be it. If any of the parties urges the public authorities to enforce an arbitral award by means of which a dispute has been resolved without applying any State Law, it will result that said state authorities are not allowed to control the “Law applied by the arbitrators” and the award will be enforced. However, several caveats are required: (a) If the award infringes the basic principles of the State law of the country of execution, it will not be performed because it violates the “international

²⁸ Vid., ad ex., A.-L. CALVO CARAVACA, “Artículo 9”, in LUIS DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (Dir.), *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Madrid, Editorial Civitas, S.A., 1998, pp. 132-144; P. MANKOWSKI, “Article 9 CISG”, in P. MANKOWSKI (Ed.), *Commercial Law: Article-by-Article Commentary*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2019, pp. 47-51.

²⁹ Vid., ad ex., A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “El foro de la sumisión expresa”, in A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ/C. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *Litigación internacional en la Unión Europea I. Competencia judicial y validez de resoluciones en materia civil y mercantil en la Unión Europea. Comentario al Reglamento Bruselas I Bis*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, pp. 221-264 (pp. 240-242); U. MAGNUS, “Article 25”, in *European Commentaries on Private International Law ECPIL*, vol. I (*Brussels Ibis Regulation*), Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt KG, 2016, pp. 584-669 (pp. 645-651).

³⁰ F. MARRELLA, *La nuova Lex Mercatoria*, Padova, Cedam, 2003, pp. 33-39.

³¹ A. REMIRO BROTONS, “Reglas de conflicto y normas materiales de Derecho internacional privado”, *Temis (Symbolae García Arias)*, N° 33-36, 1973/1974, pp. 605-646.

³² P. LAGARDE / A. TENENBAUM, “De la convention de Rome au règlement Rome I”, *RCDIP*, 2008, pp. 727-780; P.A. NIELSEN / O. LANDO, “The Rome I Regulation”, *CMLR*, 2008, pp. 1687-1725.

³³ L. CHEDLY, *L'arbitrage commercial international & ordre public transnational*, Tunis, Centre de Publ. Univ., 2002; P. LALIVE, “Ordre public transnational (ou réellement international) et l'arbitrage international”, *Revue de l'arbitrage*, 1986, pp. 329-373; ID., “L'ordre public transnational et l'arbitre international”, in G. VENTURINI/S. BARIATTI (Eds.), *Nuovi strumenti del diritto internazionale privato: Liber Fausto Pocar*, Milano, Giuffrè Editore, 2009, pp. 599-611; F. LATTY, “L'ordre public sans l'Etat (quelques remarques sur un oxymore en trompe-l'oeil)”, in C.A. DUBREUIL (Dir.), *L'ordre public*, Paris, Cujas, 2013, pp. 21-31; F. MEGERLIN, *Ordre public transnational et arbitrage international de droit privé: Essai critique sur la méthode*, Paris, Atelier National de Reproduction des Thèses - A.N.R.T., 2003.

public policy” of that country³⁴; (b) In addition, the award may also be attacked before the state authorities by an appeal for nullity or annulment on the same ground (Judgment ECJ June 1, 1999, *Swiss China*, and Judgment ECJ March 23, 1982, 102/81, *Nordsee*)³⁵.

2. The New Lex Mercatoria as a legal system

18. Actually, the controversy regarding the concept of “*New Lex Mercatoria*” is a controversy that affects its functions. In such scenario, there are various “approaches” to the “*New Lex Mercatoria*”, well illustrated by authoritative academic literature³⁶.

The “*New Lex Mercatoria*” traditional approach argues that the rules that make it up merely regulate a few aspects of international contracting. Thus, the contract is governed by a national law; however, some of the international usages and practices developed by transnational traders may also be applicable (C. SCHMITTHOFF)³⁷.

The the “*New Lex Mercatoria*” progressive approach, i.e. the true theory about the “*New Lex Mercatoria*”, indicates that in the real world, it functions as a veritable legal system, as it has been extensively shown by the academic literature³⁸: in fact, it competes with national Laws, it can regulate an

³⁴ M.A. CEBRIÁN SALVAT, “La excepción de orden público internacional de la Convención de Nueva York de 1958 y los tribunales españoles”, en A.M. LÓPEZ RODRÍGUEZ/K. FACH GÓMEZ (EDS.), *Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras en España y Latinoamérica*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2019, pp. 263-284; P. MAYER, “La sentence contraire à l'ordre public au fond”, *Revue de l'arbitrage*, 1994, n° 4, pp. 615-652; P. MAYER/A. SHEPPARD, “Final ILA Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards”, *Arbitration International*, 19, 2, 2003, pp. 249-263; J.A. PÉREZ BEVIÁ, “Algunas consideraciones sobre el árbitro y el orden público en el arbitraje privado internacional”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 6, 1990, pp. 81-99; J.-B. RACINE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, Paris, LGDJ, 1999.

³⁵ Judgment ECJ 1 June 1999, C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd vs. Benetton International NV*, Rec., 1999, p. I-03055, ECLI:EU:C:1999:269; Judgment ECJ 23 March 1982, C-102/81, *Nordsee Deutsche Hochseefischerei GmbH v Reederei Mond Hochseefischerei Nordstern AG & Co. KG and Reederei Friedrich Busse Hochseefischerei Nordstern AG & Co. KG*, ECLI:EU:C:1982:107.

³⁶ J. BASEDOW, “Lex mercatoria e diritto internazionale privato dei contratti: una prospettiva economica”, in *Liber Fausto Pocar*, vol. 2, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 55-74; K.P. BERGER, *Formalisierte oder “schleichende” Kodifizierung des transnationalen Wirtschaftsrechts: zu den methodischen und praktischen Grundlagen der lex mercatoria*, Berlin, de Gruyter, 1996; Id., *The creeping codification of the new lex mercatoria*, 2ª ed., Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2010; K.P. BERGER (ED.), *The practice of transnational law*, The Hague, Kluwer Law International, 2001; M. CÁNDANO PÉREZ, “La unificación del derecho comercial internacional: nueva lex mercatoria como alternativa al derecho estatal”, *Revista Prolegómenos. Derechos y Valores de la Facultad de Derecho*, 21, 41, 2018, pp. 150-162; G. CUNIBERTI, “Three theories of Lex Mercatoria”, *Columbia Journal of Transnational Law*, 52, 2, 2014, pp. 369-434; Id., “La Lex Mercatoria au XXI siècle. Une analyse empirique et économique”, *JDI Chonet*, 2016, 3, pp. 765-780; N. HORN, “Transnationales Handelsrecht: zur Normqualität der lex mercatoria”, en *Festschrift für Karsten Schmidt zum 70. Geburtstag*, Köln, O. Schmidt, 2009, pp. 705-724; L. LONGHI, “Il nuovo diritto globale: lex mercatoria o ius gentium?”, *Rassegna di diritto pubblico europeo*, Anno XV, n. 2, 2016, pp. 137-149; M.A. PETSCHKE, “The application of transnational law (lex mercatoria) by domestic courts”, *Journal of Private International Law*, 10, 3, 2014, pp. 489-515; J.A. SILVA (COORD.), *Estudios sobre lex mercatoria. Una realidad internacional*, 2ª ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013; O. TOTH, *The lex mercatoria in theory and practice*, Oxford, Oxford University Press, 2017; M. VIRGÓS SORIANO, “Lex Mercatoria”, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, Civitas, 1995, pp. 3992-3994; Id., “Obligaciones contractuales” in J.D. GONZÁLEZ CAMPOS ET AL., *Derecho internacional privado, parte especial*, 6ª ed. rev., Madrid, Eurolex, 1995, pp. 143-208; Id., “El Convenio arbitral en el arbitraje internacional”, *Actualidad Jurídica Uriá Menéndez*, n.º 14, 2006, pp. 13-28; Id., “Arbitraje comercial internacional y Convenio de Nueva York de 1958”, *La Ley*, n.º 6679 (26 de marzo de 2007), pp. 1-5.

³⁷ C.M. SCHMITTHOFF, “International Trade and Private International Law”, *Von Deutschen zum Europäischen Recht. Festschrift für H.Dölle*, vol. II, Tübingen, Mohr, 1963, pp. 261-280; C.M. SCHMITTHOFF, “The Limits of Party Autonomy”, in C.J. CHENG (Ed.), *Clive M. Schmitthoff's Select Essays on International Trade Law*, Dordrecht, Boston, London, Nijhoff, 1988, pp. 584-595; H. WULFERT-MARKERT, *Clive M. Schmitthoff's Konzeption eines transnationalen Welthandelsrechts: ein Beitrag zum Leben und Werk von Clive M. Schmitthoff (1903-1990)*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2018.

³⁸ U. DRAETTA, *Il diritto dei contratti internazionali*, Padova, Cedam, 1984; S.M. CARBONE, “Il 'contratto senza legge' e la convenzione di Roma del 1980”, *RDIPP*, 1983, vol. XIX, pp. 279-287; S.M. CARBONE, “L'autonomia privata nel diritto internazionale privato delle obbligazioni”, *DCSI*, 1982, pp. 15-38; S.M. CARBONE, “L'autonomia privata nei rapporti economici internazionali ed i suoi limiti”, *RDIPP*, 2007, pp. 891-920; S.M. CARBONE, “Autonomia privata nel diritto sostanziale e nel diritto internazionale privato: diverse tecniche e un'unica funzione”, *RDIPP*, 2013, vol. 49, núm. 3, pp. 569-592; F.K. JUENGER, “The lex mercatoria and private international law”, *Unif. Law Review*, 2000-I, pp. 171-187.

international contract without the help or interference of any State Law, and it allows parties to litigate on the basis of a legal system that does not correspond to the national law of any of the contracting parties in particular. Thus, if litigation arises, no contracting party “is playing at home” because “their” law governs the contract, while the other party “is playing away” because he has to litigate in accordance with the Law of the “other contracting party” (O. LANDO / P.A. NIELSEN)³⁹. This is the true “theory of the *New Lex Mercatoria*”.

3. Critics to the theory of the New Lex Mercatoria

19. The well-known “theory of the *New Lex Mercatoria*”, which corresponds to the “progressive approach”, is characterized by the following data and elements

In the first place, the *New Lex Mercatoria* is conceived as a true “legal system”, alternative to the Law of the States. The *new Lex Mercatoria* does not need the help of State Laws; it is self-reliant in regulating international contracts. If in the early Middle Ages there was a *Lex Mercatoria*, a law that regulated international trade and operated independently of State Laws, now there is a *New Lex Mercatoria*.

Secondly, international trade operators $\frac{3}{4}$ the *Societas Mercatorum* or *Business Community* $\frac{3}{4}$ operate as a “private international legislator” completely apart from national legislators and parliaments⁴⁰. The merchants, and especially the most powerful merchants, the Big Corporations of the 21st century, are the creators of the transnational law that governs international contracting⁴¹. In the 21st century, the legislator legislates in English and his name is “entrepreneurial class”, writes F. GALGANO⁴².

Thirdly, the *New Lex Mercatoria* features contents of three different kinds (Y. DERAÏNS)⁴³: (a) *General Principles of Law regarding international commercial relationships*⁴⁴. The most important, as J.D.M. LEW / L.A. MISTELIS / S.M. KRÖLL and L. MUSTIL have pointed out, are the following: *pacta sunt servanda* and *rebus sic stantibus*, non-enforceability of unfair terms; *culpa in contrahendo* in contractual negotiations, performance of the contract in good faith, invalidity of contracts whose object is illegal or made through bribery, duty to negotiate the contract in good faith; *exceptio non adimpleti contractus*, the court is not bound by the qualification that the parties give to the contract; *actor incumbit probatio*, limitation of damages arising from breach of contract that include both actual damage and loss of profits, the party that suffers the breach of contract can take measures to reduce the damage, calculation of damages for non-delivery of goods made on the basis of market prices, interpretation of the contract aimed at giving an effective sense to its terms, etc.⁴⁵; (b) *Uniform customs and practices observed in international trade practice*⁴⁶. Many of such customs and practices have been compiled by certain associations that intervene in international trade. Examples: the “Uniform Customs and Practice for Documentary Credits”, whose latest version dates of 2006, the “Uniform Rules for Collection of Documents”, or Incoterms 2010, all of them drawn up by the International Chamber of Commerce; (c) *Rules produced by arbitrators in international trade*. Arbitrators usually refer to certain “precedents” established on previous occasions by the arbitration practice (*stare decisis*)⁴⁷.

³⁹ P.A. NIELSEN / O. LANDO, “The Rome I Regulation”, *CMLR*, 2008, pp. 1687-1725.

⁴⁰ P. KAHN, “Les principes généraux du droit devant les arbitres du commerce international”, *JDI Clunet*, 1989, vol. 116, pp. 305327; F. FOUCHARD, *L'arbitrage commerciale internationale*, Paris, Dalloz, 1965, pp. 89-91; F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, Il Mulino, 2005.

⁴¹ J. HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA/P. RAMIRO, *Contra la “Lex Mercatoria”: propuestas y alternativas para desmantelar el poder de las empresas transnacionales*, Barcelona, Icaria, 2015.

⁴² F. GALGANO, “Globalizzazione dei mercati e universalità del diritto”, *Politica del diritto*, 2009-2, pp. 177-192.

⁴³ Y. DERAÏNS, “Les tendances de la jurisprudence arbitrale internationale”, *JDI Clunet*, 1993, pp. 829-856.

⁴⁴ E. GAILLARD, “Treinte ans de Lex Mercatoria. Pour une application sélective de la méthode des principes généraux du Droit”, *JDI Clunet*, 122, 1995, pp. 5-30.

⁴⁵ J.D.M. LEW / L.A. MISTELIS / S.M. KRÖLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, The Hague / London / New York, Kluwer, 2003, p. 454 and pp. 258-240.

⁴⁶ E. MAZZOLETTI, “Gli usi contrattuali e la nuova lex mercatoria”, *Giurisprudenza commerciale*, 34.4, 2007, parte I, pp. 519-548.

⁴⁷ Y. DEZALAY & B.G. GARTH, *Dealing in virtue: international commercial arbitration and the construction of a transnational legal order*, Chicago, University of Chicago Press, 1996; J.M. JACQUET, “Avons-nous besoin d’une jurisprudence arbitrale?”

20. The theory of the “*New Lex Mercatoria*” has been unmercifully criticized for different reasons, invoked by an important sector of academic literature. It has been condemned for representing a heterodox perspective that questions the monopoly of the State in normative production.

21. In the first place, it has been said that the *New Lex Mercatoria* is not “objective law”. The merchants who create the *New Lex Mercatoria* are not “legislators”, as M. VIRGÓS SORIANO recalls⁴⁸. Therefore, the rules developed by merchants are not “objective law”. The *New Lex Mercatoria* is not part of the State’s sources of law.

22. Secondly, the *New Lex Mercatoria* is not a real “legal system”, for several reasons intertwined with one another and very well exposed by C.W.O. STOECKER⁴⁹. There is not a single and unique *Lex Mercatoria*; there are, as P. LAGARDE notes, several *Leges Mercatoriae*: different sets of rules that are valid for oil contracts, construction contracts, contracts for the purchase of raw materials, etc. These rules are different and only casually related with one another. It has also been indicated that the *New Lex Mercatoria* constitutes a compendium of rules, oftentimes fragmentary, that exclusively govern some very specific aspects of certain international contracts⁵⁰. In particular, the *New Lex Mercatoria* is accused of being conceived on the basis of and very much focused on the international sale of goods, without taking into account the features of other contracts that are also quite common in international trade (P. KAHN)⁵¹. Moreover, the *New Lex Mercatoria* has numerous loopholes (R. DAVID), so much so that it is rare that an international contract is regulated exclusively by it. When it is said that arbitrators have resolved a case exclusively on the basis of the *New Lex Mercatoria*, the truth is that the arbitrators have deduced the content of such *New Lex Mercatoria* from the national Laws connected with the case (ICC award October 26, 1979, n.3131, *Palbak vs. Norsolor*, Judgment Corte di Cassazione, Italy February 8, 1982, Judgment Cour de Cassation, France October 22, 1991, *Valenciana*), or have simply decided *ex aequo et bono*.

The *New Lex Mercatoria* has been accused of being “made up Law”, as reported by O. LANDO⁵². The risk that the arbitrators “make up” the rule they are applying and they maintain that such rule belongs to the *New Lex Mercatoria* in its progressive interpretation is no little risk (P. MAYER / V. HEUZÉ)⁵³. It is clear that arbitrators do not have legal power to “invent a legal system” that gives the agreement the value of a contract (= arbitrators cannot “create a legal system”, as they lack “constituent power” of a hypothetical legal system called “*New Lex Mercatoria*”), as M. VIRGÓS SORIANO indicates⁵⁴. On the other hand, not even the parties to the contract, the companies, invest the arbitrators of the power to create rules to resolve their disputes. As A. GIARDINA explains, the parties grant the arbitrators the power to apply the existing *New Lex Mercatoria*, not to invent new rules for the *New Lex Mercatoria* to settle their disputes, as this would be extremely unsafe for the parties⁵⁵. The *New Lex Mercatoria* does not constitute case law either. Some authors ³/₄it is the case of R. DAVID³/₄ have maintained the idea that the *New Lex Mercatoria*

Revue de l'arbitrage, 2010, n° 3, pp. 445-467; U. LIUKKUNEN, “Lex mercatoria in international arbitration”, in J. KLABBERS/T. PIIPARINEN (EDS.), *Normative pluralism and international law: exploring global governance*, New York, N.Y., Cambridge University Press, 2013, pp. 201-228; H.-P. SCHROEDER, *Die lex mercatoria arbitralis: strukturelle Transnationalität und transnationale Rechtsstrukturen im Recht der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit*, München, Sellier European Law Publishers, 2007.

⁴⁸ M. VIRGÓS SORIANO, “*Lex Mercatoria*”, *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, Civitas, 1995, pp. 3992-3994.

⁴⁹ C.W.O. STOECKER, “The lex mercatoria: To what extent does it exist?”, *J.Int.Arb.*, 1990, pp. 101-126.

⁵⁰ F. RIGAU, “Droit économique et conflits de souverainetés”, *RabelsZ*, 1988, pp. 104-156; F. RIGAU, “Examen de quelques questions laissées ouvertes par la convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles”, *Cahiers de droit européen*, 1988, vol. XXIV, pp. 306-321.

⁵¹ P. KAHN, “Les principes généraux du droit devant les arbitres du commerce international”, *JDI Clunet*, 1989, pp. 305-327.

⁵² O. LANDO, “The lex mercatoria in International Commercial Arbitration”, *ICLQ*, vol. 34, 1985, pp. 747-768; O. LANDO, “Lex mercatoria 1985-1996”, en *Festschrift till Stig Strömholm*, II, Uppsala, Iustus Förl., 1997, pp. 567-584.

⁵³ P. MAYER / V. HEUZÉ, *Droit international privé*, 11^a ed., Issy-les-Moulineaux, LGDJ Lextenso Éd., 2014, pp. 520-521; A. REMIRO BROTONS, “Reglas de conflicto y normas materiales de Derecho internacional privado”, *Temis (Symbolae García Arias)*, núms. 33-36, 1973/1974, pp. 605-646.

⁵⁴ M. VIRGÓS SORIANO, “*Lex Mercatoria*”, *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, Civitas, 1995, pp. 3992-3994.

⁵⁵ A. GIARDINA, “La *Lex mercatoria* et la sécurité du commerce et des investissements internationaux”, *Nouveaux itinéraires en droit: hommage à François Rigaux*, Bruxelles, Bruylant, 1993, pp. 223-234; ID., “La *lex mercatoria* e la certezza del diritto nei commerci e negli investimenti internazionali”, *RDIPP*, 1992, pp. 461-470.

constitutes a set of normative usages or customs⁵⁶. However, the proliferation of arbitration bodies that follow different criteria as well as the limited publicity of their awards are factors that make it impossible to consolidate legal rules as “trade usages” or “internationally observed customs”, as G. KEGEL observes⁵⁷.

23. Thirdly, it has also been pointed out that the *New Lex Mercatoria* lacks a true and effective sanctioning system. The presumed sanctions of the *New Lex Mercatoria*, such as boycott among merchants or the expulsion from a specific market of the merchant who does not abide by the “*New Lex Mercatoria*”, are more apparent than real, as F. RIGAUX observes⁵⁸. Although such factual sanctions can sometimes be very effective, they lack an imperative coercive apparatus of their own; besides, they cannot always be applied effectively.

24. Finally, to refine and adjust the tenor of criticism, it seems appropriate to recall the words P. MANKOWSKI: “*the so-called lex mercatoria is and will ever be a mere pseudo-law, an amorphous phenomenon with unclear contents and of extremely dubitable quality*”⁵⁹. Reams and reams written by the most prestigious specialists in *Lex mercatoria* have not achieved that the international trade practice back up the universal and seamless application of the *new lex mercatoria* to international contracts.

4. Metacritical vision of the New Lex Mercatoria as a method to resolve disputes between companies

25. The above criticism notwithstanding, at this point it seems appropriate to make a metacriticism of the theory of the *New Lex Mercatoria*. The object of such metacriticism is to prove that, with the appropriate nuances, the *New Lex Mercatoria* constitutes a set of normative elements that is extremely useful in solving international trade disputes between companies of cross-border dimensions.

26. In this perspective, there exists a methodological approach to the “*New Lex Mercatoria*”: some authors maintain that the “*New Lex Mercatoria*” is not a “legal system” or a defined set of rules, but a “method”. In this sense, the *New Lex Mercatoria* consists of giving authorization to the courts and/or arbitrators to assess different legal materials regulating international trade; following that, they will extract the “most appropriate rules” to solve the litigation, as M. GÓMEZ JENE has explained very well⁶⁰. It is, therefore, a method to achieve adequate decisions in international trade (*Method of Decision-Making*). As the aforementioned author points out, this seems to be the approach followed by the Spanish legislator, since the preamble of the Spanish Arbitration Law states (VII) that “... in some cases it will be necessary to apply rules of several legal systems, or common rules of international trade...”. Thus, as E. GAILLARD states, the arbitrator is prevented from applying a single national Law, which is exactly what the parties intended to avoid at all costs and the reason why they chose the *New Lex Mercatoria*⁶¹. In other words, it can be affirmed that the methodological approach to the *New Lex Mercatoria* is the most operative, useful and complete, as well as the one that enables us to develop a metacriticism of the *New Lex Mercatoria* as a source of Law in international trade.

⁵⁶ R. DAVID, “Il Diritto del commercio internazionale, un nuovo compito per i legislatori nazionali o una nuova lex mercatoria?”, *Rivista di Diritto civile*, 1976, pp. 577-598; Id., *L'arbitrage dans le commerce international*, Paris, Economica, 1982, pp. 106-116.

⁵⁷ G. KEGEL, “Introduction to Private International Law”, *IECL*, 1986; Id., “Fundamental Approaches”, *IECL*, 1986.

⁵⁸ F. RIGAUX, “Examen de quelques questions laissées ouvertes par la convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles”, *Cah.DE*, 1988, vol. XXIV, pp. 306-321.

⁵⁹ P. MANKOWSKI, “The role of party autonomy in the allocation of jurisdiction in contractual matters”, en F. FERRARI/F. RAGNO (ED.), *Cross-border litigation in Europe: the Brussels I Recast Regulation as a panacea?*, Padova, CEDAM, 2015, pp. 97-125; P. MANKOWSKI / U. MAGNUS [Eds.], *Rome I Regulation: commentary*, Köln, O. Schmidt, Sellier European Law Publishers, 2017; P. MANKOWSKI, “Just how free is a free choice of law in contract in the EU?”, *Journal of Private International Law*, vol. 13, 2017, pp. 231-258.

⁶⁰ M. GÓMEZ JENE, *Arbitraje comercial internacional*, Madrid, Ed. Civitas, 2018, pp. 331-341.

⁶¹ E. GAILLARD, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, Leiden, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, pp. 152-188.

5. Law applicable by arbitrators to the substance of the dispute

A) Preliminary aspects

27. The arbitration proceedings come to an end when the institution that has heard the case renders the award or arbitration ruling that resolves the differences between the parties. The arbitral award constitutes a legal response to the claims of those who resorted to arbitration. The most relevant issue of the legal regime of the arbitral award is the determination of the law or rules that the arbitrators must apply to resolve, in the arbitral award, the merits of the matter submitted to arbitration, which will oftentimes be an international contract.

28. International commercial arbitration can either be an equity arbitration (*ex aequo et bono*), or an arbitration subject to Law. In the first case, the arbitrators offer a solution built on the “justice of the specific case”, on equity, dissociated from any specific national legal system. In the arbitration subject to Law, on the contrary, first of all it is necessary to determine the applicable Law to the merits of the controversy that the arbitrators will resolve in the arbitral award. This matter has been the object of a long polemic within the doctrine that has come to be considered a classic. The opposing positions can be basically synthesized as follows:

29. Some experts argue that the law applicable to the substance of the case must be chosen by means of a conflict rule, which will define the national law that the arbitrators must apply. On the other hand, however, other specialists argue that the legal regime applicable to the merits of the dispute must be established through special material rules designed for international business, with no reference to any national law. The issue is addressed by the Geneva Convention 1961 and, in cases not falling into its scope, by art. 34 of the Spanish Arbitration Law 2003; moreover, it has been carefully studied by academic literature⁶².

⁶² About the law to be applied by the arbitrators to the substance of the dispute, D. BABIĆ, “Rome I Regulation: binding authority for arbitral tribunals in the European Union?”, *Journal of Private International Law*, vol. 13, 2017, pp. 71-90; H. BATIFFOL, “L’arbitrage et les conflits de lois”, *Rev.Arb.*, 1957, pp. 110-112; N. BLACKABY/C. PARTASIDES, *Redfern and Hunter on International Arbitration: Student Version*, 6th ed., Oxford, Oxford University Press, 2015, pp. 185-225; G.A. BERGMANN, “Mandatory rules of law in international arbitration”, in F. FERRARI/S. KRÖLL (Eds.), *Conflict of laws in international arbitration*, München, Sellier European Law Publishers, 2011, pp. 325-340; J. BEULKER, *Die Eingriffsnormenproblematik in internationalen Schiedsverfahren: Parallelen und Besonderheiten im Vergleich zur staatlichen Gerichtsbarkeit*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2005; K. BOELE-WOELKI, “Party Autonomy in Litigation and Arbitration in View of The Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts”, *RCADI*, 2016, t. 379, pp. 35 y ss.; F. BORTOLOTTI/P. MAYER (Eds.), *The application of substantive law by international arbitrators: proceedings of the 33rd Annual Meeting of the ICC Institute, held on December 5, 2013*, Paris, International Chamber of Commerce, 2014; P. MANKOWSKI, “Schiedsgerichte und die Rom I-VO”, *RIW*, 64, 1-2, 2018, pp. 1-19; P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “The Rome I and Rome II Regulations in International Commercial Arbitration”, in F. FERRARI (Ed.), *The Impact of EU Law on International Commercial Arbitration*, Huntington, New York, Juris, 2017, pp. 177-243; ID., “Eficacia de los Reglamentos Roma I y Roma II en el arbitraje comercial”, in *Le Droit à l’épreuve des siècles et des frontières: Mélanges en l’honneur du Professeur Bertrand Ancel*, Paris, Madrid, LGDJ, Iprolex, 2018, pp. 489-520; F. EISEMANN, “La lex fori de l’arbitrage commercial international”, *TCFDIP*, 1973-1975, Paris, Dalloz, 1977, pp. 189-213; H.A. GRIGERA NAON, *Choice-of-law problems in international commercial arbitration. The law applicable to the substance of arbitral dispute*, Tübingen, 1992; H.A. GRIGERA NAON, “Choice-of-Law Problems in international commercial arbitration”, *RCADI*, 2001, vol. 289, pp. 9-396; D. HOCHSTRASSER, “Choice of Law and Foreign Mandatory Rules in International Arbitration”, *J.Int.Arb.*, 1994, pp. 57-86; P. KAHN, “Les principes généraux du droit devant les arbitres du commerce international”, *JDI Clunet*, 1989, pp. 305-327; A. LEANDRO, “Qualche riflessione sul rinvio nell’arbitrato commerciale internazionale”, in *Liber amicorum Angelo Davi: La vita giuridica internazionale nell’età della globalizzazione*, vol. III, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, pp. 1881-1895; M. MARTINEK, “Reflections on the choice of law in international commercial arbitration proceedings”, in *Mélanges en l’honneur du professeur Claude Wiltz*, Paris, LexisNexis, 2018, pp. 597-624; P. MAYER, “Mandatory Rules of Law in International Arbitration”, *Arbitration International*, 2, 4, 1986, pp. 274-293; J.A. MORENO RODRÍGUEZ, *Derecho aplicable y arbitraje internacional*, Cizur Menor, Aranzadi, 2014; M.L. MOSES, *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, 3th ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2017, pp. 63-89; A.-S. PAPEIL, “Conflict of overriding mandatory rules in arbitration”, in F. FERRARI/S. KRÖLL (Eds.), *Conflict of laws in international arbitration*, München, Sellier European Law Publishers, 2011, pp. 341-378; J.A. PÉREZ BEVIÁ, “Sobre la ley aplicable por el árbitro al fondo de la controversia en el DIPr. español”, *RCEA*, 1988-89, pp. 213-233; J.C. POMMIER, “La résolution du conflit de lois en matière contractuelle en présence d’une élection de droit: le rôle de l’arbitre”, *JDI Clunet*, 1992, pp. 5-44; L.G. RADICATI DI BROZOLO, “Arbitrage commercial international et lois de police: considérations sur les

B) Article VII.1 of the European Convention on International Commercial Arbitration, made in Geneva on April 21, 1961

30. Art. VII.1 of the Convention recites: “*The parties shall be free to determine, by agreement, the law to be applied by the arbitrators to the substance of the dispute. Failing any indication by the parties as to the applicable law, the arbitrators shall apply the proper law under the rule of conflict that the arbitrators deem applicable. In both cases the arbitrators shall take account of the terms of the contract and trade usages.*”⁶³. This provision, despite its apparent simplicity, is actually a hornets’ nest. The provision establishes two connecting factors, structured in cascade.

31. The provision does not specify whether the parties in order to regulate their contract must choose the Law of a State or a non-national legal regulation. However, the letter of art. VII.1 Geneva Convention 1961, which refers expressly to a “Law”, seems more inclined to admit that the parties can only choose the legal system of a State as “Law applicable to the substance of the dispute”, as M. GÓMEZ JENE points out⁶⁴. Once the application of a specific national Law is determined, such Law is applicable in its entirety, that is to say, including the International Agreements and other international regulations that are in force in that State. Consequently, the parties can only exclude the application of a particular international agreement when that is allowed by the national law applicable to the substance of the dispute (*vid. arts. 1 and 6 CISG 1980*) (J.C. FERNÁNDEZ ROZAS)⁶⁵.

32. In the event that the parties failed to choose a Law or set of rules to resolve the substance of their dispute, the arbitrators will apply the proper Law in accordance with the rule of conflict that the arbitrators deem appropriate in the case in question. Art. VII.1 Geneva Convention 1961 follows, therefore, a “conflictual approach”: the arbitrators are to apply the national Law indicated by a rule of conflict, and cannot directly apply a special material rule to resolve the dispute, unlike what is established ³/₄ in the case of Spain³/₄ by art. 34 of the Spanish Arbitration Law 2003. However, this second connecting factor is extremely complex, for several reasons.

33. The provision does not specify whether such “*proper law under the rule of conflict that the arbitrators deem applicable*” should be an existing “national conflict rule”, or they are free to “create” an *ad hoc* conflict rule that seems appropriate for the case in question or for international commercial arbitration in general. The letter of the provision does not prevent the arbitrators from developing an *ad hoc* conflict rule. Now, “speculating” with the Law applicable to the substance of the case is not acceptable. The arbitrators cannot apply a rule of conflict that they have selected at their whim: they must use a conflict rule with quality connecting factors, which lead to the application of a law that is predictable

conflits de juridictions dans le commerce international”, *RCADI*, 2005, t. 315, pp. 265-501; *Id.*, “El rol del Derecho en el arbitraje internacional”, en *Liber amicorum Angelo Davi: La vita giuridica internazionale nell’età della globalizzazione*, vol. III, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, pp. 2003-2013; F. RAGNO, “Norme di applicazione necessaria come limite all’accesso alla giustizia arbitrale internazionale?”, en *Liber amicorum Angelo Davi: La vita giuridica internazionale nell’età della globalizzazione*, vol. III, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, pp. 2015-2036; A. REDFERN / M. HUNTER, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 2^a ed., London, 1991, pp. 70-128; S. SÁNCHEZ LORENZO, “Derecho aplicable al fondo de la controversia en el arbitraje comercial internacional”, *REDI*, LXI, 1, 2009, pp. 39-74; K.J. SCHIFFER, *Normen ausländischen “öffentlichen” Rechts in internationalen Handelsschiedsverfahren*, Köln, Berlin, Bonn, München, Heymann, 1990; L. SILBERMAN/F. FERRARI, “Getting to the law applicable to the merits in international arbitration and the consequences of getting it wrong”, in F. FERRARI/S. KRÖLL (Eds.), *Conflict of laws in international arbitration*, München, Sellier European Law Publishers, 2011, pp. 257-324; W. TETLEY, “Arbitration and the choice of Law”, *Europ. Transport Law*, 1993, pp. 149-179; A.N. ZHILSOV, “Mandatory and Public Policy Rules in International Commercial Arbitration”, *NILR*, 42, 1, 1995, pp. 81-119.

⁶³ European Convention on International Commercial Arbitration, made in Geneva on 21 April 1961 (BOE [Spanish Official Journal] No. 238 of 4 October 1975). *Vid.*, G. ZEILER/A. SIWY (Eds.), *The European Convention on International Commercial Arbitration: a commentary*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International B.V., 2019.

⁶⁴ M. GÓMEZ JENE, *Arbitraje comercial internacional*, Madrid, Ed. Civitas, 2018, p. 334.

⁶⁵ J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, *Ius Mercatorum (autorregulación y unificación del Derecho de los negocios transnacionales)*, Madrid, Colegios Notariales de España, 2003; *Id.*, “Lex Mercatoria y autonomía conflictual en la contratación internacional”, *AEDIP*, 2004, pp. 35-78; *Id.*, “Alternativa conflictual o material en la búsqueda de un Derecho contractual europeo más coherente”, *La Ley*, 28 febrero 2005, No. 6199.

for the parties; a law whose application to the case leads to reduced conflict costs because it fits with the “legal expectations of the parties” (P. FRANZINA)⁶⁶. Consequently, it seems appropriate to say that the arbitrators should apply, if possible, a national conflict rule, since it is easier for the parties to predict the application of a law designated by a national conflict rule –which can be consulted beforehand– rather than the application of a national Law designated by a conflict rule that does not exist and that the arbitrators must “build” in the arbitration proceedings.

34. Once ascertained that in principle the arbitrators must apply a national conflict rule, but cannot and should not “speculate” with such conflict rule, it must be admitted that the arbitrators cannot resort to “any” rule of conflict: they must apply the one whose application is most predictable for the parties. Among such conflict rules, the following may be mentioned:

First, the national conflict rules of the State in which the arbitral tribunal has its seat, as proposed in art. 11 Resolution IDI Amsterdam session, whenever it is possible to concretize a “seat of arbitration” (P. FOUCHARD, B. GOLDMAN)⁶⁷. This thesis is currently outdated, as P. FRANZINA points out, because there may be another conflict rule more appropriate than that of the country seat of arbitration, especially if two companies based in a country resolve their dispute by arbitration in another country⁶⁸.

Second, in the event of a private international arbitration that results from an international contract, the conflict rule of the country whose material Law has been designated by the parties to govern the contract $\frac{3}{4}$ provided that the parties have chosen the Law or the rules applicable to their contract $\frac{3}{4}$ or the conflict rule of the country whose Law governs the legal relationship that caused the private international arbitration⁶⁹.

Third, the conflict rule of the country of habitual residence or common seat of the parties, provided that such circumstances concur in the specific case.

Fourth, and for the case in which the parties have their habitual residence or establishment in different States, the conflict rule of such countries may apply, provided that they are identical or very similar.

Fifth, in complex cases, the practice often resorts to the well-known technique of “False Conflict”: the arbitrators examine the national laws connected with the case, and if they observe that they give the same or similar solution to the case, they apply both Laws or they provide the solution without indicating which national law they actually applied (H.A. GRIGERA NAÓN)⁷⁰.

35. In cases where it is difficult to identify a single conflict rule whose application in the event of arbitration is predictable for the parties, the arbitrators may resort to the application of a conflict rule created by the arbitrators themselves and extracted from the “general principles of private international law”. Such general principles are those generally accepted by the different state systems of private international law and by the legal instruments of uniform law⁷¹. The famous arbitral award of May 15, 1963, *Cavin: “the connecting factors used in doctrine and in case law”*) was rendered applying this method⁷². In this sense, some of the technical mechanisms included in the Rome I Regulation of June 17, 2008

⁶⁶ P. FRANZINA, “I conflitti di leggi davanti agli arbitri del commercio internazionale: note in tema di collegamento obiettivo alla luce del Regolamento Roma I”, *CDT*, 2009-II, pp. 328-338;

⁶⁷ *Annuaire*, 1952, t. 11, p. 484. P. FOUCHARD, “Introduction: spécificité de l'arbitrage international”, *Rev. Arb.*, 1981, pp. 449-468; B. GOLDMAN, “Frontières du droit et lex mercatoria”, *Archives de Philosophie du droit*, vol. 9, 1964, pp. 46-69; *Id.*, “La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage international: réalités et perspectives”, *JDI Chumet*, 1979, vol. 106, pp. 475-508; *Id.*, “Les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé”, *RCADI*, 1963, vol. 109, p. 368.

⁶⁸ P. FRANZINA, “I conflitti di leggi davanti agli arbitri del commercio internazionale: note in tema di collegamento obiettivo alla luce del Regolamento Roma I”, *CDT*, 2009-II, pp. 328-338;

⁶⁹ F.E. KLEIN, “La Convention européenne sur l'arbitrage commercial international”, *RCDIP*, 1962, pp. 621-640.

⁷⁰ H.A. GRIGERA NAÓN, *Choice-of-law Problems in International Commercial Arbitration*, Tübingen, Mohr, 1992; H.A. GRIGERA NAÓN, “Choice-of-Law Problems in international commercial arbitration”, *RCADI*, 2001, vol. 289, pp. 9-396.

⁷¹ *Vid.*, *ad ex.*, S.M. CARBONE, “Dalla specialità e prevalenza del diritto uniforme alla sua integrazione nello spazio giudiziario europeo”, in *Liber amicorum Antonio Tizzano: de la Cour CECA à la Cour de l'Union: le long parcours de la justice européenne*, Torino, Giappichelli, 2018, pp. 170-178; P. KAHN, “Les principes généraux du droit devant les arbitres du commerce international”, *JDI Chumet*, 1989, pp. 305-327; F. OSMAN, *Les principes généraux de la lex mercatoria: contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1992.

⁷² *ICLQ*, 1964, p. 1011.

can be considered as instruments that express a general methodological consensus on how to accredit the “centre of gravity of the legal relationship”⁷³. In this perspective, certain provisions of the Rome I Regulation, insofar as they express such general principles of private international law, can serve the arbitrators to construct a conflict rule that determines the law applicable to the substance of the dispute: exception clause, application of the Law of the country of residence of the seller, preference for the Law of habitual residence over the national Law of the parties, etc.

36. It is also true that, as underlined by M. GÓMEZ JENE, said art. VII.1 allows the application of the *New Lex Mercatoria* to the substance of the case in the event that the conflict rules applied by the arbitrator allow him to select the *New Lex Mercatoria* ^{3/4}in any of its approaches or versions^{3/4} as the law governing the dispute⁷⁴.

37. The reference to trade usages made by art. VII.1 Geneva Convention 1961 is imprecise and its scope is confused, undefined and ambiguous. It is doubtful if such reference contemplates “trade usages” as a true “independent legal system”, or as a mere manifestation of “material party autonomy” within a given national Law. Now, it seems reasonable to understand that such reference covers trade usages to which the parties have referred apart from any national legislation (= incorporated by reference to the contract by the parties), as well as the application of trade usages so widespread in the commercial sector in question, that the parties could not ignore them (= objective trade usages whose application cannot be ignored by parties that operate in good faith in an international arbitration).

C) Art. 34.2 of Spanish Arbitration Law 60/2003

a) Open attitude of the legislator toward non-national legal materials

38. In cases not regulated by the aforementioned Geneva Convention of 1961, if the arbitration is carried out in Spain, art. 34.2 of the Spanish Arbitration Law 60/2003, of December 23, applies⁷⁵. The provision provides that: “*without prejudice to the provisions of the previous paragraph, in the event of an international arbitration, the arbitrators shall resolve the dispute in accordance with the legal norms chosen by the parties. It will be understood that any indication of the law or legal system of a given State ^{3/4}unless otherwise stated^{3/4} refers to the substantive law of that State and not to its conflict rules. If the parties do not indicate the applicable legal norms, the arbitrators will apply those that they deem appropriate*”.

Paragraph 3 of art. 34 of Spanish Arbitration Law 60/2003, of December 23, moreover, recites: “*in any case, the arbitrators will decide according to the terms of the contract and will take account of the applicable usages*”. This reference must be object of a “specific reading”: it refers, as M. GÓMEZ JENE indicates again, to those usages that are not part of the *New Lex Mercatoria*, but that have acquired the range of legally binding practices for the key players of international trade⁷⁶. Article 34.2 of Arbitration Law does not specify when a usage is “applicable to a given case”. It must be understood that such usages shall apply when they are widely known within the trade community and commercial sector concerned, so that no merchant can ignore them.

As for the allusion made by art. 34.2 Arbitration Law 60/2003 to the “terms of the contract” it seems paradoxical as well as surprising: it is not easy to find a judge or arbitrator who does not take into account the clauses of a contract object of the dispute about which he is resolving.

⁷³ Regulation (EC) N° 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I), OJ EU 2008 N° L 177, p. 6. *Vid., ad ex.*, A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ/C. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *Litigación internacional en la Unión Europea II. La Ley aplicable a los contratos internacionales. Comentario al Reglamento Roma I*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2017; U. MAGNUS/P. MANKOWSKI (Eds.), *Rome I Regulation*, Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt, 2017.

⁷⁴ M. GÓMEZ JENE, *Arbitraje comercial internacional*, Madrid, Ed. Civitas, 2018, p. 334.

⁷⁵ BOE [Spanish Official Journal] no. 309 of 26 December 2003.

⁷⁶ M. GÓMEZ JENE, *Arbitraje comercial internacional*, Madrid, Ed. Civitas, 2018, p. 336.

The preamble (VII) of Law 60/2003, of December 23, explains the scope of these provisions and their leit-motiv: “3.) *Following the trend of the most advanced legal systems, the requirement that the applicable law must be related to the legal relationship or to the controversy is suppressed, since it is a requirement whose boundaries are blurred and that is difficult to control.* 4.) *The law prefers the expression ‘applicable legal rules’ to ‘applicable law’, insofar as the latter seems to encompass the requirement of referral to the legal system of a State, when in some cases the rules to be applied belong to several different legal systems or are common rules of international trade.* 5.) *The law does bind the arbitrators to a system of conflict rules”.*

b) Choice of the New Lex Mercatoria by the parties

39. An analysis of this provision gives rise to several elements of interest to build a metacriticism regarding the shortcomings of the orthodox theory of the *New Lex Mercatoria* as the system governing international contracts in an international arbitration scenario.

40. The legal rules that arbitrators must apply to the substance of the matter at hand in private international arbitration are, first of all, the “*legal rules chosen by the parties*”. Note that the rule does not obligate the parties to choose a national “Law”. It merely refers to “legal rules”. As a consequence, in private international arbitration proceedings the parties can choose the national Law of a State as the Law governing the merits of the dispute, and they can also choose the “conflict of Laws” rules of a given State legal system (P. LAGARDE / A. TENENBAUM)⁷⁷.

41. However, the provision also contemplates that the parties choose non-national legal systems for the arbitrators to resolve the merits of the dispute, such as the *New Lex Mercatoria* itself, or the 2010 Unidroit Principles. Indeed, art. 34 of Spanish Arbitration Law 2003 expressly authorizes the parties to make such a choice. On this possibility, certain observations can be made.

42. A first observation reveals that the parties can choose as the governing law of the substance of the case, a legal system independent of any national law, really international, created and guarded by arbitrators, who keep formulating it in a praetorian manner by means of their arbitral awards. Such legal system revolves around the so-called *New Lex Mercatoria* (*Lex Mercatoria* or *Jus Mercatorum* or *Nundinarum*). The parties may choose, as applicable to the substance of the dispute, certain materials that are not part of any “national legal systems”, but merely sets of rules or patterns of behaviour that are not systematically structured. This group of materials should include the General Principles of Law, international trade usages, the Codes of Conduct, specific international conventions, model Laws or uniform Laws, the *New Lex Mercatoria* itself and other fuzzy materials specific to dispute resolution.

43. A second observation reveals that, in relation to so-called “semi-international” contracts (= contracts made between a State and a foreign company, whose object usually is the lease or concession of a public good or service), the States understandably do not wish to be subject to the Law of another State⁷⁸. It is, therefore, logical and admissible to seek “non-national regulations” such as $\frac{3}{4}$ for instance $\frac{3}{4}$ the “general principles of Law recognized by civilized Nations”, that arbitrators will apply to resolve the disputes that may be submitted to them.

44. The third observation makes it clear that oftentimes the reference made by the parties in favour of “non-national law” is mere wishful thinking because such “legal systems”, like the *New Lex Mercatoria*, are fragmentary, incomplete, imprecise sets of rules, full of loopholes and made up of doctrines extracted from arbitral awards that more often than not have not been published (M.J. HUNTER, P.

⁷⁷ P. LAGARDE / A. TENENBAUM, “De la Convention de Rome au Règlement Rome I”, *RCDIP*, 2008, pp. 727-780.

⁷⁸ J.-F. LALIVE, “Contrats entre États ou entreprises étatiques et personnes privées. Développements récents”, *RCADI*, 1983-III, vol. 181, pp. 2-284.

SANDERS) or reasoned⁷⁹. In other cases, the arbitrators claim to have based their decision on the *New Lex Mercatoria*, but that is not entirely true: they have made their decision based on the content of various national laws, from which they actually took the applicable rules.

45. Fourth, it might be highlighted that, from a procedural point of view, the achievement of a “de-nationalized arbitration” (= rendered through the application of the *New Lex Mercatoria*) may end up being a Pyrrhic victory due to the so-called “Norsolor syndrome”⁸⁰. This occurs when the courts of the country where it has been rendered consider that the award is not a “national” award, but a “foreign” award precisely because it was rendered pursuant to non-national regulations. In this case, and given that it is a foreign award, the courts may consider inadmissible an appeal that can only be granted against national awards⁸¹.

46. Fifth, it must be recalled that, in principle, under the New York Convention of June 10, 1958, an *exequatur* cannot be denied to a foreign arbitral award merely because the arbitrators applied the *New Lex Mercatoria* instead of a national law to the merits of the controversy.

47. Sixth, certain authors have defended that it is possible for the arbitrators to admit the application of the *New Lex Mercatoria* as a result of the so-called “implied negative choice of the parties”. This phenomenon occurs when the parties have not chosen any specific national Law. This fact is usually interpreted by the arbitral tribunal as a rejection to apply the Law of the country where the parties have their seat and as a mandate that the contract should not be governed by any of the parties’ national law. In this case, certain arbitrators have resorted to the direct application of the *New Lex Mercatoria* (ICC Award n. 7375 / 1996, *Westinghouse*)⁸².

48. Seventh, finally, the tendency in favour of an arbitration whose controversy is decided by the application of “rules of law” that may be non-national is clear, as illustrated by U. DRAETTA in France (*vid.* Judgment Cour de Cassation, October 13, 1981, Judgment Cour de Cassation, France, October 22, 1991), Italy (Judgment Corte di Cassazione, Italy, February 8, 1982), United Kingdom, (Judgment Court of Appeal, England, March 24, 1987, and Switzerland (*vid.* article 187 Private International Law Act 18 December 1987: “*Il tribunale arbitrale decide la controversia secondo il diritto scelto dalle parti o, in subordine, secondo il diritto con cui la fattispecie è più strettamente connessa*”: i.e. “The arbitral tribunal resolves the dispute in accordance with the Law chosen by the parties or, subordinately, in accordance with the Law with which the case is most closely connected”)⁸³.

⁷⁹ P. SANDERS, “Trends in the Field of International Commercial Arbitration”, *RCADI*, 1975, vol.145, pp. 227-235; *Id.*, “L’arbitrage dans les transactions commerciales à long terme”, *Rev. Arb.*, 1975, pp. 83-87; *Id.*, “Aspects de l’arbitrage international”, *RDIDC*, 1976, pp. 133-135; A. REDFERN / M. HUNTER, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 2nd ed., London, 1991, pp. 70-128.

⁸⁰ Sentencia del Tribunal de apelación de París de 9 diciembre 1980, *Société Aksa vs. société Norsolor*, texto en *RCDIP*, 1981, pp. 545-550, y nota de E. MEZGER; E. GAILLARD, *Aspects philosophiques du droit de l’arbitrage international*, Leiden, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, pp. 191-193; B. GOLDMAN, “Une bataille judiciaire autour de la ‘lex mercatoria’. L’affaire Norsolor”, *Rev.Arb.*, 1983, pp. 379-409.

⁸¹ L. MISTELIS, “Delocalization and its Relevance in Post-Award Review”, in F. BACHAND & F. GÉLINAS (EDS.), *The UNCI-TRAL Model Law after 25 Years: Global Perspectives on International Commercial Arbitration*, Huntington, New York, JurisNet, LLC, 2013, pp. 167-181; J. PAULSSON, “Delocalisation of International Commercial Arbitration: When and Why It Matters”, *JCLQ*, 32, 1, 1983, pp. 53-61; P. READ, “Delocalization of International Commercial Arbitration: Its Relevance in the New Millennium”, *The American Review of International Arbitration*, 10, 2, 1999, pp. 177-201; Z. SAGHIR/N. CHRISPAS, “Delocalisation in International Commercial Arbitration: A Theory in Need of Practical”, *International Company and Commercial Law Review*, 27, 8, 2016, pp. 269-276.

⁸² *Vid.* the text or, at least, a part of this one in UNILEX (www.unilex.info) and also in *Measley’s International Arbitration Report*, 11, 1996, pp. A-1 to A-69 (original in English) and *Uniform Law Review / Revue de droit uniforme*, 1997, pp. 598-599 (abstract in English and French). *Vid., ad ex.*, J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Lex Mercatoria y autonomía conflictual en la contratación internacional”, *AEDIP*, 2004, pp. 35-78; *Id.*, “Declive del método de atribución en la determinación por el árbitro del Derecho aplicable al fondo de la controversia”, *Arbitraje*, vol. III, n° 2, 2010, pp. 377-409.

⁸³ U. DRAETTA, “La giurisprudenza francese conferma il carattere di regole di diritto della *lex mercatoria* (Cassation civil, 22 ottobre 1991, n.1354)”, *DCI*, 1992, vol.VI, pp. 214-227.

c) Application of the New Lex Mercatoria in the absence of a choice of law by the parties

49. In the event that the parties have not given any indication on the “applicable legal rules” to resolve the merits of the dispute, the arbitrators will apply the “rules they deem appropriate”. In this sense, the arbitrators are not bound by a specific conflict rule, neither Spanish nor foreign, nor are they bound by a specific substantive Law, neither Spanish nor foreign. The arbitrators are not the “guardians” of the Law of any given State. When selecting the regulations applicable to the merits of the case, the arbitrators are not bound to previously apply a conflict rule that determines which is the law governing the substance of the case, unlike what is established by the European Convention on International Commercial Arbitration, made in Geneva on April 21, 1961 in the cases regulated by said agreement. In fact, in such cases, the aforementioned Convention binds the arbitrators to always apply a conflict rule prior to specifying the substantive regulations applicable to the merits of the case.

50. Consequently, in the context of art. 34.2 of Spanish Arbitration Law, the arbitrators may apply to the substance of the dispute: (a) A national conflict rule, which they deem most appropriate for designating the applicable national Law most easily predictable for the parties; (b) A conflict rule created by the arbitrators themselves due to the complexity of the particular case, which will designate a substantive national Law applicable to the merits of the controversy; (c) A substantive national regulation determined without the need to previously apply a conflict rule. This implies the application of a national law by “*voie directe*”, in the words of Y. DERAÏNS, a Law selected without going through any conflict rule⁸⁴; (d) A non-national regulation that allows the controversy to be adequately resolved, such as the 2010 Unidroit Principles on International Commercial Contracts, specific rules of the *New Lex Mercatoria*, international trade usages, general principles of Law, etc.; (e) A body of rules formed by a combination of legal rules drawn from national legislation and/or non-national regulations. The arbitrators may divide the legal relationship and submit the different parts to different national or non-national laws, which is known as the arbitral *dépeçage* of the contract or the legal relationship in question.

IV. Concluding thoughts. New Lex Mercatoria, regulatory competence and efficiency principle

51. Private international law, both national and European, has established a cardinal principle in the field of international trade in general and international contracts in particular: the free choice of applicable regulations. Such principle proper to litigation in international business shows an undeniable tendency to expand. This leads both the European and Spanish legislator to admit the possibility for the parties of choosing non-national regulations to govern and settle such disputes. This can be observed in art. 34 of the Spanish Arbitration Law and in art. VII.1 of the European Convention on International Commercial Arbitration, made in Geneva on April 21, 1961. Party autonomy taken as a general regulating principle of the international legal relationships between individuals, as A. HELLGARDT points out, leads to admit –under different technical formulas– that the parties can resort to the *New Lex Mercatoria* as a regulation applicable to international trade⁸⁵. It is not necessary, needless to say, that such regulations, including the *New Lex Mercatoria*, operate as *Lex Contractus*. In fact, it is not about admitting a contract without Law and a Law without State; it is about accepting that such materials can be applied to the relationships between individuals involved in international trade and used to resolve the conflicts that may arise.

52. The expansion of the autonomy of individuals, which favours the application of the *New Lex Mercatoria* to international business, operates without restrictions in the relationships between compa-

⁸⁴ Y. DERAÏNS, “Les normes d’application immédiate dans la jurisprudence arbitrale internationale”, *Mélanges B. Goldman*, Paris, Litec, 1983, pp. 29-49. Also P. LALIVE, “Les règles de conflits de lois appliquées au fond du litige par l’arbitre international siégeant en Suisse”, *Revue de l’arbitrage*, 1976, p. 155; S. SÁNCHEZ LORENZO, “Derecho aplicable al fondo de la controversia en el arbitraje comercial internacional”, *REDI*, LXI, 1, 2009, pp. 39-74, esp. p. 55.

⁸⁵ A. HELLGARDT, “Das Verbot der kollisionsrechtlichen Wahl nichtstaatlichen Rechts und das Unionsgrundrecht der Privatautonomie”, *RabelsZ*, 2018-3, pp. 654-696.

nies. As P. MANKOWSKI remarks, commercial relationships is the only one sector in which the choice of applicable regulations really is free⁸⁶. In this context, normative autonomy of the companies helps to build ³/₄ in a way parallel to Public International Law³/₄ a regulating structure for the efficient organization of international business. And efficiency is a global value that contributes to the welfare progress of companies and societies, as V. RUIZ ABOU-NIGM / K. MCCALL-SMITH / D. FRENCH have observed⁸⁷. This leads to demystifying the value of uniform law. Given the multipolar structure of the world, T. KONO points out, uniform Law may be inefficient whereas the application of the *New Lex Mercatoria* may be efficient⁸⁸. The *New Lex Mercatoria* may allow the application of a regulation more in accordance with the needs of the parties or the dispute.

53. The limiting factors that affect national courts, which are tied to rigid, closed and self-contained normative systems, do not affect arbitrators. In international cases, connected with several States and sectors, arbitrators can operate with multiple regulations that make up a pool of rules that allow extracting the best of each regulation. As indicated by E.A. POSNER / J.C. YOO, the orthodox thesis (= “*the conventional wisdom*”), which considers that state courts are “independent” and therefore decide with more justice while arbitrators are “partial” and therefore decide with less justice, should be reviewed⁸⁹. In this line, it can be argued that the arbitrators defend justice with greater emphasis in international trade relationships. The arbitrators operate in a market of adjudicators and must earn their own prestige, on which their future selection as arbitrator depends. Thus, arbitrators do not hesitate to seek and select the best rules to resolve the dispute, and do not falter if such rules have to be extracted from the *New Lex Mercatoria*. As indicated by the authors cited above, “*the most successful tribunals are dependent*”.

54. On the other hand it is fair to admit, with L. DE ALMEIDA, that the lack of a universal model of Private Law leads to recognize that a worldwide market tends to create rules that are independent of the States⁹⁰. It is the “*transnationalization, Globalization and europeanization of private Law*”. The fall of the codified private law myth corresponds to the rise of the *New Lex Mercatoria* as a conflict-solving method between companies. In this approach, the *New Lex Mercatoria*, along the lines suggested by P. ELEFTHERIADIS, contributes to the achievement of truly international and cosmopolitan objectives distant from the interests of the States, which notoriously tend to regulate selfishly, favouring their national and state interests⁹¹. The *New Lex Mercatoria* places companies on a level of equal value and only the arbitrators are in the best position to apply a neutral law that does not benefit one party or another only because it belongs to one State or another.

55. At present, the international society of economic operators is a global society in which everyone takes part. This post-national society, lacking an authority capable of elaborating and promulgating a post-national law regulating international business, does have a set of adjudicators that operate in accordance with rules of variable geometry. They are the arbitrators, the creative players of international business law. The arbitrators, as F. GALGANO underlines, can use the *New Lex Mercatoria* not as an alternative system to the Law of the States, but as a method for the prevention and solution of international conflicts between companies⁹². Arbitrators, thus, can create a crucible of “reasonable rules of behaviour”

⁸⁶ P. MANKOWSKI, “Just how free is a free choice of law in contract in the EU?”, *Journal of Private International Law*, vol. 13, 2017, pp. 231-258.

⁸⁷ V. RUIZ ABOU-NIGM / K. MCCALL-SMITH / D. FRENCH, *Linkages and Boundaries in Private and Public International Law*, Oxford, London, Hart Publishing, 2018, pp. 12-19.

⁸⁸ T. KONO, “Efficiency in Private International Law”, *RCADI*, vol. 369, 2014, pp. 361-502.

⁸⁹ E.A. POSNER / J.C. YOO, “A Theory of International Adjudication”, John M. Olin Law & Economics Research Paper Series Working Paper No. 206 / Public Law and Legal Theory Research Paper Series Research Paper No. 146, 2018, available in: <http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.html>.

⁹⁰ L. DE ALMEIDA, “Rise and fall of the classic concept of private law: lessons from the legal consciousness of European private law”, *DESC - Direito, Economia e Sociedade Contemporânea*, vol. 1, n. 1, pp. 95-128, and Jul/Dez 2018, pp. 96-128.

⁹¹ P. ELEFTHERIADIS, “The moral distinctiveness of the European Union”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 9, no. 3-4, 2011, pp. 695-713.

⁹² F. GALGANO, “Globalizzazione dei mercati e universalità del diritto”, *Politica del diritto*, 2009-2, pp. 177-192.

that stimulate trade and exchange, the source of welfare of the world. Through the use of the *New Lex Mercatoria* as a method of selecting the applicable rules, they can generate a set of efficient rules. The *New Lex Mercatoria* is presented, just as in the past good old Roman Law, which was rediscovered in the late Middle Ages, as an “independent law of the political constitution”, as U. MANTHE illustrates⁹³.

56. The *New Lex Mercatoria* as a method of selection of the regulatory rules in international trade is thus an expression of the self-regulation of traders on a planetary level. Multiform and multi-polar, the *New Lex Mercatoria* method in the hands of the arbitrators can operate as an instrument for the selection of the best legal rules and therefore, contribute to the progress of law. In this scenario, it must be kept in mind that there is an unquestionable principle in the regulation of international legal relationships between companies and traders: respect for the common will of the parties in a specific legal relationship. In this sense, as highlighted above, the arbitrator must apply the legal materials that the parties have chosen. In the absence of such choice, the will of the parties must also be respected. The contract constitutes the highest expression of the agreement of the parties. The arbitrator operates within such legal boundaries. Therefore, when the parties have indicated that the arbitrator must apply the *New Lex Mercatoria* to resolve the dispute or have not indicated anything at all, the arbitrator must carry out his work of identification and selection of the materials that constitute the *New Lex Mercatoria* with maximum compliance with the will of the parties. In this sense, the arbitrator must estimate that the *New Lex Mercatoria* is made up of the usages, practices, principles and other legal materials that constitute undoubted, habitual, real and manifest usages of the commercial sector in question. These undoubted usages are objective rules on whose existence and practical application there is an indisputable, true, incontrovertible, manifest, obvious and safe commercial consensus.

In this way, S. SÁNCHEZ LORENZO explains, these materials become a normative set with a flexible composition that reflects the tacit will of the parties. They constitute the objective crystallization of the will of the merchants who operate in a specific economic sector⁹⁴. This allows distilling a commercial justice of quality, far from the Cadies Courts or Praetorian Law, which were merely the will of a particular arbitrator. An efficient trade justice, because the established rules that have been translated into indisputable legal usage constitute, by definition, the best possible rules, that is, the most efficient solutions that regulate the legal relationships proper to international trade.

Rome, May 8, 2019

⁹³ U. MANTHE, *Storia del diritto romano*, Bologna, Il Mulino, 2010, pp. 133-139.

⁹⁴ S. SÁNCHEZ LORENZO, “Derecho aplicable al fondo de la controversia en el arbitraje comercial internacional”, *REDI*, LXI, 1, 2009, pp. 39-74.

CONSUMER CONTRACTS IN THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE CASE LAW. LATEST TRENDS

LOS CONTRATOS DE CONSUMO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE. ÚLTIMAS TENDENCIAS

ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA
Professor of Private International Law
Carlos III University, Madrid
Member of the UNIDROIT Governing Council
ORCID ID: 0000-0003-2236-4641

Recibido: 02.10.2019 / Aceptado: 30.10.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5181>

Abstract: The concept of “consumer” is, in theory, a restrictive concept. However, the ECJ has now extended it to cases in which a private individual has gone on to practice as a professional in an manifest, public and conspicuous manner. Judgment ECJ 25 January 2018, C-498/16, *Facebook* proves it. In relation to consumers of financial products, the ECJ skillfully pulls strings in the context of art. 7.2 BR I-bis; however, that norm is totally insensitive with regards to the consumer. The future is stepping forward towards online mass consumption, and in the present virtual social landscape it is necessary for the ECJ to open up new ways of protecting the consumer that keep up with times. In this context, it is necessary that future amendments to the Brussels I-bis Regulation incorporate the concepts that the ECJ has created in relation to jurisdiction in the cross-border consumer sector: the concepts of “act of consumption”, “consumer”, “professional”, and “directed activity”, for example, should stop being jurisprudential concepts to become legal concepts.

Keywords: act of consumption, consumer, consumer contract, cross-border consumer sector, directed activity, dual contracts with both private and professional purpose, (international) jurisdiction, Private International Law, professional.

Resumen: El concepto de “consumidor” es, en teoría, un concepto restrictivo. Sin embargo, el TJUE lo ha extendido a casos en los que un particular, en el momento presente, ha pasado a ejercer como profesional de manera evidente, pública y notoria. La STJUE 25 enero 2018, C-498/16, *Facebook*, es la prueba. En relación con los consumidores de productos financieros, el TJUE mueve sus hilos con destreza en el contexto del art. 7.2 RB I-bis, pero este precepto es totalmente insensible al consumidor. El futuro camina digitalmente hacia un consumo masivo online y en dicho paisaje social virtual es necesario que el TJUE abra vías de protección al consumidor de un modo evolutivo. En dicho contexto, es preciso que futuras reformas del Reglamento Bruselas I-bis incorporen los conceptos que el TJUE ha creado en relación con la competencia judicial en el sector del consumo transfronterizo: los conceptos de “acto de consumo”, “consumidor”, “profesional”, y “actividad dirigida”, por ejemplo, deberían dejar de ser conceptos jurisprudenciales para pasar a ser conceptos legales.

Palabras clave: acto de consumo, competencia judicial internacional, consumidor, consumo transfronterizo, contrato de consumidores, contratos con doble finalidad profesional y privada, Derecho internacional privado, profesional, actividad dirigida.

Sumario: I. Introduction. Private International Law, consumers and jurisprudential dyads. II. Cross-border financial damage. The dyad constituted by Judgment ECJ 28 January 2015, C-375/13, Kolassa and Judgment ECJ 12 September 2018, C-304/17, *Helga Löber vs. Barclays Bank plc*. 1. Cross-border financial damage and international jurisdiction forum in the matter of damage. 2. Determination of the place of the causal event and cross-border financial damage. 3. Determination of the place where the cross-border financial damage occurred. III. Determination of the quality of “consumer”. The dyad made up by Judgment ECJ 20 January 2005, C-464/01, *Gruber*, and Judgment ECJ 25 January 2018, C-498/16, *Facebook*. 1. The individual consumer. 2. Dual contracts with both private and professional purpose. IV. Final considerations.

I. Introduction. Private International Law, consumers and jurisprudential dyads

1. In the extensive scientific production of Professor Dr. JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS, his publications concerning the international unification of Law and, in particular, the development of European standards of private international law occupy a prime place¹. May the lines that follow, focussed on certain jurisprudence of the ECJ on the Brussels I-bis Regulation in regard to consumers, serve to pay a sincere tribute to the vast research work of Professor Dr. JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS in that sector.

2. It is well known that Private International Law when dealing with cross-border consumer contracts must face a triple challenge constituted by mass consumption, the small economic amounts involved in consumer disputes when considered individually, and online consumption. In this context, in private international law the legal protection of the consumer is built on three fundamental ideas². In the first place, the consumer must be able to sue before the courts of the place of his domicile (Article 18 BR I-bis). The consumer has, as A. STAUDINGER says, a *forum actoris*³ – in other words, he benefits of a privilege of jurisdiction, as G. RÜHL observes⁴–; secondly, the Law regulating the contract concluded by consumers must be the Law of the country of habitual residence of the consumer, unless the parties have chosen another national Law that protects the consumer to a greater extent (Article 6 RR-I)⁵. This protects the consumer from mass contracts stipulated by the company and re-introduces transparency in the contract, as affirmed by W.-H. ROTH⁶. Thirdly and finally, the company that imposes certain clauses in a consumer contract can be punished with sanctions under public law, such as fines. In these cases, Spanish administrative law is applied if the contract is performed in Spain (Article 8 Spanish Civil Code), for example if the contract includes unfair terms of choice of court and choice of law stipulated by the company (Article 90 Spanish law on consumer protection) (see Judgement of the Juzgado de lo Contencioso administrativo n.12 of Sevilla of 23 January 2019 that delas with some penalties against the North American company Twitter for including jurisdictional and applicable law clauses in their contracts)]⁷. It is true that there are also new alternatives for the legal resolution of disputes with consumers, such as those covered by Regulation 524/2013 of 21 May 2013 on online dispute resolution for

¹ *Vid.* <https://fernandezrozas.com/curriculum/>

² A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Contratos internacionales de consumo", in A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Directores), *Derecho internacional privado*, vol. II, 18ª ed., Comares, Granada, 2018, pp. 1115-1130.

³ A. STAUDINGER, "Wer nicht rügt, der nicht gewinnt – Grenzen der stillschweigenden Prorogation nach Art. 24 EuGVVO", *IPRax*, 2011-VI, pp. 548-553.

⁴ G. RÜHL, "The consumer's jurisdictional privilege: on (missing) legislative and (misguided) judicial action", in F. FERRARI/F. RAGNO (Ed.), *Cross-border litigation in Europe: the Brussels I Recast Regulation as a panacea?*, Padova, CEDAM, 2015, pp. 67-96.

⁵ G. RÜHL, "The unfairness of choice-of-law clauses, or, The (unclear) relationship between Article 6 Rome I Regulation and the unfair terms in Consumer Contracts Directive: VKI v. Amazon: case C-191/15, Verein für Konsumenteninformation v. Amazon EU Sàrl, judgment of the Court of (Third Chamber) of 28 July 2016, EU:C:2016:612", *CMLR*, 55, 1, 2018, pp. 201-224.

⁶ W.-H. ROTH, "Rechtswahlklauseln in Verbraucherverträgen – eine schwierige Sache? (BGH, S. 557)", *IPRax*, 2013-6, pp. 515-52.

⁷ ECLI:ES:JCA:2019:58. *Vid.* P. KINSCH, "Un exemple d'ambivalence politique en droit international privé européen: la question de l'admissibilité de la protection unilatéraliste, par des lois de police, des parties faibles aux contrats", en B. HESS/E. JAYME/H.-P. MANSEL (HRS.), *Europa als Rechts- und Lebensraum: Liber amicorum für Christian Kohler zum 75. Geburtstag am 18. Juni 2018*, Bielefeld, Gieseking, 2018, pp. 215-227.

consumer disputes and in Directive 2013/11 /UE of 21 May 2013 (alternative dispute resolution for consumer disputes), as well as different types of consumer arbitration⁸. Such initiatives are not only useful, but also altogether necessary in relation to small claims procedure, as N. MARCHAL ESCALONA points out⁹.

3. Many, then, are the interesting, controversial and suggestive legal aspects of Private International Law in consumer contracts, both in terms of international jurisdiction and in relation to the law applicable to such contracts¹⁰. The present, brief reflections will exclusively focus on the normative

⁸ *Vid.* on such initiatives, *inter alia*, D. CARRIZO AGUADO, "Asistencia extrajudicial al consumidor transfronterizo europeo", *CDT*, 10, 1, 2018, pp. 45-69; D. COESTER-WALTJEN, "Schiedsgerichtsbarkeit und Verbraucher", in B. HESS (HRSG.), *Der europäische Gerichtsverbund: Gegenwartsfragen der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit: die internationale Dimension des europäischen Zivilverfahrensrechts*, Bielefeld, Gieseking, 2017, pp. 81-100; P. CORTÉS, *The law of consumer redress in an evolving digital market: upgrading from alternative to online dispute resolution*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018; S. DÍAZ ALABART (DIR.), *Resolución alternativa de litigios de consumo a través de ADR y ODR (Directiva 2013/11 y Reglamento (UE) No 524/2013)*, Madrid, Reus, 2017; F. ESTEBAN DE LA ROSA, "Principios de protección del consumidor para una iniciativa europea en el ámbito de la resolución electrónica de diferencias (ODR) de consumo transfronterizas", *Revista General de Derecho Europeo*, n° 25, 2011; F. ESTEBAN DE LA ROSA, "Régimen de las reclamaciones de consumo transfronterizas en el nuevo Derecho europeo de resolución alternativa y en línea de litigios de consumo", *REDI*, 2017, pp. 109-137; L.-M. KAHL, "Verbraucherschutz in der Schiedsgerichtsbarkeit: Schutzmängel im deutschen Prozessrecht", *ZJP Int.*, 22, 2017, pp. 361-383; J. KOTZUR, *Die außergerichtliche Realisierung grenzüberschreitender Verbraucherforderungen: eine rechtsvergleichende Untersuchung zur Bedeutung der Verbraucherschlichtung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2018; Y. MENECEUR, "Règlement en ligne des litiges: (re)faîtes entrer le juge!", *La semaine juridique. Édition générale, Supplément au no. 51*, 2018, pp. 40-44; N. SCANNICCHIO, "La risoluzione non giurisdizionale delle controversie di consumo: rimedi alternativi o diritti senza rimedio?", *Foro it.*, CXLII, 2017, núm. 11, parte IV, col. 570-576; M. STEGNER, "Online dispute resolution: the future of consumer dispute resolution?", *Yearbook on International Arbitration and ADR*, 5, 2017, pp. 347-360; F. VALBUENA GONZÁLEZ, "Resolución alternativa de litigios en materia de consumo", en *Aproximación legislativa versus reconocimiento mutuo en el desarrollo del espacio judicial europeo: una perspectiva multidisciplinar*, Barcelona, Bosch, 2016, pp. 117-147.

⁹ N. MARCHAL ESCALONA, "¿Hacia un nuevo derecho procesal europeo de protección del consumidor?: La nueva iniciativa europea sobre la resolución de litigios de pequeña cuantía", *REEI*, 2014, 43 p.

¹⁰ Academic contributions on international jurisdiction in consumers litigation are extraordinarily abundant. Among the most recent ones, see, A. ADDANTE, *Tutela del consumatore nei contratti telematici e nuove frontiere del diritto europeo della vendita*, Padova, CEDAM, 2017; O. BOSKOVIC, "Note CJUE 17 October 2013, *Emrek*", *RCDIP*, 2014, pp. 630-639; O. CACHARD, "Note à l'arrêt ECJ 7 décembre 2010, *Pammer*", *JDI Clunet*, 2011, pp. 414-438; D. CARRIZO AGUADO, "La relación de causalidad como indicio justificativo de la 'actividad dirigida' en el contrato internacional de consumo: análisis del foro de protección de la parte débil", *CDT*, 2016, pp. 301-317; D. COESTER-WALTJEN, "Schiedsgerichtsbarkeit und Verbraucher", in B. HESS (HRSG.), *Der europäische Gerichtsverbund: Gegenwartsfragen der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit: die internationale Dimension des europäischen Zivilverfahrensrechts*, Bielefeld, Gieseking, 2017, pp. 81-100; A. COISNE, "Contrat avec un consommateur et activité transfrontalière: commentaire de l'arrêt ECJ 28 juillet 2016 aff. C-191/15 'VKI c/ Amazon EU' sur le caractère abusif d'une clause de choix de loi se référant uniquement au droit du pays d'établissement du professionnel", *Bulletin droit et banque*, n° 60, 2017, pp. 71-77; A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, "Contratos de consumo en el tráfico comercial UE-terceros Estados" *AEDIPr*, T. XIV-XV, 2014-2015, pp. 277-303; W. FABER/E. KLAMPFERER, "Zivilrecht und internationale Privatrecht, Schwerpunkt Verbraucherschutz", *Europarecht: Jahrbuch 2017*, 2017, pp. 301-362; E. FERNÁNDEZ MASÍ, "Contratos de consumo y competencia judicial internacional en el Reg. 44/2001", *Estudios sobre consumo*, no. 63, 2002, pp. 9-24; E. GAMBARO/N. LANDI, "Consumer Contracts and Jurisdiction, Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and commercial Matters", *European Business Law Review*, 2006-5, pp. 1355-1371; C. GRAMLICH, "Gerichtsstände der EuGVVO in Verbrauchersachen: Probleme bei Umzug einer Partei", *EuZW*, 28, 6, 2017, pp. 213-218; R. GREGER, "Verbraucherstreitbeilegung: kein Durchbruch, viele Fragen", *Verbraucher und Recht*, 34, 2, 2019, pp. 43-47; W. HAKENBERG/E.-M. KOWOLLIK, "New Deal for Consumers: europäische Kollektivklage und andere Wege moderner Durchsetzung von Verbraucherrechten", *EWS*, 30, 2, 2019, pp. 61-69; F. HEINDLER, "Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht bei Vertrieb von Finanzdienstleistungen im Fernabsatz", in F. HEINDLER/B. VERSCHRAEGEN (HRSG.), *Internationale Bankgeschäfte mit Verbrauchern*, Wien, Sramek, 2017, pp. 155-199; C. HEINRICH, "Vorbild Europa/Mehr Wohnsitzgerichtsstände in der ZPO?: braucht der Verbraucher mehr Schutzgerichtsstände an seinem Wohnsitz?", *Deutsches Autrecht*, 88, 3, 2018, pp. 127-133; C. HEINZE / B. STEINRÖTTER, "Wann fällt ein Vertrag in den Bereich der ausgerichteten Tätigkeit des Unternehmers i.S.d. Art. 17 Abs. 1 lit. c EuGVVO? (EuGH, S. 583)", *IPRax*, 2016, pp. 545-550; A. KLEINKNECHT, *Die verbraucherschützenden Gerichtsstände im deutschen und europäischen Zivilprozessrecht*, Münster, 2007; G.E. KODEK, "Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht bei arbeitsteiligem Vertrieb von Finanzprodukten", in F. HEINDLER/B. VERSCHRAEGEN (HRSG.), *Internationale Bankgeschäfte mit Verbrauchern*, Wien, Sramek, 2017, pp. 75-95; V. LAZIĆ, "Procedural position of a 'weaker party' in the Regulation Brussels I-bis", in V. LAZIĆ/S. STUIJ (EDS.), *Brussels I-bis Regulation: changes and challenges of the renewed procedural scheme*, The Hague, T.M.C. Asser Press, 2017, pp. 51-70; N. PITKOWITZ, "Verbrauchergerichtsstand 2.0: der dynamische, aber vorhersehbare Verbrauchergerichtsstand", *Ecollex*, 29, 5, 2018, pp. 418-422; S. RÖSS, "Rügelose Einlassung bei grenzüberschreitenden Verbrauchersachen: richterliche Belehrungspflichten nach Art. 26 II EuGVVO und § 504 ZPO", *NJW*, 71, 52, 2018, pp. 3745-3750; P. WAUTELET, "Le consommateur, le réseau social et l'action collective", *Journal de droit européen*, 26, n° 251, 2018, pp. 260-265.

impact –which has not been small– of several judgments delivered by the ECJ between 2015 and 2018 in matters of international jurisdiction. This sector operates as an essential legal link that connects procedural law with the rules of conflict of laws, as P. MANKOWSKI observes¹¹. In particular, we offer a modest analysis of two dyads of judgments. The first is formed by Judgment ECJ 28 January 2015, C-375/13, *Kolassa* [ECLI: EU: C: 2015: 37] and Judgment ECJ 12 September 2018, C-304/17, *Helga Löber vs. Barclays Bank plc* [ECLI:EU:C:2018:701]; the second is composed by Judgment ECJ 20 January 2005, C-464/01, *Johann Gruber vs. Bay Wa AG*, and Judgment ECJ 25 January 2018, C-498/16, *Facebook* [ECLI:EU:C:2018:37]. In spite of some inevitable criticism, the ECJ has taken the lead in a really remarkable way and has proven to be effective in operating as an efficient court in the context of a real economic integration of the Member States, as E.A. POSNER / J.C. YOO write¹².

II. Cross-border financial damage. The dyad constituted by Judgment ECJ 28 January 2015, C-375/13, *Kolassa* and Judgment ECJ 12 September 2018, C-304/17, *Helga Löber vs. Barclays Bank plc*

1. Cross-border financial damage and international jurisdiction forum in the matter of damage

4. Since the days of the Ponzi scheme, one hundred years ago, international financial frauds have been common and private investors have suffered high losses in these sophisticated markets. The case of the “Madoff scheme” is also paradigmatic. The vast majority of international financial damages are cases of “remote damages”, as P. MANKOWSKI points out, and are preceded by an investment offer inserted into a “Stream-Of-Commerce” that flows from the country where the management company is located toward the country where the investor usually resides¹³. Now, the dyad of ECJ judgments made up by Judgment 28 January 2015, C-375/13, *Kolassa*, and Judgment 12 September 2018, C-304/17, *Helga Löber vs. Barclays Bank plc* [ECLI: EU: C: 2018: 701] has provided very clear guidelines to be followed.

5. First, these financial torts involve criminal and administrative sanctions, but also civil penalties; that is to say, they are acts giving rise to “civil liability for damages”. Very frequently financial instruments are offered in the secondary securities market: in such cases there is no contract between the issuer of the securities and the victim/frustrated investor (Judgment ECJ 28 January 2015, C-375 / 13, *Kolassa*, n. 45). The possible liability arises from acts perpetrated by investment companies, managers, holding companies, intermediaries, etc., that cause damage to the assets of an investor. Therefore, it is liability for damage that is purely extra-contractual.

Most of the “financial damages”, in fact, derive from acts of misinformation, falsification, appropriation of goods and deception in general, carried out in such investment operations by companies and entities (= financial advisors, depositaries or other intermediaries), with whom the investor has not concluded any contract. In these cases there is no “*freely assumed commitment*” of the alleged perpetrators

¹¹ P. MANKOWSKI, "Über den Standort des Internationalen Zivilprozessrechts", *RabelsZ.*, 2018-3, pp. 576-617.

¹² E.A. POSNER/J.C. YOO, "A Theory of International Adjudication", John M. Olin Law & Economics Research Paper Series Working Paper No. 206 / Public Law and Legal Theory Research Paper Series Research Paper No. 146, 2018, available in: <http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.html> / <http://ssrn.com/abstract=507003>.

¹³ P. MANKOWSKI, "Autoritatives zum „Ausrichten“ unternehmerischer Tätigkeit unter Art. 15 Abs. 1 lit. c EuGVVO", *IP-Rax*, 2012-II, pp. 144-156. *Vid.* también R. LAFUENTE SÁNCHEZ, "El criterio del International Stream-of-Commerce y los foros de competencia en materia de contratos electrónicos celebrados con consumidores", *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 2012, pp. 177-201; A. LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, "El criterio de las actividades dirigidas como concepto autónomo de DiPr de la Unión Europea para la regulación de las actividades en internet", *REDI* 2017, pp. 223-256; E. CASTELLANOS RUIZ, "El concepto de actividad profesional ‘dirigida’ al Estado miembro del consumidor: stream-of-commerce", *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 2012, pp. 70-92; M.J. MATIAS FERNANDEZ, "O conceito de ‘Actividad Dirigida’ inscrito no artigo 15.º, numero 1 alinea c). Do Regulamento ‘Bruxelas I’ e a Internet: subsidios do Tribunal de Justiça por ocasião do acórdão Pammer/Alpenhof", *CDT*, 2012-II, pp. 302-315; V. PIRONON, "Dits et non-dits sur la méthode de la focalisation dans le contentieux contractuel et délictuel du commerce électronique", *JDI ChUNET*, 2011, pp. 915-941; S. STOYAN, "Just a click away? Jurisdiction and virtually carrying on business in Canada", *Journal of Private International Law*, vol. 13, issue 3, 2017, pp. 602-632.

and investors. These are subjects and entities that operate in and/or in relation to the securities markets and that, with their performance, cause damage to the investors' assets. Therefore, these acts give rise to extracontractual civil liability, be it an objective liability or through fault or fraud, by action or omission.

6. Secondly, it should be stressed that the Brussels I-bis Regulation of 12 December 2012 lacks a specific forum for "financial damage". Simply, art. 7.2 RB I-bis is to be applied, given the extra-contractual nature of the vast majority of cases. In particular, claims for damages arising from errors or deception contained in brochures or prospectuses that are issued to inform potential investors about the acquisition of certain financial securities, have a non-contractual nature, as S. ARNOLD and M. LEHMANN¹⁴ have explained. However, A. TENENBAUM has pointed out that the jurisprudence of the ECJ provides very valuable elements in various rulings (Judgment ECJ 30 November 1976, 21/76, *Mines de Potasse d'Alsace*, Judgment ECJ 19 September 1995, C-364/93, *Marinari*, and Judgment ECJ 10 June 2004, C 168/02, *Kronhofer*).

2. Determination of the place of the causal event and cross-border financial damage

7. The importance of Judgment ECJ 28 January 2015, C-375/13, *Kolassa*, and of Judgment ECJ 12 September 2018, C-304/17, *Helga Löber vs. Barclays Bank plc.* lies, in the first place, in defining the "causal event" of the damage. To be able to file a claim with extra-contractual grounds in the place where the "causal event" occurred (*Handlungsort*), it is necessary that such causal event is, in fact, the direct cause of the damage (Judgment ECJ 16 July 2009, C-189/08, *Zuid-Chemie BV*, n. 13). Therefore, the existence of a "direct causal link" between the "causal event" and the alleged "damage" must be verified. In this regard, the following should be stressed: (a) Advertising of financial investments, their promotion and acts of incitement to subscribe to financial instruments do not directly cause financial damage. These acts are "merely preparatory", therefore, they are not the direct cause of the financial damage, but its mediate or indirect cause; they are the first of a "chain of events" that will end in the financial damage. Although a first reading of Judgment ECJ 10 June 2004, C 168/02, *Kronhofer*, n. 17-18, seems to suggest that, even if *en passant* and in an elliptical manner, the ECJ understands that the place of the causal event could be considered to be located in the country where the false financial information that prompts the subscription of risky instruments is disseminated, this should not be misleading. The ECJ only indicated, *obiter dicta*, that that was the interpretation of the court that heard the specific case (*Oberster Gerichtshof*). Actually, the question of determining where the place of the causal event was in that case of financial damage was never raised, so, in truth, the ECJ has never ruled on this specific matter; (b) The decision of the investor to transfer funds to an account opened in another country, a decision that is usually taken in the State of domicile of the investor, is not the "direct cause of the damage". This "financial decision" of the investor has not caused the damage. It does not constitute, therefore, a place of the "causal event" for the purposes of art. 7.2 BR-I (S. COURNELOUP)¹⁵. The "investment request" that the investor sends from the country of his domicile to the country of subscription of the financial securities is not the cause of the tort either. In fact, such "request" is not the same thing as the "subscription" of the securities, and it is the subscription that causes the damage; (c) In cases of allegedly false information contained in the investment prospectus, the place of the causal event is located in the State where such prospectuses have been "initially drafted and distributed", which is usually the State of the bank's or entity registered office (Judgment ECJ 28 January 2015, C-375/13, *Kolassa*, n. 53); (d) The place of the causal event is not the place where the securities object of the investment have been commercialized;

¹⁴ M. LEHMANN, "Prospectus liability and private international law – assessing the landscape after the ECJ's *Kolassa* ruling (Case C-375/13)", *Journal of Private International Law*, vol. 12, 2016, pp. 318-343; S. ARNOLD, "Kollisionsrechtliche und international-verfahrensrechtliche Aspekte bei Schadensersatzansprüchen privater Auslandsfonds-Anleger (BGH, S. 563)", *IPRax*, 2013-6, pp. 525-530. The matter, however, is far from being universally accepted. *Vid.* S. ARNOLD, "Kollisionsrechtliche und international-verfahrensrechtliche Aspekte bei Schadensersatzansprüchen privater Auslandsfonds-Anleger (BGH, S. 563)", *IPRax*, 2013-6, pp. 525- 530.

¹⁵ S. COURNELOUP, "Note: Cour Cass Com. 7 janvier 2014", *RCDIP*, 2014, pp. 432-445.

(e) The place of the causal event must be located in the country where the capital of the investor is used by the holding/management company to subscribe for financial securities. That is the place where the investment request is accepted by the holding company, as A. ENGERT/G. GROH explain¹⁶.

3. Determination of the place where the cross-border financial damage occurred

8. The relevance of Judgment ECJ 28 January 2015, C-375/13, *Kolassa*, and of Judgment ECJ 12 September 2018, C-304/17, *Helga Löber vs. Barclays Bank plc* also resides in the determination, at a latter time, of the place where the (financial) “damage” occurred. As a matter of fact, these financial torts arise when a mere mathematical operation is carried out on a computer and, as a consequence, a patrimonial loss occurs. The legal problems caused by financial torts are particularly significant precisely because it is very complex to locate the damage produced (= the “loss of assets”) in a given “point of space”, in a specific “place of the planet”. Such damage, in fact, is not physical damage to a bodily reality, but consists of a “patrimonial loss”. Hence the difficulty of locating the damage in the geographical space (M. LEHMANN).

Now, according to the ECJ, the real “place of financial damage” (= “*le lieu du préjudice financier*”) is where the investor has placed the capital in order to make it available for the entity or company that will manage the investment (= “*lieu de la partie du patrimoine endommagé*”). This is the place where the capital is used to subsequently be invested in other markets and countries. This is the place where the capital is lost or diminished (= place where the investor’s assets shrink). The place of financial damage is the place where the capital has been deposited and subsequently withdrawn for its final investment¹⁷. In short, “*as regards the place where the loss occurred (...) the loss occurs in the place where the investor suffered it*” (Judgment ECJ 28 January 2015, C-375/13, *Kolassa*, n. 52-53). Taking all of the above for granted, it is nevertheless necessary to give a few further details.

(i) If the investor deposits his money in the current accounts of a bank located in the country of his own domicile, then the investor may sue before the courts of that Member State, because it is in that country that the “loss” has taken place for the purposes of art. 7.2 BR I-bis. The ECJ states that “[*t*] he courts where the applicant is domiciled have jurisdiction, on the basis of the place where the loss occurred, to hear and determine such an action, in particular when that loss occurred itself directly in the applicant’s bank account held with a bank established within the area of jurisdiction of those courts (...) the issuer of a certificate who does not comply with his legal obligations in respect of the prospectus must, when he decides to notify the prospectus relating to that certificate in other Member States, anticipate that inadequately informed operators, domiciled in those Member States, might invest in that certificate and suffer loss”. (Judgment ECJ 28 January 2015, C-375/13, *Kolassa*, n. 55-56, Judgment ECJ 12 September 2018, C-304/17, *Löber*, n. 28). This statement does not imply that the damage consists of the dissemination of the prospectus in the Member State of residence of the investor or that the causal event is the dissemination of the prospectus in that Member State. In the case of Judgment ECJ 12 September 2018, C-304/17, *Löber*, Ms Löber, residing in Austria, made various investments from Austrian bank accounts. As a result, Austria was the place where the loss occurred. It is the place where the bank was established in which the applicant opened the account where the loss occurred. The possibility of locating the place where the loss occurs reinforces the legal protection of persons established in the EU, since it allows the complainant to easily identify the court to which he may turn and the defendant reasonably foresee the one before which he can be sued. In this case, the German branch of Barclays Bank, whose registered office is located in London, issued “certificates” (= bearer bonds), which were subscribed by institutional investors, who subsequently resold them in the secondary market, specifically to consumers in Austria. The money invested in the certificates was lost largely because it was used

¹⁶ A. ENGERT/G. GROH, “Internationaler Kapitalanlegerschutz vor dem Bundesgerichtshof”, *IPRax*, 2011-V, pp. 458-468.

¹⁷ *Vid.* Ord. Corte di Cassazione, Italy, 8 April 2001, *RDIPP*, 2011, p. 1103 (financial instruments subscribed in Italy), Ord. Corte di Cassazione, Italy, 5 July 2011 (future damage arising from a transaction in the UK that entails property damage to an Italian company), *RDIPP*, 2012, p. 432; Judgment Cour de Cassation Com. (France) 7 janvier 2014 (financial damage), *RCDIP*, 2014, pp. 432-445.

in a pyramid fraud scheme, so the certificates no longer had any value. Mrs Löber, domiciled in Vienna (Austria), invested certain amounts in the certificates through two different Austrian banks. As an investor having suffered loss, Ms Löber brought an action against Barclays Bank before the courts of Austria seeking the declaration of contractual and delictual or quasi-delict liability of Barclays Bank and argued that the information contained in the prospectus relating to the certificates was vitiated by information gaps. The damages derived from a lack of information in the brochures occur in the place where the current account of the investor suffering the loss of money is located.

(ii) In certain cases, the investor is lured by deceit or tricks or decoys to transfer the money from the country of his domicile to another country, but not to be invested in a subscription of securities that turns up to be ruinous $\frac{3}{4}$ the transfer occurs directly from the account of the individual investor to the account of the perpetrator. In such cases, it must be considered that the damage has occurred in the country from which the money is sent, because that is the country where the money is lost.

9. This thesis has several undisputable advantages: (a) The indicated place does not necessarily have to coincide with the domicile of the victim/applicant; as a consequence, it does not lead to *forum actoris*; (b) It is a known place and therefore it is predictable for both the plaintiff and the defendant, as A.F. CHRISTIE explains¹⁸; (c) In the country where the capital to be invested has been placed and from which the perpetrator has operated, damage has actually occurred because the capital was diminished or has disappeared in that country. This fits with a non-extensive interpretation of art. 7.2 BR I-bis; (d) This interpretation leads to affirm that, in financial torts, the place of the causal event and the place of the damage coincide. This enhances the clarity of the rule about international jurisdiction as well as its simple operation. In other words, it can be said that these financial damages constitute “instantant extra-contractual torts” and not “distance torts”. Said financial damages take place in the country where the investor’s capital employed as a financial investment is located, and in which another individual makes use of it; (e) It is a thesis that favours savers/investors, because they know very well the country where their savings are located.

10. However, and despite being followed by the ECJ, this thesis has also been criticized for several reasons: (a) It involves a multiplication of forums of international jurisdiction. In fact, the same causal event can produce losses in several different countries, which leads to the “jurisdictional dispersion of the litigation”. As an example: the same false financial information spread on the Internet by an English financial agency can make hundreds of investors decide to subscribe thousands of securities by depositing capital from accounts located in many different countries. In such a case, the courts of each of those States would have jurisdiction to hear the cases of loss of capital that has occurred in their own State only. This undermines the “good administration of Justice”. In fact, this thesis involves the intervention of numerous courts of different States, as well as the application of several different State Laws to one tort (Article 4 RR-II), an unlawful act derived from a single fact $\frac{3}{4}$ spreading a specific false financial information; (b) This solution of private international law becomes unpredictable for the defendants, allegedly liable for the financial loss. As a matter of fact, these securities are traded on the secondary market without any knowledge or control whatsoever by the issuers of the securities and other individuals to whom liability is claimed. For this reason, art. 7.2 BR I-bis operates, in relation to these individuals, as an unpredictable forum and art. 4.1 RR-II would lead to the application of a Law that is unpredictable for them. In the example mentioned above, the UK agency could be sued in Lithuania by investors who have transferred their capital to bank accounts they have in that country so that a Polish holding company can invest it in securities in the secondary market. In addition, the English agency should answer for its “anti-market” behaviour (= “market manipulation”) before the courts of Lithuania and under Lithuanian law; (c) This situation would increase in an exorbitant manner the costs of the operators and agents that act in the financial markets, who must calculate the price of possible legal actions anywhere in the world and in accordance with totally unpredictable State laws. Faced with this situation, the operators and financial

¹⁸ A.F. CHRISTIE, “Private international law principles for ubiquitous intellectual property infringement – a solution in search of a problem?”, *Journal of Private International Law*, vol. 13, 2017, pp. 152-183.

agents could logically decide to “cover” their backs *ex ante* by increasing the prices of their services and products. This could lead to the collapse of financial markets around the world; (d) The States could not punish with their Tort Law certain behaviours that have occurred in their territories (= such as the diffusion of false financial information, the commercialization and advertising of toxic financial assets in those countries), because the financial damage occurs in another country, whose Law is the only applicable Law. The so-called “*Regulation through Litigation*” fails, as M. LEHMANN writes¹⁹.

III. Determination of the quality of “consumer”. The dyad constituted by Judgment ECJ 20 January 2005, C-464/01, Gruber, and Judgment ECJ 25 January 2018, C-498/16, Facebook

1. The individual consumer

11. In order for Section 4 of Chapter II of the Brussels I-bis Regulation to be applied, and thus an individual be able to litigate before the courts of the Member State where his domicile is located, it must be possible to qualify that individual as a “consumer” contractor.

The concept of “consumer” used by art. 17 BR I-bis is autonomous, inherent to the Regulation and must be interpreted with reference to the system and the objectives of said Regulation. This, as J.P. SCHMIDT explains, guarantees the uniform application of section 4 of Title II of the Brussels I-bis Regulation in all Member States and reinforces EU policies (Judgment ECJ 14 February 2019, C-630/17, *Milivojević*, n. 86)²⁰.

The concept of “consumer” outlined by the Brussels I-bis Regulation is a restrictive concept. This is what the ECJ itself makes clear. It is a concept that depends on the position of the person in a specific contract and on the nature and purpose of such contract: it is not a subjective quality of the person (Judgment ECJ 14 February, 2019, C-630/17, *Milivojević*, n. 87).

A “consumer” is a person who acquires goods or services “*for a purpose that can be regarded as being outside his trade or profession*” (article 17.1 BR I-bis); (Judgment ECJ 25 January 2018, C-498/16, *Facebook*, n. 30: “*the contract has been concluded between the parties for the purpose of a use of the relevant goods or services that is other than a trade or professional use*”; Judgment ECJ 14 February 2019, C-630/17, *Milivojević*, N. 88: “*contracts concluded outside and independently of any trade or professional activity or purpose, solely for the purpose of satisfying an individual’s own needs in terms of private consumption*”; Judgment ECJ 23 December 2015, C-297/14, *Hobohm*, n. 25: “*private final consumers*”, Judgment ECJ 14 March 2013, C- 19/11, *Feichter*, n. 34, Judgment ECJ 21 June 1978, 150/77, *Bertrand*, Judgment ECJ 19 January 1993, C-89/91, *Hutton*, Judgment ECJ 15 September 1994, C-318/93, *Brenner*, Judgment ECJ 3 July 1997, C-269/95, *Benincasa*, Judgment ECJ 27 April 1999, C-99/96, *Mietz*). Art. 17 BR I-bis does not require that a product or service have been purchased for a specific economic amount (Judgment ECJ 2 May 2019, C-694/17, *Hildur*, N. 32).

The concept of “consumer” contained in other rules of European law must coincide with that used by the Brussels I Regulation to ensure the coherence of EU law, T. RAUSCHER points out²¹. In this regard, both the sectoral regulations on consumption and the Brussels I-bis Regulation refer to the consumer as an individual who enters into a contract with a professional and whose purpose is the non-professional use of the good or service. However, certain Directives require for their application that the contract reach a certain amount. This limitation does not affect the Brussels I-bis Regulation, which does not make any reference to the matter at any time, precisely to protect all consumers by enhancing access to the courts of the Member State of their domicile (Judgment ECJ 2 May 2019, C -694/17, *Hildur*, n. 43).

¹⁹ M. LEHMANN, “Prospectus liability and private international law – assessing the landscape after the ECJ’s Kolassa ruling (Case C-375/13)”, *Journal of Private International Law*, vol. 12, 2016, pp. 318-343.

²⁰ JAN P. SCHMIDT, “Übergreifende Begrifflichkeiten im europäischen Zivilverfahrens- und Kollisionsrecht - Grund und Grenzen der rechtsaktsübergreifenden Auslegung, dargestellt am Beispiel vertraglicher und außervertraglicher Schuldverhältnisse”, *RabelsZ*, 2013-I, pp. 1-30.

²¹ T. RAUSCHER, “Ehegüterrechtlicher Vertrag und Verbraucherausnahme? – Zum Anwendungsbereich der EuVTVO”, *IP-Rax*, 2011-V, pp. 484-487.

Merely being a “natural person” is not enough for that person to be automatically considered as a “consumer” for the purposes of Brussels I-bis Regulation (Judgment ECJ 14 March 2013, C-19/11, *Feichter*, n. 37-38). The person in question must also perform a specific “act of consumption”. A person who suffers damage derived from a product and who claims against the manufacturer is not a “consumer” because he does not perform an act of consumption.

2. Dual contracts with both private and professional purpose

12. International contracts of sale of goods or contracts for the provision of services concluded by a natural person having both professional and private purposes are common. The ECJ has pronounced itself in relation to these contracts twice and has provided two different and opposite answers: it is the double face of Janus.

13. In Judgment ECJ 20 January 2005, C-464/01, *Gruber*, the case of a farmer, Mr. Gruber, owner of a quadrangular farm (*Vierkanthof*) located in Austria, near the German border, was raised²². Mr. Gruber used his farm as an economic exploitation for pig production, but also as a dwelling for himself and his family; the portion of the building used for residential purposes represented at least 60% of the building. Mr. Gruber bought some roof tiles from the German company Bay Wa, which had distributed advertising brochures in Austria, in order to renovate the roof of his farm. Mr. Gruber sued the German tile seller company, noting that not all the tiles were of the same colour. The ECJ was strict and stated that when the contract is aimed at both a private and a professional purpose, a distinction must be made between: (a) professional use of the good or service of a “slight, marginal or having a negligible nature in the context of the operation”; (b) professional use of the good or service of a “relevant” nature; and (c) professional use of the good or service of a “predominant or not negligible” nature. According to the ECJ, only in the first case, that is, when the good or service is the object of a professional use that can be described as “slight, marginal or negligible in the context of the operation”, will it be possible to qualify the contract as “concluded by a consumer”. Therefore, if the professional use of the good or service is “predominant” or “non-negligible”, the contract cannot be qualified as a “contract entered into by a consumer” (Judgment ECJ 20 January 2005, C-464/01, *Gruber*, n. 39, 42, 45, 46). This interpretation was also followed in Judgment ECJ 14 February 2019, C-630/17, *Milivojević*, n. 93).

14. In Judgment ECJ 25 January 2018, C-498/16, *Facebook*, Mr. Maximilian Schrems, a lawyer with habitual residence in Austria, opened an account for private use in the social network *Facebook* through a contract with the Irish company *Facebook Ireland Limited*²³. Over time, he began to use his pri-

²² B. AÑOVEROS TERRADAS, “Delimitación de los supuestos internacionales en los que se justifica el forum actoris a favor del consumidor. (A propósito de las sentencias del TJCE en los asuntos Johann Gruber y Petra Engler)”, *Diario La ley*, 2005, n° 6264, pp.1-10; R. CONTI, “La nozione di consumatore nella Convenzione di Bruxelles I. Un nuovo intervento della Corte di giustizia”, *Il Corriere giuridico*, 2005, pp. 1384-1392; V. CRESCIMANNO, “I ‘contratti conclusi con i consumatori’ nella Convenzione di Bruxelles: autonomia della categoria e scopo promiscuo”, *Europa e diritto privato*, 2005, pp. 1135-1154; E. GOTTSCHALK, “Verbraucherbegriff und Dual-use-Verträge”, *RIW*, 2006, pp. 576-578; P. MANKOWSKI, *Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht*, 2005 pp. 305-306; ID., “‘Gemischte’ Verträge und der persönliche Anwendungsbereich des Internationalen Verbraucherschutzrechts”, *IPRax*, 2005, pp. 503-509; A. MARMISSE, “Commentaire de l’arrêt Gruber c/ Bay Wa AG - CJCE, 20 janvier 2005, aff. C-464/01”, *Revue de jurisprudence commerciale*, 2005, pp. 256-264; H. RÖSLER/V. SIEPMANN, “Gerichtsstand bei gemischt privat-gewerblichen Verträgen nach europäischem Zivilprozessrecht”, *EWS*, 2006, pp. 497-501.

²³ D. GUTIÉRREZ COLOMINAS, “Schrems v Facebook: the consumer definition in the framework of digital social networks”, *European Data Protection Law Review*, 4, 4, 2018, pp. 542-546; T. LUTZI, “‘What’s a consumer?’: (some) clarification on consumer jurisdiction, social-media accounts, and collective redress under the Brussels Ia Regulation: case C-498/16 Maximilian Schrems v. Facebook Ireland Limited”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 25, 3, 2018, pp. 374-381; H. MUIR-WATT, “Facebook face au consommateur ‘professionnel’ (Cour de justice de l’Union européenne, 3e ch., 25 janv. 2018, aff. C-498/16)”, *RCDIP*, 3, 2018, pp. 595-608; D. PAULUS, “Die Grenzen zivilprozessualen Verbraucherschutzes: zugleich Besprechung des Vorabentscheidungsersuchens des Obersten Gerichtshofs (Österreich) an den EuGH vom 19.09.2016, Rs. C-498/16, Maximilian Schrems vs. Facebook Ireland Limited”, *ZZP Int.*, 21, 2016, pp. 199-234; C. SCHMON, “Schrems vs Facebook: Internationale Zuständigkeit bei Forderungsabtretung”, *Ecolex*, 2018, pp. 248-249; M. STÜRNER/C. WENDELSTEIN, “Datenschutzrechtliche ‘Sammelklagen’ im Zuständigkeitsregime der Brüssel Ia-VO: zugleich Besprechung von EuGH, Urteil v. 25.1.2018, C-498/16, Maximilian Schrems vs. Facebook Ireland Ltd.”, *JZ*, 73, 22, 2018, pp. 1083-1092.

vate account for professional purposes in connection with the legal profession and, in particular, to acquire clients he then represented in suing *Facebook* for illegal use of personal data. He got more than 25,000 people to transfer him their rights to litigate against *Facebook*. Therefore, Mr. Schrems used his private Facebook account for private purposes and for professional purposes as well. The fundamental question was raised whether he could qualify as a “consumer” or not. The ECJ, on this occasion, overlooked the legal consequences of the clever triple division of professional use in “negligible”, “relevant” and “predominant” it had previously coined in Judgment ECJ 20 January 2005, C-464/01, *Gruber*; and changed its mind like a teenager in spring. In fact, according to the ECJ, an individual who contracts a service with a professional or economic operator –in this case, the social network *Facebook*– solely for private and personal purposes, is a “consumer”; if he subsequently uses such service for professional activities, even to the extent that they become “predominant” and “essential”, does not lose his “consumer” status. In other words, now the ECJ indicates that a “relevant” or even “predominant” professional use of the good or service does not prevent qualifying the contract as a “consumer contract” because the subject was a “consumer” when he contracted the service and continues being one even if only marginally or at a negligible level. The ECJ believes that this interpretation should prevail because it is the only one that allows an “effective defence of the rights that consumers enjoy in relation to their contractual partners who are traders or professionals”. Earlier, under the *Gruber* doctrine, a “relevant” or “predominant” professional use of the good or service prevented qualifying the contract as a “consumer contract”. With the *Facebook* doctrine, a contract cannot be described as a “consumer contract” only in case the professional use of the good or service is thorough and complete. If an individual hires the service as a consumer and remains a consumer –even if only in a slight or marginal way–, the ECJ understands that he is a “consumer” and that art. 17 BR I-bis applies: he can sue in the Member State of his domicile.

The ECJ has veered $\frac{3}{4}$ without saying so, of course $\frac{3}{4}$ from a restrictive interpretation of the concept of consumer to an expansive interpretation of that concept. This proves that a “uniform” concept of “consumer” has obvious limitations: the concept can change from one regulation to the other and can also vary over time, as A. STADLER already explained²⁴. An excess of conceptual uniformity in this respect may damage the application of the rules of Private International Law in consistency with their purpose.

15. On the other hand, a “consumer association” or an “assignee of the rights of a consumer” are not “consumers” (Judgment ECJ 19 January 1993, C-89/91, *Hutton*; Judgment ECJ 1 October 2002, C-167/00, *Henkel*; Judgment ECJ 25 January 2018, C-498/16, *Facebook*, N. 44). Such “associations” or “assignees”, as S. BARIATTI recalls, have not concluded consumer contracts with a trader²⁵. Art. 17 BR I-bis only protects the consumer as the party to the contract deemed to be economically weaker and less experienced in legal matters than its counterpart. The rule only protects the consumer when he himself is the plaintiff or the defendant in a judicial proceeding. If the consumer transfers his rights to an assignee, he himself is not a party to the contract and therefore cannot benefit from the protection forum provided for consumers.

Art. 17 BR I-bis only applies to litigation conducted by the consumer *in personam* against the other contracting party. If this were not the case, the company could be sued before courts whose jurisdiction is totally unpredictable, which is not in keeping with the legal certainty and predictability of the competent court, principles that inspire the Brussels I-bis Regulation. Example: Swedish consumers who have signed consumer contracts with *Facebook Ireland* transfer their rights to a Spanish lawyer, who decides to sue *Facebook Ireland* before Spanish courts. It is not possible, because art. 17 BR I-bis only applies, and $\frac{3}{4}$ as a consequence $\frac{3}{4}$ the forum of the consumer’s domicile is only operative, to the legal actions that each consumer personally brings against the trader.

On the other hand, such associations often claim in court that certain general contracting conditions stipulated by certain professionals be declared unlawful in general. In this case, the object of the process does not refer to a “contract”, but to a “non-contractual matter”.

²⁴ A. STADLER, “Die Einheitlichkeit des Verbrauchervertragsbegriffs im Europäischen Zivil- und Zivilverfahrensrecht – Zu den Grenzen rechtsaktübergreifender Auslegung (EuGH, S. 237)”, *IPRax*, 2015, pp. 203-207.

²⁵ S. BARIATTI, “Le azioni collettive dell’art. 140-bis del codice del consumo: aspetti di diritto internazionale privato e processuale”, *RDIPP*, 2011, pp. 19-54. *Vid.* also D. PAULUS, “Keine unechten Sammelklagen in Verbrauchersachen”, *NJW*, 71, 14, 2018, pp. 987-991.

IV. Final considerations

16. It is said that “law reigns and jurisprudence rules”; similarly, it can be said after our brief analysis of the two jurisprudential dyads mentioned above, that the ECJ has deployed an evolutive jurisprudence, not without contradictions. The concept of “consumer” is, in theory, a restrictive concept. However, the ECJ has now extended it to cases in which a private individual has gone on to practice as a professional in an manifest, public and conspicuous manner. Judgment ECJ 25 January 2018, C-498/16, *Facebook* proves it. In relation to consumers of financial products, the ECJ skillfully pulls strings in the context of art. 7.2 BR I-bis; however, that norm is totally insensitive with regards to the consumer. The future is stepping forward towards online mass consumption, and in the present virtual social landscape it is necessary for the ECJ to open up new ways of protecting the consumer that keep up with times. In this context, it is necessary that future amendments to the Brussels I-bis Regulation incorporate the concepts that the ECJ has created in relation to jurisdiction in the cross-border consumer sector: the concepts of “act of consumption”, “consumer”, “professional”, and “directed activity”, for example, should stop being jurisprudential concepts to become legal concepts. The future will tell.

EL NUEVO REGLAMENTO (UE) 2019/1111: ANÁLISIS
DE LAS MEJORAS EN LAS RELACIONES CON
EL CONVENIO DE LA HAYA DE 19 DE OCTUBRE DE 1996
SOBRE RESPONSABILIDAD PARENTAL

THE NEW REGULATION (EU) 2019/1111: ANALYSIS
OF THE IMPROVEMENTS IN THE RELATIONS WITH
THE HAGUE CONVENTION OF 19 OCTOBER 1996
ABOUT PARENTAL RESPONSIBILITY

BEATRIZ CAMPUZANO DÍAZ

*Profesora Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad de Sevilla*

ORCID: 0000-0001-9737-5316

Recibido: 15.12.2019 / Aceptado: 10.01.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5182>

Resumen: En materia de responsabilidad parental, el Reglamento 2201/2003 tiene que aplicarse conjuntamente con el Convenio de La Haya de 1996, en el que la Unión Europea ha decidido participar. La coordinación de estos dos instrumentos internacionales ha resultado difícil, en relación particularmente con las normas de competencia judicial internacional. Uno de los objetivos del nuevo Reglamento 2019/1111 ha sido solventar este problema, con la adición de un nuevo párrafo al precepto dedicado a regular las relaciones con el Convenio de La Haya del 96 (art. 61 del Reglamento 2201/2003, ahora art. 97 del Reglamento 2019/1111), que es objeto de análisis en el presente estudio.

Palabras clave: Reglamento 2019/1111, Convenio Haya 1996, coordinación, normas de competencia judicial internacional.

Abstract: In parental responsibility issues, Regulation 2201/2203 has to be applied in conjunction with the 1996 Hague Convention, in which the European Unión has decided to participate. The coordination of these two bodies of international rules has shown to be difficult, particularly in relation with the jurisdiction rules. One of the objectives of new Regulation 2019/1111 is to solve this problem, with the addition of a new paragraph to the article dedicated to regulate the relations with the 1996 Hague Convention (art. 61 of Regulation 2201/2003, now art. 97 of Regulation 2019/1111), which is analysed in this study.

Keywords: Regulation 2019/1111, 1996 Hague Convention, coordination, jurisdiction rules.

Sumario: I. Introducción. II. La participación de la Unión Europea en el CH 96. III. El marco de relaciones entre el Reglamento (UE) 2019/1111 y el CH 96. 1. El Reglamento 2019/1111 y las relaciones con otros instrumentos internacionales. 2. Determinación del ámbito de coincidencia

* Este trabajo se realiza en el marco de las actividades de la Cátedra Jean Monnet sobre derecho de familia y sucesiones en la Unión Europea (Reference number: 599094-EPP-1-ES-EPPJMO-CHAIR), de la que la autora es titular. Las opiniones y valoraciones que se realizan en el presente trabajo son de la exclusiva responsabilidad de la autora.

entre el Reglamento 2019/1111 y el CH 96. 3. Análisis de la preferencia aplicativa del Reglamento 2019/1111 sobre el CH 96. IV. Las relaciones entre el Reglamento 2019/1111 y el CH 96 en el sector de la competencia judicial internacional. 1. La aplicación del Reglamento 2019/1111 o del CH 96 en función del lugar de residencia habitual del menor. Consecuencias. 2. El foro de la residencia habitual del menor y su relación con la aplicación del Reglamento 2019/1111 o del CH 96. 3. Las reglas especiales de coordinación. A) Cuando las partes han convenido en la competencia de un órgano jurisdiccional de un Estado parte del CH 96. B) La transferencia de la competencia a un órgano jurisdiccional de un Estado parte del CH 96, mejor situado para conocer del asunto. C) La dualidad de procedimientos con un Estado parte del CH 96. V. Conclusiones.

I. Introducción

1. El *Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 1347/2000*¹, también conocido como Bruselas II o Bruselas II bis, ha sido objeto de una reciente reforma mediante el *Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (versión refundida)*² –en adelante, Reglamento 2019/1111–.

2. Si repasamos someramente los hitos fundamentales de este proceso de reforma, hemos de señalar que hubo un primer intento en 2006, que no prosperó. Este año la Comisión presentó la *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*,³ con la que se trató de introducir algunos cambios en relación con las normas de competencia judicial internacional en materia matrimonial, además de normas de conflicto uniformes en relación con la separación judicial y el divorcio. El requisito de la unanimidad en el sector del derecho de familia impidió no obstante que pudiera aprobarse esta reforma, optándose finalmente por un Reglamento independiente, limitado a las cuestiones de ley aplicable, que se aprobó a través del sistema de cooperación reforzada: el *Reglamento (UE) nº 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial*⁴.

3. Con posterioridad se abrió un segundo proceso de reforma, con la publicación por la Comisión, en 2016, de la *Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (refundición)*⁵. Esta nueva propuesta de reforma del Reglamento 2201/2003,

¹ DOUE L 338, de 23 de diciembre de 2003.

² DOUE L 178, de 2 de julio de 2019.

³ Bruselas, 17.7.2006, COM (2006) 399 final. Para un análisis de esta Propuesta *vid.* B. CAMPUZANO DÍAZ, “La propuesta de reforma del Reglamento 2201/2003 en materia matrimonial”, M. DI FILIPPO, B. CAMPUZANO DÍAZ, A. RODRÍGUEZ BENOT, M.A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ (coords.), *Hacia un derecho conflictual europeo: realizaciones y perspectivas*, Sevilla, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 2008, pp. 93 y ss.

⁴ DOUE L 343, de 29 de diciembre de 2010.

⁵ Bruselas, 30.6.2016, COM (2016) 411 final. Esta Propuesta estuvo precedida de una serie de estudios y acompañada de un análisis de impacto: *Vid. Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la aplicación del Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 1347/2000*, Bruselas, 15.4.2014 COM (2014) 225 final. *Study on the assessment of Regulation (EC) No. 2201/2003 and the policy options for its amendment, final report, evaluation* (<https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/463a5c10-9149-11e8-8bc1-01aa75ed71a1/language-en>); *Study on the assessment of Regulation (EC) No. 2201/2003 and the policy options for its amendment, final report, analytical annexes*, (<https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/924728ec-9148-11e8-8bc1-01aa75ed71a1/language-en>); *Study on the assessment of Regulation (EC) No 2201/2003 and the policy options for its amendment, final report, executive summary* (<https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/dabe9a09-9147-11e8-8bc1-01aa75ed71a1/language-en>). *Commission staff working document. Impact assessment accompanying the document: Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, the re-*

de mayor calado que la anterior, afectaba fundamentalmente al secuestro internacional de menores, al reconocimiento y la ejecución de resoluciones, así como a la cooperación de autoridades. En relación con las normas de competencia judicial internacional se proponían pocos cambios y vinculados, fundamentalmente, a las normas en materia de responsabilidad parental. Sin duda, las dificultades experimentadas con el requisito de la unanimidad en relación con la propuesta de reforma anterior, llevaron a que en la materia matrimonial se mantuvieran básicamente las mismas soluciones y a que el ánimo reformista fuera algo más amplio en las cuestiones de responsabilidad parental, con el fin, básicamente, de mejorar las relaciones entre el Reglamento 2201/2003 y 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*⁶ -en adelante CH 96-, así como de incorporar los pronunciamientos del TJUE en relación con aquellos preceptos que habían venido suscitando dificultades interpretativas⁷.

4. Sobre el proceso de tramitación⁸ puede señalarse que el Comité Económico y Social aprobó su Dictamen en el pleno de 26 de enero de 2017⁹. El Parlamento Europeo aprobó una primera Resolución legislativa sobre la Propuesta el 18 de enero de 2018¹⁰, que en una fase avanzada de las negociaciones y teniendo en cuenta la postura del Consejo, se vio seguida de una segunda Resolución de 14 de marzo de 2019¹¹. El Consejo adoptó el Reglamento por unanimidad en su sesión de 25 de junio de 2019¹².

5. El *Reglamento (UE) 2019/1111* comenzará a aplicarse a partir del 1 de agosto de 2022 (art. 105). Tiempo habrá por tanto para analizar en detalle las disposiciones de este nuevo Reglamento, que conformará el núcleo del Derecho internacional privado de la Unión Europea en materia de familia¹³.

cognition and enforcement of decisions in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, and on international child abduction (recast), Brussels 30.6.2016 SWD (2016) 207 final); *Commission staff working document. Executive summary of the impact assessment accompanying the document: Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, the recognition and enforcement of decisions in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, and on international child abduction (recast)*, Brussels 30.6.2016 SWD (2016) 208 final.

⁶ BOE nº 291, de 2 de diciembre de 2010.

⁷ Al respecto *vid.* B. CAMPUZANO DÍAZ, “La propuesta de reforma del Reglamento 2201/2003: ¿se introducen mejoras en la regulación de la competencia judicial internacional?”, M. GUZMÁN ZAPATER y C. ESPLUGUES MOTA (dirs.) y M. HERRANZ BALLESTEROS y M. VARGAS GÓMEZ URRUTIA (coords.), *Persona y familia en el nuevo modelo español de Derecho internacional privado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 91 y ss.

⁸ Una información muy completa sobre este proceso puede encontrarse en: https://eur-lex.europa.eu/procedure/EN/2016_190

⁹ *Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (refundición)*, DOUE C 125, de 21 de abril de 2017.

¹⁰ *Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 18 de enero de 2018, sobre la propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (refundición)* (COM(2016)0411 – C8-0322/2016 – 2016/0190(CNS)), http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2018-0017_ES.html. Esta Resolución estuvo precedida de un *Informe de 30 de noviembre de 2017 de la Comisión de Asuntos Jurídicos, Ponente T. ZWIEFKA, sobre la propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (refundición)* (COM(2016)0411 – C8-0322/2016 – 2016/0190(CNS)), http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0388_ES.html

¹¹ *Resolución legislativa del Parlamento Europeo de 14 de marzo de 2019 sobre la propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (versión refundida)* (15401/2018 – C8-0023/2019 – 2016/0190(CNS)), http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2019-0206_ES.html

¹² Los documentos sobre el proceso de negociación en el Consejo y la adopción final del Reglamento pueden consultarse a través de Internet, *vid supra* nota 8.

¹³ Si disponemos ya de numerosos trabajos relacionados con el proceso de reforma, que se han centrados en diferentes aspectos del Reglamento. *Vid.* M.C. BARUFFI, “A child-friendly area of freedom, security and justice: work in progress in international child abduction cases”, *Journal of private international law*, Vol. 14, Nº 3, 2018, pp. 385 y ss.; A. BONOMI, “La compétence internationale en matière de divorce. Quelques suggestions pour une (improbable) révision du règlement Bruxelles II bis”, *Revue critique de droit international privé*, 2017, nº 4, pp. 511 y ss.; P. BEAUMONT, L. WALKER y J. HOLLIDAY, “Parental responsibility and international child abduction in the proposed recast of the Brussels IIa Regulation and the effect of Brexit on future child abduction proceedings”, *International family law journal*, 2016, pp. 307 y ss.; J. BORG BARTHET, “Jurisdiction in matrimonial matters – Reflections for the review of the Brussels IIa Regulation”, PE 571.361, <http://www.europarl.europa.eu/>

Nosotros en las líneas que siguen nos vamos a centrar en un aspecto muy concreto, que consideramos de interés.

6. La actuación incesante de la Unión Europea en el sector del Derecho internacional privado plantea ciertas dificultades de interacción con los Convenios promovidos por otras organizaciones internacionales, y en particular, por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. La Unión Europea no pretende limitar su actuación a las relaciones jurídico-privadas que se desarrollan en el interior de este espacio de integración, sino que tiene la mira puesta más allá, como evidencia el hecho de que es miembro de pleno derecho de la Conferencia de La Haya¹⁴. Se puede decir por tanto que la unificación regional a nivel europeo se realiza sin perder de vista la pretendida unificación universal que protagoniza la Conferencia de La Haya, lo cual exige tender puentes que no siempre resultan fáciles de diseñar. Uno de los objetivos del Reglamento 2019/1111 ha sido, precisamente, mejorar las relaciones con el CH 96. Al análisis de las modificaciones que se introducen en el nuevo Reglamento para lograr tal objetivo vamos a dedicar las líneas que siguen¹⁵.

II. La participación de la Unión Europea en el CH 96

7. Como acabamos de señalar, la Unión Europea no pretende limitar su ámbito de actuación a las relaciones jurídico-privadas que se desarrollan en el interior de este espacio de integración, sino que se preocupa también de la dimensión exterior y, en consecuencia, de las iniciativas de unificación normativa para las relaciones jurídico-privadas conectadas con terceros Estados. Esta preocupación suscitó un intenso

RegData/etudes/STUD/2016/571361/IPOL_STU(2016)571361_EN.pdf; A. BORRÁS, “Grounds of jurisdiction in matrimonial matters; recasting the Brussels IIa Regulation”, *Nederlands internationaal privaatrecht*, 2015, Nº 1, pp. 2 y ss.; L. CARPANETO, “La ricerca de una (nuova) sintesi tra interesse superiore del minore in astratto e in concreto nella riforma del Regolamento Bruxelles II-bis”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, Vol. LIV, nº 4, 2018, pp. 944 y ss.; TH.M. DE BOER, “What we should not expect from a recast of the Brussels IIbis Regulation”, *Nederlands internationaal privaatrecht*, 2015, Nº 1, pp. 10 y ss.; F.J. FORCADA MIRANDA, “Revision with respect to the cross-border placement of children”, *Nederlands internationaal privaatrecht*, 2015, Nº 1, pp. 36 y ss.; M.A. GANDÍA SELLENS, “La responsabilidad parental y la sustracción de menores en la propuesta de la Comisión para modificar el RBII bis: algunos avances, retrocesos y ausencias”, *Anuario español de Derecho internacional privado*, t. XVII, 2017, pp. 799 y ss.; C. HONORATI, “La proposta di revisione del Regolamento Bruxelles II-Bis: più tutela per i minori e più efficacia nell’esecuzione delle decisioni”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, Vol. LIII, nº 2, 2017, pp. 247 y ss.; C. HONORATI, “The Commission’s proposal for a recast of Brussels IIa Regulation”, *International family law journal*, 2017, Nº 1, pp. 97 y ss.; *Recasting the Brussels IIa Regulation. Workshop 8 November 2018*, PE 571.38,

http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571383/IPOL_STU%282016%29571383_EN.pdf; T. KRUGER, “Brussels IIa recast moving forward”, *Nederlands internationaal privaatrecht*, 2017, Nº 3, pp. 462 y ss.; T. KRUGER & L. SAMYN, “Brussels II bis: successes and suggested improvements”, *Journal of private international law*, Vol. 12, Nº 1, 2016, pp. 132 y ss.; M. MELLONE, “Provisional measures and the Brussels II bis Regulation: an assessment of the status quo in view of future legislative amendments”, *Nederlands internationaal privaatrecht*, 2015, Nº 1, pp. 20 y ss.; A. QUIRÓS FONS, “Reforma del Reglamento Bruselas II bis y reconocimiento de decisiones eclesiásticas en el último Estado miembro de la UE”, *Bitacora Millenium DIPr*, nº 7, 2018; E. RODRÍGUEZ PINEAU, “La refundición del Reglamento Bruselas II bis: de nuevo sobre la función del Derecho internacional privado europeo”, *Revista española de Derecho internacional*, Vol. 69, Nº 1, 2017, pp. 139 y ss.; M^a.A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, “La reforma del Reglamento (CE) Nº 2201/2003: análisis de las soluciones propuestas en materia de reconocimiento y ejecución de resoluciones”, *Anuario español de Derecho internacional privado*, t. XVII, 2017, pp. 767 y ss.; C. RUIZ SUTIL, “Implementación del Convenio de Estambul en la refundición del Reglamento Bruselas II bis y su repercusión en la sustracción internacional de menores”, *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 10, Nº 2, 2018, pp. 615 y ss.; J.M. SCOTT, “A question of trust? Recognition and enforcement of judgments”, *Nederlands internationaal privaatrecht*, 2015, Nº 1, pp. 26 y ss.; A.S. DE SOUSA GONÇALVES, “Wrongful removal or retention of children and the Brussels IIa proposed recast”, *Anuario español de Derecho internacional privado*, t. XVIII, 2018, pp. 351 y ss.; B. UBERTAZZI, “The hearing of the child in the Brussels IIa Regulation and its recast proposal”, *Journal of private international law*, Vol. 13, Nº 3, 2017, pp. 568 y ss.; H. VAN LOON, “The Brussels IIa Regulation: towards a review?”, *Cross-Border activities in the EU-making life easier for citizens*, PE 510.003, [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/510003/IPOL_STU\(2015\)510003_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/510003/IPOL_STU(2015)510003_EN.pdf).

¹⁴ *Vid. infra* nota 8.

¹⁵ A esta cuestión hemos dedicado un estudio previo, de alcance más limitado, que se encuentra en prensa: B. CAMPUZANO DÍAZ, “La unificación del Derecho internacional privado en la Unión Europea y los convenios de la Conferencia de La Haya: una mejor coordinación en materia de responsabilidad parental, a propósito del nuevo Reglamento 2019/1111”, A. BELTRAME DE MOURA (dir.), *O direito internacional privado europeu entre a harmonização e da fragmentação*, Ematis editora, Florianópolis.

debate, del que el *Dictamen del TJCE 1/03, de 7 de febrero de 2006*, “*Competencia de la Comunidad para celebrar el nuevo Convenio de Lugano relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*”¹⁶, puede considerarse un punto de inflexión. Se discutía, en este caso, cuál debía ser el papel de las instituciones europeas y de los Estados miembros en la negociación del nuevo Convenio, concluyendo el TJCE con una interpretación extensiva de las circunstancias en que podía verse afectada la normativa europea en virtud del Convenio, que era el factor determinante para que la competencia correspondiese con carácter exclusivo a las instituciones europeas¹⁷. En este contexto, en que la Unión Europea asumía un protagonismo creciente como actor internacional, hay que situar el hecho de que se convirtiera en miembro de pleno derecho de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado¹⁸, para lo que fue necesario que esta organización modificara su Estatuto¹⁹.

8. Como el CH 96 es anterior a estos acontecimientos, en su articulado aún no se contemplaba la posibilidad de que pudieran ser parte del mismo organizaciones regionales de integración económica. Por ello, y dado que el contenido del CH 96 afectaba al Reglamento 1347/2000, después transformado en el Reglamento 2001/2003, hubo que aprobar dos decisiones autorizando a los Estados miembros a firmar y posteriormente ratificar o adherirse al CH 96 en interés de la Unión Europea. Se trató de la *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*²⁰, y de la *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*²¹.

9. En virtud de ello se puede decir que hoy día todos los Estados miembros de la Unión Europea son parte del CH 96, aunque las fechas de incorporación a este instrumento internacional han sido dispares²².

III. El marco de relaciones entre el Reglamento (UE) 2019/1111 y el CH 96

1. El Reglamento 2019/1111 y las relaciones con otros instrumentos internacionales

10. El Reglamento 2019/1111, al igual que el Reglamento 2201/2003, contiene una serie de disposiciones finales para regular sus relaciones con otros instrumentos internacionales. Se establece con carácter general, en su art. 94.1, que el Reglamento 2019/1111 sustituirá a los convenios celebrados entre dos o más Estados miembros en las materias a las que este instrumento se refiere. En el art. 95 se

¹⁶ ECLI:EU:C:2006:81.

¹⁷ Para un análisis más amplio de esta cuestión *vid.* B. CAMPUZANO DÍAZ, “La política legislativa de la UE en DIPr. de familia. Una valoración de conjunto”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 5, Nº 2, 2013, pp. 243 y ss.

¹⁸ Se solicitó formalmente la adhesión a la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado mediante Decisión de 5 de octubre de 2006 (2006/719/CE), DOUE L 297, de 26 de octubre de 2006. La adhesión se formalizó en el Consejo de Política y Asuntos Generales de la Conferencia de 3 de abril de 2007, *vid.* A. BORRÁS, “La Comunidad Europea como miembro de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado”, *Anuario español de Derecho internacional privado*, t. VI, 2006, pp. 1179 y ss.

¹⁹ 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 nº 77, de 30 de marzo de 2012.

²⁰ DOUE L 48, de 21 de febrero de 2003.

²¹ DOUE L 151, de 11 de junio de 2008.

²² Sobre las dificultades que se plantearon durante el proceso de incorporación de los Estados miembros de la Unión Europea al CH 96, *vid.* S. ARMSTRONG, “L’articulation des règlements communautaires et des conventions de La Haye”, H. FULCHIRON y C. NOURISSAT, *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, Dalloz, 2005, pp. 120-121.

mencionan determinados convenios multilaterales, entre los que figuran varios acuerdos promovidos por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, reiterándose que en las relaciones entre los Estados miembros primará el Reglamento. Se trata de la misma lista que recoge el Reglamento 2201/2003 en su art. 60, con la salvedad de que en el nuevo Reglamento se dedica un artículo específico a regular las relaciones con el *Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores*²³.

11. Concretamente, en el art. 96 del Reglamento 2019/1111 se establece que cuando un menor esté retenido o haya sido trasladado ilícitamente a un Estado miembro distinto del Estado miembro en donde el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos, seguirán aplicándose las disposiciones del Convenio de La Haya de 1980 tal y como quedan completadas con los Capítulos III y IV del presente Reglamento. Se añade, a continuación, que cuando una resolución por la que se ordene la restitución de un menor con arreglo al Convenio de La Haya de 1980 haya sido dictada en un Estado miembro y deba reconocerse y ejecutarse en otro Estado miembro tras el traslado o la retención ilícitos del menor, será de aplicación el Capítulo IV. Esta nueva disposición hay que valorarla positivamente, pues refleja más fielmente la relación de complementariedad que se establece entre el Convenio de La Haya del 80 y el Reglamento, consistente en la modificación de determinados aspectos del Convenio para su aplicación entre los Estados miembros, además del recurso complementario a sus normas sobre reconocimiento y ejecución²⁴.

12. El art. 97 del Reglamento 2019/1111 es el que se dedica a regular las relaciones con el CH 96 y es en el que vamos a centrar nuestra atención. Nos encontramos con un artículo que ha sido reformado con respecto al Reglamento 2201/2003, añadiéndosele un nuevo apartado con el fin de mejorar los problemas interpretativos que venían suscitándose con las normas de competencia judicial internacional. Este precepto se complementa con el art. 98, que establece en su apartado 1º que los Convenios mencionados en los artículos precedentes seguirán surtiendo efectos en las materias que no están reguladas por el Reglamento, refiriéndose a continuación en su apartado 2º al CH 96, para señalar que seguirá surtiendo efecto entre los Estados miembros dentro del respeto a lo dispuesto en el art. 97.

2. Determinación del ámbito de coincidencia entre el Reglamento 2019/1111 y el CH 96

13. No existe una completa identidad de contenidos entre el Reglamento 2019/1111 y el CH 96. El Reglamento 2019/2011 se ocupa del divorcio, la separación judicial y la nulidad del matrimonio, así como de las cuestiones de responsabilidad parental, con normas que regulan la competencia judicial internacional, el reconocimiento y ejecución de resoluciones, y la cooperación internacional de autoridades. No regula las cuestiones de ley aplicable, que sí se regulan en el CH 96, además de los otros aspectos mencionados. Por otra parte, el CH 96 se limita a las cuestiones de responsabilidad parental y medidas de protección de los niños, sin ocuparse de la materia matrimonial.

14. El ámbito de coincidencia entre ambos instrumentos internacionales, una vez descartada la materia matrimonial, se reduce por tanto a las cuestiones de responsabilidad parental y medidas de protección de los niños. En esta materia, el Reglamento 2019/1111 ha venido a pronunciarse expresamente sobre una cuestión que redundaba en un mayor paralelismo de soluciones con el CH 96. El Convenio delimita su ámbito de aplicación en el art. 2, refiriéndose a que se aplica a los niños hasta que alcancen

²³ BOE núm. 202, de 24 de agosto de 1987.

²⁴ Esta aclaración sobre la particular naturaleza de las relaciones entre estos dos instrumentos internacionales también se ha llevado al art. 1.3 del Reglamento 2019/1111: “3. *Los capítulos III y IV del presente Reglamento se aplican en casos de traslado o retención ilícitos de un menor que afecten a más de un Estado miembro, completando el Convenio de La Haya de 1980. El capítulo IV del presente Reglamento se aplica a resoluciones que ordenen la restitución de un menor a otro Estado miembro de conformidad con el Convenio de La Haya de 1980 que deban ser ejecutadas en un Estado miembro distinto del Estado miembro donde se dictó la resolución*”.

la edad de dieciocho años. El Reglamento 2201/2003, que prefiere usar la palabra menores, guarda silencio sobre esta cuestión, que sí aborda en el Reglamento 2019/1111, donde se señala que se entiende por menor toda persona que tenga menos de dieciocho años (art. 2.2.6)²⁵.

15. En cuanto a la lista de materias incluidas y excluidas del concepto de responsabilidad parental y de medidas de protección del menor, hemos de señalar que se hace una enumeración en ambos instrumentos muy parecida (arts. 1.2 y 1.3 del Reglamento 2019/1111 y arts. 3 y 4 CH 96)²⁶. El CH 96 también se refiere, entre las materias incluidas, a las medidas de supervisión que puedan desarrollar las autoridades públicas, del cuidado dispensado al niño por toda persona que lo tenga a su cargo (art. 3.f). Ello no supone una diferencia con el Reglamento, que también se aplica a las medidas que puedan adoptar las autoridades públicas, a pesar de referirse en su art. 1 a materias civiles, tal como el TJUE ha tenido ocasión de aclarar en diversas ocasiones²⁷. Esta jurisprudencia se ha incorporado ahora además al Preámbulo del Reglamento 2019/1111, cuando se refiere a su ámbito de aplicación en el *Considerando* 4²⁸.

16. Siguiendo con la determinación del ámbito de coincidencia entre el Reglamento 2019/1111 y el CH 9, ya hemos tenido ocasión de señalar que el Reglamento no se ocupa de las cuestiones de ley aplicable, de las que sí se ocupa el CH 96, en sus arts. 15 y ss. Serán por tanto las normas de conflicto contenidas en este Convenio a las que tendrán que acudir en todo caso las autoridades de los Estados miembros para determinar la ley aplicable, cuando resulten competentes. Esta conclusión se extrae del art. 98.1 del Reglamento, al que ya hemos tenido ocasión de referirnos, donde se establece que los acuerdos y convenios mencionados en los artículos precedentes, entre ellos el CH 96, seguirán surtiendo efectos en las materias que no estén reguladas por el Reglamento. Pero además, dado que el tenor literal de las normas de con-

²⁵ En el *Considerando* 17 se explica el sentido de esta referencia expresa a los menores de dieciocho años, poniendo de manifiesto el deseo de que exista una adecuada coordinación del Reglamento 2019/1111 con el CH 96 y otros convenios de la Conferencia de la Haya: “El presente Reglamento, al igual que 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 (en lo sucesivo, «Convenio de La Haya de 1996»), debe aplicarse a todos los menores de 18 años, incluso cuando hayan adquirido capacidad antes de esa edad en virtud de su ley personal, por ejemplo en casos de emancipación por matrimonio. Esto debe evitar toda posible superposición con el ámbito de aplicación del Convenio de La Haya de 13 de enero de 2000 sobre protección internacional de los adultos, que se aplica desde los 18 años en adelante, y al mismo tiempo, evitar lagunas entre los dos instrumentos. En el caso de los menores de hasta 16 años, debe seguir aplicándose el Convenio de La Haya de 1980 y, por lo tanto, también el capítulo III del presente Reglamento, que complementa la aplicación del Convenio de La Haya de 1980 en las relaciones entre los Estados miembros”. La aclaración que se realiza en relación con los menores emancipados debe valorarse positivamente, pues no todos los Estados miembros conocen la figura de la emancipación y ello podría dar lugar a diferencias aplicativas (al respecto *vid.* P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, “Diez años de aplicación e interpretación del Reglamento Bruselas II bis sobre crisis matrimoniales y responsabilidad parental (análisis de los aspectos de competencia judicial internacional)”, *La Ley Unión Europea*, nº 21, 2014, p. 9. Por otra parte, aunque en la Unión Europea no se ha regulado la protección internacional de adultos, sí hay varios Estados miembros que participan en el mencionado Convenio de La Haya de 13 de enero de 2000 y era conveniente aclarar las relaciones con este Instrumento.

²⁶ Tal como se ha puesto de manifiesto, tanto en relación con la lista de materias incluidas por el Reglamento 2201/2003 (ahora Reglamento 2019/1111) dentro del concepto de responsabilidad parental, como en relación con la lista de materias excluidas, se observa una clara influencia de los arts. 3 y 4 CH 96, W. PINTENS, “Article 1: Scope”, U. MAGNUS y P. MANKOWSKI (eds.), *European Commentaries on Private International Law, Volume IV Brussels II bis Regulation*, Otto Schmidt, Colonia, 2017, p. 79. Alguna de las diferencias observables entre el Reglamento 2019/1111 y el CH 96 obedece al mayor ámbito de aplicación geográfico de este último, como es la referencia que se hace en su art. 3.e) al cuidado del niño mediante *kafala*.

²⁷ Sentencia del TJCE de 27 de noviembre de 2007, C, As. 435/06, ECLI:EU:C:2007:714; Sentencia del TJCE 2 de abril de 2009, A, As. 523/07, ECLI:EU:C:2009:225; Sentencia del TJUE de 26 de abril de 2012, Health Service Executive, As. 92/12, ECLI:EU:C:2012:255. Al respecto *vid.* K. BOELE-WOELKI y M. JANTERA JÄREBORG, “Protecting children against detrimental family environments under the 1996 Hague Convention and the Brussels II bis Regulation”, K. BOELE-WOELKI, T. EINHORN, D. GIRSBERGER, S. SYMEONIDES (eds.), *Convergence and divergence in private international law. Liber amicorum K. Siehr, Schulthess*, Zúrich, 2010, p. 140.

²⁸ “La noción de «materia civil» debe interpretarse de forma autónoma, de conformidad con la jurisprudencia consolidada del Tribunal de Justicia. Debe ser considerada un concepto independiente que se ha de interpretar remitiéndose, en primer lugar, a los objetivos y al régimen del presente Reglamento y, en segundo lugar, a los principios generales que se deducen del conjunto de los sistemas jurídicos nacionales. Por consiguiente, el concepto de «materia civil» debe interpretarse en el sentido de que también puede abarcar medidas que, desde el punto de vista del sistema jurídico de un Estado miembro, pueden estar sometidas al Derecho público. Debe abarcar en particular todas las demandas, medidas o resoluciones en materia de «responsabilidad parental» en el sentido del presente Reglamento, de conformidad con sus objetivos”.

flicto contenidas en el CH 96 no estaba bien adaptado a la relación que se establece con el Reglamento, concretamente el art. 15 CH 96, se ha querido evitar cualquier duda al respecto, con un considerando explicativo en el Preámbulo del Reglamento 2019/1111. Concretamente, en el *Considerando 92* se señala que la legislación aplicable en materia de responsabilidad parental debe determinarse de conformidad con las disposiciones del Capítulo III del Convenio de La Haya de 1996, y que al aplicarse este Convenio en un procedimiento ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro en el que se aplique el presente Reglamento, la referencia que se hace en el art. 15.1 CH 96 a las disposiciones de su Capítulo II –que se refiere a las normas de competencia–, se entenderá hecha a las disposiciones del Reglamento²⁹.

17. La realidad es que el carácter *erga omnes* de las normas de conflicto habría hecho imposible una convivencia de dos instrumentos internacionales referidos a la misma materia. El CH 96 posibilita la unificación conflictual entre los Estados miembros, necesaria para la consecución del principio de reconocimiento mutuo, con la ventaja añadida de que se trata de una unificación conflictual que va más allá del ámbito europeo, dado que no son pocos los terceros Estados que han decidido participar en este instrumento internacional³⁰.

3. Análisis de la preferencia aplicativa del Reglamento 2019/1111 sobre el CH 96

18. El art. 97.1 del Reglamento 2019/1111 dispone básicamente lo mismo que el Reglamento 2201/2003 en su art. 61: “*En las relaciones con el Convenio de La Haya de 1996, el presente Reglamento se aplicará: a) a reserva de lo dispuesto en el apartado 2 del presente artículo, cuando el menor tenga su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro; b) en lo que respecta al reconocimiento y ejecución en el territorio de un Estado miembro de una decisión dictada por un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro, aun cuando el menor afectado tenga su residencia habitual en un Estado que sea parte contratante del citado Convenio y en el que no se aplique el presente Reglamento*”.

19. Para que pudiera incluirse este precepto en el Reglamento se contó con la colaboración de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado. El CH 96 es anterior en el tiempo al primer Reglamento que la Unión Europea dedicó a las cuestiones de responsabilidad parental (el Reglamento 1347/2000, después sustituido por el Reglamento 2201/2003, y ahora por el Reglamento 2019/1111), pero ya durante su proceso de negociación se sabía que los países de la Unión Europea tenían intención de aprobar una normativa de carácter regional³¹. En consecuencia, se decidió incorporar al CH 96 un precepto que permitiera a los Estados miembros de la Unión Europea participar en este instrumento internacional, sin comprometer una futura regulación entre ellos. Concretamente, el art. 52.2 CH 96 dispone 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*. La incorpora-

²⁹ En la Propuesta inicialmente presentada por la Comisión (*vid. supra* nota 5) esta precisión se incorporaba en el artículo del Reglamento que regulaba las relaciones con el CH 96 (art. 75 de la Propuesta, ahora art. 97 del Reglamento 2019/1111), que estimamos que era el lugar más apropiado. Algunos autores iban más allá, sugiriendo incluso que podía haberse incorporado en el articulado del Reglamento una sección sobre derecho aplicable, con una referencia expresa al CH 96, de forma similar a como se hace en otros Reglamentos, H. VAN LOON, “The Brussels IIa Regulation: towards a review?” *op. cit.*, p. 200; L. CARPANETO, “La ricerca de una (nuova) sintesi tra interesse superiore del minore in astratto e in concreto nella riforma del Regolamento Bruxelles II-bis”, *op. cit.*, p. 954. Esta posibilidad no era en nuestra opinión la más adecuada, dado que el Reglamento 2019/1111 también se ocupa de las crisis matrimoniales y en relación con esta materia no habría sido posible incorporar la misma referencia, considerando que se regula en el Reglamento 1259/2010, que sólo se aplica en algunos Estados miembros por haberse adoptado a través de cooperación reforzada.

³⁰ La lista de Estados parte del CH 96 se eleva a 52. Se puede consultar en www.hcch.net.

³¹ E. GALLANT, *Responsabilité parentale et protection des enfants en droit international privé*, Paris, Defrénois, 2004, p. 87. No debe olvidarse que con anterioridad al primer Reglamento dedicado a esta materia ya se había negociado un Convenio con arreglo al artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial, aprobado por el Consejo el 28 de mayo de 1998, que afectaba a las cuestiones de responsabilidad parental.

ción de esta “cláusula de desconexión *negociada*” al CH 96 no fue precisamente pacífica³², y de hecho, las dificultades que entonces se plantearon con su redacción sirvieron para anticipar los problemas de interacción que podían surgir con la normativa europea, como efectivamente después sucedió.

20. En el sector de la competencia judicial internacional, el art. 97.1.a) del Reglamento 2019/1111 determina, a reserva de lo dispuesto en el aptdo. 2º, que la norma europea será de aplicación preferente cuando el menor tenga su residencia habitual en un Estado miembro. Tal como se deduce, por otra parte, de lo dispuesto en el art. 52.2 CH 96, se aplicarán las normas de este Convenio cuando el niño tenga su residencia habitual en un Estado parte del mismo, en el que no se aplique el Reglamento. En definitiva, que las autoridades de los Estados miembros de la Unión Europea, que son a fin de cuentas las que podrían aplicar las normas de competencia judicial internacional de ambos instrumentos internacionales, tendrán que recurrir a las normas del Reglamento 2019/1111 en el primer supuesto y a las del CH 96 en el segundo.

21. Esta solución, que ya se recogía en el art. 61 del Reglamento 2201/2003, es en apariencia sencilla. No obstante, en la práctica se ha demostrado que plantea problemas interpretativos, además de que no viene a dar una respuesta adecuada en relación con todas las normas reguladoras de la competencia judicial internacional. La reforma introducida por el Reglamento 2019/1111, con la incorporación del mencionado aptdo. 2º del art. 97, va encaminada a solventar las carencias previamente detectadas. Sobre esta cuestión volveremos en el siguiente epígrafe.

22. En el sector del reconocimiento y ejecución de resoluciones, las relaciones entre la normativa europea y el CH 96 han resultado más simples, dado el carácter *inter partes* con que se aplican estas disposiciones. Este carácter *inter partes* justifica además la doble normativa, pues puede establecerse, como efectivamente se ha hecho, un régimen privilegiado de eficacia extraterritorial entre los Estados miembros de la Unión Europea. El tenor literal del art. 52.2 CH 96, que alude, como se ha visto, al lugar de residencia habitual del niño a efectos de determinar la preferencia aplicativa de un instrumento internacional u otro, no era sin embargo claro en relación con este propósito. La letra de art. 61.b) del Reglamento 2201/2003, ahora art. 97.1.b) del Reglamento 2019/1111, sí lo es, pues se refiere, en lo que respecta al reconocimiento y ejecución, a que se trate de una decisión dictada por un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro, aun cuando el menor afectado tenga su residencia habitual en un Estado que sea parte contratante del Convenio y en el que no se aplique el Reglamento.

23. Para evitar cualquier duda al respecto, y preservar la aplicación preferente de las normas sobre reconocimiento y ejecución del Reglamento frente al CH 96, independientemente del lugar de residencia habitual del menor, los Estados miembros de la Unión Europea realizaron una declaración en el momento de vincularse por el CH 96, en el siguiente sentido: “*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*”³³. Se trató de una declaración acorde con el espíritu de los Convenios de la Conferencia de La Haya de no interferir en las relaciones que puedan establecer dos Estados parte, o en este caso un grupo de Estados parte, para me-

³² Al respecto *vid.* P. LAGARDE, *Informe explicativo relativo al 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*, Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, <https://assets.hech.net/docs/aa132b31-385d-4a66-b8d9-2d362053ed75.pdf>, pp. 71-72; 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, pp. 194 y ss.

³³ 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 (*Vid. supra* epígrafe II).

jorar entre ellos los mecanismos de funcionamiento del convenio internacional, siempre que no afecte a las relaciones con otros Estados parte del mismo.

24. En relación con las normas sobre cooperación de autoridades nada se ha previsto expresamente en los artículos que venimos analizando. No obstante, la aplicación con carácter *inter partes* de esta normativa, referida a la cooperación o ayuda que se prestan las autoridades de los Estados en beneficio del interés superior del menor, debe llevarnos a la misma conclusión ya vista que a propósito de la eficacia extraterritorial de resoluciones. Se puede decir que en el sector de la cooperación de autoridades la unificación con un pretendido carácter universal se articula bien con la de carácter regional, pues permite profundizar en el nivel de cooperación que pueden desarrollar Estados más próximos³⁴.

IV. Las relaciones entre el Reglamento 2019/1111 y el CH 96 en el sector de la competencia judicial internacional

1. La aplicación del Reglamento 2019/1111 o del CH 96 en función del lugar de residencia habitual del menor. Consecuencias

25. Como hemos visto, el lugar de residencia habitual del menor se convierte en un elemento fundamental de cara a la correcta articulación de estos dos instrumentos internacionales en el sector de la competencia judicial internacional, ya que si se encuentra en un Estado miembro de la Unión Europea se aplicarán las normas del Reglamento 2019/1111, con las salvedades que en el propio art. 97.2 se establecen, y si se encuentra en el territorio de un Estado parte del CH 96, que no es miembro de la Unión Europea, se aplicarán las normas del Convenio. Obviamente, y tal como ya sabemos, serán sólo los órganos jurisdiccionales y autoridades de los Estados miembros de la Unión Europea los que tendrán que plantearse esta disyuntiva, dado que son estos Estados los que participan en ambos instrumentos³⁵.

26. La opción por las normas de competencia judicial internacional del Reglamento 2019/1111 o del CH 96 tiene realmente una trascendencia limitada. Vamos a comparar las normas de competencia judicial internacional de estos dos instrumentos internacionales, siguiendo el orden en que aparecen en el Reglamento 2019/1111, para comprobar que en realidad son muy similares³⁶. En esta comparación haremos algunas referencias a cuándo deben aplicarse unas u otras, sin perjuicio de que sigamos profundizando sobre esta cuestión en los siguientes epígrafes.

27. En el art. 7 del Reglamento 2019/1111 y en el art. 5 del CH 96 se recoge la misma regla general de competencia judicial internacional, que atiende al lugar de residencia habitual del menor. Las tribunales y autoridades de los Estados miembros, cuando se declaren competentes en base a la residencia habitual del menor, tendrán que hacerlo aplicando el art. 7 del Reglamento, pues es la residencia en un Estado miembro, como sabemos, lo que determina la preferencia aplicativa del Reglamento. En ambos Instrumentos se regula de forma diferente no obstante la incidencia que puede tener el cambio de residencia habitual del menor durante el procedimiento, lo que puede plantear algunos problemas de articulación, tal como veremos después.

³⁴ De hecho, el art. 39 CH 96 se refiere expresamente a la posibilidad de concluir acuerdos entre Estados contratantes, para mejorar la aplicación del Capítulo V “Cooperación” en sus relaciones recíprocas.

³⁵ En el marco del Reglamento 2019/1111 se utiliza el término órgano jurisdiccional en sentido amplio, para referirse a cualquier autoridad de cualquier Estado miembro con competencia en las materias que entran en el ámbito de aplicación del Reglamento (art. 2.2.1). El CH 96 prefiere usar la noción de autoridades, que también debe entenderse en sentido amplio, para comprender autoridades judiciales o administrativas (art. 5).

³⁶ De hecho, fue bastante cuestionada la conveniencia de que a nivel europeo se regulase la competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental, pues se contaba ya con las normas del CH 96. Al respecto, *vid.* TH.M DE BOER, “Jurisdiction and enforcement in international family law: a labyrinth of European and international legislation”, *Netherlands international law review*, Vol. 49, Nº 3, 2002, pp. 335 y ss.

28. En el art. 8 del Reglamento 2019/1111 se contempla un foro especial para la modificación de una previa resolución sobre derecho de visita, cuando haya un traslado de residencia habitual del menor dentro de la legalidad entre Estados miembros. Este precepto no tiene equivalente en el CH 96, por lo que en los cambios de residencia habitual del menor entre Estados miembros y Estados parte exclusivamente de este Convenio, el titular del derecho de visita no dispondrá de esta posibilidad.

29. El art. 9 del Reglamento 2019/1111 se ocupa de la competencia judicial internacional en caso de traslado o retención ilícita de un menor entre Estados miembros, tratando de limitar la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la nueva residencia habitual, para desincentivar la sustracción internacional de menores. Se trata de una norma sustancialmente equivalente a la prevista en el art. 7 CH 96, que sería la aplicable en las relaciones con Estados parte exclusivamente de este Convenio.

30. El art. 10 del Reglamento 2019/1111 permite la elección de tribunal competente. El art. 10 CH 96 también lo permite, pero de forma más limitada, pues se prevé únicamente para que conozcan de la cuestión de responsabilidad parental los mismos tribunales que conocen del divorcio, la separación o anulación del matrimonio de los padres. Se aplicará el primer precepto cuando el menor reside en un Estado miembro y la elección se produce en favor de los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro, y las condiciones más restrictivas del segundo cuando el niño reside en un Estado parte del CH 96 y la elección se produce en favor de los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro o a la inversa. Sobre estos preceptos volveremos más adelante³⁷.

31. Los arts. 11 del Reglamento 2019/1111 y 6 del CH 96 se refieren a la competencia basada en la presencia del menor cuando no pueda determinarse su residencia habitual, señalando que también se aplicarán a los menores refugiados y desplazados internacionalmente. Se trata de dos preceptos muy similares, con alguna variación en cuanto a la posibilidad de elección de tribunal, sobre la que ya hemos dicho que en el Reglamento 2019/1111 se permite en términos más amplios. La aplicación de uno u otro en el caso de los menores refugiados y desplazados dependerá de dónde tenían con anterioridad su residencia habitual, como tendremos oportunidad de reflejar seguidamente.

32. Los arts. 12 y 13 del Reglamento 2019/1111 se refieren a la remisión a un órgano jurisdiccional mejor situado para conocer del fondo del asunto, al igual que los arts. 8 y 9 CH 96. La norma europea ofrece algunas precisiones adicionales con respecto al CH 96, sobre cuándo puede considerarse que el órgano jurisdiccional de otro Estado miembro está efectivamente mejor situado para conocer del asunto. Pues bien, la aplicación de unos preceptos u otros dependerá de si se activa este mecanismo de remisión entre Estados miembros o entre un Estado miembro y un Estado parte exclusivamente del CH 96, tal como veremos en un epígrafe posterior³⁸.

33. Por otra parte, el CH 96 presenta, como peculiaridad, el hecho de que permite en su art. 55 que cualquier Estado pueda reservarse, conforme al art. 60, la competencia de sus autoridades para adoptar medidas de protección de los bienes de un niño situados en su territorio. España lo ha hecho. El art. 55 podrá aplicarse cuando el niño tenga su residencia habitual en un Estado parte exclusivamente del CH 96. Cuando el niño resida en un Estado miembro no será posible, dado que prima el Reglamento 2019/1111, que no lo permite³⁹.

³⁷ *Vid.* infra epígrafe IV.3.A)

³⁸ *Vid.* infra epígrafe IV.3.B)

³⁹ Entre las peculiaridades que presentan estos Instrumentos internacionales habría que mencionar también el art. 16 del Reglamento 2019/1111. Se trata de un nuevo precepto que permite, por una parte, que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro conozca con carácter incidental de una cuestión de responsabilidad parental, a pesar de carecer de competencia con arreglo al Reglamento; y por otra, que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro pueda decidir sobre la validez de un acto jurídico que vaya a realizarse en nombre del menor en un procedimiento sucesorio, a pesar también de carecer de competencia con arreglo al Reglamento. Esta norma entendemos que no podría aplicarse cuando el niño resida en un Estado parte exclusivamente del CH 96, dado que este Convenio no contiene una norma similar. En ambos instrumentos internacionales sí se regula la competencia para adoptar medidas provisionales, incluidas las cautelares, en caso de urgencia, de forma similar, atendiendo a la presencia del menor o de sus bienes (art. 15 del Reglamento 2019/1111 y arts. 11-12 CH 96).

34. Un aspecto que venía suscitando dudas y que en el Reglamento 2019/1111 no se ha resuelto claramente, en nuestra opinión, es el relativo a qué normas de competencia judicial internacional deben aplicar los Estados miembros cuando el menor reside en un tercer Estado, que no es parte del CH 96⁴⁰. Se trata de un problema de entidad limitada, por lo siguiente: son pocas las normas de competencia judicial internacional de estos instrumentos susceptibles de aplicarse en tales situaciones; y las que lo son, pueden conducir a un mismo resultado.

35. Entre esas normas se encuentran las relativas a menores refugiados y desplazados internacionalmente, de los arts. 11 del Reglamento 2019/1111 y 6 CH 96. En este caso vemos que sí se ha introducido una aclaración en el *Considerando 25* del Preámbulo del Reglamento, en la que se justifica la aplicación preferente de las normas de competencia judicial internacional del CH 96, tratándose de menores desplazados desde terceros Estados, con una referencia al art. 52.2 del CH 96, al que ya anteriormente hemos tenido oportunidad de referirnos. En cualquier caso, tanto el Reglamento 2019/1111 como el CH 96 ofrecen la misma solución, al referirse a los órganos jurisdiccionales y autoridades del lugar donde está el menor.

36. Entre las normas susceptibles de aplicarse con respecto a menores residentes en terceros Estados se encontraría también el art. 10 del Reglamento 2019/1111 sobre acuerdos de elección de foro. El art. 12.4 del Reglamento 2201/2003 se refiere a la posibilidad de acudir a los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro cuando el menor tenga su residencia habitual en un tercer Estado, que no sea parte del CH 96. Pero este apartado se ha suprimido del art. 10 del nuevo Reglamento, sin que en los documentos de trabajo que se han publicado sobre su proceso de negociación hayamos encontrado alguna explicación al respecto. En este caso, que la aplicación preferente del CH 96 pudiera ser un obstáculo para acudir a los órganos jurisdiccionales de un Estados miembro en base al art. 10 del Reglamento 2019/1111, cuando la realidad es que el CH 96 ni siquiera contempla la posibilidad que estamos analizando - en su art. 10 regula estos acuerdos, refiriéndose únicamente a niños con residencia habitual en un Estado contratante-, pensamos que no tendría mucho sentido. Hay que tener presente el carácter general del Reglamento 2219/1111, que sólo reconoce un papel residual a las normas nacionales de competencia judicial internacional (art. 14), y que en este caso no se estaría perjudicando la competencia de los órganos jurisdiccionales de un Estado parte del CH 96.

2. El foro de la residencia habitual del menor y su relación con la aplicación del Reglamento 2019/1111 o del CH 96

37. Como hemos tenido oportunidad de señalar, en el art. 7 del Reglamento 2019/1111 y en el art. 5 del CH 96 se recoge la misma regla general de competencia judicial internacional, que atiende al lugar de residencia habitual del menor. No obstante, como también decíamos con anterioridad, en ambos preceptos se regula de forma diferente la incidencia que puede tener el cambio de residencia habitual del menor durante el procedimiento. El art. 7.1 del Reglamento 2019/1111 dispone que los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro serán competentes en materia de responsabilidad parental respecto de un menor que resida habitualmente en dicho Estado miembro, en el momento en que se acuda al órgano jurisdiccional. El art. 5 CH 96 dispone igualmente, en su aptdo. 1º, que las autoridades del Estado contratante de la residencia habitual del niño serán competentes para adoptar las medidas para la protección de su persona o de sus bienes, pero añade a continuación, en su aptdo. 2º, que en caso de cambio de la residencia habitual del niño a otro Estado contratante serán competentes las autoridades del Estado de la nueva residencia habitual menor.

⁴⁰ Al respecto *vid.* A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, Vol. II, 18ª ed., Comares, Granada, 2018, pp. 431-432; J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, 10ª ed., Civitas, Thomson Reuters, 2018, pp. 395-396; P. MCELEAVY, "The 1996 Hague Convention and the European Union: connection and disconnection", *A commitment to private international law. Essays in honour of H. Van Loon*, Intersentia, Cambridge – Antwerp – Portland, 2013, p. 375.

38. Esta particularidad que presenta el CH 96 afecta a la articulación entre instrumentos internacionales. Como se señaló durante el proceso de revisión del Reglamento 2201/2003, se estaban planteando problemas en relación con niños que trasladaban su residencia habitual desde un Estado miembro de la Unión Europea a un Estado parte exclusivamente en el CH 96 (ej. de Alemania a Suiza), pues con arreglo al Reglamento no se contempla que los tribunales ante los que ya se ha iniciado el procedimiento pierdan su competencia en favor de los del lugar de la nueva residencia habitual, en virtud del principio de la *perpetuatio fori*. Con arreglo al CH 96 y a su art. 5 pasan a ser competentes, como se ha visto, los tribunales del lugar de nueva residencia habitual⁴¹. Tengamos presente, para evidenciar el problema a nivel de articulación de instrumentos internacionales que se plantea, que este traslado determinaría que pasaran a aplicarse las normas de competencia judicial internacional del CH 96.

39. En respuesta al problema detectado durante los trabajos de revisión del Reglamento 2201/2003, hemos de señalar que en la Propuesta inicial presentada por la Comisión se incorporó una reforma del foro general de competencia⁴², para alinearlo con el CH 96. El art. 7 de la Propuesta decía que cuando un menor cambiase legalmente de residencia de un Estado miembro a otro y adquiriese una nueva residencia habitual en este último, serían competentes las autoridades del Estado miembro de la nueva residencia habitual. Ciertamente es que en la Propuesta de la Comisión se contemplaba únicamente el traslado de residencia entre Estados miembros, pero se trataba de una modificación que venía a poner fin al principio de la *perpetuatio fori*, favoreciendo una mejor articulación con el CH 96.

40. En la Primera Resolución del Parlamento Europeo se introdujeron algunas limitaciones. En principio se mantenía el criterio del cambio en la competencia judicial internacional, a menos que las partes acordasen que seguirían siendo competentes las autoridades del Estado miembro en el que el menor residía habitualmente hasta entonces⁴³. Además se proponía un nuevo apartado (art. 7.1.bis) para referirse específicamente a las causas pendientes en materia de derechos de custodia y visita, señalando que seguirían siendo competentes las autoridades del Estado miembro de origen hasta la conclusión del proceso, a menos que las partes acordasen que se debía poner fin al mismo. En la justificación de este nuevo apartado se decía que se trataba de evitar con ello que se organizara el traslado de un niño con el fin de escapar a una decisión desfavorable⁴⁴. No obstante, en el documento del Consejo relativo a la orientación general sobre la Propuesta de Reglamento, se decidió abandonar este cambio, con una redacción que volvía al originario precepto del Reglamento 2201/2003⁴⁵. Y esta última versión, con algún retoque de redacción, es la que se ha mantenido en el Reglamento 2019/1111.

41. Esta opción final nos debe llevar a reflexionar sobre el concepto de residencia habitual y las dificultades que se han planteado en su determinación, porque quizás puedan ser la causa. Tradicionalmente, el concepto de residencia habitual no se ha definido en los instrumentos internacionales para preservar su carácter fáctico⁴⁶. Se trata con ello de escapar de definiciones legales, que podrían variar de

⁴¹ Study on the assessment of Regulation (EC) Núm. 2201/2003 and the policy options for its amendment, final report, evaluation, op. cit., p. 15; H. VAN LOON, “The Brussels IIa Regulation: towards a review?”, op. cit., p. 192; TH.M. DE BOER, “What we should not expect from a recast of the Brussels IIbis Regulation”, op. cit., p. 16.

⁴² Vid. supra nota 5.

⁴³ Esta posibilidad ya se contemplaba en la Propuesta de la Comisión, pero en el Preámbulo del Reglamento (*Considerando 15*).

⁴⁴ Vid. supra nota 10.

⁴⁵ Bruselas, 30 de noviembre de 2018, 14784/18, JUSTCIV 292, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_14784_2018_INIT&from=EN

⁴⁶ El Reglamento (CE) n° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), en su art. 19, y el Reglamento (CE) n° 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II), en su art. 23, si entran a concretar el lugar de residencia habitual, pero debido, al menos así lo entendemos, a que se está usando el concepto de residencia habitual en un contexto en que los actores principales van a ser personas jurídicas o personas físicas que actúan en su calidad de comerciantes. El Reglamento (UE) n° 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo, no define el concepto en su articulado, pero sí ofrece directrices en su Preámbulo para concretarlo (*Considerandos 23 y 24*).

un ordenamiento jurídico a otro, con las dificultades que ello plantearía. En circunstancias normales, la falta de definición del concepto de residencia habitual no tiene por qué plantear grandes problemas. Sin embargo, la práctica ya se ha encargado de demostrarnos que se dan situaciones en las que surgen dudas, y de hecho, el TJUE ha tenido que pronunciarse en diversas ocasiones sobre el concepto de residencia habitual en el marco del Reglamento 2201/2003⁴⁷.

42. En la Sentencia del TJCE de 2 de abril de 2009, A, as. 523/07⁴⁸, se sentaron las notas configuradoras del concepto de residencia habitual. Concretamente, el TJCE señaló que la mera presencia física del menor en un Estado miembro no bastaba para determinar su residencia habitual (p. 33), pues además debían tenerse en cuenta otros factores que indicasen una cierta integración en un entorno familiar y social (p. 38). En la Sentencia del TJUE de 22 de diciembre de 2010, Barbara Mercredi y Richard Chaffe, as. 497/10 PPU⁴⁹, se planteó como peculiaridad, frente a la anterior, que era necesario determinar la residencia habitual de un menor lactante, para lo que el TJUE precisó que los indicios o factores de integración debían concretarse atendiendo a las circunstancias de la madre, que era quien tenía el menor a su cargo (p. 56). La Sentencia del TJUE de 9 de octubre de 2014, C y M, as. 376/14 PPU,⁵⁰ se enfrentó a la peculiaridad de tener que determinar el lugar de residencia habitual en el marco de un proceso que aún no había terminado, pues se había trasladado al menor a otro Estado miembro en virtud de una resolución judicial, que era ejecutiva con carácter provisional, y que fue posteriormente revocada. En la Sentencia del TJUE de 15 de febrero de 2017, W, V y X, as. 499/15⁵¹ se planteó, a diferencia de la anterior, dónde estaba el lugar de residencia habitual del menor a efectos de modificar las medidas que ya habían sido adoptadas en otro proceso, que había concluido. Más recientemente, las dudas han derivado hacia la relevancia que debe concederse a la intención de los progenitores para determinar el lugar de residencia habitual de menores. En este sentido pueden citarse las Sentencia del TJUE de 8 de junio de 2017, OL y PQ, as. 111/17 PPU⁵²; de 28 de junio de 2018, HR, as. 512/17⁵³; y de 17 de octubre de 2018, UD y XB, as. 393/18 PPU⁵⁴.

43. En este contexto, la modificación que se proponía para el foro general de competencia judicial internacional, en el sentido de abandonar el principio de la *perpetuatio fori*, podría haber supuesto un factor de inseguridad jurídica adicional⁵⁵. Se da además la circunstancia de que en el Reglamento 2201/2003, al igual que ahora en el Reglamento 2019/1111, ya se dispone de un mecanismo flexibilizador, que permitiría dar respuesta a los inconvenientes asociados al principio de la *perpetuatio fori*⁵⁶.

⁴⁷ En este contexto de dificultades es lógico que haya propuestas para tratar de concretar el concepto de residencia habitual, Vid. L.A. PÉREZ MARÍN, “Propuesta de un concepto europeo de residencia habitual en derecho de familia internacional”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XVIII, 2018, pp. 469 y ss.

⁴⁸ ECLI:EU:C:2009:225, nota de E. RODRÍGUEZ PINEAU, *Revista española de Derecho internacional*, Vol. LXI, n° 1, 2009, pp. 197 y ss.

⁴⁹ ECLI:EU:C:2010:829, nota de S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. LXII, n° 2, 2010, pp. 251 y ss.

⁵⁰ ECLI:EU:C:2014:2268.

⁵¹ ECLI:EU:C:2017:118. Sobre esta sentencia vid. S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Competencia judicial internacional para la modificación de sentencia en materia de responsabilidad parental y de obligaciones alimenticias. Sentencia de 15 de febrero de 2017, asunto C-499/15: W y V”, *La Ley Unión Europea*, N° 47, 2017, pp. 1 y ss.

⁵² ECLI:EU:C:2017:436.

⁵³ ECLI:EU:C:2018:513.

⁵⁴ ECLI:EU:C:2018:835. Sobre esta sentencia vid. L.A. PÉREZ MARTÍN, “Residencia habitual de los menores y vulneración de derechos fundamentales. Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de octubre de 2018, asunto C-393/18, PPU”, *La Ley Unión Europea*, n° 66, 2019; B. CAMPUZANO DÍAZ, “Una nueva Sentencia del TJUE sobre el concepto de residencia habitual en el marco del Reglamento 2201/2003: Sentencia de 17 de octubre de 2018, UD y XB, As. 393/18 PPU”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 11, N° 2, 2019, pp. 451 y ss.

⁵⁵ Ciertamente es que contamos ya, como se ha visto, con una abundante jurisprudencia del TJUE sobre el concepto de residencia habitual, donde se ofrece una serie de factores de los que deducir el lugar de residencia habitual del menor. Pero tal como se ha puesto de manifiesto, dichos factores se prestan a ser aplicados de forma diferentes por los Estados miembros. Vid. T. KRUGER, “Chapter 2. Finding a habitual residence”, I. VIARENGO y F.C. VILLATA (eds.), *Planning the future of cross-border families: a path through coordination. Final study*, pp. 79 y ss, consultado en: EUFam’s Project, <http://www.eufams.unimi.it/project/>.

⁵⁶ Los inconvenientes se vinculan con el hecho de que la *perpetuatio fori* puede llevar al conocimiento del asunto por un tribunal que presenta ya una escasa conexión con el menor, que concluirá con una resolución que puede plantear problemas

Concretamente, en el art. 15 del Reglamento 2201/2003, ahora art. 12 del Reglamento 2019/1111, se prevé que el órgano jurisdiccional de un Estado miembro competente para conocer del fondo del asunto, pueda remitirlo al órgano jurisdiccional de otro Estado miembro si considera que tiene una estrecha vinculación con el asunto y puede valorar mejor el interés superior del menor. Entre las circunstancias en que se presume dicha vinculación se menciona que ese otro Estado miembro se haya convertido en el de la residencia habitual del menor después de la presentación de la demanda.

44. La opción por la seguridad jurídica en la aplicación del foro general del art. 7 del Reglamento 2019/1111, flexibilizada en la forma en que acabamos de señalar⁵⁷, deja no obstante sin resolver el problema de articulación con el CH 96, que se había puesto de manifiesto durante los trabajos preparatorios del Reglamento. En este problema puede influir además el modo de interpretar el concepto de residencia habitual en los Estados parte exclusivamente del CH 96, ya que sus autoridades no están vinculadas por la jurisprudencia del TJUE y pueden dar mayor importancia a otros criterios, como por ejemplo, la referida intención de los progenitores⁵⁸. Se puede decir por tanto que entre la opción por mantener la solución que ya se recogía en el Reglamento 2001/2003 u optar por una mejor articulación con el CH 96, la Unión Europea se ha inclinado por lo primero. El art. 13 del CH 96 recoge una regla para evitar la dualidad de procedimientos, que podría servir para dar respuesta al problema que aquí se plantea, pero presenta como inconveniente el hecho de que se aplica sobre la base de que los tribunales de los dos Estados contratantes ante los que está pendiente el asunto son competentes con arreglo al Convenio, y el tribunal de la Unión Europea ya no lo sería⁵⁹. Un reparo similar se podría hacer al mecanismo de transferencia de la competencia previsto en los arts. 8 y 9 CH 96, si bien una interpretación de estos preceptos que tuviera en cuenta la conveniencia de una buena articulación entre instrumentos internacionales, podría servir para generar un marco de colaboración y ofrecer así una respuesta adecuada al interés superior del menor⁶⁰.

de reconocimiento en el país donde ya se encuentra el menor. *Vid. Vid. Study on the assessment of Regulation (EC) Num. 2201/2003 and the policy options for its amendment, final report, analytical annexes, op. cit., pp. 29-30; TH.M. DE BOER, "What we should not expect from a recast of the Brussels IIbis Regulation", op. cit., pp. 15-17.*

⁵⁷ A ello se refiere el Considerando 21 del Reglamento 2019/1111: "*Cuando no haya aún procedimientos en curso en materia de responsabilidad parental y la residencia habitual del menor cambie a raíz de un traslado lícito del menor, la competencia debe seguirle con el fin de mantener la proximidad. Para los procedimientos que ya estén en curso, la seguridad jurídica y la eficiencia de la justicia justifican el mantenimiento de la competencia hasta que los procedimientos hayan desembocado en una resolución definitiva o hayan concluido de otra forma. El órgano jurisdiccional en el que se esté sustanciando el procedimiento debe, no obstante, estar facultado en determinadas circunstancias para transferir la competencia al Estado miembro en el que el menor esté viviendo a raíz de un traslado lícito*".

⁵⁸ En este sentido podemos señalar que el concepto de residencia habitual ha sido ampliamente analizado a propósito del *Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores*, donde, al igual que en el marco del Reglamento 2201/2003, juega un papel fundamental a efectos de determinar que se ha producido un traslado o retención ilícitos entre Estados parte. Pues bien, se observan varias posturas en la jurisprudencia de los distintos Estados parte a la hora de precisar el lugar de residencia habitual del menor, sin que todas ellas sean coincidentes con la jurisprudencia del TJUE: una primera, que atiende al menor y a su centro de vida, considerando aspectos de carácter fáctico; una segunda, que atiende a la intención de los progenitores que cuidan del menor, considerando que son los que tienen derecho a decidir su lugar de residencia; y una tercera, denominada híbrida, que combina los dos anteriores, de forma que mantiene el énfasis en las circunstancias fácticas del menor, pero considerando también las intenciones de los progenitores. Al respecto *vid. M^a.C. CHELIZ INGLÉS, La sustracción internacional de menores y la mediación. Retos y vías prácticas de solución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 46 y ss. En relación con la influencia que puede ejercer en el CH 96, la interpretación que del concepto de residencia habitual se hace en relación con el secuestro internacional de menores, se ha subrayado la necesidad de tener en cuenta los distintos objetos de estos Convenios, *vid. Manual práctico sobre funcionamiento del Convenio de La Haya de 1996 sobre protección de niños*, publicado por la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado, 2014, pág. 178 (se puede consultar en la siguiente dirección de Internet: <https://assets.hcch.net/docs/68be6d4e-f4b8-4a8e-b041-faaa17efb050.pdf>). No obstante, hay autores que señalan que es muy probable que esa interpretación sí ejerza influencia, N. LOWE y M. NICHOLLS, *International Movement of Children. Law, Practice and Procedure*, 2nd ed., Lexis Nexis, Bristol, 2016, pág. 93.

⁵⁹ T. KRUGER y L. SAMYN, "Brussels II bis: successes and suggested improvements", op. cit., p. 153.

⁶⁰ En el *Manual práctico sobre funcionamiento del Convenio de La Haya de 1996 sobre protección de niños*, publicado por la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado, op. cit., p. 41, se sugiere su utilización.

3. Las reglas especiales de coordinación

45. En el art. 97 del Reglamento 2019/1111 se ha tratado de mejorar la articulación con el CH 96, mediante un nuevo apartado que dispone lo siguiente: “2. *No obstante lo dispuesto en el apartado 1, a) si las partes han convenido en la competencia de un órgano jurisdiccional de un Estado parte del Convenio de La Haya de 1996 en el que no se aplique el presente Reglamento, se aplicará el artículo 10 de dicho Convenio; b) con respecto a la transferencia de competencia entre un órgano jurisdiccional de un Estado miembro y un órgano jurisdiccional de un Estado parte del Convenio de La Haya de 1996 en el que no se aplique el presente Reglamento, se aplicarán los artículos 8 y 9 de dicho Convenio; c) cuando un procedimiento de responsabilidad parental se halle pendiente ante un órgano jurisdiccional de un Estado parte del Convenio de La Haya de 1996 en el que no se aplique el presente Reglamento en el momento en que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro esté conociendo de un litigio relativo al mismo menor y con el mismo objeto, se aplicará el artículo 13 de dicho Convenio*”.

46. La incorporación de este nuevo apartado en la Propuesta de la Comisión⁶¹, que se mantuvo con algunos retoques de redacción en el Reglamento definitivamente aprobado, respondió a un problema detectado durante los trabajos preparatorios. En concreto, se planteó qué instrumento internacional debía aplicarse para transferir el conocimiento del asunto a un tercer Estado mejor situado para conocer del mismo, cuando el menor tenía su residencia habitual en un Estado miembro. La dificultad surgía porque el art. 15 del Reglamento 2201/2003 sólo permitía transferir el conocimiento del asunto a otro Estado miembro, y aunque los arts. 8 y 9 CH 96 sí permitían hacerlo a un tercer Estado parte de este instrumento internacional, debía aplicarse el Reglamento en virtud del art. 61, por tener el menor su residencia habitual en un Estado miembro⁶². Un problema similar podía plantearse para reconocer efectos al acuerdo por el que las partes decidían someter el conocimiento del asunto a los tribunales de un tercer Estado parte del CH 96 o con la situación de litispendencia que se ha podido generar con los tribunales de uno de estos Estados. El art. 97.2 del Reglamento 2019/1111 viene ahora a dar ahora respuesta a estas tres situaciones.

A) Cuando las partes han convenido en la competencia de un órgano jurisdiccional de un Estado parte del CH 96

47. El art. 97.2.a) dispone que *si las partes han convenido en la competencia de un órgano jurisdiccional de un Estado parte del Convenio de La Haya de 1996 en el que no se aplique el presente Reglamento, se aplicará el artículo 10 de dicho Convenio*. Con esta nueva disposición se trata de proteger la voluntad de las partes, pues podrá aplicarse el art. 10 CH 96 a pesar de que el menor resida habitualmente en un Estado miembro, evitándose los problemas a los que anteriormente nos referíamos.

48. El art. 10 CH 96 se refiere a las autoridades de un Estado contratante, para señalar que en el ejercicio de su competencia para conocer de una demanda de divorcio, separación o anulación del matrimonio, podrán adoptar medidas de protección con respecto a la persona o bienes del niño con residencia habitual en otro Estado contratante, si la ley de su Estado lo permite, siempre que se den las circunstancias siguientes⁶³: uno de los padres resida habitualmente en dicho Estado en el momento de iniciarse el

⁶¹ Vid. supra nota 5.

⁶² *Study on the assessment of Regulation (EC) Núm. 2201/2003 and the policy options for its amendment, final report, evaluation*, op. cit., p. 15. A este problema también se habían referido T. KRUGER y L. SAMYN, “Brussels II bis: successes and suggested improvements”, op. cit., pp. 152-154; M. ZUPAN, “Scope of application, definitions and relations to other instruments (Articles 1, 2 and 59-62)”, C. Honorati (ed.), *Jurisdiction in matrimonial matters, parental responsibility and international abduction. A handbook on the application of Brussels IIa Regulation in national courts*, Giappichelli editore, Torino, 2017, p. 33.

⁶³ La referencia a que la ley del Estado contratante lo permita lleva a que el art. 10 CH 96 tenga un carácter más restrictivo que la norma europea. El art. 12 del Reglamento 2201/2003, ahora art. 10 Reglamento 2019/1111, otorga competencia por sí sólo a los tribunales que conocen del divorcio para decidir sobre las cuestiones de responsabilidad parental, en base al acuerdo de los titulares de la responsabilidad parental, independientemente de si a estos les correspondiera con arreglo al derecho interno, C.

procedimiento; uno de ellos tenga la responsabilidad parental respecto al niño; que la competencia de estas autoridades haya sido aceptada por los padres y cualquier otra persona que tenga la responsabilidad parental; y que esta competencia responda al interés superior del niño. Cumpliéndose estos requisitos, la competencia que otorga el art. 10 CH 96 se verá reconocida en todos los Estados parte del Convenio.

49. Como ya hemos tenido oportunidad de señalar, entre el Reglamento 2019/1111 y el CH 96 no existe una absoluta simetría de soluciones. En la Unión Europea se reconoce la posibilidad de elegir el tribunal competente en términos más amplios. El art. 12 del Reglamento 2201/2003 se refiere en sus aptdos. 1º y 2º al supuesto contemplado en el CH 96, pero abre a continuación en su aptdo. 3º la posibilidad de prorrogar la competencia en otros supuestos, que no tienen por qué estar conectados con la causa matrimonial. El concepto de responsabilidad parental es muy amplio, cubre numerosas medidas relacionadas con la protección de los menores, y puede ser oportuna una cierta flexibilización de las normas de competencia judicial internacional, mediante la posibilidad de elegir el tribunal⁶⁴. El Reglamento 2019/1111 ha optado por eliminar la diferenciación de supuestos que se hace en el Reglamento 2201/2003, refiriéndose en su art. 10, con carácter general, a la posibilidad de elegir el órgano jurisdiccional competente, sin que con ello haya querido dotar al precepto de un carácter más restrictivo, tal como se deja claro en el Preámbulo del Reglamento (*Considerando 23*).

50. En consecuencia, en el art. 10 del Reglamento 2019/1111 se unifican los requisitos para que pueda realizarse una válida elección del órgano jurisdiccional competente, que son los siguientes: por una parte, que el menor esté estrechamente vinculado a ese Estado miembro, por alguno de los factores que se enumeran en el propio precepto (art. 10.1.a); y por otra, que la elección por las partes o cualquier otra persona con responsabilidad parental, se haga en el momento y en la forma en que se determina en este precepto (art. 10.1.b en conexión con el art. 10.2). Se añade, como no podía ser de otra manera, que esta competencia habrá de responder al interés superior del menor (art. 10.1.c).

51. El marco de comunicación entre instrumentos internacionales para el reconocimiento de efectos a la elección del tribunal competente se verá reducido a uno de los supuestos comprendido en el art. 10 del Reglamento 2019/1111, que son los vinculados con el divorcio, la separación judicial o nulidad del matrimonio, por ser la materia coincidente con el CH 96. Pero incluso dentro de este ámbito compartido habrá que tener en cuenta que con arreglo al art. 10 CH 96 se requiere que uno de los padres resida habitualmente en el Estado cuyos tribunales se eligen en el momento de iniciar el procedimiento, que es un requisito que en el marco del Reglamento 2019/1111 sirve para demostrar que el menor está estrechamente vinculado con ese Estado, en alternancia con otros, como son que dicho Estado sea el de la antigua residencia habitual del menor o el de su nacionalidad, art. 10.1.a) del Reglamento 2019/1111. En definitiva, y tal como puede observarse, en el marco de las relaciones entre Estados miembros de la UE y Estados parte exclusivamente del CH 96 el reconocimiento de los acuerdos de elección de tribunal competente será más reducido que entre los Estados miembros de la Unión Europea, lo cual puede ser causa de dificultades o errores⁶⁵.

52. En el art. 10 del Reglamento 2019/1111 se ha detallado la forma en que las partes pueden elegir el órgano jurisdiccional competente. Se señala que pueden convenir libremente la competencia,

GONZÁLEZ BEILFUSS, "Prorogation of Jurisdiction", C. Honorati (ed.), *Jurisdiction in matrimonial matters, parental responsibility and international abduction. A Handbook on the application of Brussels IIa Regulation in national courts*, Giappichelli editore, Torino, 2017, p. 188. Se añade que se requiere además que esos tribunales tengan una base de competencia judicial internacional para conocer del divorcio, separación o nulidad matrimonial, ya que este aspecto, a diferencia del Reglamento, no se regula en el CH 96, *vid.* A. BUCHER, *L'enfant en droit international privé*, Helbing & Lichtenhahn, Bâle, 2003, p. 183.

⁶⁴ En este sentido C. GONZÁLEZ BEILFUSS, "Prorogation of jurisdiction", *op. cit.*, p. 187.

⁶⁵ El carácter más limitado del CH 96 se explica teniendo en cuenta que durante su negociación los Estados de la Unión Europea presionaron para que existiera un cierto paralelismo con la que iba a ser la norma europea, que en ese momento (Convenio de 28 de mayo de 1998, después Reglamento 1347/2000) tenía un carácter más limitado, pues se refería únicamente a las cuestiones de responsabilidad parental vinculadas con la causa matrimonial (*Vid. supra* nota 31). A la influencia que ejerció la proyectada normativa europea del momento se han referido, entre otros, N. LOWE y M. NICHOLLS, *The 1996 Hague Convention on the protection of children*, Jordan Publishing, Bristol, 2012 p. 49.

al menos en el momento de presentar el asunto ante el órgano jurisdiccional, o aceptarla expresamente durante el procedimiento, siempre que el órgano jurisdiccional se haya asegurado de que todas las partes han sido informadas de su derecho a no aceptar la competencia (art. 10.1.b). Se añade que las partes afectadas deben manifestar por escrito, fechar y firmar el acuerdo de elección de foro, o hacerlo constar en el acta judicial con arreglo al Derecho y el procedimiento nacional, precisándose que se considerará realizada por escrito toda comunicación efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero del acuerdo (art. 10.2.I). Se incorpora además una precisión adicional en el sentido de que las personas que pasen a ser partes en el procedimiento, tras la presentación de la demanda ante el órgano jurisdiccional, podrán dar su consentimiento con posterioridad, entendiéndose que existe consentimiento explícito de no haber oposición expresa (art. 10.2.II).

53. Todas estas precisiones son fruto de la influencia que han ejercido los Reglamentos europeos, que en otras materias vinculadas al derecho de familia han regulado la elección del tribunal competente o de la ley aplicable, con unos requisitos formales que ahora se incorporan al Reglamento 2019/1111. También se han tenido muy en cuenta las aclaraciones que ha ido realizando el TJUE en relación con los problemas interpretativos suscitados por el art. 12 del Reglamento 2201/2003⁶⁶. El CH 96 es más escueto y no realiza tales aclaraciones, por lo que no puede descartarse que se produzcan divergencias aplicativas entre los países de la Unión Europea, cuyos tribunales se verán muy mediatizados por lo dispuesto en el Reglamento 2019/1111, y los países vinculados exclusivamente por el CH 96, que no lo estarán.

B) La transferencia de la competencia a un órgano jurisdiccional de un Estado parte del CH 96, mejor situado para conocer del asunto

54. La segunda de las reglas especiales de coordinación prevista en el art. 97.2.b) del Reglamento 2019/1111 se refiere al mecanismo para la remisión del conocimiento del asunto a un órgano jurisdiccional de otro Estado mejor situado para conocer del mismo: *con respecto a la transferencia de competencia entre un órgano jurisdiccional de un Estado miembro y un órgano jurisdiccional de un Estado parte del Convenio de La Haya de 1996 en el que no se aplique el presente Reglamento, se aplicarán los artículos 8 y 9 de dicho Convenio*. Con esta disposición se deja claro que podrá recurrirse a estos preceptos para colaborar con autoridades de un Estado parte exclusivamente del CH 96, a pesar de que el menor tenga su residencia habitual en un Estado miembro.

55. Los arts. 8 y 9 CH 96, y sus equivalentes en el Reglamento 2019/1111, que son los arts. 12 y 13, representan una plasmación de las figuras del *forum non conveniens* y del *forum conveniens*, propias de los países de *Common Law*⁶⁷. Con estas figuras se flexibilizan o corrigen las normas de competencia judicial internacional, pues se permite al juez un cierto margen de discrecionalidad para conocer o no del asunto. La Unión Europea ha sido tradicionalmente reacia a esta figura, en defensa de la certeza y previsibilidad jurídica que ofrecen unas normas de competencia judicial internacional claramente determinadas⁶⁸. Pero en el art. 15 del Reglamento 2201/2003, que ahora se ha convertido en los 12 y 13 del Reglamento 2019/1111, se permitió una cierta discrecionalidad, tomando como modelo el CH 96, y dentro de un estrecho mecanismo de colaboración entre las autoridades implicadas, para que no se viese afectada la seguridad jurídica. En palabras de S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, se trata realmente de un mecanismo que recuerda a la idea de *forum conveniens* / *forum non conveniens*, pues se separa

⁶⁶ Vid. Sentencias del TJUE de 11 de noviembre de 2014, L y M, as. 656/13, ECLI:EU:C:2014:2364; de 21 de octubre de 2015, Gogova, as. 215/15, ECLI:EU:C:2015:710; y de 19 de abril de 2018, Saponaro, as. 565/16, ECLI:EU:C:2018:265.

⁶⁷ Vid. P. Lagarade, *Informe relativo al 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*, op. cit., pp. 29 y ss.

⁶⁸ En este sentido debe mencionarse la famosa Sentencia del TJCE de 1 de marzo de 2005, Owusu, As. 281/02, ECLI:EU:C:2005:120.

de estas figuras en virtud de su naturaleza cooperativa bilateral y del establecimiento apriorístico de las alternativas al tribunal normalmente competente⁶⁹.

56. Estas disposiciones tienen por ello un marcado carácter de aplicación *inter partes*, sobre cuya aplicación en las relaciones entre Estados miembros o entre Estados miembros y terceros Estados, parte exclusivamente del CH 96, no debería haberse suscitado la dificultad interpretativa a la que ahora se ha querido dar respuesta con el art. 97.2.b) del Reglamento 2019/1111. En cualquier caso, las aclaraciones que contribuyen a la mejor articulación de instrumentos internacionales referidos a una misma materia deben ser siempre bienvenidas.

57. El operador jurídico tendrá que ser consciente no obstante de que los arts. 8 y 9 del CH 96 y los arts. 12 y 13 del Reglamento 2019/1111, a pesar de responder a unos mismos principios inspiradores, no son idénticos. Las disposiciones del Reglamento son más precisas en cuanto a cómo se puede poner en marcha este mecanismo de remisión, de oficio o a instancia de parte; en cuanto al ámbito del conocimiento que se transfiere, que puede estar referido al procedimiento o una parte específica del mismo; o en cuanto a los plazos en que debe realizarse esta transferencia, que se pretende que sean breves, fijándose unos claros límites temporales (art. 12, apdos. 1º, 2º y 3º). Por otra parte, no hay una coincidencia plena en relación con las circunstancias en las que se considera en el que el menor tiene un vínculo estrecho con otro Estado, que justifique la remisión de la competencia. En el art. 12.4 del Reglamento 2019/1111 se presentan claramente enumeradas, señalándose expresamente en el Preámbulo que tienen carácter exhaustivo (*Considerando 26*). El TJUE ya lo había puesto de manifiesto en su Sentencia de 27 de octubre de 2016, D., as 428/15⁷⁰, a propósito de la interpretación del art. 15 del Reglamento 2201/2003 (p. 51), añadiendo además que su sola presencia no prejuzga por sí sola que estemos ante un órgano jurisdiccional mejor situado (p. 55). En el art. 8.2 CH 96 también se enumeran una serie de circunstancias en las que se considera que el órgano jurisdiccional de otro Estado contratante puede estar mejor situado para conocer del asunto, pero concluyéndose con una fórmula abierta que alude al Estado con el que el niño mantenga un vínculo estrecho.

58. Los jueces de los Estados miembros que son parte en ambos instrumentos internacionales serán los que tengan que manejar estas diferencias, pero será muy probable que la aplicación que hagan de los preceptos del CH 96 acabe viéndose influida por la normativa más precisa y detallada del Reglamento 2019/1111, lo cual puede provocar discrepancias aplicativas con las autoridades de los Estados parte exclusivamente del CH 96.

C) La dualidad de procedimientos con un Estado parte del CH 96

59. La tercera y última regla especial de articulación se refiere a la dualidad de procedimientos. Conforme al art. 97.2.c): *cuando un procedimiento de responsabilidad parental se halle pendiente ante un órgano jurisdiccional de un Estado parte del Convenio de La Haya de 1996 en el que no se aplique el presente Reglamento en el momento en que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro esté conociendo de un litigio relativo al mismo menor y con el mismo objeto, se aplicará el artículo 13 de dicho Convenio.*

⁶⁹ S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Responsabilidad parental, transferencia de la competencia a los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro e interés superior del menor. STJUE 27 de octubre de 2016, C-428/15, D”, *La Ley Unión Europea*, Nº 43, 30 de Diciembre de 2016, p. 2.

⁷⁰ ECLI:EU:C:2016:819. Para un análisis de esta Sentencia *vid.* S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Responsabilidad parental, transferencia de la competencia a los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro e interés superior del menor. STJUE 27 de octubre de 2016, C-428/15: D”, *op. cit.*, pp. 1 y ss.; B. SÁNCHEZ LÓPEZ, “Responsabilidad parental y la aplicación del *forum non conveniens* de carácter reglado del artículo 15 del Reglamento (CE) Nº 2201/2003: la STJUE de 27 de octubre de 2016”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 10, Nº 1, 2018, pp. 639 y ss.

60. El Reglamento 2201/2003 se ocupa de la litispendencia y acciones dependientes en su art. 19, dedicando específicamente el aptdo. 2º a las cuestiones de responsabilidad parental. Se trata de una norma diseñada para su aplicación entre Estados miembros y no con respecto a terceros Estados, en relación con los que puede aplicarse el art. 13 CH 96 si es parte de este Convenio. Sin embargo, la literalidad del art. 61 del Reglamento 2201/2003 también había planteado dudas sobre la posibilidad de acudir a este precepto en las relaciones con terceros Estados, cuando el menor tuviese su residencia habitual en un Estado miembro⁷¹. Con la nueva disposición que se introduce en el art. 97.2.c) del Reglamento 2019/1111 queda claro que podrá aplicarse el art. 13 CH 96. En definitiva, las autoridades de los Estados miembros tendrán que aplicar el art. 20 del Reglamento 2019/1111 cuando la dualidad de procedimiento se produzca entre Estados miembros, el art. 13 CH 1996 cuando se produzca con un tercer Estado parte de este Convenio, y sus normas nacionales cuando involucre a un tercer Estado que no es parte del CH 96, dado que la reforma del Reglamento 2201/2003 no se ha aprovechado para regular estas situaciones con terceros Estados, a diferencia de lo que sí se ha hecho en el Reglamento 1215/2012.

61. Las autoridades de la Unión Europea, que serán las que tendrán que aplicar los preceptos de un instrumento internacional u otro, además de sus normas nacionales en las circunstancias señaladas, tendrán que acostumbrarse a manejar unas disposiciones que responden al mismo objetivo de evitar la duplicidad de procedimientos, pero que al igual que hemos visto en relación con los preceptos anteriormente analizados, no son idénticas.

62. El art. 20.2 del Reglamento 2019/1111 es más exigente en su formulación, pues requiere para su aplicación que se trate de demandas relativas a la responsabilidad parental sobre el mismo menor, que tengan el mismo objeto y la misma causa. Esta triple identidad no se requiere de forma expresa en el art. 13 CH 96. Se observa también que la norma europea prevé que la situación de litispendencia se resuelva en favor del primer órgano jurisdiccional, si se declara competente. El art. 13 CH 96, del que se dice en el Informe explicativo del Convenio que está formulado en términos próximos a los utilizados en materia de litispendencia, se refiere a que conocerán las autoridades competentes ante las que se acudió en primer lugar, a menos que declinen su competencia. En definitiva, que se recurre a una fórmula más flexible, con la que se posibilita que la dualidad de procedimientos no siempre se resuelva a favor de que conozcan las autoridades ante las que se acudió en primer lugar⁷².

63. Por otra parte, tanto para el funcionamiento del art. 20 del Reglamento 2019/1111 como del art. 13 CH 96, resulta fundamental determinar el órgano jurisdiccional ante el que se ha iniciado el procedimiento en primer lugar⁷³. En la Unión Europea ya se tiene experiencia con las dificultades que pueden surgir en torno a esta cuestión, debido a las peculiaridades procesales de los distintos Estados miembros. Los Reglamentos suelen incorporar por ello un precepto para determinar el momento de iniciación del procedimiento (art. 16 del Reglamento 2201/2003, ahora art. 17 del Reglamento 2019/1111), que no han evitado, sin embargo, que en ocasiones se haya tenido que acudir al TJUE para resolver casos dudosos⁷⁴. Estas dificultades, como puede imaginarse, serán susceptibles de plantearse con Estados parte exclusivamente del CH 96, con la dificultad añadida de que estos países no están vinculados por la jurisprudencia del TJUE.

⁷¹ T. KRUGER, “Brussels IIa recast moving forward”, op. cit., p. 473.

⁷² P. LAGARDE, *Informe explicativo relativo al 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*, op. cit., p. 40.

⁷³ En el marco del Reglamento 2019/1111 y para su aplicación entre los Estados miembros se ha introducido, como novedad, una alteración en el funcionamiento de la prioridad cuando uno de los órganos jurisdiccionales tenga competencia exclusiva en virtud del art. 10 (arts. 20, aptdos. 4º y 5º).

⁷⁴ *Vid.* Auto del TJUE de 16 de julio de 2015, P., As. 507/14, ECLI:EU:C:2015:512; y Auto del TJUE de 22 de junio de 2016, M.H. y M.H., As. 173/16, ECLI:EU:C:2016:542

V. Conclusiones

64. En la actualidad, muchas de las dificultades que entraña el Derecho internacional privado como disciplina jurídica están causadas por el complejo entramado de disposiciones normativas susceptibles de aplicarse a cada caso concreto. Junto a disposiciones de origen interno, repartidas en nuestro país en una pluralidad de normas, el operador jurídico tiene que acostumbrarse a manejar un número creciente de instrumentos internacionales, que provienen de la Unión Europea u otros organismos codificadores, entre los que destaca la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. Ello conlleva que muchas veces el esfuerzo del operador jurídico tenga que centrarse en identificar la norma aplicable a un caso concreto, más que en entender y aplicar lo que dice la norma en cuestión.

65. Este problema ocurre especialmente en aquellos sectores jurídicos donde han proliferado las iniciativas unificadoras a nivel internacional, entre los que cabría mencionar las cuestiones de responsabilidad parental y protección de menores, que ahora nos ocupan. La Conferencia de La Haya ha elaborado diversos convenios internacionales en materia de protección de menores, en algunos casos sustituyendo a convenios previamente aprobados, que no han impedido que la Unión Europea también quisiera entrar a regular esta cuestión.

66. El CH 96 y el Reglamento 2019/1111 regulan la competencia judicial internacional, el reconocimiento y ejecución de resoluciones, así como la cooperación de autoridades. El CH 96 se ocupa también de las cuestiones de ley aplicable. Se trata de sectores que funcionan de forma diferente, porque junto al carácter *inter partes* de las normas sobre cooperación de autoridades y reconocimiento y ejecución de resoluciones, se encuentra el carácter *erga omnes* de las normas sobre ley aplicable. En el primer caso, el carácter *inter partes* facilita la articulación normativa, al tiempo que justifica que los Estados miembros de la Unión Europea quieran dotarse de una normativa específica y más eficaz entre ellos. En el segundo, el carácter *erga omnes* de las normas de conflicto lleva a que sea imposible la convivencia con un instrumento internacional paralelo, y a que la Unión Europea haya optado por no regular este sector del Derecho internacional privado, a fin de mantener la cooperación con la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado. Sin embargo, las normas de competencia judicial internacional no responden ni a un modelo ni a otro, lo que ha llevado a que haya sido precisamente en este sector donde se han planteado los mayores problemas de convivencia entre el Reglamento 2201/2003 y el CH 96.

67. La reforma que introduce el Reglamento 2019/1111 en el precepto dedicado a regular las relaciones con el CH 96 debe ser bienvenida, porque contribuye a clarificar las relaciones entre estos dos instrumentos en el sector de la competencia judicial internacional. Ciertamente es que los operadores jurídicos tendrán que acostumbrarse, en función de las circunstancias del caso, a tener que aplicar las disposiciones de uno u otro instrumento, que son parecidas, pero no idénticas. La ventaja, al menos, es que sus esfuerzos podrán centrarse en lo que es el contenido específico de la norma a aplicar, sin el problema añadido de la falta de claridad sobre cuál debe ser la norma aplicable.

ESTUDIO DE DERECHO COMPARADO SOBRE
LAS GARANTÍAS EN LA VENTA DE BIENES DE CONSUMO
EN ESPAÑA Y PORTUGAL A LA LUZ DE LA DIRECTIVA (UE)
2019/771*

COMPARATIVE LEGAL STUDIES ON THE SALE
OF CONSUMER GOODS AND GUARANTEES IN SPAIN
AND PORTUGAL IN THE LIGHT OF THE DIRECTIVE EU
2019/771

FELISA MARÍA CORVO LÓPEZ

Profesora Contratada Doctor de Derecho civil

Universidad de Salamanca

Facultad de Derecho. Campus Miguel de Unamuno, s/n. Salamanca 37007

ORCID ID: 0000-0002-2121-8936

Recibido: 16.12.2019 / Aceptado: 09.01.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5183>

Resumen: Siendo fruto de la transposición de la hoy derogada Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, la normativa española y la portuguesa en materia de garantías en la venta de bienes de consumo difieren en no pocos puntos. El presente estudio tiene por objeto analizar dichas diferencias y poner en relación el régimen de garantías previsto en el contexto ibérico con el Marco común de referencia y con las recientes Directivas (UE) 2019/770 y 2019/771, especialmente con esta última.

Palabras clave: venta de bienes de consumo, conformidad, derechos del consumidor.

Abstract: Although Spanish and Portuguese regulations about the sale of consumer goods comply with the Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council of 25 May 1999 on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees, they differ on several issues. This paper tries to emphasize the discrepancies between the rules of these Member States and link the regulation about the sale of consumer goods in the Iberian context with the Draft Common Frame of Reference and the recent Directives EU 2019/770 y 2019/771, especially with the last one.

Keywords: sale of consumer goods, conformity, rights of the consumer.

*El presente trabajo tiene su origen en la estancia de investigación realizada en los meses de septiembre-octubre de 2016 y enero-febrero de 2017 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lisboa, a cuyo catedrático –el Prof. Dr. Dário Moura Vicente- agradezco profundamente su cálida acogida y su disponibilidad. Lo desarrollo en mi condición de miembro investigador del GIR “Persona y Consumo. Protección de colectivos vulnerables”, cuyo Investigador responsable es D. José Antonio Martín Pérez, reconocido el 18/10/2018. El trabajo se enmarca en el ámbito de los proyectos de investigación “Contratación y consumo colaborativo: análisis jurídico y propuestas de reforma normativa ante los nuevos retos del mercado”, DER2016-77680-R, del que son investigadoras principales D^a Mariló Gramunt Fombuena y D^a Gemma Rubio Gimeno, y “Responsabilidad civil profesional y protección de los consumidores”, DER 2017-85129-P, Ministerio de Economía, Industria y Competitividad (AEI/FEDER, UE), del que es investigador principal D. Jesús Estruch Estruch.

Sumario: I. Introducción II. Garantías legales y comerciales. 1. Garantías legales. A) Ámbito subjetivo: vendedor y comprador B) Ámbito objetivo C) La noción de conformidad y su falta D) Remedios ante la falta de conformidad: a) Reparación y sustitución b) Reducción del precio y resolución del contrato E) Plazos F) Acción contra el productor 2. Garantías comerciales o voluntarias III. Conclusiones.

I. Introducción

1. La regulación aún vigente en materia de garantías en la venta de bienes de consumo en el contexto ibérico es fruto de la trasposición en España y Portugal de la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo¹. En España, dicha Directiva se incorporó mediante la Ley 23/2003, de 10 de julio (derogada)², cuyas disposiciones se contienen hoy en el RD 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 complementarias³ (en adelante, TRLGDCU) (art. 114 y ss). En Portugal, la trasposición de la Directiva comunitaria vino de la mano del DL 67/2003, de 08 de Abril, *Venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas*, que fue posteriormente modificado por el DL 84/2008, de 21 de mayo (en adelante, DL 67/2003)⁴.

2. Si, a la vista de ambos textos, la doctrina ya venía poniendo de relieve la conveniencia de realizar algunos retoques y precisiones, la reciente aprobación de dos nuevas normas comunitarias –la Directiva (UE) 2019/770⁵ y la Directiva (UE) 2019/771⁶–, cuya trasposición debe realizarse a más tardar antes del 1 de julio de 2021, supone una oportunidad no sólo de incrementar el nivel de protección de los consumidores sino también de precisar algunas cuestiones que han generado debate en la doctrina. El punto de encuentro entre estas dos Directivas reside en que ambas buscan la armonización de determinados aspectos de los contratos de compraventa “*a fin de lograr un auténtico mercado digital, reforzar la seguridad jurídica y reducir los costes de las transacciones en particular para las pequeñas y medianas empresas (pymes)*”.

II. Garantías legales y comerciales

3. Las disposiciones objeto de estudio –de carácter imperativo– distinguen dos tipos de garantías: legal y comercial.

4. La garantía legal o conformidad de los productos con el contrato (art. 114-124 TRLGDCU y art. 1-8 DL 67/2003) supone la protección tradicional existente en todos los Ordenamientos nacionales, derivada de la ley, del propio contrato de compraventa, e inderogable, según la cual el vendedor (u otras personas) responde frente al consumidor de las anomalías de los productos vendidos. A diferencia de lo que sucede en el TRLGDCU, el art. 1Bf) DL 67/2003 sí ofrece una definición de Garantía legal: “*qualquer*

¹ Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, *DOUE*, L 171/12 de 7 de julio de 1999.

² Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo, *BOE*, nº 165, de 11 de julio de 2003.

³ RD 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, *BOE*, nº 287, de 30 de noviembre de 2007.

⁴ Disponible en http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=706&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so_miolo=& (último acceso 5/12/2019).

⁵ Directiva (UE) 2019/770 del Parlamento europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019 relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, *DOUE*, L 136/1 de 22 de mayo de 2019.

⁶ Directiva (UE) 2019/771 del Parlamento europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes, por la que se modifican el Reglamento (CE) nº 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE y se deroga la Directiva 1999/44/CE, *DOUE*, L 136/28 de 22 de mayo de 2019.

compromisso ou declaração assumido por um vendedor ou por um produtor perante o consumidor, sem encargos adicionais para este, de reembolsar o preço pago, substituir, reparar ou ocupar-se de qualquer modo de um bem de consumo, no caso de este não corresponder às condições enumeradas na declaração de garantia ou na respectiva publicidade”.

5. La garantía comercial, por su parte, constituye una garantía adicional que el vendedor, el productor o cualquier otra persona que ocupe un lugar en la cadena de distribución del producto puede ofrecer voluntariamente.

1. Garantías legales

A) **Ámbito subjetivo: vendedor y comprador**

6. Por lo que se refiere al ámbito subjetivo de aplicación de las normas de consumo, cabe señalar que vendedor será toda persona física o jurídica que, actuando en el marco de su actividad empresarial o profesional, vende bienes de consumo. Así se infiere de la EM III del TRLGDCU y del art. 1Bc) DL 67/2003⁷. Quedan al margen de la protección que dispensan tales normas, por consiguiente, las compraventas entre consumidores⁸ y las realizadas por profesionales al margen de su actividad empresarial⁹ ¹⁰; por parte de la doctrina portuguesa se ha señalado también que, aunque se admita la figura de los contratos de consumo inversos en los que el profesional es el adquirente del bien o el beneficiario del servicio y el no profesional el enajenante del bien o el prestador del servicio, dichos contratos quedarían fuera del ámbito de aplicación del DL, disposición pensada para los supuestos en que el comprador del bien es el consumidor¹¹. Comparando la noción de vendedor que acabamos de exponer con la ofrecida por el art. IV.A.-1:204 MCR comprobamos que en esta última, lo relevante para aplicar las especialidades de la compraventa de consumo es que actúe con fines relacionados con su negocio, trabajo o profesión, no que se lucre con ello. En la misma línea apunta la Directiva (UE) 2019/771, si bien este nuevo instrumento incorpora nuevos matices al definir la figura del vendedor como *“toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúa, incluso a través de otra persona que actúe en su nombre o por su cuenta, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresa, oficio o profesión, en relación con los contratos regulados por la presente Directiva”*.

7. El comprador, por su parte, ha de merecer la condición de consumidor. Según el art. I.-1:105 MCR, consumidor es cualquier persona física que actúa principalmente para fines no relacionados con su actividad comercial, empresarial o profesional. Conforme al art. 3 TRLGDCU (modificado por la Ley 3/2014, de 27 de marzo), en cambio, *“son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a una actividad comercial, empresarial, oficio o profesión”*¹². También *“las*

⁷ Dice textualmente el precepto portugués que Vendedor es *“qualquer pessoa singular ou colectiva que, ao abrigo de um contrato, vende bens de consumo no âmbito da sua actividade profissional”*.

⁸ Como señala E. TORRELLES TORREA, “Las garantías de los productos en el TR-LGDCU: el ámbito de aplicación y el criterio de la falta de conformidad”, en I. SÁNCHEZ BARRIOS, (dir) *Estudios sobre consumo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, p. 552, esta exclusión se justifica por cuanto, cuando el vendedor no es un profesional, no existe desigualdad en el poder de negociación de las partes “y ante ventas operadas por un vendedor no profesional, la combinación de las normas de Derecho general sobre fraude, error y sobre los deberes de información precontractual parecen más adecuadas para controlar la posible conducta oportunista de dicho vendedor no profesional”.

⁹ Piénsese, por ej., en el dueño de un restaurante que vende parte del mobiliario (sillas) que utiliza en su actividad.

¹⁰ J. ESTRUCH ESTRUCH, “Ámbito de aplicación del régimen de garantías en la venta de bienes de consumo”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, N.º. 21, 2009, pp. 43-63 (BIB 2009/1653), por su parte, considera que quedan fuera: 1) las compraventas en las que vendedor y comprador son consumidores; 2) aquellas en las que vendedor y comprador son empresarios o profesionales pues ambos estarían actuando en el marco de su actividad profesional; 3) las compraventas en las que el vendedor es un consumidor y el comprador un empresario; 4) las compraventas en establecimientos de segunda mano.

¹¹ En este sentido puede verse J. MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*. Coimbra, Almedina, 2014, p. 181.

¹² Nótese que, tal y como pone de relieve J. AVILÉS GARCÍA, “Las garantías derivadas de la compraventa de bienes de consumo: garantía legal de conformidad, garantía comercial y garantía de consumo y mantenimiento de los bienes duraderos” en

personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial”. Antes de la reforma, llamaba ya la atención la referencia en este precepto a las personas jurídicas pues, al hilo de la Directiva sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, la STJCE de 22 de noviembre de 2001¹³ ya había aclarado que el concepto de consumidor debía interpretarse referido “exclusivamente a personas físicas”¹⁴; idéntico criterio sigue la STS de 21 de septiembre de 2004¹⁵ y, en el plano normativo, el art. 2 de la Directiva 2011/83/UE, sobre derechos de los consumidores y los respectivos art. 2 de las recientes Directivas (UE) 2019/770 y 2019/771. La inclusión de las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica, sin embargo, no supone un incumplimiento de la Directiva pues, aunque sea una directiva de máximos, al tratarse de sujetos no incluidos en la misma, estamos ante una materia no armonizada sobre la que los Estados miembros pueden regular libremente. La mención de las entidades sin personalidad jurídica permite aplicar el concepto de consumidor a las comunidades de propietarios, algo que ya venía haciendo la jurisprudencia desde hace años, especialmente en relación a las cláusulas abusivas en los contratos de mantenimiento de ascensores¹⁶. La exigencia de que carezcan de ánimo de lucro excluye la posibilidad de entender consumidores a personas jurídicas mercantiles. Nuestra jurisprudencia viene interpretando que es consumidor el sujeto que interviene en las relaciones de consumo con fines privados, contratando bienes y servicios como destinatario final, sin incorporarlos ni directa ni indirectamente, en procesos de producción, comercialización o prestación a terceros. Quedan excluidas, por tanto, las relaciones negociales entabladas entre empresarios o profesionales en el ámbito de sus actividades¹⁷. Ahora bien, puede ocurrir que el producto adquirido se destine a un uso profesional y particular. En este punto, resulta clarificadora la STJCE, Sala Segunda, de 20 de enero de 2005 (*Caso Johann Gruber contra Bay Wa AG*)¹⁸ según la cual el adquirente ha de reputarse consumidor si el uso profesional a que se destina el bien tiene poca relevancia –o dicho con otras palabras, si el uso profesional es marginal e insignificante-. No es pues el destino principal de la adquisición el criterio que delimita la atribución de la condición de consumidor o no al adquirente sino el carácter completamente irrelevante y fútil del uso profesional en el destino del bien [SAP Islas Baleares, sección 5ª, de 22 de mayo de 2008¹⁹]. La misma idea late en el MCR: se puede hacer algún uso profesional del bien adquirido pero el principal ha de ser el uso privado. Problemáticos son también los supuestos en que no está clara la finalidad de la adquisición. La jurisprudencia suele resolverlos atendiendo a la naturaleza del bien y sus posibles usos. Sobre esta base, ha rechazado la aplicación de la normativa de consumo a la adquisición de un vehículo industrial [SAP de Madrid, sección 21ª, de 31 de mayo de 2011²⁰], o de una máquina trituradora de áridos [SAP de Murcia, sección 5ª, de 15 de enero de 2009²¹], por ej.. Sorprendentemente, la ha aplicado, en cambio, en un supuesto en que un particular había adquirido una máquina retroexcavadora [SAP de Madrid, sección 10ª, de 29 de mayo de 2008²²].

L.M. GARCÍA GARCÍA, y A. DE LEÓN ARCE, (coord.) *Derechos de los consumidores y usuarios*, Vol I. 3ª Edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, p. 1640, la noción de consumidor no se pierde, por ej., por el hecho de adquirir mediante un comisionista; basta con que manifieste su condición de tal al celebrar el contrato de compraventa.

¹³ TJCE 2001\330.

¹⁴ Lógicamente nunca podrá tener la consideración de consumidor una sociedad anónima o una sociedad de responsabilidad limitada, pues tienen carácter mercantil; sin embargo, según apunta J. AVILÉS GARCÍA, “Las garantías...”, *op. cit.*, p. 1640 y 1641, sí podría serlo una sociedad profesional no mercantil que adquiera productos de consumo para uso de uno o más de sus socios, en tanto en cuanto pueda probarse que existe un uso personal o privado de éstos al margen de su actividad profesional o empresarial.

¹⁵ RJ 2004,5576.

¹⁶ Véanse las SAP de León, sección 2ª, de 4 de marzo de 2010 (*JUR* 2010/144211); SAP de Murcia, sección 5ª, de 7 de diciembre de 2010 (*AC* 2011/10); SAP de Pontevedra, sección 6ª, de 18 de febrero de 2013 (*JUR* 2013/126923); SAP de Barcelona, sección 19ª, de 9 de enero de 2014 (*JUR* 2014/54764).

¹⁷ Sirvan como ej. la SAP de Badajoz, sección 3ª, de 3 octubre de 2011 (*AC* 2011/2219), la SAP de Cáceres, sección 1ª, de 2 de febrero de 2009 (*JUR* 2009/285791), la SAP de Madrid, sección 10ª, de 17 de junio de 2008 (*JUR* 2008/265673), la SAP de A Coruña, sección 3ª, de 4 de abril de 2008 (*JUR* 2008/304239), o la SAP de Barcelona, sección 13ª, de 5 de diciembre 2007 (*JUR* 2008/72704).

¹⁸ TJCE 2005\24.

¹⁹ *JUR* 2008\339085.

²⁰ *JUR* 2011\292468.

²¹ *JUR* 2009\277023.

²² *JUR* 2008\274734.

8. Mucho menos extensa resulta la noción de consumidor que proporciona el art. 1Ba) DL 67/2003: consumidor es “*aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma actividade económica que vise a obtenção de benefícios, nos termos do n.º 1 do artigo 2.º da Lei n.º 24/96, de 31 de Julho*”. Ante esta remisión, no queda claro si el consumidor ha de ser una persona física o puede ser una persona colectiva, defendiéndose por la doctrina una y otra postura²³.

9. Llegados a este punto, podemos preguntarnos qué sucede cuando el consumidor (destinatario final) es una persona distinta del adquirente en el contrato; dicho con otras palabras, podemos preguntarnos si el régimen de garantías objeto de estudio es aplicable también cuando el bien en cuestión es enajenado por el inicial adquirente. Imaginemos que el adquirente compra un determinado producto para ofrecerlo como regalo de cumpleaños o de Navidad. En Portugal, la versión inicial del DL daba a entender que sólo el comprador podía ejercitar los derechos contemplados en la referida disposición; el DL 84/2008, aclaró la cuestión introduciendo el art. 4.6 en el que se establece: “*Os direitos atribuídos pelo presente artigo transmitem-se a terceiro adquirente do bem*”. Dicha transmisión, como señala la doctrina portuguesa, no implica alteración alguna de los plazos de ejercicio de los derechos reconocidos en la ley y sólo opera cuando el tercer adquirente sería considerado consumidor en el caso de que hubiera sido parte en el primer contrato²⁴. En nuestro país, no encontramos referencia alguna a este supuesto en el TRLGDCU; sin embargo, doctrina y jurisprudencia han tenido oportunidad de pronunciarse sobre el mismo²⁵. La SAP de Barcelona, sección 13ª, de 9 de octubre de 2008²⁶ no ha dudado en calificar como consumidor al subadquirente por donación. Tampoco ha dudado la SAP de Madrid, sección 14ª, de 18 de octubre de 2006²⁷ en considerar aplicables las normas en materia de consumo cuando el adquirente no utiliza el bien para sí sino que quien lo utiliza es una tercera persona, situada dentro del círculo personal del adquirente. Lo que no está tan claro en este último caso es quién puede ejercitar las acciones previstas en la ley²⁸. En opinión de GARCÍA CRUCES, dada la naturaleza contractual de la responsabilidad que asume el vendedor en la ley, será éste –el adquirente previamente calificado como consumidor– el legitimado para ejercitar las acciones que correspondan con independencia de que la condición de usua-

²³ A las distintas posiciones defendidas por la doctrina portuguesa se refiere M. J. DA COSTA GOMES, *Estudos de Direito das Garantias*, Vol. II, Coimbra, Almedina, 2010, pp. 121 y 122, resaltando que el legislador portugués no tenía limitada la posibilidad de ampliar el ámbito de personas comprendidas bajo el nuevo régimen de la venta de bienes de consumo.

Resulta especialmente interesante, en este punto, el estudio T. ESTÉVEZ ABELEIRA, “Análisis de la noción de consumidor en el derecho portugués desde la perspectiva del derecho español” en A. PINTO MONTEIRO, (dir) *Estudos de direito do consumidor*, nº10, 2016, p. 31-69.

En el ámbito jurisprudencial, el Ac. do TRC de 11 de junio de 2019 (processo: 1675/18.0T8CTB.C1) señala, por ej., que “A qualidade de consumidor, para efeitos de aplicação da legislação pertinente – vg. DL 67/2003, de 8.04 –, apenas é excluída se o adquirente do bem o destinar à revenda, ou o usar exclusivamente numa actividade comercial/industrial para obtenção de lucro; factos a provar pelo demandado”; en la misma línea el Ac. do TRC de 12 de abril de 2018 (processo: 88/16.2T8TBU.C1) determina: “Tendencialmente, e salvo as especificidades do caso concreto, a qualidade de consumidor, para efeitos de aplicação da legislação pertinente – vg. DL67/2003, de 8.04 –, apenas é excluída se o adquirente do bem o destinar à revenda para obtenção de lucro; e, assim, tal qualidade se compaginando com outros usos do bem, que não o apenas particular/pessoal, vg., a sua adstrição à actividade profissional deste” y el de 15 de diciembre de 2016 (processo: 1638/11.6TBACB.C1) en la que se afirma: “É ‘consumidor’, mesmo considerando o seu conceito restrito, aquele que destina o bem adquirido predominantemente ao seu ‘uso pessoal, familiar ou doméstico’, sendo meramente instrumental ou acidental o seu aproveitamento para uso profissional”.

²⁴ J. MORAIS CARVALHO, *Manual...*, op. cit., p. 186.

²⁵ Refiriéndose a la cesión de la condición de beneficiario de la garantía legal, J. AVILÉS GARCÍA, “Las garantías...”, op. cit., p. 1725, sostiene que las normas sobre garantías se aplican también a quienes adquieren mediante permuta, donación o disposición testamentaria (supuestos de cesión legal de derechos), siempre que el adquirente no pierda su condición de consumidor.

²⁶ AC 2008\1681.

²⁷ AC 2007\225.

²⁸ Como señala E. TORRELLES TORREA, “Las garantías...”, op. cit., p.554, refiriéndose a los supuestos de comodato, si focalizamos la atención en el hecho de que el bien presenta anomalías y la ley reconoce un derecho a tener garantizado el correcto funcionamiento u operatividad del mismo, no es tan importante precisar si quien ejercita esos derechos es el verdadero titular del bien o un mero usuario del mismo. El problema reside en que, si quien ejercita los derechos reconocidos en la garantía es aquel que goza del bien, podría estar ejerciendo facultades que sólo corresponden propietario. Ej. si, ante una falta de conformidad del bien, hubiera promovido sin éxito la reparación del mismo y solicitara después la resolución del contrato, se vería beneficiado por la restitución de un precio que nunca pagó.

rio del bien recaiga en él o en un tercero²⁹. Entendiendo que la garantía persigue al bien y no a su titular, TORRELLES TORREA considera que podría admitirse la posibilidad de que el consumidor no contratante del bien ejercite los derechos conferidos en la garantía siempre y cuando “presente el derecho de garantía ante el responsable de la falta de conformidad, actuando como representante del que en su día adquirió el bien”. La autora toma en consideración también la posibilidad de aplicar analógicamente el art. 17.1 LOE, de acuerdo con el cual los subadquirentes de una vivienda pueden ejercitar los derechos que correspondían al primer comprador ante los agentes de la edificación³⁰.

B) Ámbito objetivo

10. El art. 115 TRLGDCU determina que el régimen de garantías contemplado en la ley se aplica a los contratos de compraventa de productos y a los contratos de suministro de productos que hayan de producirse o fabricarse³¹; la doctrina española, no obstante, se ha planteado la posibilidad de aplicarlo a otras categorías contractuales³². La norma portuguesa va más allá; para empezar, en nuestro país vecino se viene reconociendo la aplicación del DL 67/2003 a los contratos de permuta de bienes de consumo en base a lo dispuesto en el art. 939 CCPort³³; y para continuar, el propio DL determina que se

²⁹ J.A. GARCÍA CRUCES, “La compraventa de bienes muebles con consumidores sujeta a los art. 114 y ss del TRLGDCU”, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, (dir.) *Contratos Mercantiles I*, Cizur menor, Aranzadi, 2013, p. 207.

³⁰ E. TORRELLES TORREA, “Las garantías...”, *op. cit.*, p.554.

³¹ La ley habla impropriadamente de contrato de suministro para referirse realmente al contrato de obra, un contrato de naturaleza mixta por cuanto existe una obligación de hacer y una obligación de dar, cuyo elemento fundamental es la existencia de una obligación de resultado; en consecuencia, el producto finalmente entregado ha de ser conforme con lo encargado y contratado; por lo que a este contrato se refiere –como señala C. LASHERAS ROMERO, “La falta de conformidad en el Derecho de consumidores. Especial referencia al concepto y tipos”, *Revista de Derecho patrimonial*, Nº 35, Septiembre-Diciembre 2014, p 219- el régimen del contrato de obra sería aplicable en todo aquello que no resulte incompatible con la normativa sobre protección de los consumidores. Quedan excluidos los contratos de servicios, salvo en aquellos casos en que la entrega del producto de la compraventa o suministro va necesariamente acompañada de una prestación de hacer, tal y como ocurre en los casos en que el vendedor se compromete en el contrato a instalar el producto en cuestión; la instalación, en ese caso, queda incluida dentro del contrato como un elemento más y, por tanto, forma parte también de la entrega del producto (Art. 116.2 TRLGDCU).

³² A juicio de M.T. ÁLVAREZ MORENO, “El ámbito de aplicación de la Ley de Garantías en la Venta de Bienes de consumo”, en S. DÍAZ ALABART, (coord.) *Garantía en la venta de bienes de consumo (Ley 23/2003, de 10 de julio)*, Edisofer, Madrid, 2006, pp. 38-42, por ej., estas normas se aplican no sólo al contrato de compraventa en sentido amplio “sino también a cualquier otro que ponga bienes de consumo a disposición del consumidor, como titular de los mismos, y con carácter definitivo y permanente”; sobre esa base, entiende que se puede aplicar a la permuta, al contrato de obra, al suministro, e incluso al leasing pero no al arrendamiento. Por lo que se refiere al contrato de servicios que obliga al profesional a realizar una prestación de hacer junto con otra obligación de dar una cosa (bien mueble) al consumidor, la referida autora sostiene que, si existe un precio separado en la factura para el servicio y para el bien, resultan aplicables las normas que nos ocupan al bien o producto suministrado; en caso contrario, las referidas normas se aplicarán siempre y cuando “la prestación de hacer resulte complementaria o accesoria de la de entregar el bien, y la adquisición de éste sea la finalidad esencial del contrato” y también cuando la prestación del servicio sea un complemento o modo de instalación del bien adquirido. No se aplicarán, en cambio, cuando no se pueda individualizar el precio del bien adquirido con relación al valor del servicio prestado y éste se considere muy superior, ni tampoco cuando el bien revista un carácter meramente accesorio del servicio contratado.

En el ámbito jurisprudencial, cabe traer a colación la SAP de Madrid, sección 14ª, de 28 de noviembre de 2006 (AC 2007/712) referida a un supuesto en el que, habiéndose concertado un arrendamiento con opción de compra, el arrendatario había cedido el derecho de opción de compra a un tercero, quien ejecutó dicha opción y adquirió un vehículo que, al poco tiempo, sufrió una importante avería, cuya reparación costaba más de diez mil euros. El adquirente demandó a la sociedad vendedora reclamando el importe de la reparación. Estimada la demanda en primera instancia, la demandada recurrió en apelación señalando que el adquirente no podía tener la condición de consumidor ya que su derecho provenía de un previo contrato de arrendamiento con opción de compra y que, además, dado que el arrendatario necesariamente no podía considerarse consumidor, tampoco debería poder considerarse consumidor al adquirente a quien aquél cedió el derecho de opción. La AP desestima el recurso entendiendo que, dadas las circunstancias personales del adquirente, éste era un verdadero consumidor y, por lo tanto, resultaba aplicable la Ley 23/2003.

³³ Art. 939 CCPort: “As normas da compra e venda são aplicáveis aos outros contratos onerosos pelos quais se alienem bens ou se estabeleçam encargos sobre eles, na medida em que sejam conformes com a sua natureza e não estejam em contradição com as disposições legais respectivas”. En tal sentido puede verse J. MORAIS CARVALHO, *Manual...*, *op. cit.*, p. 182 y 183, quien indica que “Contrato de troca de bens de consumo” sería aquel en virtud del cual el consumidor y el profesional se transmiten recíprocamente la propiedad de dos cosas distintas, siendo únicamente bien de consumo el adquirido por parte del consumidor. A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português, Vol. I, T. II*, Coimbra, Almedina, 2002, p. 148, hablando de la energía, se limita a decir que los contratos de suministro celebrados con los consumidores finales se consideran contratos privados de compraventa.

aplica no sólo a la compraventa de bienes de consumo sino también al contrato de obra o de prestación de servicios³⁴ y alquiler de bienes de consumo (art. 1.A)³⁵. Es precisamente en este último punto donde reside también la innovación de la norma portuguesa. De acuerdo con lo previsto en el art. 1022 CCPort, “*Locação é o contrato pelo qual uma das partes se obriga a proporcionar à outra o gozo temporário de uma coisa, mediante retribuição*” y, según el art. 1023 CCPort: “*A locação diz-se arrendamento quando versa sobre coisa imóvel, aluguer quando incide sobre coisa móvel*”. Pues bien, ambas modalidades –“*locação*” y “*aluguer*”- quedan comprendidas en el DL 67/2003; también otros contratos afines no regulados en el CCPort como el arrendamiento financiero (renting, leasing)³⁶.

11. El término “productos” se ofrece en el TRLGDCU con dos significados distintos: el art. 6 los define como bienes muebles en el sentido del art. 335 CC; el art. 136 –aplicable en el ámbito de los productos defectuosos- considera producto “*cualquier bien mueble, aun cuando esté unido o incorporado a otro bien mueble o inmueble, así como el gas y la electricidad*”. Añade el art. 115 que “*lo previsto en este título no será de aplicación a los productos adquiridos mediante venta judicial³⁷, al agua o al gas, cuando no estén envasados para la venta en volumen delimitado o cantidades determinadas, y a la electricidad³⁸, ni “tampoco (...) a los productos de segunda mano adquiridos en subasta administrativa³⁹ a la que los consumidores y usuarios puedan asistir personalmente”⁴⁰. Los bienes considerados productos pueden ser, por tanto, de muy diversa naturaleza y características: bienes nuevos, usados, cosas específicas, cosas genéricas, bienes consumibles, bienes deteriorables, animales⁴¹; productos inmateriales*

³⁴ Refiriéndose a estos contratos J. MORAIS CARVALHO, *Manual...*, op. cit., p. 184 y 185, aclara: “Quando a lei se refere a bens fornecidos no âmbito de um contrato de prestação de serviços, abrange apenas, dentro destes contratos, aqueles em que é entregue ao consumidor um bem de que este não dispunha anteriormente. O diploma não se aplica portanto a todos os contratos de empreitada, mas apenas àqueles em que está em causa uma obra nova não resultante de atividade predominantemente intelectual e que consista num resultado positivo”. La disposición resulta aplicable a los contratos en virtud de los cuales el profesional se obliga a transformar un bien del consumidor cuando el bien resultante puede considerarse distinto del inicial; se aplica también cuando el contrato de obra tiene por objeto la entrega de un bien inmueble con independencia de que el consumidor sea el dueño del terreno sobre el que se construye o de los materiales con que se lleva a cabo la construcción (lo que importa es que exista un bien nuevo que se incorpora al tráfico jurídico). No se aplica a otros contratos de prestación de servicios como los que tienen por objeto la reparación, la limpieza de un bien u operaciones relativas al cuerpo humano (ej. fotodepilación) pero sí a las piezas nuevas que se incorporaran en un bien con motivo de su reparación.

En el plano jurisprudencial, cabe mencionar el Ac. do TRC de 5 de noviembre de 2019 (processo: 1298/15.5T8GRD.C1) en la que se señala que el contrato “*configura uma empreitada de bens de consumo, com um regime legal específico, mais protetivo e favorável ao dono da obra consumidor*”; al mismo contrato se refieren los Ac.do TRC de 13 de noviembre de 2018 (processo: 379/15.0T8GRD.C2), 10 de mayo de 2016 (processo: 330/13.1TBSCD.C1), 16 de febrero de 2016 (processo: 12/14.7TBAGN.C1) y 21 de abril de 2015 (processo: 123740/08.5YIPRT.C1), por citar algunas.

³⁵ Art. 1.A DL 67/2003:

1. “*O presente decreto-lei é aplicável aos contratos de compra e venda celebrados entre profissionais e consumidores.*
2. “*O presente decreto-lei é, ainda, aplicável, com as necessárias adaptações, aos bens de consumo fornecidos no âmbito de um contrato de empreitada ou de outra prestação de serviços, bem como à locação de bens de consumo*”.

³⁶ J. MORAIS CARVALHO, *Manual...*, op. cit., p. 185, habla concretamente de “*locação financeira, o aluguer de longa duração ou aluguer operacional de veículos, entre outras*”. En términos parecidos, J. CALVÃO DA SILVA, *Venda de bens de Consumo*, Almedina, Coimbra, 2004, p. 53; M. J. DA COSTA GOMES, *Estudos...*, op. cit., p. 119.

³⁷ Se excluyen los productos adquiridos en subasta judicial por el mecanismo legal mediante el cual son enajenados, porque no se trata de una relación de consumo y por el sujeto que realiza la entrega -la autoridad judicial-; quedan comprendidas, sin embargo, en los arts. 1484 ss CC pues el art. 1489 CC no las excluye.

³⁸ La exclusión en estos casos es más discutible pues nos encontramos ante contratos mixtos y, en ocasiones, puede resultar conveniente acudir a las normas de la compraventa para proteger al comprador (ej. la acción *quantum minoris* en el caso de que se aprecien defectos en la calidad del servicio, acción prevista expresamente para el suministro del gas en el art. 86.3 Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de Hidrocarburos).

³⁹ Se trata de un tipo de subasta regulada por la normativa administrativa en la que necesariamente el subastante o anunciante es un ente de titularidad administrativa.

⁴⁰ Junto a las exclusiones expresas debemos tener presentes las exclusiones tácitas: a) bienes inmuebles, aunque autores como J. AVILÉS GARCÍA, “Compraventa de productos de consumo”, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, (dir.) *Tratado de Contratos. T II*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 2114, y “Las garantías...”, op. cit., pp.1643 y 1644, defiende la inclusión de los bienes inmuebles por incorporación o destino; b) bienes muebles mencionados en el art. 336 CC pues el TRLGDCU sólo remite al art. 335 CC y suponen el derecho a percibir una cantidad de dinero no un bien propiamente dicho.

⁴¹ Véanse las SAP Granada, sección 3ª, de 21 de noviembre de 2008 (*JUR* 2009/60612), SAP de Girona, sección 1ª, de 30 junio de 2011 (*JUR* 2011/319992).

incorporados a un soporte físico (programas de ordenador, bancos de datos y productos digitalizados)⁴², e incluso los archivos informáticos tengan o no soporte físico.

12. No está claro qué sucede con los productos que se ofrecen gratuitamente junto al producto que se adquiere (ej. compramos un ordenador y nos regalan unos programas informáticos, promociones de 2 x 1...). Si consideramos el obsequio como donación, quedaría fuera del régimen de garantías; no obstante, hay quienes defienden que, tratándose de una actividad comercial promocional, los productos regalados estarían incluidos en una garantía comercial, garantía que sería igual a la legal en el caso de que quien ofreciera el producto no dijera nada al respecto (función supletoria de la garantía legal)⁴³. Distinto sería el supuesto “lleve 3 por el precio de 2” pues, en ese caso, estaríamos ante una rebaja del precio de los tres productos y resultaría aplicable el régimen de garantías.

13. La norma portuguesa, en cambio, se aparta de la Directiva resultando aplicable no sólo a los bienes muebles sino también a los bienes inmuebles. No en vano, en su art. 1Bb), añadido por el DL 84/2008, define el “*bem de consumo*” como “*qualquer bem imóvel ou móvel corpóreo, incluindo os bens em segunda mão*”⁴⁴. Nuestro país vecino no excluye la aplicación de esta norma al agua, gas y electricidad; como indica MENEZES CORDEIRO, son “*bens corpóreos*”⁴⁵. Tampoco excluye del concepto de bienes de consumo la disposición lusa los bienes vendidos en el ámbito de un proceso judicial, lo que ha generado la correspondiente controversia doctrinal. En opinión de MORAIS CARVALHO, ese silencio no debe interpretarse en el sentido de que dicha venta ha de entenderse comprendida en el ámbito de aplicación de la norma objeto de estudio; y ello, por dos razones: 1) en dichos casos no puede decirse que efectivamente exista una relación jurídica de consumo pues el vendedor no es realmente un profesional (no tiene un contacto mínimo con el bien ni conocimientos específicos en la materia que le permitan garantizar la conformidad del bien en los términos previstos por el DL; y 2) el art. 838 Código de Processo Civil contempla expresamente el supuesto de la falta de conformidad con lo anunciado en el ámbito de la venta judicial, indicando que el comprador puede pedir la anulación de la compraventa y una indemnización⁴⁶; ahora bien, a su juicio, en la medida en que se adecúen al proceso de venta judicial, debe acudirse a los criterios que ofrece el art. 2.2 del DL 67/2003 a la hora de interpretar la expresión “*falta de conformidade com o que foi anunciado*”⁴⁷.

14. Las recientes Directivas (UE) 2019/771 y (UE) 2019/770 del Parlamento Europeo y del Consejo –complementarias entre sí– suponen un cambio en el ámbito de aplicación. La Directiva (UE)

La dificultad que suscitan los animales reside en determinar si son un bien nuevo o de segunda mano porque, como veremos más adelante, el régimen de protección no es el mismo.

⁴² Mientras unos autores como C. LASHERAS ROMERO, “La falta...”, *op. cit.*, p 219, ponen de relieve la falta de claridad de la doctrina en torno a la sujeción del mercado de bienes electrónicos al régimen del TRLGDCU, otros como J. AVILÉS GARCÍA, “Las garantías...”, *op. cit.*, pp. 1639, 1647 y 1648, defienden que cabe entender comprendidas las compraventas que recaigan sobre “consumibles informáticos” y que, por lo que se refiere a los programas informáticos, la solución dependerá del programa de que se trate y del medio utilizado para su puesta a disposición del consumidor.

⁴³ Es el caso de S. DIAZ ALABART, “Dos cuestiones en torno a la protección del consumidor en la compraventa de productos de consumo: la garantía del producto sustituto y la del producto que se obsequia con la compra de otro”. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 11, 2008, (BIB 2008,1628).

⁴⁴ El Ac. do TRP de 24 de febrero de 2014 (proceso: 2644/10.3TBMTS.P1) insiste en la idea de “Deve ser aplicável aos contratos de compra e venda de fracção autónoma de prédio urbano destinada a habitação própria e permanente dos adquirentes o regime de bens de consumo”. El Ac. do 12 de marzo de 2019 (processo: 190/15.8T8CNT.C2), por su parte, considera que “Configura uma compra e venda de consumo (o sub-tipo contratual da compra e venda de consumo) aquela que é estabelecida entre alguém que compra uma fracção habitacional dum prédio constituído em propriedade horizontal, a propósito da qual não há qualquer indício dum «uso profissional», e uma sociedade por quotas que tem como objecto a actividade (por natureza lucrativa) de construção civil e que procedeu à construção do prédio e sua posterior constituição em propriedade horizontal”.

⁴⁵ A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, p. cit., p. 148, refiriéndose a la energía.

⁴⁶ El Código de Processo civil fue aprobado por la Ley 41/2013. En su apartado 1, el referido art. 838 establece: “Se, depois da venda, se reconhecer a existência de algum ónus ou limitação que não fosse tomado em consideração e que exceda os limites normais inerentes aos direitos da mesma categoria, ou de erro sobre a coisa transmitida, por falta de conformidade com o que foi anunciado, o comprador pode pedir, na execução, a anulação da venda e a indemnização a que tenha direito, sem prejuízo do disposto no artigo 906.º do Código Civil”.

⁴⁷ J. MORAIS CARVALHO, *Manual...*, *op. cit.*, p. 183 y 184.

2019/771 establece normas sobre determinados requisitos relativos a los contratos de compraventa de bienes; la Directiva (UE) 2019/770, por su parte, establece normas sobre determinados requisitos relativos a los contratos de suministro de contenidos o servicios digitales. Así pues, para satisfacer las expectativas de los consumidores y garantizar un marco legal claro y sencillo para los empresarios de contenidos o servicios digitales, la Directiva (UE) 2019/771 se aplica a los contratos de compraventa de bienes, entre ellos, los bienes con elementos digitales que requieren un contenido o servicio digital para cumplir sus funciones y la Directiva (UE) 2019/770 se aplica al suministro de contenidos o servicios digitales⁴⁸, incluidos –de acuerdo con su art. 3.3- los contenidos digitales suministrados en un soporte material, como DVD, CD, memorias USB y tarjetas de memoria, así como al soporte material propiamente dicho, siempre que el soporte material sirva exclusivamente como portador de los contenidos digitales. En el presente trabajo, nos centramos en el estudio de la primera de ellas.

15. Por lo que se refiere al tipo de contratos a los que resulta aplicable la Directiva (UE) 2019/771, cabe señalar que se aplica, en primer lugar, a los contratos de compraventa (art. 3.1). Como novedad respecto a la Directiva 1999/44/CE, el art. 2.1 de la Directiva (UE) 2019/771 define el contrato de compraventa como *“todo contrato en virtud del cual el vendedor transmite o se compromete a transmitir la propiedad de los bienes a un consumidor, y el consumidor paga o se compromete a pagar su precio”*. Sobre esta base, podemos afirmar que la referida Directiva no se aplica a los contratos en los que el consumidor se obliga a una prestación distinta de la de pagar un precio (ej. la permuta) o el empresario no transmite la propiedad de un bien, sino su uso temporal a cambio de un precio (ej. arrendamiento); y, lógicamente, tampoco cuando el consumidor no asume obligación alguna (donación)⁴⁹. En segundo lugar, al igual que sucedía con la Directiva 1999/44/CE, la nueva Directiva se aplica a los contratos de suministro de bienes que han de fabricarse o producirse. El art. 3.2 dice textualmente que estos contratos *“se considerarán contratos de compraventa a efectos de la presente Directiva”*⁵⁰.

16. La compraventa ha de recaer sobre *“bienes”*, entendiendo por tales *“todo objeto mueble tangible”* [art. 2.5).a)]. Quedan comprendidos en esta noción el agua, el gas y la electricidad *“cuando se pongan a la venta en un volumen delimitado o en cantidades determinadas”* (como hasta ahora) y los bienes con elementos digitales –esto es, aquellos objetos muebles tangibles que incorporen contenidos o servicios digitales o estén interconectados con ellos de tal forma que la ausencia de dichos contenidos o servicios digitales impediría que los bienes realizasen sus funciones- *“con independencia de si dichos contenidos o servicios digitales son suministrados por el vendedor o por un tercero”* (art. 3.3)⁵¹. De acuerdo con lo previsto en el Considerando nº 14, *“los contenidos digitales que se incorporan a un bien o se interconectan con él pueden consistir en cualesquiera datos que se produzcan y suministren en formato digital”* (ej. los sistemas operativos, las aplicaciones y cualquier otro programa informático); pueden estar preinstalados al tiempo de la celebración del contrato de compraventa o pueden instalarse en un mo-

⁴⁸ Por *“contenido digital”* hay que entender, conforme al art. 2.6 Directiva (UE) 2019/771, *“los datos producidos y suministrados en formato digital”* y por *“servicio digital”*, según el art. 2.7 del mismo texto normativo, *“a) un servicio que permite al consumidor crear, tratar, almacenar o consultar datos en formato digital, o b) un servicio que permite compartir datos en formato digital cargados o creados por el consumidor u otros usuarios de ese servicio, o interactuar de cualquier otra forma con dichos datos”*. Como señala M.J. MARÍN LÓPEZ, *“Falta de conformidad del bien vendido y derechos del consumidor en la Directiva 2019/771/UE (1)” (LA LEY 8329/2019)*, *“son contenidos o servicios digitales, entre otros, los programas informáticos, las aplicaciones, los archivos de video, audio o música, los juegos digitales, los libros electrónicos, los programas o servicios de intercambio de videos y audio, de alojamiento de archivos, el tratamiento de textos o los juegos que se orean en el entorno de computación en nube y las redes sociales, etc”*.

⁴⁹ M.J. MARÍN LÓPEZ, *“Falta...”*, *op. cit.*, (LA LEY 8329/2019).

⁵⁰ Como pone de relieve M.J. MARÍN LÓPEZ, *“Falta...”*, *op. cit.*, (LA LEY 8329/2019), la Directiva se está refiriendo a lo que nuestro CC denomina contrato de obra, es decir, el contrato por el que una persona se obliga a ejecutar una obra y entregarla después a la otra parte, a cambio de un precio.

⁵¹ Para que los bienes con elementos digitales queden sujetos a la Directiva (UE) 2019/771 es necesario que los contenidos o servicios digitales *“se suministren con los bienes con arreglo al contrato de compraventa”*. Este art. 3.3 termina presumiendo que, en aquellos casos en que se dude acerca de si el suministro de un contenido o servicio digital incorporado a un bien o interconectado con él forma parte del contrato de compraventa o no, el contenido o servicio digital queda comprendido en el contrato de compraventa.

mento posterior, si así se estipula en el contrato. Los servicios digitales interconectados con un bien, por su parte, “*pueden ser servicios que permiten la creación, el tratamiento, la consulta o el almacenamiento de datos en formato digital, o el acceso a ellos*”, (ej. los programas informáticos como servicio que se ofrece en el entorno de computación en la nube, el suministro continuo de datos de tráfico en un sistema de navegación, o el suministro continuo de planes de entrenamiento adaptados individualmente como en el caso de un reloj de pulsera inteligente). El Considerando nº 15, por su parte, pone algunos ejemplos de bienes con elementos digitales:

- Un teléfono inteligente que se presenta con una aplicación preinstalada (ej. una aplicación de alarma o de cámara). La aplicación está incorporada al propio bien y se suministra en cumplimiento del propio contrato de compraventa.
- Un reloj inteligente que sólo puede cumplir sus funciones con una aplicación que se suministra en virtud del contrato de compraventa pero que el consumidor tiene que instalar en su teléfono inteligente; la aplicación es el elemento digital interconectado al bien (el reloj).
- Un televisor inteligente: si la publicidad del bien indica que incluye una aplicación de vídeo concreta, esa aplicación forma parte del contrato.

Ahora bien, si la ausencia de contenidos o servicios digitales incorporados o interconectados no impide que el bien realice sus funciones, o si el consumidor celebra un contrato para el suministro de contenidos o servicios digitales que no forma parte de un contrato de compraventa de bienes con elementos digitales, no resultaría aplicable la Directiva objeto de estudio (Considerando nº 16). Veámoslo con un ej.: si el consumidor se descarga en su teléfono inteligente una aplicación de juego desde la tienda de aplicaciones, el contrato de suministro de la aplicación de juego es independiente del contrato de compraventa del teléfono, por lo que no está sometido a la Directiva (UE) 2019/771 (pero sí a la Directiva (UE) 2019/770).

17. La Directiva no se aplica a la venta de inmuebles (en relación a estos, el Considerando nº 12 señala que “*los Estados miembros deben tener la facultad para regular los contratos de compraventa de bienes inmuebles, como los edificios de viviendas, y los componentes principales de estos destinados a constituir una parte importante de tales bienes inmuebles*”), ni a la de muebles no tangibles (por ej., los créditos). Sobre esta base, nada impediría que nuestro legislador –siguiendo el ejemplo portugués– optase por aplicar el régimen de la garantía legal también a los bienes inmuebles; en ese caso, sería preciso llevar a cabo una reforma de más calado –la cual afectaría también al CC, concretamente a los preceptos que regulan el saneamiento por vicios ocultos–, a fin de conseguir un régimen unitario de acciones por defectos de la cosas, y eliminar la confusa distinción actual entre la entrega de una cosa con vicios y la entrega de “*aliud pro alio*”⁵².

18. El art. 3.4 de la Directiva (UE) 2019/771 precisa que no resulta aplicable ni a la venta de bienes por la autoridad judicial tras un embargo u otro procedimiento, ni a los soportes materiales que sirven exclusivamente como portadores de contenidos digitales; como hemos indicado ya, estos últimos quedan sujetos a la Directiva (UE) 2019/770.

19. A la vista de lo dispuesto en el art. 3.5 de la Directiva (UE) 2019/771, cabe señalar que tanto la venta de animales vivos como la de bienes de segunda mano realizada en subasta pública, en principio, caen dentro del ámbito de aplicación de la Directiva; ahora bien, los Estados miembros pueden excluir su aplicación a las mismas, si lo desean. Refiriéndose a la venta de bienes de segunda mano en pública subasta puntualiza que, si un Estado miembro decide excluirlo del ámbito de aplicación de la referida Directiva, hay que garantizar que los consumidores estén informados de que no disponen de los derechos que concede la Directiva. Por lo que se refiere a la venta de animales vivos, no podemos menos que recor-

⁵² A la vista de la trasposición de la Directiva 1999/44/CE por la Ley 23/2003, L.M. MARTÍNEZ VELENCOSO, *La falta de conformidad en la compraventa de bienes*, Bosch, Barcelona, 2007, p. 112-114, incidía ya en lo positivo que habría resultado que el legislador hubiera sido más atrevido y no se hubiera limitado a trasponer la Directiva mediante una ley especial.

dar en este punto la proposición de ley de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales, que se presentó en España el 6 de octubre de 2017 con vistas a modificar la clasificación de los bienes, de tal forma que los animales dejarían de ser considerados bienes semovientes para considerarse seres vivos dotados de sensibilidad; si una norma de esta naturaleza llegara a ser aprobada, podría resultar cuestionable la venta de animales pues parece que los conceptos “seres vivos” y “bien objeto de comercio” no son moralmente compatibles.

20. Finalmente, como pone de relieve MARÍN LÓPEZ, la Directiva objeto de estudio se aplica también a determinados contratos de prestación de servicios, en los términos previstos en su art. 8⁵³.

C) La noción de conformidad y su falta

21. El principio de conformidad obliga al vendedor a entregar al consumidor o usuario un producto que sea conforme al contrato de compraventa y a responder de cualquier falta de conformidad que pueda darse tras la entrega. Producto conforme es aquel que cumpla todas las exigencias pactadas en el contrato y las dispuestas en la ley, a menos que por las circunstancias del caso concreto, no fuera posible aplicar alguna de ellas (esta excepción no se contempla en el MCR), siendo nula toda renuncia previa a los derechos atribuidos al comprador en sede de conformidad legal sobre los productos adquiridos en base a lo dispuesto en el art. 10 TRLGDCU. Dado que la renuncia, en tanto que acto unilateral- casa mal con la aceptación de condiciones generales o con la negociación de cláusulas particulares, conviene recordar que el art. 88.1 TRLGDCU considera abusiva “*La exclusión o limitación de forma inadecuada de los derechos legales del consumidor y usuario por incumplimiento total o parcial o cumplimiento defectuoso del empresario. // En particular las cláusulas que modifiquen, en perjuicio del consumidor y usuario, las normas legales sobre conformidad con el contrato de los bienes o servicios puestos a su disposición o limiten el derecho del consumidor y usuario a la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por dicha falta de conformidad*”. Mayor nivel de protección parece ofrecer el art. IV.A.-2:309 MCR por cuanto determina que los derechos concedidos en relación con la falta de conformidad no podrán excluirse ni limitarse por cláusulas contractuales o por acuerdos celebrados con el vendedor antes de que le sea notificada a éste la falta de conformidad por el consumidor⁵⁴. Y también el art. IV.A.-4:101, el cual contiene una previsión similar en relación a la exclusión o restricción de los remedios aplicables en caso de falta de conformidad en las ventas de bienes de consumo. En la misma línea, el art. 10 DL 67/2003 determina la nulidad de la cláusula en virtud de la cual, antes de la denuncia de la falta de conformidad al vendedor, se excluyen o limitan los derechos que el referido texto normativo confiere a los consumidores⁵⁵.

22. La noción de falta de conformidad restringe así su ámbito a los cumplimientos defectuosos; quedan fuera los cumplimientos tardíos, parciales, la falta de entrega y los defectos jurídicos o pretensiones de terceros⁵⁶.

⁵³ M.J. MARÍN LÓPEZ, “Falta...”, *op. cit.*, (LA LEY 8329/2019).

⁵⁴ E., CORRAL GARCÍA, “Capítulo 2. Obligaciones del vendedor”, en A. VAQUER ALOY, E. BOSCH CAPDEVILA y M.P. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, (coord.) en *Derecho europeo de los contratos. Libros II IV del Marco Común de Referencia*, T. II, Barcelona, 2012, p. 864.

⁵⁵ Art. 10.1 DL 67/2003: “*Sem prejuízo do regime das cláusulas contratuais gerais, é nulo o acordo ou cláusula contratual pelo qual antes da denúncia da falta de conformidade ao vendedor se excluem ou limitem os direitos do consumidor previstos no presente diploma*”.

⁵⁶ En tal sentido se pronuncia, J.R. GARCÍA VICENTE, “La contratación con consumidores” en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, (dir), *Tratado de contratos, II*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 1706. J. MARCO MOLINA, “Los criterios legales de la conformidad con el contrato e el futuro Libro VI del *Codi Civil* de Cataluña: la llamada *conformidad subjetiva* o adecuación de lo entregado al fin individual del comprador”, en M.R LLÁCER MATACÁS, (coord.) *La Codificación del Derecho contractual de Consumo en el Derecho civil catalán*, Madrid, Dykinson, 2015, p. 200, por su parte, señala que “la falta de conformidad es un concepto ecléctico destinado a absorber todos los supuestos de infracción contractual que no sean la entrega tardía y la total falta de entrega”. A. VAQUER ALOY, “El principio de conformidad: ¿supraconcepto en el Derecho de obligaciones?, *ADC*, tomo LXIV, fasc. 1, 2011, p. 11, en cambio, considera comprendidos en el concepto de falta de conformidad no sólo los cumplimientos defectuosos o inexactos sino también el retraso, los vicios o defectos de la cosa e, incluso, la prestación distinta a la pactada.

23. El art. 116.1 TRLGDCU enumera los requisitos (de naturaleza objetiva y subjetiva) que debe cumplir el bien entregado para que sea conforme con el contrato. Resumiéndolos, podemos decir que la conformidad se mide en atención a: a) la descripción del bien en el contrato [a diferencia del art. IV.A.-2:301 y IV.A.-2:302 (d), no alude a los defectos de cantidad, calidad del producto, ni al embalaje o envasado defectuoso⁵⁷]; b) su aptitud para el uso a que ordinariamente se destinan los productos del mismo tipo [en el MCR, se contempla en el art. IV.A.-2:302 (b)]; c) su aptitud para el uso especial requerido por el comprador [en el MCR, se contempla en el art. IV.A.-2:302 (a)]; d) el estándar de calidad y prestaciones en productos del mismo tipo [el art. IV.A.-2:302 (f) MCR habla de la calidad y prestaciones que el consumidor pueda razonablemente esperar, lo cual debe ser puesto en relación con la venta sobre una muestra o modelo a que se refiere el art. IV.A.-2:302 (c)]; y e) las declaraciones públicas sobre las características del bien que hayan precedido a su comercialización; el vendedor –puntualiza el precepto (llama la atención que no se incluya también a productor y proveedor⁵⁸)- no quedará obligado por estas declaraciones si demuestra que desconocía y no cabía razonablemente esperar que conociera la declaración en cuestión⁵⁹, que dicha declaración había sido corregida en el momento de celebración del contrato o que no pudo influir en la decisión de comprar el producto⁶⁰. [El art. IV.A.-2:303 MCR no contempla causa de exoneración alguna pero, si se pone en relación con el art. II.-9:102 (5), comprobamos que el vendedor podría dirigirse contra el fabricante u otro tercero en la cadena de comercialización cuando el comprador sea un consumidor y el vendedor desconociera o no cupiera esperar que conociera tales declaraciones]. Desde la doctrina, no obstante, se ha resaltado el carácter incompleto de los criterios estipulados en este art. 116 TRLGDCU⁶¹.

M.P. GARCIA RUBIO, “La transposición de la Directiva 1999/44/CE al Derecho español. Análisis del proyecto de ley de garantías en la venta de bienes de consumo”, *Diario La Ley*, N° 5747, Sección Doctrina, 26 de marzo de 2003, (LA LEY 424/2003), por su parte, considera que la idea de conformidad es más amplia que los clásicos conceptos de los códigos decimonónicos e incluso de los dos primeros tercios del siglo XX que aluden a los vicios, defectos o falta de calidad de los bienes. Recordando un ejemplo puesto por J. SINDE MONTEIRO, “Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à venda e às garantias dos bens de consumo”, *Revista Jurídica da Universidade Moderna*, I, 1998, págs. 461-479 –la venta de un vehículo fabricado en 1997 y entrega de uno del año anterior en perfectas condiciones, en el que no hay defecto, pero sí falta de conformidad- afirma que la noción de falta de conformidad abarca “cualquier supuesto de falta de cumplimiento distinto de la no entrega de la cosa”; comprende, por consiguiente, las situaciones de entrega de una cantidad menor de la debida o la de un *aliud pro alio*, que en nuestro Derecho interno actual seguirían el régimen general del incumplimiento y no el de saneamiento por vicios.

⁵⁷ A ellos se refiere C. LASHERAS ROMERO, “La falta...”, *op. cit.*, pp. 220 y 221, calificándolos como supuestos controvertidos. Por lo que se refiere al defecto de cantidad, plantea el supuesto de la venta de una colección de varias unidades en las que falta la entrega de una, para señalar que, por una parte, podría defenderse que estamos ante una falta de conformidad por cuanto se trata de un producto unitario –aunque dividido en unidades- que no cumple con las satisfacciones del comprador; ahora bien, también cabría entender que, si se produce la adquisición de varios bienes independientes, que pueden cumplir su fin sin necesidad de los demás, y no se entrega uno de ellos, existiría conformidad en relación a los bienes entregados pero, respecto al restante, estaríamos ante una falta de entrega, no ante una falta de conformidad. En relación al bien que no reúne la calidad exigible, recuerda la doctrina que considera la entrega de cosa diversa (supuesto del *aliud pro alio*) como falta de conformidad. Finalmente, por lo que respecta a la falta de conformidad que deriva del hecho de que el bien no se haya embalado o se haya embalado de forma defectuosa, considera aplicable también el TRLGDCU, pues afecta a la calidad del bien; en su opinión, en primer lugar, habrá que estar a lo que hayan pactado las partes (si han decidido no embalar, no hay razón para que opere la norma) y, en defecto de pacto, es preciso atender a las características del producto para saber si, en circunstancias normales, suele ser embalado o envasado (puede prestarse atención, a estos efectos, a la habitualidad del vendedor –o de sus competidores en el mercado- de embalar o envasar el producto de que se trate).

⁵⁸ Según J. AVILÉS GARCÍA, “Las garantías...”, *op. cit.*, p. 1673, una interpretación sistemática permite extender la exención a tales profesionales, al menos, en el primero de los supuestos que se describen en el texto.

⁵⁹ J. AVILÉS GARCÍA, “Las garantías...”, *op. cit.*, p. 1673, considera adecuada esta excepción cuando se refiere a la publicidad pero no en relación al etiquetado, dado el deber de diligencia exigible a todo empresario, sin perjuicio de que pueda repetirse después contra el productor por el incumplimiento de lo publicitado o etiquetado.

⁶⁰ Aunque la exoneración de responsabilidad puede justificarse por el margen de relatividad que afecta a la determinación de cualquier falta de conformidad con el contrato de compraventa, el problema, en este caso, reside –como pone de relieve J. AVILÉS GARCÍA, “Las garantías...”, *op. cit.*, p. 1673, en que “la carga de demostrar tal influjo en la decisión de comprar recae sobre el vendedor, lo cual no parece nada fácil de realizarse por fundamentarse en aspectos netamente subjetivos de muy difícil comprobación”.

⁶¹ E. TORRELLES TORREA, “Comentario a los art. 114-127 TRLGDCU”, en S. CÁMARA LAPUENTE, *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores*, Colex, Madrid, 2011, p. 1072. En un estudio que no se circunscribe al TRLGDCU, A. VAQUER ALOY, “El principio...”, *op. cit.*, p. 16, señala que se puede pensar en otros criterios de conformidad como la duración razonable de la vida útil del bien, el precio o la existencia de recambios o accesorios. Estos criterios serían colores a añadir en la paleta “para completar la gama cromática”.

24. La norma portuguesa, a diferencia de la Directiva 1999/44/CE y de la normativa española, opta, en cambio, por una formulación negativa de la presunción. Tras señalar en el art. 2.1 DL 67/2003 que “*O vendedor tem o dever de entregar ao consumidor bens que sejam conformes com o contrato de compra e venda*”, indica, en el art. 2.2, cuándo se presume que los bienes no son conformes con el contrato. Los supuestos no difieren de los señalados en la referida Directiva, pero se formulan instituyendo una presunción de no conformidad, lo que ha llevado a más de un autor a alzar su voz para cuestionar la técnica utilizada por el legislador⁶². Se presume que no son conformes si:

- a) “*Não serem conformes com a descrição que deles é feita pelo vendedor ou não possuírem as qualidades do bem que o vendedor tenha apresentado ao consumidor como amostra ou modelo;*
- b) “*Não serem adequados ao uso específico para o qual o consumidor os destine e do qual tenha informado o vendedor quando celebrou o contrato e que o mesmo tenha aceitado;*
- c) “*Não serem adequados às utilizações habitualmente dadas aos bens do mesmo tipo*⁶³;
- d) “*Não apresentarem as qualidades e o desempenho habituais nos bens do mesmo tipo e que o consumidor pode razoavelmente esperar, atendendo à natureza do bem e, eventualmente, às declarações públicas sobre as suas características concretas feitas pelo vendedor, pelo produtor ou pelo seu representante, nomeadamente na publicidade ou na rotulagem*”⁶⁴. A la vista de este apartado, la doctrina portuguesa ha discutido si estos dos criterios (calidad y prestaciones habituales de un bien del mismo tipo, por una parte, y expectativas racionales del consumidor, por otra) son cumulativos o alternativos⁶⁵. Por lo que se refiere a las declaraciones públicas realizadas, cabe destacar, en primer lugar, que el precepto deja bien claro que pueden haber sido realizadas por el vendedor, por el productor o por su representante; en segundo lugar, llama la atención que el legislador de nuestro país vecino se haya apartado de lo dispuesto en el art. 2.4 de la Directiva 1999/44/CE y no haya previsto supuestos en los que este criterio no entraría en juego. El resultado es una ley más protectora de los intereses de los consumidores⁶⁶; el vendedor va a tener que responder por las declaraciones de un tercero, en las que no ha intervenido, dando lugar a una responsabilidad objetiva por hecho de tercero en este ámbito^{67 68}. No obstante, como hemos visto, el MCR tampoco las contempla.

25. El producto puede, además, no ser conforme en el caso de que el vendedor realizara una instalación incorrecta del mismo e, incluso, si quien llevó a cabo la instalación fue el consumidor debiéndose, en este caso, la instalación defectuosa a un error en las instrucciones de instalación (art. 116.2

⁶² “*Não se vê*” –afirma L.M., TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. III, 10ª ed., Almedina, Coimbra, 2015, p. 128,- “como se pode presumir uma situação em resultado de um facto negativo, quando corre por conta do vendedor o ónus da prova de ter cumprido a obrigação de entrega dos bens em conformidade com o contrato”.

⁶³ L.M. TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito...*, *op. cit.*, p. 132, considera excesivo este criterio en algunos casos pues, si el consumidor indica al vendedor que pretende utilizar la cosa para un determinado fin y se verifica que es idónea para dicho fin pero no para otros para los que habitualmente sirven las cosas de ese tipo, podrá también reclamar por la falta de conformidad. No comparte su opinión M. J. DA COSTA GOMES, *Estudos...*, *op. cit.*, p. 130, porque, aunque la conclusión efectivamente es esa, no cabe presumir que el consumidor que adquiere un bien declarando que lo adquiere para uno de los fines habituales de los bienes del mismo tipo, pretenda renunciar al resto de utilizaciones posibles.

⁶⁴ En definitiva, lo que ocurre es que la Directiva comunitaria presume los hechos impositivos de la responsabilidad desde que el vendedor pruebe la adecuación de la cosa a los criterios legales (es el comprador-consumidor quien debe probar los hechos constitutivos de la responsabilidad, en su caso; y la norma portuguesa presume el hecho constitutivo de la responsabilidad una vez que el consumidor demuestra la no acomodación del objeto real al objeto ideal previsto en el Decreto. Así lo pone de relieve A. JUÁREZ TORREJÓN, *La protección contractual del consumidor por las faltas de conformidad de los productos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 123.

⁶⁵ Así lo pone de relieve L.M. TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito...*, *op. cit.*, p. 133, quien se muestra a favor de la segunda.

⁶⁶ J. CALVÃO DA SILVA, *Venda...*, *op. cit.*, p. 66.

⁶⁷ Así la califica L.M. TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito...*, *op. cit.*, p. 135.

⁶⁸ Un estudio detenido de las declaraciones públicas como criterio de conformidad en la Directiva 1999/44/CE, la ley española 23/2003 y el DL 67/2003 portugués puede verse en M.J. MARÍN LÓPEZ, “El carácter vinculante de las declaraciones públicas en la venta de bienes de consumo (en la Directiva 1999/44/CE)”, en *Estudos de Direito do Consumidor*, nº 7, Coimbra, Centro de Estudos do Consumo, 2005, pp. 211-244.

TRLGDCU, art. 2.4 DL 67/2003 y, en términos casi idénticos, art. IV.A.-2:304 MCR)⁶⁹. Para asegurarse de que la instalación de un producto queda comprendida en el precio, el consumidor debe pedir que se especifique tal dato en la factura con claridad.

26. La regulación de la conformidad de los bienes en la Directiva (UE) 2019/771 presenta no pocas novedades, que van a obligar a los distintos Estados miembros a modificar su actual regulación. De entrada, a diferencia de la Directiva 1999/44/CE –la cual contemplaba únicamente un listado con cuatro criterios- y de las disposiciones nacionales de España y Portugal aún vigentes, la nueva Directiva –tras señalar, en su art. 5, que “*el vendedor suministrará al consumidor bienes que cumplan los requisitos de los art. 6, 7 y 8, según sean de aplicación, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 9*”- prevé cuatro requisitos subjetivos de conformidad (art. 6), cuatro requisitos objetivos de conformidad (art. 7), y, finalmente, el supuesto específico de falta de conformidad por incorrecta instalación del bien (art. 8). De los referidos preceptos, se infiere con claridad que el bien debe reunir cada uno de los requisitos que se enumeran “*cuando sea de aplicación*” [art. 5, art. 6 (primer inciso) y art. 7.1.b) y c)]; es decir, no es necesario que se reúnan todos los requisitos a la vez, pero, entre los que resulten de aplicación, -como señala MARÍN LÓPEZ- “esta aplicación es cumulativa”; cabe “la aplicación simultánea de varios de estos criterios, en la medida en que todos ellos constituyen mecanismos de determinación e integración del contenido del contrato”⁷⁰. Por otra parte, hay que resaltar que, a la vista del Considerando nº 35 de la Directiva, la conformidad ha de aplicarse no sólo a los vicios materiales sino también a los jurídicos. Dicho esto, analicemos los diferentes requisitos que se contemplan en la nueva Directiva.

27. Según el art. 6 de la Directiva (UE) 2019/771, los requisitos subjetivos que deben cumplir los bienes para ser conformes son: a) ser acordes a la descripción, el tipo, la cantidad y la calidad y poseer la funcionalidad, compatibilidad, interoperabilidad y demás características según disponga el contrato de compraventa; b) ser aptos para los fines específicos para los que el consumidor los necesite y que este haya puesto en conocimiento del vendedor como muy tarde en el momento de la celebración del contrato, y respecto de los cuales el vendedor haya expresado su aceptación; c) entregarse junto con todos los accesorios e instrucciones, también en materia de instalación, según disponga el contrato; y d) suministrarse con actualizaciones según disponga el contrato de compraventa. De todos ellos, en la Directiva 1999/44/CE sólo estaba presente el b) y la referencia a la descripción que encontramos en el a)⁷¹. Estos requisitos subjetivos –particularmente los expresados bajo las letras a), c) y d)- tienen en común el hecho de que nacen del propio contrato; en buena lógica, entiende el legislador comunitario que el primer elemento que hay que tener en cuenta para decidir sobre la conformidad del bien es el contrato de compraventa, o -dicho con otras palabras- los pactos expresos entre vendedor y consumidor en relación al bien; así pues, si el bien no reúne las características expresadas en el contrato, no será conforme.

28. El requisito más elemental es el comprendido en el art. 6.a), según el cual, como acabamos de decir, los bienes entregados han de ser acordes “*a la descripción, el tipo, la cantidad y la calidad y poseerán la funcionalidad, compatibilidad, interoperabilidad y demás características*” previstas en el contrato de compraventa. El tenor de este precepto obliga a hacer, en primer lugar, algunas precisiones terminológicas. ¿Qué hay que entender por funcionalidad, compatibilidad e interoperabilidad? El legislador lo aclara en los art. 2.8, 2.9 y 2.10, indicando que: a) la funcionalidad del bien es “*la capacidad de los contenidos o servicios digitales de realizar sus funciones teniendo en cuenta su finalidad*”; b) la compatibilidad es “*la capacidad de los bienes de funcionar con los aparatos (hardware) o programas (software) con los cuales se utilizan normalmente los bienes del mismo tipo, sin necesidad de convertir los bienes, aparatos (hardware) o programas (software)*”; y c) la interoperabilidad es “*la capacidad de los bienes de funcionar con aparatos (hardware) o programas (software) distintos de aquellos con los cuales se utilizan normalmente los bienes del mismo tipo*”. En segundo lugar, nos lleva a puntualizar que, para determinar si el bien es conforme o no, no hay que atender únicamente a los siete parámetros

⁶⁹ Véase la SAP de Granada, sección 3ª, de 25 de junio de 2010 (JUR 2010\356019).

⁷⁰ M.J. MARÍN LÓPEZ, “Falta...”, *op. cit.*, (LA LEY 8329/2019).

⁷¹ Concretamente, en el art. 2.2.a) y b) de la Directiva 1999/44/CE.

que recoge de forma expresa sino a todas las características que se hayan pactado sobre el mismo⁷²; si el bien no presentara alguna de las características, cualidades o prestaciones pactadas, habrá falta de conformidad, y el consumidor podrá dirigirse contra el vendedor.

29. También derivan del contrato los requisitos de conformidad enunciados en el art. 6.c) y 6.d) de la Directiva; en consecuencia, habiéndose pactado en el contrato que el bien se entregaría con los accesorios y las instrucciones (las de instalación, por ej., pero también quedarían comprendidas otras como las de mantenimiento) o habiéndose pactado, en el caso de los bienes con elementos digitales, que se suministrarían actualizaciones, dichos elementos deberán ser entregados por el vendedor; de no ser así, el consumidor podrá exigir al vendedor la puesta en conformidad del bien.

30. El requisito expresado en el art. 6.b) –el relativo a que el bien ha de servir para el fin específico requerido por el consumidor, siempre que el vendedor haya aceptado que el bien sirve para dicho fin–, por su parte, es dotado de una nueva redacción pero tiene el mismo alcance que su predecesor, el art. 2.2.b) de la Directiva 1999/44/CE. Estamos, pues, ante declaraciones realizadas por las partes en relación a las cualidades del bien que no se han plasmado en el contrato. Dice el precepto que el vendedor debe haber aceptado que el bien sirve para el fin específico requerido por el consumidor pero en ningún momento dice que esa aceptación deba revestir una forma concreta y ello –como ya pusiera de relieve LASHERAS ROMERO en relación a la Directiva de 1999 y el TRLGDCU– dificulta la prueba: difícilmente podrá el comprador probar que el vendedor había aceptado que el bien servía para el fin que él quería darle si no media una declaración/aceptación escrita⁷³.

31. El art. 7.1 de la Directiva 2019/771, como decíamos, enumera como requisitos objetivos para la conformidad los que siguen:

- a. los bienes han de ser “*aptos para los fines a los que normalmente se destinan bienes del mismo tipo*”. Dicha regla se encontraba ya en el art. 2.2.c) de la Directiva 1999/44/CE, si bien esta última hablaba de “*usos*” en vez de “*fines*”. Pero la nueva disposición añade: “*teniendo en cuenta, cuando sea de aplicación, toda norma vigente de la Unión o nacional, toda norma técnica existente o, a falta de dicha norma técnica, todo código de conducta específico de la industria del sector*”. Así pues, los fines de un bien pueden averiguarse teniendo en cuenta lo que establezcan las normas técnicas o incluso los códigos de conducta de determinados sectores⁷⁴.
- b. en el caso de que el vendedor haya facilitado al consumidor una muestra o modelo antes de celebrar el contrato, el bien entregado debe tener las cualidades de esa muestra o modelo, y las que resulten de la descripción de la muestra realizada por el vendedor. Este requisito aparecía también en la Directiva 1999/44/CE [art. 2.2.a)]⁷⁵.
- c. “*cuando sea de aplicación, [los bienes] se entregarán junto con los accesorios, en particular el embalaje, y las instrucciones de instalación o de otro tipo que el consumidor pueda razonablemente esperar recibir*”. Este criterio de conformidad constituye una novedad en la Directiva pero no para la doctrina; como hemos visto, algunos autores venían señalando des-

⁷² No en vano, el precepto hace referencia a “las demás características” a modo de cláusula de cierre.

⁷³ C. LASHERRAS ROMERO, “La falta...”, *op. cit.*, p. 225 y 226. Añade el autor que se trata de un supuesto que no se da con mucha frecuencia en la práctica, lo que hace que se acentúen las dificultades probatorias. A modo de ilustración, recuerda la SAP de Cantabria de 6 de mayo de 2005 (AC 2005,1834) en la que se estimó que existía falta de conformidad en un supuesto en el que una señora había comprado unos zapatos de hombre, para una tercera persona, señalando que el vendedor conocía la exigencia de un uso especial para dichos zapatos distinto del uso habitual, que sería el uso del bien por la señora que los compró; en este caso, ante la imposibilidad de sustituir los zapatos defectuosos, la AP consideró procedente la resolución del contrato.

⁷⁴ M.J. MARIN LÓPEZ, “Falta...”, *op. cit.*, (LA LEY 8329/2019).

⁷⁵ A la vista del TRLGDCU, autores como C. LASHERRAS ROMERO, “La falta...”, *op. cit.*, pp. 223 y 224, inciden particularmente en los problemas para probar este tipo de venta sobre muestra. Para empezar, tendrá que ser el comprador el que pruebe las cuestiones que estime convenientes y el vendedor quien deba alegar que la muestra y el bien vendido presentan una identidad de calidad; para continuar, no va a resultar fácil conseguir la muestra para probar esa identidad.

de hace tiempo que no cabía excluir la aplicación de falta de conformidad con el embalaje o envase⁷⁶. Así pues, aunque en el contrato no se haya pactado que los bienes han de entregarse embalados o envasados de una determinada manera [si se hubiera pactado resultaría exigible con base en el art. 6 Directiva (UE) 2019/771], estaremos ante una falta de conformidad tanto en el supuesto de que el bien se entregue sin haber sido embalado o envasado como en aquel en que lo hubiera sido, pero de forma inadecuada o defectuosa. Lo mismo sucede cuando el vendedor, debiendo entregar las instrucciones de instalación o de otro tipo (ej. instrucciones de mantenimiento del bien), no las entrega o entrega unas instrucciones defectuosas, dando lugar a una incorrecta instalación del bien o a un mantenimiento inadecuado⁷⁷.

- d. los bienes han de presentar la cantidad y poseer las cualidades y otras características (particularmente, respecto de la durabilidad, funcionalidad, compatibilidad y seguridad) “*que presentan normalmente bienes del mismo tipo y que el consumidor pueda razonablemente esperar, dada la naturaleza de los bienes y teniendo en cuenta cualquier declaración pública realizada por el vendedor, o en su nombre, por otras personas en fases previas de la cadena de transacciones, incluido el productor, especialmente en la publicidad o el etiquetado*”. Este requisito presenta un cierto paralelismo con el del art. 2.2.d) de la Directiva 1999/44/CE, pero su redacción actual es mucho más completa. Si el precepto de 1999 hacía referencia únicamente a la “*calidad y las prestaciones habituales*”, el nuevo alude a la cantidad, cualidades y otras características, incluyendo algunas específicas de bienes con elementos digitales (durabilidad, funcionalidad, compatibilidad y seguridad); no hace referencia al precio pero no nos cabe la menor duda de que es también un elemento a tener en cuenta⁷⁸. Aunque la expresión “*que el consumidor pueda razonablemente esperar*” podría hacernos pensar que estamos ante un criterio subjetivo, el término “*razonablemente*” –al igual que el término “*fundadamente*” en la derogada Directiva de 1999- marca el carácter objetivo del requisito, limitando la intervención del consumidor. Como decía LASHERAS ROMERO refiriéndose a la normativa anterior, “las características del producto, así como de bienes sustitutivos, del precio, de la actitud del mercado, de los productores y de los consumidores deben ser los que marquen la guía fundamental del precepto”; por muy correctas que sean las expectativas del comprador, no deben ser tenidas en cuenta si no corresponde con lo que razonablemente –utilizando el término que emplea la nueva Directiva- cabe esperar del productor adquirido por el comprador⁷⁹. El bien ha de adecuarse, además, a las características declaradas públicamente por el vendedor o por otras personas que intervienen en las fases previas de la cadena de transacciones, incluido el productor⁸⁰; en relación a esta cuestión, cabe resaltar que la nueva Directiva amplía el elenco de personas que pueden haber realizado la declaración con relación a la de 1999, la cual sólo contemplaba las declaraciones realizadas por el vendedor, el productor o su representante; por lo demás, la Directiva (UE) 2019/771 sigue haciendo referencia expresa –a título ejemplificativo, en nuestra opinión- a las declaraciones realizadas en la publicidad o en el etiquetado⁸¹ y especifica –en su art. 7.2- los tres casos en que las declaraciones públicas no vinculan al vendedor. Dichos supuestos –que coinciden en buena medida con los contemplados en el art. 2.4 de la Directiva 1999/44/CE- son:

⁷⁶ Sirva como muestra C. LASHERAS ROMERO, “La falta...”, *op. cit.*, p. 221.

⁷⁷ M.J. MARÍN LÓPEZ, “Falta...”, *op. cit.*, (LA LEY 8329/2019).

⁷⁸ Es evidente que, aunque operen en el mismo mercado, no cabe exigir las mismas prestaciones a dos bienes entre los cuales existe una diferencia de precio importante, pues esa diferencia de precio justifica que ambos productos no tengan la misma calidad.

⁷⁹ Incidía C. LASHERAS ROMERO, “La falta...”, *op. cit.*, p. 226, además, en las dificultades que en la práctica puede plantear la apreciación de esta falta de conformidad pues el juez tiene también su propia apreciación de las características del producto y ello “produce un gran margen de arbitrio así como inseguridad jurídica en los consumidores”.

⁸⁰ Según M.J. MARÍN LÓPEZ, “Falta...”, *op. cit.*, (LA LEY 8329/2019), las declaraciones públicas son un criterio de conformidad y habría sido bueno que la nueva Directiva los hubiera regulado en un apartado diferente, al margen de la letra d).

⁸¹ Son predicables de la nueva Directiva las afirmaciones formuladas por C. LASHERAS ROMERO, “La falta...”, *op. cit.*, p. 228, en relación a la anterior: No todo tipo de declaraciones públicas vinculan; “sólo aquéllas que publiquen características concretas del bien. Entre publicidad persuasiva e informativa”, hemos de quedarnos con esta última, por el contenido concreto que tienen y siempre que se refieran a la calidad y prestaciones habituales del bien.

- el vendedor desconocía la declaración pública y no cabía razonablemente esperar que la conociera
- en el momento de la celebración del contrato, la declaración pública había sido corregida del mismo modo en el que había sido realizada o de modo similar. La diferencia entre ambas Directivas reside en que la de 1999 no exigía formalidad alguna para entender operativa la exención de responsabilidad, por lo que la doctrina entendía que bastaba con que el consumidor tuviera conocimiento de la corrección⁸²; ahora se exige que la corrección se lleve a cabo del mismo modo en que se realizó la declaración inicial o en otro similar.
- la declaración pública no pudo influir en la decisión de adquirir los bienes⁸³.

32. Novedoso es el contenido del art. 7.3 de la Directiva (UE) 2019/771, el cual viene a incorporar un criterio de conformidad objetivo específico para las actualizaciones de los bienes con elementos digitales. Según este precepto, el vendedor velará por que se comuniquen y suministren al consumidor las actualizaciones, incluidas las relativas a la seguridad, que sean necesarias para mantener dichos bienes en conformidad durante el período que el consumidor pueda razonablemente esperar (en el caso de que el contrato haya previsto un único acto de suministro de contenido digital o servicio digital) o durante el plazo de dos años o el (superior) fijado en el contrato (en el caso de que el contrato establezca el suministro continuo de contenidos o servicios digitales durante un período inferior o superior a dos años)⁸⁴. El art. 7.4, por su parte, exonera de responsabilidad al vendedor por la falta de conformidad causada por la falta de actualización cuando el consumidor no haya instalado la misma en un plazo razonable, siempre y cuando: 1) el vendedor hubiese informado al consumidor sobre la disponibilidad de la actualización y las consecuencias de su no instalación y 2) la no instalación de la actualización por el consumidor o su instalación incorrecta no se deba a deficiencias en las instrucciones de instalación facilitadas al consumidor.

33. Finalmente, el art. 8 de la Directiva (UE 2019/771) regula un supuesto específico de falta de conformidad, que ya estaba presente en la Directiva 1999/44/CE (concretamente, en su art. 2.5) y, por ende, en los dos Ordenamientos nacionales objeto de estudio en este trabajo: la instalación incorrecta de los bienes. En este caso, el bien adquirido no presenta una falta de conformidad derivada de un defecto material en el bien, sino que los defectos se producen durante su instalación, esto es, durante la prestación de un servicio asociado a un contrato de compraventa. La regla prevista en el precitado art. 8 es la misma que se incluía en la Directiva derogada, si bien hay que decir que la redacción ha mejorado sustancialmente. De acuerdo con este precepto, existe falta de conformidad derivada de una instalación incorrecta de los bienes y, por ende, ha de responder el vendedor en dos casos: a) cuando la instalación forme parte del contrato de compraventa y sea realizada por el vendedor o bajo su responsabilidad; o b) cuando estuviera previsto que la instalación fuese realizada por el consumidor, haya sido realizada por este y la instalación incorrecta se deba a deficiencias en las instrucciones de instalación proporcionadas por el vendedor o, en el caso de bienes con elementos digitales, proporcionadas por el vendedor o por el proveedor de los contenidos o servicios digitales.

34. Entregado el bien con alguna de estas faltas de conformidad, el vendedor deberá responder ante el comprador. Así lo dispone el art. 10.1 de la Directiva (UE) 2019/771, según el cual “*el vendedor será responsable ante el consumidor por cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del bien y se manifieste en el plazo de dos años a partir de ese momento*”⁸⁵. Ahora bien, ¿puede exonerarse de responsabilidad en algún caso?

⁸² En tal sentido, se pronunciaba, por ej., C. LASHERAS ROMERO, “La falta...”, *op. cit.*, p. 229, incidiendo en las dificultades probatorias que se presentaban en función de la vía de comunicación que se hubiera utilizado.

⁸³ En este punto, son, de nuevo, predicables de la nueva Directiva los problemas de prueba sobre los que llamaba la atención C. LASHERAS ROMERO, “La falta...”, *op. cit.*, p. 229, al comentar esta excepción a la responsabilidad del vendedor en la Directiva de 1999 y el TRLGDCU.

⁸⁴ A la vista del precepto, resulta sumamente clarificadora la exposición de M.J. MARÍN LÓPEZ, “Falta...”, *op. cit.*, (LA LEY 8329/2019).

⁸⁵ La preexistencia de la falta de conformidad era también exigida por el art. 3.1 de la Directiva 1999/44/CE.

35. Aparte de los supuestos que hemos comentado al hablar de la declaración pública, tanto el TRLGDCU como el DL 67/2003 exoneran de responsabilidad al vendedor cuando el consumidor y usuario conociera o no hubiera podido fundadamente ignorar la falta de conformidad en el momento de la celebración del contrato o la misma tuviera su origen en materiales suministrados por el consumidor y usuario (Art. 116.3 TRLGDCU y art. 2.3 DL 67/2003)⁸⁶. La carga de la prueba corresponde pues al vendedor⁸⁷. En el ámbito del MCR, las circunstancias subjetivas del comprador en el momento de la celebración del contrato son tomadas en consideración por el art. IV.A.-2:307 MCR para exonerar de responsabilidad al vendedor; ahora bien, hemos de tener en cuenta que el art. IV.A.-4:301 (4), que impone al comprador el deber de examinar o hacer examinar los bienes, no resulta aplicable a las ventas de bienes de consumo; no estando obligado a examinar los bienes y, por ende, las instrucciones de instalación, es muy probable que el consumidor no aprecie el defecto. La inclusión de una cláusula en el contrato en virtud de la cual “el comprador declara conocer el correcto estado actual del vehículo, por lo que exime al vendedor de cualquier tipo de garantía o responsabilidad por vicios o defectos que surjan con posterioridad a la entrega...” no es óbice para apreciar la falta de conformidad en supuestos como el resuelto por la SAP de Barcelona, sección 1ª, de 28 de diciembre de 2012⁸⁸. Tal expresión alcanza a la conformidad de cuanto pueda observar el comprador a simple vista o de lo que hubiera podido apercibirse empleando una diligencia media; en el caso, el desgaste prematuro de los neumáticos obedecía a un defecto en el eje trasero del vehículo que no era apreciable a simple vista ni perceptible con el mero uso del vehículo.

36. Pues bien, a diferencia de lo que sucede en el TRLGDCU español y del DL 67/2003 luso donde –como acabamos de decir– se exonera de responsabilidad al vendedor por la falta de conformidad que el comprador conocía o debería haber conocido al celebrar el contrato, el art. 7.5 de la Directiva (UE) 2019/771 –en línea con lo previsto en el art. 2.3 de la Directiva 1999/44/CE pero con distinta redacción– determina que “No habrá falta de conformidad en el sentido de lo dispuesto en los apartados 1 o 3 cuando, en el momento de la celebración del contrato, el consumidor hubiese sido informado de manera específica de que una determinada característica de los bienes se apartaba de los requisitos objetivos de conformidad establecidos en los apartados 1 o 3 y el consumidor hubiese aceptado de forma expresa y por separado dicha divergencia en el momento de la celebración del contrato de compraventa”⁸⁹. Si

⁸⁶ A modo de ilustración, cabe recordar aquí la SAP de Zamora, Sección 1ª, de 22 julio de 2019 (*JUR* 2019/267248), dictada en relación a la compraventa de un vehículo de segunda mano que, al tiempo de la venta, tenía 14 años de antigüedad y había recorrido 230000 km y, a los nueve meses de la venta, había sufrido una avería que afectaba a la culata, inyectores y enfriador de gases de EGR. A la vista del informe pericial, el Tribunal concluye que, dado que la avería de la culata-motor-enfriador es un fallo de material que no podía conocer el comprador en el momento de la entrega y podía fundadamente ignorar, el vendedor debe responder; no debe responder, en cambio, por la avería de los inyectores pues es un defecto de desgaste por uso del vehículo, que puede que no lo conociera el comprador en el momento de la compra, pero no podía fundamentalmente ignorar, teniendo en cuenta la antigüedad y kilómetros del vehículo en el momento de la entrega.

En cambio, la SAP de Jaén, sección 1ª, de 20 de diciembre de 2017 (*JUR* 2018/70948), conociendo de un supuesto en que, al poco de comprar el vehículo aparecía en el cuadro de mandos el mensaje “Fallo de Motor,” señala que si, cuando se vende un vehículo no se pregunta al cliente cuál es el uso que le va a dar, si va a circular por carretera o ciudad, el consumidor no tiene por qué saber que un vehículo diesel puede presentar mayor problemática si no se hacen suficientes kilómetros, o no se circula a unas revoluciones determinadas.

En nuestro país vecino, resulta ilustrativo el Ac.do TRC de 13 de noviembre de 2018 (proceso: 379/15.0T8GRD.C2).

⁸⁷ Puntualiza, con razón, J. AVILÉS GARCÍA, “Las garantías...”, *op. cit.*, p. 1675, siguiendo a M.P. GARCÍA RUBIO, “La transposición...”, *op. cit.*, (*LA LEY* 424/2003) p. 1532, que no cabe exigir al comprador una diligencia que comporte un examen del producto en profundidad para advertir los eventuales defectos, pero sí una diligencia mínima derivada de la recepción atenta del producto, y que variará fundamentalmente en función de la naturaleza y del lugar de la entrega. Evidentemente, la diligencia exigible no puede ser la misma tratándose de bienes embalados y precintados, que tratándose de bienes que se pueden examinar o incluso probar. En la misma línea, entre los autores portugueses, L.M. TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito...*, *op. cit.*, p. 136, señala que, confirmado el temor de que la transposición de la Directiva llevase a establecer una carga al consumidor -la de examinar la cosa vendida-, la doctrina considera que la exclusión de responsabilidad del vendedor ha de limitarse a los casos de culpa grave del consumidor; no puede comprender las situaciones de culpa leve; y, mostrándose crítico con la opción del legislador luso, recuerda que los Estados miembros no estaban obligados a incorporar esta exclusión, pues la Directiva 1999/44/CE les permitía introducir normas que ofrecieran una mayor protección al consumidor.

⁸⁸ AC 2013\181.

⁸⁹ Según el art. 2.3 de la vieja Directiva, no hay falta de conformidad “si en el momento de la celebración del contrato el consumidor tenía conocimiento de este defecto o no podría fundadamente ignorarlo”. Para autores como C. LASHERAS ROMERO,

comparamos la redacción de ambas Directivas, en este punto, no cabe duda de que la nueva trata de dar un paso más en la protección del consumidor; para empezar, para excluir la responsabilidad del vendedor ya no basta con que el consumidor tenga conocimiento del defecto al celebrar el contrato (o hubiera debido conocer el mismo), sino que es necesario que el vendedor informe al consumidor acerca de la existencia de la falta de conformidad en cuestión y que el consumidor lo acepte de forma expresa⁹⁰; y para continuar, del precepto se infiere claramente que el vendedor responderá aunque el consumidor hubiera debido saber (no hubiera podido fundadamente ignorar) que el bien tenía una falta de conformidad^{91 92}.

37. Por lo que se refiere a la posibilidad de que el vendedor se exonere de responsabilidad porque la falta de conformidad tiene su origen en los materiales suministrados por el consumidor, la Directiva (UE) 2019/771, en su Considerando nº 20, se limita a decir que “*los Estados miembros deben seguir teniendo la facultad de regular las obligaciones de información que tiene el vendedor en relación con la celebración del contrato o el deber del vendedor de advertir al consumidor, por ej., de determinadas características de los bienes, de la idoneidad de los materiales facilitados por el consumidor o de posibles inconvenientes derivados de solicitudes específicas del consumidor*”, supuesto que ilustra poniendo como ej. la petición de utilizar un tejido determinado para la confección de un traje de fiesta. Tal previsión nos hace pensar que, si el vendedor no hubiese advertido de tales inconvenientes, no debería poder exonerarse de responsabilidad alegando que los materiales suministrados por el consumidor –o incluso las instrucciones por él dadas- eran defectuosos⁹³.

38. Al margen de estos supuestos, el vendedor responde “por cualquier falta de conformidad” [art. 10.1 Directiva (UE) 2019/771], sea del tipo que sea, tenga mayor o menor entidad y con independencia de que haya mediado dolo o culpa en su actuación. No en vano, los remedios que se confieren al consumidor frente al vendedor nacen del incumplimiento, al margen de que el mismo le sea imputable por dolo o culpa. Sobre esta base, el vendedor responderá, aunque actúe con la máxima diligencia, como sucedería en los casos en que la falta de conformidad sea objetivamente imputable al productor, por tratarse de un defecto de origen⁹⁴.

39. Especial interés reviste también el tema de la transmisión del riesgo al comprador-consumidor. Por lo que se refiere a esta cuestión, cabe señalar que la Directiva 2011/83/UE, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores ha venido a armonizar con carácter general las normas nacionales

“La falta...”, *op. cit.*, p. 231, la redacción de las Directivas –aunque él sólo se refiere a la de 1999- resulta más acertada pues “un comprador que consiente un producto con una serie de defectos que conoce en el momento de contratar supone que está conforme con lo que está comprando”, máxime si de ello deriva una rebaja en el precio.

⁹⁰ Al hilo de la Directiva de 1999 y del TRLGDCU, C. LASHERAS ROMERO, “La falta...”, *op. cit.*, p. 232, consideraba que, quizás, la norma debería indicar también que el vendedor no podrá exonerarse de responsabilidad en el supuesto descrito en la nota anterior si media dolo; lo mismo cabría decir con la nueva Directiva en la mano si pensamos en el supuesto hipotético de que el vendedor informe de una falta de conformidad de menor entidad que la real.

⁹¹ Mostramos nuestro acuerdo, en este punto, con M.J. MARÍN LÓPEZ, “Falta...”, *op. cit.*, (LA LEY 8329/2019).

⁹² A la vista de la Directiva 1999/44/CE, C. LASHERAS ROMERO, “La falta...”, *op. cit.*, p.231, consideraba que el criterio al que había que atender para entender que el consumidor debía haber conocido no era otro que el de la diligencia y la buena fe; no obstante, ponían de manifiesto la dificultad a la hora de determinar la pericia exigible pues no puede exigirse un mismo estándar a un comprador medio que a uno especializado, aunque opere como consumidor.

⁹³ Con el TRLGDCU en la mano, C. LASHERAS ROMERO, “La falta...”, *op. cit.*, p. 232, echaba en falta algunas aclaraciones pues: 1) nada decía la norma acerca de la posibilidad de que el vendedor tuviera conocimiento de que los materiales no gozaban de la calidad suficiente, bien porque hubiese sido informado por el comprador o bien por su propia pericia; 2) no se limitaba la exoneración de responsabilidad en los casos de defectos evidentes o en los que el vendedor –en su condición de profesional- hubiera debido apercebirse de la baja calidad de los materiales; 3) el precepto sólo hablaba de materiales, no contemplaba los posibles defectos en las instrucciones dadas por el consumidor. Según el autor, en este último caso, salvo aplicación analógica, no sería posible exonerar de responsabilidad al vendedor, lo cual está fuera de toda lógica; no obstante, aun viendo difícil la extensión dado que la aplicación que se hace de la ley es siempre favorecedora para el consumidor, consideraba que debe incluirse como causa de exoneración. Con anterioridad, refiriéndose a la Ley 23/2003, L.M. MARTÍNEZ VELENCOSO, *La falta...*, *op. cit.*, p. 102, había llamado la atención también sobre la necesidad de fijar un límite a esa exención de responsabilidad del vendedor (ej. la necesidad de que el vendedor –profesional que ha de mostrar una diligencia adecuada a su oficio- advierta al consumidor sobre la mala calidad de los materiales), y sobre los defectos que podían encontrarse en las instrucciones dadas por el consumidor.

⁹⁴ Véase M.J. MARÍN LÓPEZ, “Falta...”, *op. cit.*, (LA LEY 8329/2019).

relativas al momento en que ha de producirse la entrega, pues “*las principales dificultades que encuentran los consumidores y una de las principales fuentes de litigios con los comerciantes guardan relación con la entrega de bienes, en particular con la pérdida o deterioro de los bienes durante el transporte y las entregas tardías o incompletas*”. Esta Directiva parte de la idea de que el comprador consumidor “*tiene el control de los bienes cuando él o un tercero indicado por el consumidor tiene acceso a ellos para utilizarlos como propietario, o posee la capacidad de revenderlos (por ej., cuando ha recibido las llaves o está en posesión de los documentos de propiedad)*” (considerando nº 51). El legislador español traspuso lo previsto en el art. 18 de la referida Directiva en relación a la entrega y la eventual resolución del contrato y lo dispuesto en el art. 20 sobre la transmisión del riesgo, trasladándolo a los art. 66 *bis* y 66 *ter*, respectivamente, TRLGDCU mediante la precitada Ley 3/2014⁹⁵. En nuestro país vecino, el DL 67/2003 no contiene disposición específica al respecto por lo que, inicialmente, era preciso acudir al CC luso, cuyo art. 918 disciplina expresamente el deterioro posterior a la venta pero anterior a la entrega, remitiendo a las reglas del incumplimiento⁹⁶; hoy, la norma de referencia, a estos efectos, son los art. 9.B y 9.C *Lei n.º 24/96, de 31 de julho, que estabelece o regime legal aplicável à defesa dos consumidores* -incorporados mediante la *Lei n.º 47/2014, de 28 de Julho* por la que se procede a la cuarta modificación de la *Lei n.º 24/96, de 31 de julho, que estabelece o regime legal aplicável à defesa dos consumidores*, y a la primera del *Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de fevereiro*, transponiendo parcialmente la Directiva 2011/83/UE-, cuyo tenor es muy similar al de la norma española⁹⁷; las diferencias que se detectan entre ambas se refieren al plazo máximo

⁹⁵ Tras la modificación operada por el RD Ley 9/2017, de 26 de mayo, el art. 66 *bis* TRLGDCU, bajo la rúbrica “*Entrega de los bienes comprados mediante un contrato de venta*”, establece:

1. “*Salvo que las partes acuerden otra cosa, el empresario entregará los bienes mediante la transmisión de su posesión material o control al consumidor y usuario, sin ninguna demora indebida y en un plazo máximo de 30 días naturales a partir de la celebración del contrato.*”
2. “*Si el empresario no cumple su obligación de entrega, el consumidor y usuario lo emplazará para que cumpla en un plazo adicional adecuado a las circunstancias. Si el empresario no hace entrega de los bienes en dicho plazo adicional, el consumidor y usuario tendrá derecho a resolver el contrato.*”

Lo dispuesto en este apartado no será aplicable cuando el empresario haya rechazado entregar los bienes o el plazo de entrega sea esencial a la vista de todas las circunstancias que concurran en su celebración o cuando el consumidor y usuario informe al empresario, antes de la celebración del contrato, de que es esencial la entrega antes de una fecha determinada o en una fecha determinada. En tales casos, si el empresario no cumple su obligación de entrega de los bienes en el plazo acordado con el consumidor y usuario, o en el plazo fijado en el apartado 1, el consumidor y usuario tendrá derecho a resolver el contrato de inmediato.

3. *Cuando se haya resuelto el contrato, el empresario deberá proceder a reembolsar, sin ninguna demora indebida, todas las cantidades abonadas por el consumidor y usuario en virtud del mismo.*
4. *Corresponde al empresario la carga de la prueba sobre el cumplimiento de los plazos a que se refiere este artículo”.*

Manteniendo la redacción dada en 2014, el art. 66 *ter* TRLGDCU, bajo la rúbrica “*Transmisión del riesgo*”, determina: “*Cuando el empresario envíe al consumidor y usuario los bienes comprados, el riesgo de pérdida o deterioro de éstos se transmitirá al consumidor y usuario cuando él o un tercero por él indicado, distinto del transportista, haya adquirido su posesión material. No obstante, en caso de que sea el consumidor y usuario el que encargue el transporte de los bienes o el transportista elegido no estuviera entre los propuestos por el empresario, el riesgo se transmitirá al consumidor y usuario con la entrega de los bienes al transportista, sin perjuicio de sus derechos frente a éste”.*

⁹⁶ El art. 3.1 DL 67/2003 parecía modificar las reglas de transmisión del riesgo en las ventas de consumo, pues, al establecer que la conformidad debía verificarse en el momento de la entrega, hacía pensar que quedaba de cuenta del vendedor todo riesgo sucedido hasta esa fecha; la Directiva 1999/44/CE, en su considerando nº 14, se posicionaba en contra de tal planteamiento, al indicar que las referencias a la fecha de entrega no suponen que los Estados miembros tengan que modificar sus normas sobre transmisión del riesgo. En tal sentido, L.M. TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito...*, *op. cit.*, pp. 136 y 137.

⁹⁷ Los actuales art. 9.B y 9.C de la *Lei n.º 24/96, de 31 de julho*, rezan:

Artigo 9.º-B *Entrega dos bens*

1. “*O fornecedor de bens deve entregar os bens na data ou dentro do período especificado pelo consumidor, salvo convenção em contrário.*”
2. *Na falta de fixação de data para a entrega do bem, o fornecedor de bens deve entregar o bem sem demora injustificada e até 30 dias após a celebração do contrato.*
3. *A entrega dá-se quando o consumidor adquira o controlo ou a posse física do bem.*
4. *Não sendo cumprida a obrigação de entrega dos bens na data acordada ou no prazo previsto no n.º 2, o consumidor tem o direito de solicitar ao fornecedor de bens a entrega num prazo adicional adequado às circunstâncias.*
5. *Se o fornecedor de bens não entregar os bens dentro do prazo adicional, o consumidor tem o direito de resolver o contrato.*
6. *O consumidor tem o direito de resolver imediatamente o contrato sem necessidade de indicação de prazo adicional nos termos do n.º 4, se o fornecedor não entregar os bens na data acordada ou dentro do prazo fixado no n.º 2 e ocorra um dos seguintes casos:*

de 14 días que fija la norma lusa para que el vendedor devuelva el precio al consumidor en caso de resolución del contrato y las consecuencias del incumplimiento de tal norma, frente a la no fijación de plazo y consecuencias que derivarían de incumplimiento del mismo en la española.

40. Partiendo del momento efectivo en que la ley entiende realizada la entrega del producto vendido, la eventual disconformidad tendrá que apreciarse después, una vez se manifieste dentro de los plazos previstos en el TRLGDCU y en el DL 67/2003, a los que nos referiremos más adelante.

D) Remedios ante la falta de conformidad

41. El art. 118 TRLGDCU y el art. 4.1 DL 67/2003 detallan los mecanismos de defensa con que cuenta el consumidor (legitimado activo) frente a los defectos o faltas de conformidad con los bienes: reparación del producto, sustitución, rebaja del precio y resolución del contrato⁹⁸. Esos mismos remedios son los que se contemplan en el art. 13 de la Directiva (UE) 219/771 (art. 13.1 y 13.2). Según el art. 114 TRLGDCU y el art. 3 DL 67/2003, puede hacerlos valer frente al vendedor (su contraparte); pero tanto el art. 124.1 TRLGDCU como el art. 6 DL 67/2003 contemplan también la posibilidad de ejercitarlos directamente frente al productor en ciertos casos. Afirmada la responsabilidad del vendedor por falta de conformidad, la jurisprudencia española ha negado legitimación pasiva, por ej., al servicio de asistencia técnica [SAP de Madrid, sección 14ª, de 8 de mayo de 2008⁹⁹] o al distribuidor del producto [SAP de Valencia, sección 7ª, de 5 de diciembre de 2007¹⁰⁰], con independencia de que el origen de la falta de conformidad se encontrara en ese tercero¹⁰¹.

42. El ejercicio de estas acciones –advierde el art. 117 TRLGDCU- es incompatible con el de las acciones derivadas del saneamiento por vicios ocultos de la compraventa, pero compatible con el ejercicio de una acción indemnizatoria por los daños y perjuicios derivados de la falta de conformidad, de acuerdo

a) *No âmbito do contrato de compra e venda, o fornecedor de bens se reca entregar os bens;*

b) *O prazo fixado para a entrega seja essencial atendendo a todas as circunstâncias que rodearam a celebração do contrato; ou*

c) *O consumidor informe o fornecedor de bens, antes da celebração do contrato, de que a entrega dentro de um determinado prazo ou em determinada data é essencial.*

7. *Após a resolução do contrato, o fornecedor de bens deve restituir ao consumidor a totalidade do montante pago até 14 dias após a referida resolução.*

8. *Em caso de incumprimento do disposto no número anterior, o consumidor tem o direito à devolução em dobro do montante pago, sem prejuízo da indemnização por danos patrimoniais e não patrimoniais a que haja lugar.*

9. *Incumbe ao fornecedor de bens a prova do cumprimento das obrigações estabelecidas no presente artigo”.*

Artigo 9.º-C *Transferência do risco*

1. *“Nos contratos em que o fornecedor envia os bens para o consumidor, o risco de perda ou dano dos bens transfere-se para o consumidor quando este ou um terceiro por ele indicado, que não o transportador, adquira a posse física dos bens.*

2. *Se o consumidor confiar o transporte a pessoa diferente da proposta pelo fornecedor de bens, o risco transfere-se para o consumidor com a entrega do bem ao transportador”.*

⁹⁸ Al hablar de los remedios, la doctrina portuguesa suele referirse también a la oposición por parte del comprador de la excepción de incumplimiento dado que el vendedor debe entregar un bien conforme con el contrato; tal posibilidad encuentra sustento en lo dispuesto en los art. 428-431 CCPort. Esta excepción no puede apreciarse de oficio, sino que ha de ser alegada por el consumidor.

⁹⁹ JUR 2008\177517.

¹⁰⁰ JUR 2008\109634.

¹⁰¹ Cuestión distinta es que, en caso de negativa del vendedor, el consumidor encargue la reparación o la sustitución a un tercero. En opinión de J. AVILÉS GARCÍA, “Las garantías...”, *op. cit.*, p. 1687, no hay razón para rechazar tal posibilidad; tal facultad –argumenta- puede entenderse como la fase previa de una prerrogativa que podría hacerse valer procesalmente en la vía civil en un momento ulterior, en tanto que el comprador no se reembolse los gastos que le hubiere ocasionado la reparación o sustitución realizada por un tercero”. Ahora bien, “de no resolverse la cuestión amistosamente, los jueces o tribunales deberán enjuiciar tanto si han concurrido los requisitos que determinan la existencia de la falta de conformidad como si se han dado las circunstancias que justifique el recurso del comprador a un tercero”. Tales razones obedecen, básicamente, a la necesidad de disponer nuevamente de los bienes defectuosos en buen estado en un plazo imposible de cumplir por el vendedor; por eso, -concluye- sólo es aconsejable acudir a la reparación o sustitución por un tercero cuando no queda duda alguna de que le asiste este derecho.

con la legislación civil y mercantil (art. 1124, 1101 y 1107 CC)¹⁰². Tal precepto choca con la previsión del art. IV.A.-4:202 MCR –inaplicable, pese a su ubicación, a una venta de consumo–, el cual limita la responsabilidad por daños de los vendedores no empresarios al precio fijado en el contrato. En el caso de Portugal, la posibilidad de obtener una indemnización como consecuencia de los daños causados por bienes no conformes con el contrato no se encuentra expresamente contemplada en el DL 67/2003 pero resulta de los principios generales en materia de cumplimiento e incumplimiento de los contratos y, en particular, de lo dispuesto en el art. 12.1 LDC, según el cual: “*O consumidor tem direito à indemnização dos danos patrimoniais e não patrimoniais resultantes do fornecimento de bens ou prestações de serviços defeituosos*”. La responsabilidad que se consagra en este precepto no es una responsabilidad objetiva. El profesional, por tanto, sólo responde por el perjuicio causado al consumidor si media culpa en el cumplimiento de la obligación. Esa culpa, a la vista de lo dispuesto en el art. 799 CCPort¹⁰³, se presume de modo que el consumidor sólo tendrá que probar la falta de conformidad, el daño y el nexo de causalidad¹⁰⁴. Sobre esta base, en nuestro país vecino, se viene entendiendo indemnizable la privación del uso del bien durante el periodo de tiempo en que no es conforme con el contrato así como los gastos derivados de dicha privación, siempre que se pruebe el daño y el nexo de causalidad entre el daño y la falta de conformidad¹⁰⁵.

43. Siguiendo la abrogada Directiva 1999/44/CE, el legislador español, sin embargo, no confiere una libertad absoluta al consumidor a la hora de elegir el mecanismo de protección a utilizar. Conforme a los art. 119.1 y 121 TRLGDCU, la reparación y la sustitución tienen carácter principal o de primer grado; la rebaja del precio y la resolución sólo están disponibles en defecto de los primeros; gozan, por tanto, de un carácter subsidiario. No sucede así en la norma portuguesa donde la posibilidad de elegir entre uno u otro remedio se encuentra únicamente limitada por la imposibilidad o por el abuso del derecho (art. 4.5 DL 67/2003)¹⁰⁶; esa no jerarquización de los remedios ha dado lugar a múltiples interpretaciones. En el ámbito doctrinal, se han ofrecido diferentes argumentos a favor de la existencia de una jerarquía entre los derechos que la ley confiere al consumidor, argumentos que, dada la claridad de la norma lusa, revisten especial interés de cara a la realización de una propuesta de *lege ferenda*. ROMANO MARTÍNEZ apunta, por ejemplo, que, en la medida en que es el profesional el que tiene más conocimientos sobre el bien o servicio, él es el que debe elegir; MENEZES LEITÃO arguye que deben primar las opciones que permitan mantener el negocio; DE GRAVATO MORAIS sostiene que el orden seguido en el art. 4 del DL no es arbitrario¹⁰⁷; y

¹⁰² Véase la SAP de Burgos, sección 3ª, de 4 de junio de 2013 (*JUR* 2013\219530); también la SAP de Alicante, sección 9ª, de 31 de octubre de 2013 (*JUR* 2014/9217), en la que se rechaza la pretensión indemnizatoria del actor al considerar que los daños sufridos en el motor derivaron de una conducta negligente del conductor, quien no detuvo el vehículo pese a haber sido debidamente advertido por los indicadores del cuadro de mandos del mismo; y la SAP de Pontevedra, Sección 1ª, de 21 septiembre de 2017 (*JUR* 2017/252232), dictada en relación a un supuesto en que no estaba claro qué acción había ejercitado el demandante dada la confusa fundamentación jurídica de la demanda, en la que el tribunal consideró que el juez puede poner orden en las pretensiones del actor y aplicar la norma jurídica correcta –art. 114-124 TRLGDCU–, sin alterar los hechos y sin introducir elementos novedosos en el pleito.

¹⁰³ Art. 799 CCPort (Presunção de culpa e apreciação desta)

1. “*Incumbe ao devedor provar que a falta de cumprimento ou o cumprimento defeituoso da obrigação não procede de culpa sua.*”

2. *A culpa é apreciada nos termos aplicáveis à responsabilidade civil*”.

¹⁰⁴ Así lo pone de relieve J. MORAIS CARVALHO, *Manual...*, op. cit., p. 234 y 235.

Sobre la presunción de la culpa pueden verse los Ac. do STJ de 3 de octubre de 2013 (proceso: 3584/04.0TVLSB.L1.S1) y Ac. do TRC de 28 de mayo de 2013 (proceso: 469/11.8T2ILH.P1.C1).

¹⁰⁵ Sirvan como muestra el Ac. do TRC de 25 de octubre de 2011 (proceso: 351/10.6TBPCV.C1), Ac. do TRL de 17 de octubre de 2006 (proceso: 3534/2006-7), Ac. do TRL de 8 de octubre de 2009 (proceso: 3359/07.5TBVD.L1-8). El Ac. do TRP de 11 de noviembre de 2013 (proceso: 270/12.1TBGCP.P1), por su parte, precisa que: “*Uma pessoa só se encontra realmente privada do uso de alguma coisa, sofrendo com isso prejuízo, se realmente a pretender usar e utilizar caso não fosse a impossibilidade de dela dispor*”.

¹⁰⁶ Art. 4.5 DL 67/2003: “*O consumidor pode exercer qualquer dos direitos referidos nos números anteriores, salvo se tal se manifestar impossível ou constituir abuso de direito, nos termos gerais*”. El art. 12 de la Lei 24/96, de 31 de Julho, de Defesa do consumidor, en su versión original, por su parte, ni establecía jerarquía alguna entre los derechos del consumidor a estos efectos ni contemplaba limitación alguna a la hora de elegir el remedio.

¹⁰⁷ F. DE GRAVATO MORAIS, “*A alternatividade dos meios de defesa do consumidor no caso de desconformidade da coisa com o contrato de compra e venda*”, en AAVV, *Liber amicorum Mário Frota. A causa dos direitos dos consumidores*, Coimbra, Almedina, 2012, p. 161.

CALVÃO DA SILVA opina que debe hacerse una interpretación del DL que sea conforme con lo previsto en la Directiva comunitaria¹⁰⁸. En el plano jurisprudencial, se diferencian claramente dos líneas interpretativas: una aboga por la existencia de una jerarquía entre los distintos remedios¹⁰⁹ y otra –mayoritaria- declara que el consumidor puede ejercitar cualquiera de los derechos reconocidos por la ley con el límite del abuso del derecho¹¹⁰. Mas –como decimos- la ley es clara: no establece un orden entre los distintos remedios y la elección del remedio corresponde al consumidor. Lo que no está tan claro son los límites pues la ley remite al abuso del derecho, un concepto jurídico indeterminado que no puede concretarse a priori sino que debe determinarse caso por caso¹¹¹. A tal efecto, hay que tener en cuenta lo previsto en el art. 334 CCPort., según el cual: “*É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito*”¹¹². En términos generales, pues, las posibilidades de elección del consumidor se encuentran limitadas por el respeto al principio de buena fe. Tampoco se aprecia una jerarquía en el MCR, texto en que los remedios son desarrollados en el Libro III (capítulo 3), conteniendo el libro IV (capítulo 4) algunas especialidades aplicables a la venta de bienes de consumo.

44. La Directiva (UE) 2019/771 mantiene en buena medida ese criterio, pues, en su art. 13.4, restringe la posibilidad de instar la reducción proporcionada del precio o la resolución del contrato a los supuestos que siguen:

- a. el vendedor no ha llevado a cabo la reparación o la sustitución o, en su caso, no ha llevado a cabo la reparación o la sustitución de conformidad con lo dispuesto en el art. 14.2 y 14.3, o el vendedor se ha negado a poner los bienes en conformidad con arreglo a lo dispuesto en el art. 13.3;
- b. subsiste la falta de conformidad pese al intento del vendedor de poner los bienes en conformidad;
- c. la falta de conformidad es de tal gravedad que se justifica la reducción inmediata del precio o la resolución del contrato de compraventa, o
- d. el vendedor ha declarado, o así se desprende claramente de las circunstancias, que no pondrá los bienes en conformidad en un plazo razonable o sin inconvenientes significativos para el consumidor.

45. Como puede verse, la regulación difiere en algunos puntos de la Directiva 1999/44/CE (art. 3.5). En línea con dicho instrumento, aunque sin coincidir plenamente, la nueva Directiva (UE) 2019/771 determina que para poder instar los remedios subsidiarios basta con que el vendedor no repare (o sustituya) o repare (o sustituya) pero el bien siga siendo no conforme. Del tenor del precepto se in-

¹⁰⁸ Se hace eco de las opiniones de estos autores J. MORAIS CARVALHO, *Manual...*, op. cit., p. 223.

¹⁰⁹ Véanse, por ej., los Ac. do STJ de 15 de marzo de 2005 (processo: 04B44009), 13 de diciembre de 2007 (processo: 07A4160) y 24 de enero de 2008 (processo: 07B4302), el Ac. TRL de 18 de junio de 2009 (processo: 11157/2008-6) en el que se dice que, aunque el art. 4 DL 67/2003 no hace referencia expresa a esa jerarquía, la misma resulta de los principios generales y está implícita en el precepto cuando establece como límite la imposibilidad y el abuso del derecho, o el Ac. do TRP de 4 de noviembre de 2013 (processo: 4357/10.7TBGDM.P1).

¹¹⁰ Sirvan como muestra los Ac. do STJ de 24 de enero de 2008 (Processo: 07B4302) y 9 de noviembre de 2010 (processo: 12.764/03.5TOER.L1.S1); Ac. do TRL de 15 de diciembre de 2005 (processo: 11735/2005-6), 1 de marzo de 2012 (processo: 777/09.8TBALQ.L1-6) y 18 de abril de 2013 (processo: 3965/08.0TMSNT.L1-8); Ac. do TRP de 7 de marzo de 2005 (processo: 0456404), 4 de febrero de 2010 (processo: 1362/05.9TBGDM.P1), 20 de abril de 2010 (processo: 1451/08.8TJPRT.P1) y 15 de septiembre de 2011 (processo: 7679/08.3TBMTS.P1); Ac. do TRG de 13 de octubre de 2011 (processo: 1327/07.6TBPVZ.G1) y 11 de octubre de 2012 (processo: 1159/08.4TBVCT.G2); Ac. do TRC de 1 de marzo de 2016 (processo: 1684/08.7TBACB.C1) y 15 de diciembre de 2016 (processo: 1638/11.6TBACB.C1).

¹¹¹ J. MORAIS CARVALHO, *Manual...*, op. cit., p. 224, siguiendo a CAPILLI, señala en este sentido que no le parece adecuado considerar que el abuso del derecho “é instrumento jurídico crucial nos conflitos de consumo e na limitação dos amplos direitos conferidos ao consumidor”.

¹¹² Según el Ac. do TRC de 15 de diciembre de 2016 (processo: 1638/11.6TBACB.C1), por ej., “Não actua em abuso de direito o consumidor que depois de ter entregado a viatura para reparação pelo menos 7 vezes, vendo-se confrontado com a subsistência das anomalias, instaura ação contra o vendedor, nela pedindo a resolução do contrato de compra e venda”.

fiere que una única petición de reparación o sustitución que haya resultado infructuosa permite instar la rebaja del precio o la resolución del contrato. Ahora bien, ¿podría estar justificado permitir al vendedor que vuelva a intentar subsanar la falta de conformidad? En su Considerando nº 52, la nueva Directiva responde afirmativamente, pensando en supuestos muy concretos (bienes caros o complejos, por ej.); el legislador comunitario, no obstante, es consciente de la necesidad de tomar en consideración otro factor: ¿cabe esperar que el consumidor mantenga la confianza en la capacidad del vendedor de restablecer la conformidad del bien?¹¹³ Los apartados c) y d), sin embargo, son nuevos, y -como dice MARÍN LÓPEZ- necesarios. Por lo que se refiere al c), convenimos con el referido autor en que “la resolución se justifica cuando el incumplimiento del vendedor frustra definitivamente las expectativas del consumidor, de manera que este ya no tiene interés en el mantenimiento del contrato y pide la resolución”; lo que no se entiende es que en tales circunstancias sea posible solicitar la reducción del precio. En cuanto al d), parece totalmente lógico que, ante una declaración del vendedor afirmando que no va a reparar ni a sustituir, el consumidor pueda acudir inmediatamente a los remedios subsidiarios¹¹⁴.

a) Reparación y sustitución

46. La reparación y la sustitución (acciones de primer grado en el Derecho español pero no en el portugués) constituyen modalidades de la acción general de cumplimiento frente a una ejecución defectuosa de la prestación debida. En el primer caso, el deudor (vendedor) ha de realizar sobre el bien objeto de la venta las actuaciones que sean necesarias para adecuarlo al contenido de su obligación de conformidad; estamos ante una obligación de resultado [SAP de Las Palmas, sección 4ª, de 25 de noviembre de 2002¹¹⁵]¹¹⁶. En el segundo, el deudor (vendedor) ha de entregar un nuevo producto conforme con el contrato, sin las faltas que presentaba el entregado en primer término, el cual le es devuelto¹¹⁷.

47. Por lo que se refiere al Derecho español cabe señalar que del art. 119.1 TRLGDCU no se infiere que exista una relación de dependencia entre ambos remedios; el vendedor queda obligado a cumplimentar la opción elegida por el consumidor¹¹⁸; ahora bien, la facultad de opción del consumidor se sujeta a un doble límite:

48. Para empezar, la facultad de optar entre reparación y sustitución procede “*salvo que una de estas dos opciones resulte objetivamente imposible o desproporcionada*” (art. 119.1)¹¹⁹. Si sólo resultara posible una de ellas, el vendedor no podrá negarse a la única forma de saneamiento que permita poner el bien en conformidad con el contrato pues la UE da prioridad a la ejecución del contrato mediante estas dos formas de saneamiento previstas en primer lugar. Pero, ¿cuándo debe entenderse imposible la reparación o la sustitución y cuándo puede entenderse desproporcionada? La imposibilidad (material o jurídica) constituye una cuestión de hecho que habrá que valorar en función de las circunstancias de cada caso¹²⁰. En punto a la desproporción –cuya prueba, lógicamente, corresponde al vendedor que la alegue [así lo resalta la SAP

¹¹³ No parece que pueda mantenerse cuando el mismo problema se presenta varias veces o cuando la falta de conformidad afecta gravemente a la capacidad del consumidor de hacer un uso normal de los bienes.

¹¹⁴ M.J. MARÍN LÓPEZ, “Falta...”, *op. cit.*, (LA LEY 8329/2019).

¹¹⁵ JUR 2003,91982.

¹¹⁶ El art. 1Bh) DL 67/2003, añadido por el DL 84/2008, define la reparación en términos muy amplios: “*a reposição do bem de consumo em conformidade com o contrato*”.

¹¹⁷ J. MORAIS CARVALHO, *Manual...*, *op. cit.*, p. 229, señala que la sustitución conlleva dos obligaciones. Por una parte, la obligación del comprador de devolver el bien al vendedor y, por otra, la obligación del vendedor de entregar un bien nuevo a comprador. Tales obligaciones son sinalagmáticas; en consecuencia, el vendedor puede negarse a entregar el bien nuevo si el comprador no le entrega el bien que tiene en su poder o no le permite recogerlo.

¹¹⁸ En tal sentido puede verse la SAP de Las Palmas, Sección 3ª, de 3 de julio de 2012 (JUR 2012,368835).

¹¹⁹ La SAP de Valencia, Sección 6ª, de 10 diciembre de 2018 (JUR 2019/39708), por ej., considera desproporcionada la petición por parte del consumidor de una reparación que casi duplicaba el valor del vehículo.

¹²⁰ Como señala J. AVILÉS GARCÍA, “Las garantías...”, *op. cit.*, p. 1688, la reparación será imposible cuando no sea factible recomponer el bien al estado previo a la falta de conformidad (piénsese en un defecto irreparable en cuanto tal o en la dificultad técnica extrema o excesivamente onerosa para el vendedor); la imposibilidad de la sustitución, por su parte, está directamente relacionada con la naturaleza específica del producto vendido.

de Asturias, sección 7ª, de 6 de marzo de 2009¹²¹]-, debemos atender al criterio que facilita el art. 119.2: “Se considerará desproporcionada la forma de saneamiento que en comparación con la otra, imponga al vendedor costes que no sean razonables, teniendo en cuenta el valor que tendría el producto si no hubiera falta de conformidad, la relevancia de la falta de conformidad y si la forma de saneamiento alternativa se pudiese realizar sin inconvenientes mayores para el consumidor y usuario. // Para determinar si los costes no son razonables, los gastos correspondientes a una forma de saneamiento deben ser, además, considerablemente más elevados que los gastos correspondientes a la otra forma de saneamiento”¹²².

49. Y, para continuar, “El consumidor y usuario no podrá exigir la sustitución en el caso de productos no fungibles, ni tampoco cuando se trate de productos de segunda mano” [art. 120 g)].

50. En Portugal, en cambio, los únicos límites que juegan para poder instar cada uno de los remedios son la imposibilidad¹²³ y el abuso del derecho (art. 4.5 DL 67/2003). A diferencia de lo que ocurre en la Directiva comunitaria y en el Derecho español, no se exige que lo pedido no sea desproporcionado. La doctrina portuguesa reconoce que los postulados del Derecho comunitario derivan de las exigencias del principio de buena fe; ahora bien, entiende que la no exigencia de la proporcionalidad en nuestro país vecino debe interpretarse en el sentido de que no cabe aplicar criterios esencialmente matemáticos a la hora de decidir sobre el remedio más adecuado para poner en conformidad el bien¹²⁴; con todo, no faltan autores que consideran que el concepto de la Directiva 1999/44/CE era bastante más preciso¹²⁵. Tampoco excluye la norma lusa la sustitución en el caso de productos no fungibles; a nuestro modo de ver, en nuestro país vecino, este supuesto caería dentro del límite de la imposibilidad: la sustitución es imposible cuando nos encontramos ante bienes no fungibles aunque según MENEZES DE LEITÃO, tal conclusión no es automática¹²⁶; depende del grado de no fungibilidad fijado por las partes. MORAIS CARVALHO lo ilustra con el siguiente ejemplo: El Guernica es un bien no fungible pero, si el acuerdo de las partes se refiere a un cuadro de Picasso, será fungible y podrá ser sustituido por otro cuadro del pintor¹²⁷.

51. Parece claro que, conforme a los Ordenamientos de ambos países, el derecho del consumidor a elegir entre estos dos remedios no podrá quedar condicionado a un peritaje previo en relación a la imposibilidad objetiva de llevar a cabo alguno de ellos o si alguno resulta desproporcionado; así pues, una vez elegida la opción correspondiente por el consumidor, es al vendedor a quien le corresponderá acreditar, en su caso, que el remedio elegido le resulta “objetivamente desproporcionado”, pudiendo someterse, a tal fin, al arbitraje de peritos o de los servicios técnicos especializados¹²⁸.

52. El MCR, por su parte, alude a las formas de exigir el cumplimiento (reparación y a la sustitución) en el art. III.-3:302, excluyéndolas cuando el cumplimiento sea: a) ilegal o imposible; b) irrazonablemente gravoso o caro [en opinión del *Study Group on a European Civil Code* y del *European Group on Existing EC Private Law (Acquis Group)*, el carácter gravoso no debe determinarse sólo con base en parámetros económicos; puede resultar de cualquier esfuerzo desproporcionado exigido al deudor o situación de importante angustia, disgusto o incomodidad causada a ese sujeto, como por ej., exigir el cumplimiento cuando éste ha devenido inútil para el acreedor]; c) de carácter personal, de modo que sería irrazonable.

¹²¹ JUR 2009/236323.

¹²² Así, por ej., la SAP Alicante, sección 8ª, de 17 de mayo de 2012 (AC 2012/1811) entendió que no podía calificarse de desproporcionada la opción de la sustitución atendiendo al valor del vehículo adquirido y a las numerosas revisiones y reparaciones a que se había sometido el mismo sin que se hubiera logrado la reparación definitiva.

¹²³ La imposibilidad es considerada un límite que deriva de la propia naturaleza de las cosas. En este orden de cosas, la doctrina portuguesa entiende que la reparación es imposible siempre que se verifique que no se dan las condiciones técnicas para poner en conformidad el bien con lo estipulado en el contrato (ej. supuesto de *aliud pro alio*). Véase J. MORAIS CARVALHO, *Manual...*, op. cit., p. 224 y 225; L.M. TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito...*, op. cit., p. 140.

¹²⁴ En este sentido se pronuncia, por ejemplo, J. MORAIS CARVALHO, *Manual...*, op. cit., p. 230.

¹²⁵ Por ej. L.M. TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito...*, op. cit., p. 140.

¹²⁶ L.M. TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito...*, op. cit., p. 140.

¹²⁷ J. MORAIS CARVALHO, *Manual...*, op. cit., p. 225.

¹²⁸ En este sentido se pronuncia J. AVILÉS GARCÍA, “Las garantías...”, op. cit., p. 1692.

53. La Directiva (UE) 2019/771 coincide sustancialmente con la anterior normativa, pues, en su art. 13.2, permite al consumidor elegir entre la reparación o la sustitución, “*salvo cuando la medida correctora elegida resulte imposible o que, en comparación con la otra medida correctora, suponga al vendedor costes desproporcionados, teniendo en cuenta todas las circunstancias, y entre ellas:*”

- a. *el valor que tendrían los bienes si no hubiera existido falta de conformidad;*
- b. *la relevancia de la falta de conformidad, y*
- c. *si se podría proporcionar la medida correctora alternativa sin mayor inconveniente para el consumidor”.*

Como novedades, cabe destacar tres: 1) aunque los tres parámetros para juzgar la desproporción que se detallan coinciden con los previstos en la Directiva 1999/44 CE, ahora se añade que deben tomarse en consideración “*todas las circunstancias*” que concurren; 2) se contempla expresamente la posibilidad de que el vendedor se niegue a poner los bienes en conformidad si la reparación y la sustitución resultan imposibles o le imponen costes desproporcionados, teniendo en cuenta todas las circunstancias y, en particular, el valor que tendrían los bienes si no hubiera existido la falta de conformidad y la relevancia de la falta de conformidad¹²⁹; 3) no se restringe la posibilidad de exigir la sustitución cuando nos encontramos ante productos no fungibles o de segunda mano; la razón es sencilla: en tales casos, la sustitución resulta imposible.

54. No se alude en la Directiva a un problema que, sin embargo, sí se ha suscitado en la práctica: la obligación impuesta por el vendedor de devolver los bienes con el embalaje con que fueron entregados en su día para proceder a la sustitución. A la vista de lo previsto en los Ordenamientos nacionales objeto de estudio (art. 119 TRLGDCU y 4 DL 67/2003), convenimos con AVILÉS GARCÍA en que tal reclamación no es jurídicamente atendible y carecerán de valor las eventuales argumentaciones que pudiera hacer el vendedor al respecto, aun cuando dicho requisito se hubiera publicitado por el vendedor; la única excepción a este respecto vendría dada por los supuestos en los que el “embalaje” constituye más bien una parte complementaria del producto que le da un valor añadido¹³⁰.

55. Por lo que se refiere al modo en que ha de hacerse la reparación y la sustitución de un bien no conforme, cabe señalar que, de acuerdo con lo previsto en el art. 120 TRLGDCU, ha de hacerse de forma gratuita, en un plazo razonable y sin inconvenientes mayores para el consumidor, habida cuenta de “*la naturaleza de los productos y de la finalidad que tuvieran para el consumidor y usuario*”. En términos parecidos pero no idénticos se pronuncia, en nuestro país vecino, el DL 67/2003 al afirmar en art. 4.1 que la conformidad debe ser “*reposta sem encargos*” y en el art. 4.2 que “*Tratando-se de um bem imóvel, a reparação ou a substituição devem ser realizadas dentro de um prazo razoável, tendo em conta a natureza do defeito, e tratando-se de um bem móvel, num prazo máximo de 30 dias, em ambos os casos sem grave inconveniente para o consumidor*”¹³¹. A la gratuidad se refiere también el art. III.-3:302 (2) MCR.

56. La regulación que la Directiva (UE) 2019/771 lleva a cabo en su art. 14.1 en relación al tiempo y modo en que ha de efectuarse la reparación y la sustitución apenas difiere de la del art. 3.3.III de la derogada Directiva 1999/44/CE; deben llevarse a cabo de forma gratuita¹³², en un plazo razonable

¹²⁹ En opinión de M.J. MARÍN LÓPEZ, “Falta...”, *op. cit.*, (LA LEY 8329/2019), esta regla no es del todo nueva; podía apreciarse en el art. 3.5, primer guion, de la Directiva 1999/44/CE; ahora bien, ahora está mucho mejor redactada, pues no se trata de que el consumidor tenga “derecho a ejercitar los remedios subsidiarios porque «no puede exigir ni la reparación ni la sustitución», sino” de “que sí puede exigirlos, pero el vendedor puede oponerse a ello (evitando reparar o sustituir) alegando que los dos remedios son imposibles y desproporcionados”.

¹³⁰ J. AVILÉS GARCÍA, “Las garantías...”, *op. cit.*, p. 1690; para ilustrar la excepción, utiliza como ejemplo las cajas de los CD’s o DVD’s.

¹³¹ Este último precepto debe su redacción actual al DL 84/2008; originariamente, su redacción coincidía plenamente con la del precepto español: “*A reparação ou substituição devem ser realizadas dentro de um prazo razoável, e sem grave inconveniente para o consumidor, tendo em conta a natureza do bem e o fim a que o consumidor o destina*”.

¹³² Por tal entiende “*libre de los gastos necesarios en que se incurre para que los bienes sean puestos en conformidad, especialmente los gastos de envío, transporte, mano de obra o materiales*”.

(a partir del momento en que haya sido informado por el consumidor de la falta de conformidad), y sin inconvenientes significativos para el consumidor, habida cuenta de la naturaleza de los bienes y de la finalidad para la que el consumidor necesitara los bienes.

57. La gratuidad tiene por objeto proteger al adquirente del riesgo de cargas económicas que podrían disuadirle de hacer valer sus derechos. El TRLGDCU vigente en este momento precisa que quedan comprendidos “*los gastos necesarios realizados para subsanar la falta de conformidad de los productos con el contrato, especialmente los gastos de envío, así como los costes relacionados con la mano de obra y los materiales*”¹³³. Tal enumeración tiene carácter ejemplificativo por lo que podrían quedar también incluidos los gastos relativos a la retirada del bien, peritajes... En este sentido, destacamos la STJCE (Sala Primera) de 16 de junio de 2011 (*caso Gebr. Weber y Wittmer*)¹³⁴, en la cual se pone de relieve que el art. 3 de la Directiva comunitaria 1999/44/CE “se opone a que una normativa nacional otorgue al vendedor el derecho a negarse a sustituir un bien no conforme, única forma de saneamiento posible, debido a que, a causa de la obligación de retirar ese bien del lugar en el que se hubiera instalado y de instalar en él el bien de sustitución, le impone costes desproporcionados en relación con la relevancia de la falta de conformidad y del valor que tendría el bien si fuera conforme”; ahora bien, “dicha disposición no se opone a que, en tal caso, el derecho del consumidor al reembolso de los gastos relativos a la retirada del bien defectuoso y a la instalación del bien de sustitución se limite a la asunción, por el vendedor, de una cantidad proporcionada”; y aquí es donde está el problema: ¿qué cabe entender proporcionado en estos casos?¹³⁵

58. Especial interés tiene en este punto también la STJCE (Sala Primera) de 17 de abril de 2008 (*caso Quelle*)¹³⁶ en la que, partiendo de la idea de que la sustitución ha de hacerse sin coste para el consumidor, en un plazo razonable y sin mayores inconvenientes para él, concluye que la Directiva se opone a una normativa nacional que permita al vendedor –que ha vendido un bien de consumo no conforme con el contrato– exigir al consumidor una indemnización por el uso del bien sustituido.

59. La Directiva (UE) 2019/771 acoge la jurisprudencia sentada por el TJUE en estas sentencias incorporando las siguientes reglas: 1) Cuando el consumidor solicita la reparación o la sustitución, tiene que poner los bienes “*a disposición del vendedor*” (art. 14.2); 2) si el consumidor solicita la sustitución, la recuperación de los bienes entregados inicialmente (que son no conformes) debe realizarse por el vendedor “*a sus expensas*” o, lo que es lo mismo, los gastos que genere la recuperación de dichos bienes han de ser sufragados por el vendedor (art. 14.2); 3) “*cuando una reparación requiera la retirada de bienes que hayan sido instalados de forma coherente con su naturaleza y finalidad antes de que se manifieste la falta de conformidad, o cuando se sustituyan los bienes, la obligación de reparar o sustituir los bienes incluirá la retirada de los bienes no conformes y la instalación de los bienes sustituidos o de los bienes reparados, o la asunción de los costes de dicha retirada e instalación*” (art. 14.3); 4) en caso de sustitución, el consumidor no tiene que abonar cantidad alguna por el uso normal que haya hecho del bien antes de manifestarse la falta de conformidad (art. 14.4).

60. Ante el silencio tanto del TRLGDCU como del DL 67/2003, podemos preguntarnos qué ocurriría si el vendedor se negara a cumplir con su deber de reparar el bien. Algunos autores españoles sostienen que no habría problema en que el consumidor efectuara la reparación y repitiera después contra el vendedor los gastos que la misma le hubiera ocasionado (siempre que fueran razonables) en

¹³³ Art. 120 a) TRLGDCU. En términos prácticamente idénticos señala el art. 4.3 DL 67/2003: “*A expressão «sem encargos», utilizada no n.º 1, reporta-se às despesas necessárias para repor o bem em conformidade com o contrato, incluindo, designadamente, as despesas de transporte, de mão-de-obra e material*”.

¹³⁴ TJCE 2011/180.

¹³⁵ El Ac. do TRG de 8 de mayo de 2012 (processo: 378/09.0TBEPS.G1), por su parte, hace referencia a los gastos de estacionamiento del automóvil en el taller en los términos que siguen: “*Cabendo ao vendedor e dono da oficina a obrigação de reparar o veículo, a obrigação da sua guarda é uma obrigação acessória daquela de proceder à reparação com o que não é devido qualquer pagamento pelo seu estacionamento na oficina, enquanto se mantiver a obrigação de reparação*”.

¹³⁶ TJCE 2008/89.

concepto de indemnización por daños y perjuicios (art. 117.2). Es el caso de AZPARREN LUCAS¹³⁷ o de MORAIS CARVALHO¹³⁸, quien sostiene que, si solicitada la reparación al vendedor, el bien no fuera reparado en plazo, cabría entender definitivamente incumplido el contrato pudiendo el consumidor instar la resolución del contrato o solicitar a un tercero la puesta en conformidad del bien exigiendo al vendedor el pago del precio; tal solución –añade el autor últimamente citado– “é especialmente válida no caso de se tratar de reparações urgentes, que ponham em causa a utilização do bem¹³⁹ ou agravem a situação”; el referido autor contempla también la posibilidad de que el consumidor proceda a sustituir el bien a su costa, exigiendo después al vendedor el pago de la cantidad correspondiente, en el caso de que éste último no haya procedido a la sustitución del bien en los plazos legalmente previstos¹⁴⁰. La jurisprudencia española, sin embargo, ha reconducido a veces la cuestión a una acción de reducción del precio de los art. 121 y 122 TRLGDCU [SAP de Madrid, sección 14ª, de 28 de noviembre de 2006¹⁴¹]. La nueva Directiva (UE) 2019/771 –como hemos comentado anteriormente– contempla este supuesto para dejar expedita la vía a los remedios subsidiarios.

61. La razonabilidad del plazo en que ha de realizarse la reparación o, en su caso, la sustitución y la tolerabilidad de los inconvenientes viene marcada en España por la naturaleza de los bienes y por la finalidad con que fueron adquiridos. Habrá que atender pues a las circunstancias de cada caso (ej. producto de importación, inexistencia de stock, producto adquirido para satisfacer necesidades vitales para el individuo, entidad de la avería y operaciones a realizar...). En Portugal, la razonabilidad del plazo opera hoy sólo en relación a los bienes inmuebles; tratándose de bienes muebles, el DL 67/2003, tras la modificación operada por el DL 84/2008, fija el plazo para llevar a cabo la reparación o la sustitución en 30 días; de esta forma se pretende evitar, al menos parcialmente, la difícil tarea que supone la determinación en el caso concreto del cumplimiento de los requisitos del plazo razonable y el grave inconveniente, requisitos ambos definidos en base a conceptos jurídicos indeterminados. La doctrina de nuestro país vecino insiste en la idea de que para determinar la razonabilidad del plazo en que debe llevarse a cabo la reparación/sustitución en el caso de los bienes inmuebles, cabe acudir a otro concepto jurídico indeterminado: el principio de buena fe en el cumplimiento de las obligaciones, consagrado en el art. 762.2 CCPort. El plazo normal para llevar a cabo la reparación será, por tanto, el que deba entenderse como plazo razonable. Por lo que se refiere al plazo de 30 días aplicable a la reparación y sustitución de los bienes muebles, viene manifestando que el plazo se computa desde el momento en que el bien es entregado al vendedor para su puesta en conformidad, debiendo entenderse comprendido dentro del mismo el tiempo que precisara el vendedor para realizar el correspondiente peritaje si éste fuera necesario¹⁴². La infracción de lo dispuesto en el art. 4.2 DL lleva aparejada una multa que oscila entre los 250 y 2500 euros si el infractor es una persona física y entre los 500 y los 5000 euros si el infractor es una persona jurídica (art. 12.A.1º DL 67/2003).

62. Especial interés reviste, en este ámbito, la reciente STJUE (Sala Primera) de 23 mayo 2019 (*Caso C.f. contra Toolport GmbH*)¹⁴³, dictada al hilo de un supuesto de venta a distancia en el que, apreciada la falta de conformidad y solicitada por el comprador la subsanación en su propio domicilio, el comprador no había enviado el bien en cuestión (una carpa) al vendedor ni se había ofrecido a ello y el vendedor no había indicado que fuera necesario transportar la tienda a su domicilio social ni

¹³⁷ A. AZPARREN LUCAS, “Responsabilidad civil por bienes o servicios defectuosos” en J.M. BUSTO LAGO, N. ÁLVAREZ LATA, y F. PEÑA LÓPEZ, *Reclamaciones de consumo*, Cizur menor, Aranzadi, 2008, p. 617.

¹³⁸ J. MORAIS CARVALHO, *Manual...*, op. cit., p. 228.

¹³⁹ Véanse el Ac. do STJ de 27 de mayo de 2010 (processo: 69/06-4TBMDB.P1.S1), el Ac. do STJ de 19 de abril de 2012 (processo: 453/06.3TBSLV.E1.S1) o el Ac. Do TRP de 14 de septiembre de 2009 (processo: 542/2001.P1). F. DE GRAVATO MORAIS, “A alternatividade...”, op. cit., p. 160 y 161, contempla esta posibilidad sólo para los casos en que la reparación sea urgente.

¹⁴⁰ J. MORAIS CARVALHO, *Manual...*, op. cit., p. 230. Recuerda el autor en este punto el Ac do TRG de 16 de marzo de 2009 (Processo: 282/07.7TBRRG.G1).

¹⁴¹ AC 2007,712.

¹⁴² J. MORAIS CARVALHO, *Manual...*, op. cit., p. 227. Como señala el autor, p. 229, estadísticamente, la sustitución suele realizarse en un plazo más breve que la reparación.

¹⁴³ TJCE 2019/96.

se había ofrecido a pagar anticipadamente los gastos que suponía dicho transporte¹⁴⁴. Según el TJUE: 1) el art. 3.3 de la Directiva 1999/44/CE debe interpretarse en el sentido de que los Estados miembros conservan la competencia para fijar el lugar en que los consumidores deben poner a disposición de los vendedores, para que se subsane con arreglo a dicho precepto su falta de conformidad, bienes adquiridos en una venta a distancia. “Dicho lugar tendrá que ser idóneo para que la subsanación de la falta de conformidad se realice sin cargo alguno, en un plazo razonable y sin mayores inconvenientes para los consumidores, habida cuenta de la naturaleza de los bienes y de la finalidad que tuvieran los bienes para los consumidores”¹⁴⁵. Los tribunales nacionales deberán realizar una interpretación conforme con la Directiva 1999/44, modificando su jurisprudencia reiterada en el caso de que se base en una interpretación del Derecho nacional incompatible con los objetivos de la Directiva; 2) el derecho de los consumidores a la subsanación “sin cargo alguno” de faltas de conformidad de bienes adquiridos en una venta a distancia no comprende la obligación de los vendedores de abonar por anticipado a esos consumidores los gastos del transporte de dichos bienes a los domicilios sociales respectivos de los vendedores a fin de conseguir su puesta en conformidad, “a menos que el pago anticipado de dichos gastos por los consumidores constituya una carga tal que pueda disuadirlos de hacer valer sus derechos, extremo que corresponde comprobar a los tribunales nacionales”; 3) en casos como el litigioso, y teniendo en cuenta que el envío del bien no conforme por parte de los consumidores a los domicilios sociales de los vendedores podría suponer que los consumidores no quedaran libres de mayores inconvenientes, la Directiva 1999/44/CE debe interpretarse en el sentido de que los consumidores tienen derecho a resolver el contrato, dado que el saneamiento no se ha llevado a cabo en un plazo razonable, cuando los vendedores no hayan adoptado ninguna medida adecuada para proceder a dicha subsanación, incluida la de informar a los consumidores del lugar en que los bienes debían ponerse a su disposición a tal fin.

63. En España, la reparación y la sustitución suspenden el cómputo de los plazos a que se refiere el art. 123 TRLGDCU [art. 120 c) y e) TRLGDCU], lo que, en principio, significa que, entregado el bien reparado o sustituido, el plazo continúa por el tiempo que faltara por consumir de la garantía inicial [en tal sentido, se pronuncia la SAP de Santa Cruz de Tenerife, sección 3ª, de 5 de marzo de 2010¹⁴⁶], mas, la doctrina no es unánime en este punto; para algunos (y, a nuestro modo de ver, así debería ser), la sustitución da lugar a un nuevo plazo de garantía de dos años desde su entrega, pero el art. 120 e) TRLGDCU sólo dice que al producto sustituto le resulta aplicable, en todo caso, lo dispuesto en el art. 123.1 párrafo 2º del mismo cuerpo legal¹⁴⁷. El vendedor deberá entregar al consumidor o usuario que ejercite su derecho a la reparación

¹⁴⁴ Ante la falta de subsanación, el comprador solicitó la resolución del contrato y el reembolso del precio de compra de la carpa, a cambio de su devolución. Las razones que justifican el planteamiento de la cuestión prejudicial residen en que: 1) en el Ordenamiento jurídico alemán, el lugar de subsanación de la falta de conformidad de los bienes debía fijarse con arreglo a lo dispuesto en el art. 269 BGB, según el cual, lo decisivo es qué han acordado las partes. A falta de pacto contractual sobre dicho lugar, es preciso tener en cuenta las circunstancias del caso, particularmente la naturaleza de la obligación de que se trate; y, si tampoco de esta forma fuera posible alcanzar conclusiones definitivas, el lugar de subsanación de la falta de conformidad será aquel en que los deudores hubieran tenido su domicilio o establecimiento profesional en el momento del nacimiento de dicha obligación; 2) a la luz de la jurisprudencia del Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal, Alemania), el referido art. 269 BGB debía interpretarse en el sentido de que, en el caso de autos, para la subsanación de la falta de conformidad, el consumidor estaba obligado a poner el bien en cuestión a disposición del vendedor en el domicilio social de este; 3) esta interpretación jurisprudencial no parecía acorde con lo previsto en el art. 3.3 de la Directiva 1999/44, pues, habida cuenta de las características del bien en cuestión, la obligación de disponer su envío podría suponer que el consumidor no quedara libre de “mayores inconvenientes”.

¹⁴⁵ Como pone de relieve el TJUE, “en algunos casos, debido tanto a la naturaleza de los bienes (en especial, su peso elevado, volumen considerable o fragilidad particular, o incluso exigencias particularmente complejas relacionadas con su envío) como a la finalidad que tuvieran para los consumidores medios (en especial las vinculadas a su instalación previa), su expedición a los domicilios sociales respectivos de los vendedores podría constituir para dichos consumidores un inconveniente mayor”; y, en otros, sin embargo, -piénsese, por ej., en bienes compactos que no requieran manipulación especial ni una forma específica de transporte- la expedición al domicilio social del vendedor no puede constituir un inconveniente mayor para esos mismos consumidores.

¹⁴⁶ *JUR* 2011\13089.

¹⁴⁷ L.M. MARTÍNEZ VELENCOSO, *La falta...*, *op. cit.*, p. 156, por su parte, refiriéndose al art. 9.1, párrafo 2º de la hoy derogada Ley 23/2003 –cuyo tenor era idéntico al del actual art. 123.1, párrafo 2º–, considera que esta remisión podría interpretarse como una ampliación del plazo de garantía legal para el caso de que, una vez producida la entrega del nuevo bien, ya hubiese transcurrido el plazo de dos años, de modo que el consumidor dispondría de seis meses más, salvo prueba en contrario por parte del vendedor.

o sustitución, “*justificación documental de la entrega del producto, en la que conste la fecha de entrega y la falta de conformidad que origina el ejercicio del derecho*”. Una vez reparado o sustituido el producto, el vendedor entregará al consumidor o usuario, junto al mismo, “*justificación documental de la entrega en la que conste la fecha de ésta y, en su caso, la reparación efectuada*” (art. 123.3). Algo diferentes son las cosas en Portugal. De entrada, el DL 67/2003 diferencia, como veremos más adelante, entre plazo de garantía y plazo de ejercicio de los derechos que reconoce a los consumidores; por lo que se refiere a la reparación y la sustitución conviene tener presente que, tras la reforma operada por el DL 84/2008: 1) en su art. 5.7, declara la suspensión del plazo de garantía, desde la fecha en que se denuncia la falta de conformidad, durante el tiempo en que el consumidor se encuentre privado del uso de los bienes y, en su art. 5.A.4º, declara la suspensión del cómputo de los plazos de ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor durante el tiempo en que éste se encuentra privado del bien a fin de que se lleve a cabo la reparación o se le entregue otro en sustitución del primero, plazos regulados en el art. 5.A.3¹⁴⁸; 2) a diferencia de lo que sucede en España, el DL aclara perfectamente que, en el caso de que se opte por la sustitución, el bien sustituto goza de un plazo de garantía de dos o cinco años (según se trate de bien mueble o bien inmueble) a contar desde su entrega (art. 5.6) y no exige al vendedor que entregue justificante alguno en que quede constancia de la fecha en que consumidor y vendedor proceden respectivamente a entregar el producto (cuando ejercita el derecho, el primero; y cuando entrega el bien reparado o el bien sustituto, el segundo).

64. La Directiva (UE) 2019/771 no hace referencia alguna a esta cuestión; sería deseable que el legislador español, al trasponer la Directiva, aprovechara para aclarar si, en el caso de la sustitución, el plazo de garantía ha de computarse íntegramente desde el momento de la entrega del bien de sustitución o si continúa por el tiempo que falte por consumir de la garantía inicial.

65. El art. 120 c) TRLGDCU contempla además una garantía legal específica para la reparación: quedan garantizados los defectos reparados durante los seis meses posteriores a la entrega del producto reparado, presumiéndose que estaríamos ante la misma falta de conformidad si se reprodujesen en el bien defectos del mismo origen que los inicialmente manifestados¹⁴⁹; no hay acuerdo en la doctrina en relación a la necesidad de cumplir en este plazo el plazo de denuncia de dos meses previsto en el art. 123.4. Esta garantía legal no se contempla, sin embargo, en la disposición lusa ni tampoco en la Directiva (UE) 2019/771.

66. Si concluida la reparación y entregado el producto, éste sigue siendo no conforme con el contrato, en España, el consumidor y usuario podrá exigir la sustitución del producto, salvo que esta opción resulte desproporcionada [véase SAP de Murcia, sección 4ª, de 4 de abril de 2013¹⁵⁰], u optar por alguno de los remedios subsidiarios [art. 120 d) TRLGDCU]; en nuestro país vecino, aunque el DL no lo dice expresamente, la doctrina conviene que podrá optar inmediatamente por cualquier otro de los remedios previstos en la ley, particularmente la resolución del contrato¹⁵¹. Esto mismo se infiere del art. 13.4b) de la Directiva (UE) 2019/771 al permitir acudir a los remedios subsidiarios cuando subsista la falta de conformidad a pesar del intento del vendedor de poner los bienes en conformidad y del empleo de la conjunción disyuntiva “o” en art. 13.3 a)¹⁵².

¹⁴⁸ El art. 5.7 DL 67/2003 no hace referencia a ningún remedio en particular. Desde el momento en que el consumidor comunica al vendedor la falta de conformidad del bien con lo estipulado en el contrato, se suspende el plazo, volviendo a contarse cuando el bien –ya conforme– es nuevamente entregado al consumidor. Esta norma realmente se aplica sólo cuando el consumidor opta por la reparación o por la rebaja en el precio (en este último caso, el bien habrá sido entregado al vendedor para que valore la falta de conformidad). Para el supuesto de la sustitución, hay que atender al art. 5.6 del referido texto normativo.

¹⁴⁹ Véase, por ejemplo, SAP de Madrid, Sección 14ª, de 2 febrero de 2016 (*JUR* 2016/74415).

¹⁵⁰ *AC* 2013\1098.

¹⁵¹ En tal sentido puede verse, J. MORAIS CARVALHO, *Manual...*, *op. cit.*, p. 227 y 228.

¹⁵² Incide también en esta cuestión M.J. MARÍN LÓPEZ, “Falta...”, *op. cit.*, (*LA LEY* 8329/2019): “La norma actual es clara en el sentido de que basta que el vendedor no repare (o sustituya) o repare (o sustituya) pero el bien siga siendo no conforme, para tener vía libre a los remedios subsidiarios. Por tanto, una única petición de reparación o sustitución infructuosa abre la vía a la rebaja del precio o la resolución; aunque, en determinados casos (pe., bienes caros o complejos), puede estar justificado permitir al vendedor que vuelva a intentar subsanar la falta de conformidad (Considerando nº 52)”.

67. Con relación a la sustitución, conviene resaltar que “*sustitución del bien por otro de las mismas características*” no significa que haya de ser de idéntico modelo y marca; eso sería lo ideal, pero si resulta inviable por no fabricarse ya ese modelo, como sucede en el caso resuelto en España por la SAP La Rioja, sección 1ª, de 14 de diciembre de 2012¹⁵³ relativo a un coche que no arrancaba sin haber logrado determinar el origen del problema, siempre puede entregarse otro semejante, pues, cuando las marcas de vehículos dejan de fabricar un modelo, suelen sustituirlo por otro nuevo que viene a cubrir el mismo sector o gama que antes ostentaba el modelo sustituido.

b) Reducción del precio y resolución del contrato

68. El Ordenamiento español, en consonancia con la –insistimos- derogada Directiva 1999/44/CE, configura la reducción del precio y la resolución del contrato como remedios de carácter subsidiario. El art. 121 TRLGDCU legitima al consumidor para instar la reducción del precio de compra o, en su caso, la resolución del contrato únicamente en el caso de que no pueda exigir la reparación o la sustitución (por ser ambas imposibles o por existir desproporción en el sentido antes expresado) o en el supuesto de que tales pretensiones no hayan sido satisfechas adecuadamente por el vendedor (esto es, no se hubieran llevado a cabo en plazo razonable o sin mayores inconvenientes para el consumidor y usuario). La concurrencia de alguna de estas circunstancias, lógicamente, tendrá que ser acreditada por parte del consumidor que pretende ejercitar estos remedios subsidiarios¹⁵⁴. El portugués, como hemos dicho, no jerarquiza los diferentes remedios con que cuenta el consumidor, operando como límites generales para todos ellos la imposibilidad y el abuso del derecho¹⁵⁵.

69. Conforme a la Directiva (UE) 2019/771, como avanzamos líneas atrás, estos remedios se configuran también como remedios de carácter subsidiario, a los que se puede recurrir en los siguientes casos (art. 13.4):

- a. el vendedor no ha llevado a cabo la reparación o la sustitución o, en su caso, no ha llevado a cabo la reparación o la sustitución de conformidad con lo dispuesto en el artículo 14, apartados 2 y 3, o el vendedor se ha negado a poner los bienes en conformidad con arreglo a lo dispuesto en el apartado 3 del presente artículo¹⁵⁶;
- b. subsiste la falta de conformidad pese al intento del vendedor de poner los bienes en conformidad;
- c. la falta de conformidad es de tal gravedad que se justifica la reducción inmediata del precio o la resolución del contrato de compraventa, o

¹⁵³ AC 2013/84.

¹⁵⁴ Véase, a estos efectos, la SAP de Palencia, sección 1ª, de 28 de diciembre de 2012 (*JUR* 2013/54528), en la que se procede a la resolución del contrato pues, tras haber sido reparada la escopeta y sustituida en dos ocasiones, no se había logrado la conformidad; la SAP de Navarra de 13 de febrero de 2014 (*AC* 2014/443) en la que se estima la resolución del contrato pues, con las reparaciones y adaptaciones correspondientes, no se habían solucionado los problemas de la prótesis; y la SAP de Las Palmas, Sección 3ª, de 19 enero de 2016 (*AC* 2016/915) en la que se rechaza la resolución al entender que el bien había sido reparado adecuadamente, el número de reclamaciones o averías no lo hacen disconforme para el uso para el que fue comprado y no resulta acreditado que, una vez reparado, constituya un peligro para la circulación propia o de terceros.

¹⁵⁵ En algunas resoluciones como el Ac. do TRP de 4 de noviembre de 2013 (processo: 4357/10.7TBGDM.P1) se señala que “Mesmo na venda de bens de consumo, o consumidor para ter direito a resolver o contrato defeituosamente cumprido pelo vendedor, terá de dar satisfação ao disposto no artigo 808º, 1, do C. Civil, que exige que o credor fixe um prazo para a obrigação em dívida seja cumprida (interpelação admonitória)”.

¹⁵⁶ Este inciso ha de ser necesariamente puesto en relación con la precitada STJUE (Sala Primera) de 23 mayo 2019 (*Caso C.f. contra Toolport GmbH*) (*TJCE* 2019/96). Tomando como base la Directiva 1999/44, señala que, en casos como el controvertido en el que los consumidores habían informado a los vendedores sobre la falta de conformidad de bienes adquiridos en una venta a distancia y habían puesto los bienes a disposición del vendedor en sus propios domicilios, y teniendo en cuenta que, en tales casos, el envío a los domicilios sociales de los vendedores podría suponer que los consumidores no quedarán libres de mayores inconvenientes, los consumidores tienen derecho a resolver el contrato, por no haberse “llevado a cabo el saneamiento en un plazo razonable, cuando los vendedores no hayan adoptado ninguna medida adecuada para proceder a dicha subsanación, incluida la de informar a los consumidores del lugar en que los bienes debían ponerse a su disposición a tal fin”. Termina el TJUE recordando a los tribunales nacionales su deber de garantizar el derecho de dichos consumidores a la resolución del contrato.

- d. el vendedor ha declarado, o así se desprende claramente de las circunstancias, que no pondrá los bienes en conformidad en un plazo razonable o sin inconvenientes significativos para el consumidor.

70. La acción de reducción de precio o “*quanti minoris*” constituye una de las posibilidades que ofrece el Derecho común español de la compraventa al comprador para reaccionar ante la entrega de un bien con vicios ocultos. La resolución, por su parte, constituye un modo de extinción de la relación obligatoria; produce efectos *ex tunc* y conlleva la devolución recíproca de las prestaciones (con intereses y frutos, salvo que se trate de una relación de tracto sucesivo) así como de los gastos del contrato y una indemnización por los daños y perjuicios en el caso de que el comprador los hubiese padecido por causa del vendedor¹⁵⁷. Para que prospere la resolución, según el Ordenamiento español (art. 121 *in fine* TRLGDCU) pero no según el portugués -pues no se traspuso allí la Directiva comunitaria en este extremo-, es necesario que la falta de conformidad no sea de escasa importancia. Defecto de escasa importancia sería aquel que constituye una violación leve e insustancial de la obligación de conformidad; en otras palabras, una falta de conformidad que, teniendo en cuenta las características del bien y la finalidad perseguida por el comprador, convierta la resolución del contrato en abusiva e injustificada. Ahora bien, el hecho de que este requisito no se plasmara en el Ordenamiento luso tiene escasa trascendencia práctica pues la exigencia de la resolución del contrato por parte del consumidor cuando la falta de conformidad es de escasa importancia bien puede reconducirse a la figura del abuso del derecho¹⁵⁸. En el art. IV.A.-4:201 MCR, la resolución no se configura como remedio subsidiario, pudiéndose acceder a él, a menos que se trate de una “*falta de conformidad sin trascendencia suficiente*”.

71. Esa falta de conformidad, con suficiente entidad, lógicamente, no puede ser gratuita o arbitrariamente invocada por el adquirente, sino que ha de quedar cumplidamente acreditada¹⁵⁹.

72. En esta misma línea se mantiene la Directiva (UE) 2019/771 al establecer en su art. 13.5: “*el consumidor no tendrá derecho a resolver el contrato cuando la falta de conformidad sea leve*”. Ahora bien, dicho precepto puntualiza a continuación que “*La carga de la prueba de que la falta de conformidad es leve corresponderá al vendedor*”.

73. Llegados a este punto, a título ilustrativo, cabe señalar que nuestra jurisprudencia ha considerado que estábamos ante un defecto de escasa importancia, por ej., cuando el sistema eléctrico de una motocicleta contaba con un fusible de potencia inferior a la recomendada por el fabricante [SAP Granada, sección 4ª, de 3 de Octubre de 2007¹⁶⁰]¹⁶¹ o cuando el vehículo tenía incorporado un dispositivo de desactivación prohibido que falseaba los resultados al hacer que el motor adecuase su rendimiento durante las pruebas a lo preciso para cumplir la normativa de emisiones, mientras que fuera del funcionamiento en ciclo de homologación los ajustes del motor eran otros [SAP Cantabria, Sección 2ª, de 22 de enero de 2018¹⁶² y de 13 marzo de 2018¹⁶³ ¹⁶⁴] pero no cuando la falta de conformidad derivaba de las vibraciones experimentadas por el motor de un coche de alta gama a partir de los 80 km/h [SAP de Castellón, sección

¹⁵⁷ Un pormenorizado estudio de la resolución puede verse en N. FENOY PICÓN, “La entidad del incumplimiento en la resolución del contrato: Análisis comparativo del artículo 1124 del CC y del artículo 121 del texto refundido de consumidores”, *ADC*, T. LXII, nº 1, 2009, pp. 211-334.

¹⁵⁸ Como señala J. MORAIS CARVALHO, *Manual...*, *op. cit.*, p. 231, “a exigência de resolução do contrato face a uma falta de conformidade insignificante dificilmente não representa o exercício ilegítimo de um direito, por o consumidor exceder manifestamente os limites impostos pela boa-fé, resolvendo-se assim a questão em sede de abuso de direito”.

¹⁵⁹ Así lo pone de relieve, por ejemplo, la SAP de Madrid, Sección 9ª, de 29 julio de 2014 (*JUR* 2014\286523).

¹⁶⁰ *AC* 2007\2021.

¹⁶¹ La SAP de Madrid, Sección 14ª, de 2 febrero de 2016 (*JUR* 2016\74415) entiende también que no estamos ante un defecto de entidad suficiente para justificar la resolución del contrato por cuanto “el defecto probado asciende a la suma de 1876’58 €, IVA incluido, sobre el precio del vehículo de 9.500 €”.

¹⁶² *AC* 2018/195.

¹⁶³ *AC* 2018/183.

¹⁶⁴ En estos casos, no se había interesado por el consumidor la reparación, que era el remedio que mejor se ajustaba a la realidad de los hechos una vez comprobado que la medida de eliminación del dispositivo propuesta sin coste para el cliente

3ª, de 28 de noviembre de 2005¹⁶⁵] o de las vibraciones y ruidos anómalos producidos al usar el embrague de otro [SAP de Zaragoza, sección 4ª, de 14 de febrero de 2007¹⁶⁶] o de la emisión de CO² en concentraciones superiores a lo permitido que comportaba la completa inhabilidad de otro para circular por las vías públicas [SAP de Las Palmas, sección 4ª, de 14 de junio de 2012¹⁶⁷]¹⁶⁸ o de un fallo en el sistema de frenado ABS de una motocicleta [SAP de Ciudad Real, Sección 1ª, de 7 marzo de 2014¹⁶⁹] o de las manipulaciones realizadas con la intención evidente de falsear los parámetros del vehículo [SAP de Las Palmas, Sección 5ª, de 19 julio de 2018¹⁷⁰]¹⁷¹; tampoco cuando, pudiendo pensarse que las faltas de conformidad en la compra de un mueble-librería con vitrina son sólo de remate y acabado y no afectan a la estructura y utilidad del bien, los defectos son generalizados (astillamientos, faltas de pintura...) y el bien se adquirió fundamentalmente como objeto de adorno y embellecimiento [SAP de Madrid, sección 18ª, de 23 de julio de 2012¹⁷²]. La existencia de una falta de conformidad de escasa importancia late también en el supuesto que da origen al planteamiento de la cuestión prejudicial por el Juzgado de 1ª instancia nº 2 de Badajoz, resuelta por el TJCE (Sala Primera) en la Sentencia de 3 de Octubre de 2013 (*caso Duarte Hueros vs Autociba y Citroën España*)¹⁷³ en la que se declara que la Directiva se opone a la normativa de un Estado miembro «que, cuando un consumidor que tiene derecho a exigir una reducción adecuada del precio de compra de un bien se limita a reclamar judicialmente únicamente la resolución del contrato de compraventa, resolución que no va a ser acordada porque la falta de conformidad del bien es de escasa importancia, no permite que el juez nacional que conoce del asunto reconozca de oficio la reducción del precio, y ello a pesar de que no se concede al consumidor la posibilidad de modificar su pretensión inicial ni de presentar al efecto una nueva demanda». La aplicación de esta doctrina permite al juez reconocer de oficio la reducción del precio a pesar de que el consumidor no la hubiera ejercitado con carácter subsidiario. Dicho esto, ¿cómo se concreta el alcance de la acción “*quanti minoris*”? “*La rebaja del precio será proporcional a la diferencia existente entre el valor que el producto hubiera tenido en el momento de la entrega de haber sido conforme con el contrato y el valor que el producto efectivamente entregado tenía en el momento de dicha entrega*”, dice el art. 122 TRLGDCU y art. III.-3:601 (1) MCR). Similar, aunque no idéntica, es la redacción dada al art. 15 de la Directiva (UE) 2019/771: “*La reducción del precio será proporcionada a la disminución del valor de los bienes recibidos por el consumidor en comparación con el valor que tendrían si fueran conformes*”. El DL 67/2003 no contiene previsión alguna en relación a la determinación de esa rebaja del precio. La doctrina considera que debe realizarse acudiendo a criterios objetivos. A falta de otros criterios, cabría aplicar las reglas contenidas en el CCPort en relación a la reducción del precio en caso de venta que queda reducida a una parte del objeto (art. 884 CCPort), venta de bienes gravados (art. 911 CCPort) o obra defectuosa (art. 1222 CCPort)¹⁷⁴. “*A redução do preço –afirma MORAIS CARVALHO– corresponde ao valor da desvalorização do bem, tendo em conta a desconformidade com o contrato, ou da utilidade patrimonial ainda assim retirada do que foi prestado. A aplicação da percentagem ao preço efetivamente pago (independentemente de esse preço corresponder ou não, nesse momento, ao preço de mercado) determina o valor da redução, devendo o vendedor restituir montante correspondente na consequência do exercício do direito pelo consumidor*”¹⁷⁵.

y con una duración aproximada de cuarenta minutos había obtenido la legalización de las autoridades competentes, y no se justificaba alteración consiguiente del consumo, potencia o seguridad.

¹⁶⁵ AC 2006/219.

¹⁶⁶ JUR 2007/254577.

¹⁶⁷ JUR 2012/299750.

¹⁶⁸ La SAP de Cáceres, Sección 1ª, de 22 de enero de 2019 (AC 2019/317) ha estimado procedente –y razonable– la resolución en un supuesto en que la avería que presentaba el vehículo (fallo en la junta de culata, cuyo origen fue un sobrecalentamiento) era preexistente a la venta del referido vehículo automóvil y el vendedor no se ofreció a repararlo hasta transcurridos diez meses desde la compra; la tramitación de un proceso penal por un presunto delito de estafa no era motivo para que la demandada no atendiera la reparación del vehículo.

¹⁶⁹ AC 2014/357.

¹⁷⁰ AC 2018/1713.

¹⁷¹ Otros ejemplos pueden verse en SAP de Vizcaya, Sección 4ª, de 22 junio de 2017 (JUR 2017/232438).

¹⁷² JUR 2012/318352.

¹⁷³ JUR 2013/308973.

¹⁷⁴ Así lo entiende J. MORAIS CARVALHO, *Manual...*, op. cit., p. 232, siguiendo a MATTAMOUROS REZENDE.

¹⁷⁵ J. MORAIS CARVALHO, *Manual...*, op. cit., p. 232 y 233 apoya su argumentación en las opiniones vertidas por BAYÃO DE SÁ GOMES, MATTAMOUROS REZENDE, TEIXEIRA DE SOUSA y DE GRAVATO MORAIS. Nuestro autor insiste en la idea de que este remedio

74. A la resolución, a nuestro modo de ver, debe resultar aplicable también la doctrina sentada por la Sentencia Quelle antes citada (aunque relativa a la sustitución), cuando se estime la acción de resolución y se pretenda por el vendedor una reducción del precio a devolver al consumidor alegando el uso del bien realizado por éste¹⁷⁶. No son admisibles pronunciamientos como el de la AP de Castellón, sección 3ª, en Sentencia de 28 de noviembre de 2005¹⁷⁷, en el que, tras estimar la acción de resolución, redujo el montante del precio que debía devolver el vendedor atendiendo al uso que el consumidor había disfrutado del bien (un coche) durante dos años, o el de la AP de Madrid, Sección 14ª, en Sentencia de 2 febrero de 2016¹⁷⁸, en el que, optando el tribunal por la rebaja del precio, afirma: “incluso de reputar procedente la resolución, no sería adecuada la restitución íntegra del precio. Pues la parte demandante ha dispuesto ininterrumpidamente de la posesión y disfrute del turismo, desde Mayo de 2009 hasta la interposición de la demanda, y no ha desplegado prueba alguna tendente a acreditar que el vehículo no fuera apto para circular, o que no lo fuera mediante la reparación de la única deficiencia constatada, consistente en pérdidas de aceite. Y son numerosas las resoluciones judiciales que moderan la consecuencia de restitución íntegra del precio en atención al rendimiento obtenido por el consumidor por la utilización del bien, sobre todo cuando es por tiempo prolongado, pese a su falta de conformidad, con fundamento en la equidad o en la doctrina del enriquecimiento injusto, y con apoyo en la Directiva 1999/44/CEE, que en el considerando 15 de su Preámbulo dispone que los Estados miembros podrán establecer que se pueda reducir el importe de la restitución al consumidor teniendo en cuenta el uso que éste haya hecho del bien desde el momento en que le fue entregado”¹⁷⁹. Varias son las razones que nos llevan a defender nuestra postura:

- la resolución, al igual que la sustitución, es un remedio que la ley pone a disposición del consumidor y deberá instarse en el plazo de tres años desde la entrega del bien, siempre y cuando la falta de conformidad se manifieste en el plazo de dos años desde la entrega; la única diferencia reside en que tiene un carácter subsidiario y, para que prospere, es necesario que la falta de conformidad no sea leve. Como acertadamente pone de relieve JUÁREZ TORREJÓN, “el juicio de *proporcionalidad* sólo está referido a la exigencia de reparación o de sustitución del productor”; el único límite que opera en relación a la resolución es que la falta de conformidad no sea de escasa importancia. Pero, aunque “se entendiera aplicable el requisito de la *proporcionalidad* de la resolución como algo distinto a que la falta de conformidad que la motiva no sea leve, si en un caso dado se entendiera que la resolución no es proporcionada, la consecuencia sería *impedir la resolución*, y no reducir el importe del precio a devolver por el vendedor profesional como consecuencia de dicha resolución”¹⁸⁰.
- El Considerando nº 15 Directiva 1999/44/CE, efectivamente reza: “*Considerando que los Estados miembros podrán establecer que se pueda reducir el importe de la restitución al consumidor teniendo en cuenta el uso que éste haya hecho del bien desde el momento en que le fue entregado; que la legislación nacional puede fijar las modalidades de resolución de los contratos*”. Ahora bien, el considerando no tiene carácter normativo¹⁸¹; sirve para interpretar

precisa un mayor diálogo entre las partes pues ha de ser cuantificado. Advierte, además, que el derecho a la rebaja del precio puede ejercitarse varias veces en el caso de que sean varias las faltas de conformidad con lo estipulado en el contrato y que, si las partes así lo acuerdan, nada impide que este remedio pueda concurrir con la reparación o la sustitución del bien. En caso de desacuerdo, no se pueden ejercitar cumulativamente varios de los derechos legalmente reconocidos salvo el relativo a la indemnización.

¹⁷⁶ Así se infiere también de la jurisprudencia portuguesa. Véase Ac. do TRL de 6 de diciembre de 2011 (processo: 850/10.0YXLSB.L1-7). En la doctrina en cambio, J. CALVÃO DA SILVA, *Venda...*, op. cit. p. 85, parece adoptar la postura contraria.

¹⁷⁷ AC 2006\219.

¹⁷⁸ JUR 2016\74415.

¹⁷⁹ N. FENOY PICÓN, “La entidad...”, op. cit., p. 287 y 288, nota al pie nº 174 c) se hace eco de varias sentencias en las que nuestras AP han abordado las consecuencias restitutorias y liquidatorias derivadas de los remedios del art. 11.3 de la derogada Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios BOE nº 176, de 24 de julio de 1984, que no consideramos oportuno reproducir aquí por ser anteriores a la transposición de la Directiva 1999/44/CE.

¹⁸⁰ A. JUÁREZ TORREJÓN, *La protección...*, op. cit., p. 360 y 361.

¹⁸¹ Como señala F. PASCUA MATEO, “La técnica normativa en el sistema jurídico comunitario”, *Cuadernos de Derecho Público*, nº 28, mayo-agosto, 2006, p. 149, en los considerandos “se lleva a cabo el deber de motivación de los actos comunitarios”. Dicho deber -como proclamó el TJCE en su Sentencia de 4 de julio de 1963 (asunto 24/62), -sigue diciendo- “tiene por objeto, dar a conocer a los Estados miembros y a toda persona interesada las condiciones en que el autor del acto ejerció la competencia

las normas de la Directiva y, en el caso que nos ocupa, daría pie a que nuestro legislador interno regulara esta cuestión pero ni en el TRLGDCU ni en el DL 67/2003 se contempla la posibilidad de rebajar el importe de la restitución en atención al uso que el comprador/consumidor haya hecho desde el momento de la entrega del bien. Además, hay que tener en cuenta dos factores: 1) la jerarquización de los remedios: en el modelo español, cuando el consumidor insta la resolución, tiene que haber intentado previamente que el bien sea puesto en conformidad mediante la reparación o la sustitución; en numerosas ocasiones, el consumidor ha estado privado del bien como consecuencia de sus reiteradas entradas en el “taller” o el bien ni siquiera resultaba apto para su uso normal o para el que lo había adquirido el consumidor. ¿Cabe realmente una reducción del precio a restituir apelando al uso que se ha hecho del bien o la depreciación del mismo –piénsese en un coche- al salir del concesionario? ¿Acaso no tienen el mismo fundamento ambos remedios? 2) el único legitimado para solicitar una indemnización por daños y perjuicios con base en las normas generales es el contratante cumplidor que insta la resolución, que, en nuestro caso, es el propio consumidor; él es quien está sufriendo las consecuencias de la entrega de un bien no conforme; admitir, pues, una rebaja del precio a restituir por el vendedor viene a ser una suerte de indemnización para él.

La nueva Directiva (UE) 2019/771 no arroja demasiada luz sobre este particular pues en el Considerando nº 47, haciéndose eco de la Sentencia del Caso Quelle, señala: *“Cuando el vendedor restablezca la conformidad del bien mediante una sustitución, el consumidor no debe estar obligado a pagar por el uso normal de los bienes antes de que hayan sido sustituidos. El uso de los bienes debe considerarse normal cuando sea acorde con la índole y la finalidad de los bienes”*; en el Considerando nº 59, refiriéndose a la resolución, dice simplemente: *“Cuando el consumidor resuelva el contrato debido a una falta de conformidad, la presente Directiva debe establecer únicamente los principales efectos y modalidades del derecho de resolución, en particular la obligación para las partes de restituir lo que hayan recibido. De esta forma, el vendedor debe estar obligado a reembolsar el precio recibido del consumidor y el consumidor a restituir los bienes”*; por último, en el Considerando nº 60, afirma: *“La presente Directiva no debe afectar a la facultad de los Estados miembros de regular las consecuencias de la terminación del contrato que no sean las establecidas en la presente Directiva, como por ejemplo las consecuencias de la disminución del valor de los bienes o de su destrucción o pérdida. Asimismo, los Estados miembros deben poder regular las modalidades del reembolso del precio al consumidor, por ejemplo, las modalidades relativas a los medios utilizados para dicho reembolso o los posibles costes y tasas que se hayan pagado como consecuencia del reembolso. Los Estados miembros deben también, por ejemplo, tener la facultad de establecer determinados plazos para el reembolso del precio o la devolución de los bienes”*. El carácter general que se observa en este considerando nos hace pensar que el legislador comunitario pretende mantener el criterio manifestado en la Directiva 1999/44/CE pero, en esta ocasión, no hay referencia expresa al uso del bien en el marco de la resolución. En el caso de España, a los deberes de liquidación y restitución que derivan de la resolución, les resulta aplicable lo dispuesto en el art. 1123 CC¹⁸², precepto previsto para las genuinas condiciones resolutorias y que remite, a su vez, al art. 1122 CC, en el que se habla de la pérdida, deterioro o mejora de la cosa pero no del uso que se haya hecho de la misma. Pues bien, si nuestro consumidor -que ha adquirido un coche no conforme- debe restituirlo por resultar procedente la resolución del contrato y el coche se ha depreciado sin que concurra su culpa (todos los coches se deprecian al salir del concesionario), a tenor de lo dispues-

relativa al acto en cuestión y conceder la posibilidad a las partes de un litigio de defender sus derechos, así como, al Tribunal de Justicia, la de efectuar su control jurisdiccional. Dicha motivación (...) no ha de entenderse como un simple ritual, sino que ha de ser capaz de proporcionar a los operadores jurídicos las razones de fondo, tanto de hecho como de derecho, que han llevado a tomar las principales decisiones tomadas, sobre todo en aquellas cuestiones que pueden ser objeto de control por parte del Tribunal de Justicia”.

¹⁸² Así lo pone de relieve L. Díez-PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil Patrimonial, II, Las relaciones obligatorias*, Madrid, 1996, p. 723, indicando que, por término general, el contenido del deber de restitución se refiere a los mismos bienes que hubieran sido objeto de prestación y se trata de una restitución específica o *in natura*. Ahora bien, cuando no resulte posible restituir el bien *in natura*, la restitución deberá realizarse mediante equivalente pecuniario.

to en el art. 1123 CC¹⁸³, hay que aplicarle las disposiciones que respecto al deudor contiene el art. 1122 CC. En su apartado 3º, este precepto determina que “*cuando la cosa se deteriora sin culpa del deudor, el menoscabo es de cuenta del acreedor*”; sobre esta base, entendemos que en el supuesto planteado no podrá verse reducido el importe del precio que ha de devolver el vendedor. Por lo que se refiere al deterioro del bien, no ponemos en duda que pueda producirse como consecuencia del uso del bien; mas, también puede deberse a la propia falta de conformidad del bien. Por eso y en virtud de todo lo expuesto, consideramos que, en la venta de bienes de consumo, la regla a aplicar en relación al uso del bien ha de ser idéntica se ejercite el remedio que se ejercite, siempre que nos movamos dentro de los plazos previstos en la normativa de protección del consumidor. Distinto sería el supuesto en que se pretendiera resolver el contrato acudiendo al art. 1124 CC, pues el plazo para ejercitar la acción resolutoria, en ese caso, sería de cinco años desde que se produjo el incumplimiento (art. 1964 CC).

75. El matiz que presenta la normativa portuguesa a este respecto reside en que su art. 4.4 DL 67/2003 establece: “*Os direitos de resolução do contrato e de redução do preço podem ser exercidos mesmo que a coisa tenha perecido ou se tenha deteriorado por motivo não imputável ao comprador*”. Esa disposición –que no encuentra otra paralela en nuestro TRLGDCU– se aplica en el caso de que el bien no sea conforme con el contrato por causa distinta al perecimiento o deterioro del bien y, durante el periodo en que se revela la falta de conformidad, el bien perece o se deteriora. Lo que la norma viene a establecer es que, en este caso, el riesgo corre de cuenta del vendedor desde el momento en que se manifiesta la falta de conformidad. Según la doctrina de nuestro país vecino, la referencia a la imputabilidad de la pérdida o deterioro del bien a una de las partes resulta innecesaria toda vez que la duda no existe en aquellos casos en que no es imputable a ninguna de ellas¹⁸⁴. Se aparta así de lo previsto en el art. 432.2 CCPort, según el cual: “*A parte, porém, que, por circunstâncias não imputáveis ao outro contraente, não estiver em condições de restituir o que houver recebido não tem o direito de resolver o contrato*”. En consecuencia, si el bien no conforme con el contrato pereciera o se deteriorase (o fuese robado) después de la denuncia y antes de la puesta en conformidad por parte del vendedor, el consumidor puede resolver el contrato, salvo en el caso de que dicha pérdida o deterioro le resulte imputable¹⁸⁵.

76. Por lo demás, lo que el vendedor debe devolver es el precio del producto; no resulta admisible la entrega de “vales” para adquirir otros productos por el valor de la cantidad que debe ser devuelta pues con tal operación se limita, además, la libertad de compra del consumidor¹⁸⁶.

77. En el caso de que el vendedor hubiera concertado como tomador una póliza de seguro para cubrir la garantía, no será necesario demandar a ambos. La SAP de Asturias, sección 5ª, de 10 de marzo de 2014¹⁸⁷ aclara en este sentido que, no discutiéndose la existencia de la garantía y que la misma fue asegurada por la demandada sino la existencia de la avería y la responsabilidad de la demandada, no

¹⁸³ Art. 1123 CC: “*En el caso de pérdida, deterioro o mejora de la cosa, se aplicarán al que deba hacer la restitución las disposiciones que respecto al deudor contiene el artículo precedente*”.

¹⁸⁴ Así lo pone de relieve J. MORAIS CARVALHO, *Manual...*, op. cit., p. 231.

¹⁸⁵ Véase el Ac. do TRL de 27 de mayo de 2004 (processo: 3288/2004-2). Al hilo de las consecuencias restitutorias y liquidatorias de la resolución en nuestro país vecino cabe traer a colación también el Ac. do TRC de 12 de abril de 2018 (processo: 88/16.2T8TBU.C1) en la que se señala que “*Decretada a resolução de contrato de venda de veículo automóvel cujo preço foi, quase totalmente, pago através da permuta com outro veículo, a justa composição dos interesses alcança-se pela obrigação de restituição dos veículos pelo seu valor actual, repondo-se pelo diferencial do preço*”.

¹⁸⁶ En este sentido se pronuncia nuestra jurisprudencia menor. Sirvan como ejemplo las SAP de Cantabria, sección 4ª, de 6 de mayo de 2005 (AC 2005\1834), SAP de Zamora, sección 1ª, de 13 de septiembre de 2005 (JUR 2005\219897), SAP de Huesca, sección 1ª de 11 de julio de 2007 (JUR 2007/307663), SAP Vizcaya, sección 1ª, de 2 de julio de 2008 (JUR 2008/390266), SAP de Toledo, sección 2ª, de 10 junio de 2010 (JUR 2010\267416).

En el ámbito doctrinal, algunos autores como J. AVILÉS GARCÍA, “Las garantías...”, op. cit., p. 1691, admiten la entrega de “vales” de compra canjeables por productos del propio establecimiento o cadena comercial, como solución amistosa, “siempre y cuando quede suficientemente claro que el comprador tendrá también plena libertad para ejercitar cualquiera de las otras opciones que le reconoce la garantía legal de conformidad” (reparación o sustitución, en primer término, y reducción del precio o resolución, en segundo lugar).

¹⁸⁷ JUR 2014/92353.

concurrer los presupuestos para apreciar la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario; y ello, aunque la acción pudiera dirigirse no sólo frente al vendedor sino también frente a la aseguradora.

78. La Directiva (UE) 2019/771 dedica a la resolución no sólo el art. 13.5, sino también el art. 16, cuyo variado contenido no existía en la Directiva 1999/44/CE. Veamos cuáles son las novedades que introduce:

- a. Admite el ejercicio extrajudicial de la resolución; de acuerdo con lo previsto en el art. 16.1, el derecho a resolver el contrato se ejercita “*mediante una declaración al vendedor en la que expresa su decisión de resolver el contrato de compraventa*”.
- b. Regula de forma específica la resolución cuando, habiéndose vendido varios bienes, solo alguno o algunos de ellos no son conformes; según el art. 16.2, en estos casos, el consumidor –como regla general– sólo puede resolver el contrato en relación con los bienes no conformes (resolución parcial)¹⁸⁸; ahora bien, admite la resolución de todo el contrato cuando no se pueda “*razonablemente esperar que el consumidor acepte conservar únicamente los bienes conformes*”.
- c. Regula los efectos típicos de la resolución (art. 16.3): a) el consumidor restituirá los bienes al vendedor “*a expensas de este último*” (es, por tanto, el vendedor quien asume el coste de la restitución); y b) “*el vendedor reembolsará al consumidor el precio pagado por los bienes tras la recepción de estos o de una prueba, aportada por el consumidor, de que los ha devuelto*”¹⁸⁹. La Directiva termina señalando que “*los Estados miembros podrán determinar las modalidades de devolución y reembolso*”.

E) Plazos¹⁹⁰

a) Plazo de garantía

79. En España, el art. 123 TRLGDCU delimita, en primer término, el plazo durante el que han de manifestarse los defectos de los bienes adquiridos por el consumidor para que el vendedor responda por la falta de conformidad: dos años desde la entrega, la cual se entiende hecha, según el art. 123.2, en el día que figure en la factura o tique de compra, o en el albarán de entrega correspondiente si éste fuera posterior, salvo prueba en contrario¹⁹¹. Tratándose de productos de segunda mano, este plazo puede ser menor si vendedor y consumidor así lo pactaran en el caso concreto, pero en ningún caso podrá ser inferior a un año desde la entrega; en defecto de pacto, la jurisprudencia entiende aplicable el plazo de dos años aunque se trate de bienes usados [Véase SAP Lleida, sección 2ª, de 22 de marzo de 2007¹⁹²]. Estos plazos coinciden con los previstos en nuestro país vecino en los art. 5.1 y 5.2 DL 67/2003 en relación a los bienes muebles¹⁹³; ahora bien, como allí también los bienes inmuebles pueden ser bienes de consu-

¹⁸⁸ A pesar de que el TRLGDCU no contemplaba la posibilidad de solicitar la resolución parcial, en nuestra doctrina, autores como J. AVILÉS GARCÍA, “Las garantías...”, *op. cit.*, p. 1710, no dudaban en admitirla; no obstante, estimaban necesario establecer algunos límites para el caso de que la venta se refiriese a un único objeto que resultara defectuoso sólo parcialmente. Dichos límites residirían en que: 1) el objeto, aunque tenga su propia individualidad, ha de estar compuesto por distintas partes separables entre sí; y 2) esas partes han de ser susceptibles de un aprovechamiento parcial por el comprador.

¹⁸⁹ Estas dos obligaciones restitutorias –añade- M.J. MARÍN LÓPEZ, “Falta...”, *op. cit.*, (LA LEY 8329/2019)- “deben cumplirse simultáneamente”; en consecuencia, “el vendedor puede suspender su obligación de devolver el precio en tanto el consumidor no le restituya a él el bien”.

¹⁹⁰ En relación a los plazos, resulta de sumo interés M.D. MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, “Los plazos en la compraventa de consumo. Estudio comparativo de la cuestión en el Derecho español y portugués”, en *Estudos de Direito do Consumidor*, nº 6, Coimbra, Centro de Estudos do Consumo, 2004, pp. 151-202, un estudio de Derecho comparado en el que la autora analiza en profundidad este aspecto en la hoy derogada Ley 23/2003 española y el DL 67/2003 portugués.

¹⁹¹ Aunque la factura tenía fecha anterior (28 de junio de 2011), la SAP de Córdoba, Sección 1ª, de 19 junio de 2017 (AC 2017/1186) entendió que la real y efectiva puesta en marcha, es decir, el momento en que puede considerarse que la máquina de aire acondicionado se encontraba con un funcionamiento adecuado a su finalidad se produce el 21 de julio de 2011.

¹⁹² JUR 2007/136790.

¹⁹³ Con relación a los bienes de segunda mano, la jurisprudencia lusa insiste en la idea de que el consumidor no puede pres-

mo el precepto en cuestión –el referido art. 5.1- fija un plazo de garantía en relación a estos últimos de cinco años a contar desde la entrega¹⁹⁴. Lo que no aclaran los preceptos lusos es el momento en que ha de entenderse hecha la entrega¹⁹⁵. El art. IV.A.-2:308 (1) MCR determina, con carácter general, que “*el vendedor es responsable de toda falta de conformidad que exista en el momento de la transmisión del riesgo al comprador; aun cuando esa falta de conformidad sólo se manifieste después de ese momento*”; no concreta, sin embargo, el plazo en que ha de manifestarse el defecto.

80. La Directiva (UE) 2019/771 no presenta cambios a este respecto; los art. 10.1 y 10.6 mantienen los plazos de garantía de dos años (con carácter general) y un año como mínimo para los bienes de segunda mano. La novedad reside en que precisa que lo dispuesto en el art. 10.1 se aplica también a los bienes con elementos digitales, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 7.3. Con relación a estos bienes (bienes con elementos digitales- determina que “*cuando el contrato de compraventa establezca el suministro continuo de los contenidos o servicios digitales durante un período, el vendedor también será responsable por cualquier falta de conformidad de los contenidos digitales o servicios digitales que se produzca o se manifieste en el plazo de dos años a partir del momento de la entrega de los bienes con elementos digitales. Cuando el contrato establezca el suministro continuo durante más de dos años, el vendedor será responsable de cualquier falta de conformidad de los contenidos digitales o servicios digitales que se produzca o se manifieste dentro del plazo durante el cual deben suministrarse los contenidos digitales o servicios digitales con arreglo al contrato de compraventa*”. La Directiva, no obstante, permite a los Estados miembros adoptar plazos más largos que los indicados en los apartados 1 y 2 (art. 10.3).

81. Llegados a este punto, no podemos dejar de llamar la atención sobre una práctica publicitaria que aún nos encontramos a veces en el día a día, en cuyo análisis no podemos detenernos en este trabajo; dicha práctica consiste en publicitar productos nuevos con un plazo de garantía inferior a los dos años. ¿Estamos ante una garantía adicional a la que nos referiremos después? ¿se trata de un supuesto de publicidad engañosa?¹⁹⁶

82. Por lo que se refiere a la carga de la prueba, a la vista de los referidos art. 123 TRLGDCU y 5 DL 67/2003, parece que el consumidor tendrá que probar que la falta de conformidad se ha producido dentro del periodo de dos años (cinco años en el caso de los bienes inmuebles en Portugal) desde la fecha de entrega del bien al consumidor y, lo que puede ser más complicado en la práctica, el carácter originario de la falta de conformidad (el consumidor tendrá que acreditar que la falta de conformidad verificada no se justifica en un suceso o actuación posterior a la entrega). De ahí la importancia, en España, de la presunción *iuris tantum* que –en consonancia con la Directiva Comunitaria 1999/44/CE

cindir de la totalidad del plazo de garantía pues, si así fuera, el plazo de garantía aplicable sería el de dos años. Véanse a estos efectos los Ac. do TRL de 8 de mayo de 2008 (processo: 3611/2008-6), TRP de 21 de enero de 2014 (processo: 1177/12.8T2O-VR.P1), TRC de 25 de octubre de 2011 (processo: 351/10.6TBPCV.C1).

La posibilidad de reducir el plazo de garantía en estos casos se ha justificado afirmando que las expectativas de los compradores, en estos casos, son más bajas; tal aseveración, sin embargo, resulta discutible para algunos autores quienes consideran que algunos bienes son valiosos precisamente por no ser nuevos y no cabe exigir una calidad menor. Es el caso de A. PRATA, “Venda de bens usados no quadro da Directiva 1999/44/CE”, *Themis: Revista de direito*, 2001, N° 4, p. 150.

¹⁹⁴ J. MORAIS CARVALHO, *Manual...*, *op. cit.*, p. 237, alude al supuesto en que el contrato se refiera a un elemento privativo de un inmueble sujeto al régimen de propiedad horizontal. Según este autor, en ese caso, el plazo, por lo que se refiere a los elementos comunes, ha de contarse desde el momento en que se verifica la última transmisión por parte del vendedor o del constructor. Si no fuera así y se considerase relevante el momento en que se constituye el régimen en cuestión, quedarían total o parcialmente desprotegidos todos aquellos que adquiriesen el inmueble con posterioridad. Aunque, en alguna sentencia como el Ac. Do STJ de 1 de junio de 2010, se ha señalado que esta extensión del plazo supone una prolongación intolerable de la garantía mientras el constructor conserve la propiedad de alguno de los elementos privativos, tal argumento no es decisivo en su opinión pues cualquier adquirente debe tener derecho a ejercitar los derechos que derivan de la falta de conformidad del inmueble en el plazo de 5 años (tal y como prevé el DL), se trate de un elemento privativo o se trate de un elemento común.

¹⁹⁵ A estos plazos les resultan aplicables las reglas sobre caducidad en base a lo dispuesto en el art. 298.2 CCPort, según el cual: “*Quando, por força da lei ou por vontade das partes, um direito deva ser exercido dentro de certo prazo, são aplicáveis as regras da caducidade, a menos que a lei se refira expressamente à prescrição*”.

¹⁹⁶ Analiza con cierto detenimiento esta cuestión J. AVILÉS GARCÍA, “Las garantías...”, *op. cit.*, pp. 1713-1715.

(hoy derogada)- contiene el párrafo 2º del art. 123.1 TRLGDCU (“*Salvo prueba en contrario, se presumirá que las faltas de conformidad que se manifiesten en los seis meses posteriores a la entrega del producto, sea éste nuevo o de segunda mano, ya existían cuando la cosa se entregó, excepto cuando esta presunción sea incompatible con la naturaleza del producto o la índole de la falta de conformidad*”)¹⁹⁷ y de la prueba pericial. Apreciado el defecto dentro de los seis meses siguientes a la venta, en nuestro país se invierte la carga de la prueba siendo el vendedor quien debe probar que dicho defecto no era atribuible a un vicio oculto del bien sino a un comportamiento imputable al comprador¹⁹⁸. Distinto es el panorama que nos presenta en nuestro país vecino el DL 67/2003, cuyo art. 3.2 determina que “*As faltas de conformidade que se manifestem num prazo de dois ou de cinco anos a contar da data de entrega de coisa móvel corpórea ou de coisa imóvel, respectivamente, presumem-se existentes já nessa data, salvo quando tal for incompatível com a natureza da coisa ou com as características da falta de conformidade*”. Como vemos, el legislador portugués –apartándose de la solución ofrecida por la Directiva comunitaria- opta por equiparar el plazo de garantía legal –esto es, el plazo durante el cual el consumidor puede reaccionar ante la apreciación de una falta de conformidad- y el plazo en que ha de manifestarse la falta de conformidad para que se presuma existente al tiempo de la entrega del bien. Tal decisión trae consigo una importante consecuencia: en Portugal, el consumidor no tiene que probar el carácter originario de la falta de conformidad, es decir, su existencia al tiempo de la entrega. Mas, ¿a qué obedece esta decisión? ¿Puede reputarse correcta la trasposición realizada en Portugal en este punto? Para responder a la primera cuestión debemos remontarnos al Derecho portugués anterior a la referida norma comunitaria, el cual era más favorable para los consumidores: la *Lei de Defesa do Consumidor* (LCD), concretamente, preveía una “*garantía de bom estado e de bom funcionamento*” durante un año, prescindiendo del requisito de la falta de conformidad en el momento de la entrega, por lo que el establecimiento de una presunción que sólo jugaba cuando la falta de conformidad se manifestaba dentro de los seis meses posteriores a la entrega suponía una clara disminución de los derechos de los consumidores portugueses. La respuesta a la segunda pregunta ha de ser afirmativa por cuanto nos encontramos ante una Directiva de mínimos.

83. La Directiva (UE) 2019/771, por su parte, amplía a un año el plazo durante el cual se invierte la carga de la prueba; en este sentido, el art. 11.1 establece que “*Se presumirá que cualquier falta de conformidad que se manifieste en el plazo de un año a partir del momento de la entrega de los bienes, ya existía en el momento de la entrega de los bienes, salvo que se demuestre lo contrario o que esta presunción sea incompatible con la naturaleza de los bienes o con la índole de la falta de conformidad*”, añadiendo que tal previsión se aplica también a los bienes con elementos digitales. No obstante, en su art. 11.2, permite a los Estados miembros “*mantener o introducir un plazo de dos años a partir de la fecha de entrega de los bienes*”. Este es, por tanto, otro de los puntos que habría que modificar en nuestro TRLGDCU.

84. La Directiva dedica finalmente un apartado específico a los bienes con elementos digitales para señalar que, “*cuando el contrato de compraventa prevea el suministro continuo de contenidos o servicios digitales durante un período, la carga de la prueba respecto de si los contenidos o servicios digitales eran conformes durante el período indicado en el art. 10.2, recaerá en el vendedor cuando la falta de conformidad se manifieste en el período señalado en dicho artículo*” (art. 11.3).

¹⁹⁷ Esta presunción aparece en términos prácticamente idénticos en el art. IV.A.-2:308 (2) MCR, relativo a los contratos de compraventa de bienes de consumo, precisando el art. IV.A.-2:308 (3) MCR que, en los casos de instalación incorrecta, el riesgo se transmite al comprador en el momento en que se completa la instalación.

¹⁹⁸ Véanse, en este sentido, las SAP de Palencia, sección 1ª, de 28 diciembre de 2012 (*JUR* 2013\54528), SAP de Burgos, sección 3ª, de 4 de junio de 2013 (*JUR* 2013\219530), SAP de Madrid, Sección 14ª, de 2 febrero de 2016 (*JUR* 2016\74415) o SAP de Barcelona, Sección 4ª, de 11 diciembre de 2015 (*JUR* 2016\66261) en la que, conociendo de un supuesto en que se había vendido un vehículo de segunda mano y la falta de conformidad se había manifestado transcurridos esos seis meses, el Tribunal consideró que el incumplimiento por parte de la compradora del plan de mantenimiento fijado en el contrato (llevó el vehículo a un taller no autorizado) conllevaba la ruptura el nexo de causalidad y la anulación de la garantía, y no permitía declarar probado que el defecto existía al tiempo de la adquisición del vehículo.

b) Plazo para el ejercicio del derecho. Especial referencia a la denuncia de la falta de conformidad

85. De acuerdo con lo dispuesto en el art. 123.5 TRLGDCU, el consumidor dispone de un plazo de dos meses (a contar desde que se manifiesta el defecto) para informar al vendedor de la falta de conformidad. Se impone, así, una carga de denuncia al consumidor que quiera hacer valer sus derechos frente a la contraparte, presumiéndose *iuris tantum* que la comunicación se ha realizado dentro del plazo establecido. Si no cumple con esta exigencia, no perderá el derecho al saneamiento que corresponda, pero será responsable de los daños o perjuicios efectivamente ocasionados por el retraso en la comunicación. La norma portuguesa, por su parte, fija en el art. 5.A.2 DL 67/2003 (añadido por el DL 84/2008) un plazo de dos meses o un año, según se trate de bienes muebles o inmuebles, para manifestar la falta de conformidad del bien al vendedor¹⁹⁹ –plazo que se computa no desde el momento en que el consumidor haya tenido la posibilidad de conocer dicha falta de conformidad sino desde aquel en que efectivamente la haya detectado²⁰⁰; ahora bien, a diferencia de la española: a) puntualiza, en el art. 5.A.1, que, si no se produce esa denuncia en el plazo fijado, los derechos del consumidor caducan; b) no contiene presunción alguna en relación a la realización de la denuncia en el plazo referido; y c) omite toda referencia a la responsabilidad en relación a los perjuicios que pudiera sufrir como consecuencia del retraso en la comunicación²⁰¹. El art. III.-3:302 MCR, por su parte, determina que la reclamación de cumplimiento de una obligación no dineraria debe hacerse dentro de un plazo razonable.

86. La comunicación/denuncia no está sujeta a forma alguna. Puede realizarse, por tanto, de forma oral en el propio establecimiento abierto al público o utilizando el teléfono de contacto que tenga el vendedor. Eso sí, según la jurisprudencia de nuestro país vecino, debe hacer referencia a la falta de conformidad alegada por el consumidor; no basta con que haga referencias vagas y observaciones genéricas en relación al estado del bien²⁰².

87. La doctrina portuguesa viene manifestando, con razón, que, aunque el DL no lo dice expresamente, la denuncia resulta en todo punto innecesaria en aquellos casos en que el consumidor sepa que el vendedor conoce la existencia de esa falta de conformidad²⁰³ así como en los casos en que el vendedor

¹⁹⁹ El establecimiento de un plazo tan breve tiene por objeto resolver el problema en un breve espacio de tiempo. Añade J. MORAIS CARVALHO, *Manual...*, op. cit., p- 240 y 241, que, además, “a proximidade em relação à intervenção no bem pode facilitar o sucesso da operação. Trata-se assim, de norma que limita de forma significativa a capacidade de intervenção do consumidor (...) que encontra justificação adequada”. Es consciente, no obstante, de las críticas que ha suscitado por parte de autores como A JANSSEN, “I termini della direttiva 1999/44/CE ed il loro recepimento nel diritto tedesco con particolare riguardo alla Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale” en *Contratto e impresa / Europa*, n° 2, 2004, p. 881, o J. CALAIS-AULROY, *Une nouvelle garantie pour l'acheteur la garantie de conformité*, Édition Paris Editions Dalloz, 2005, p. 708.

²⁰⁰ El Ac. do STJ de 5 de marzo de 2013 (processo: 3298/05.4TVLSB.L1.S1) habla de conocimiento suficiente.

²⁰¹ En nuestro país vecino, autores como J. MORAIS CARVALHO, *Manual...*, op. cit., p. 241 y 242, se refieren al supuesto en que la falta de conformidad se agrave una vez realizada la denuncia. Se preguntan concretamente si es necesario volver a contactar con el vendedor o no para ponerlo en su conocimiento. A la vista de la redacción actual del precepto, el referido niega que sea necesario dado que el plazo de caducidad, en ningún caso, será inferior al plazo de garantía legal. En el caso de que se manifieste una nueva falta de conformidad, en cambio, hay que comunicarla al vendedor.

²⁰² Sirvan como muestra los Ac. do TRL de 5 de junio de 2007 (processo: 2371/2007-1) y TRP de 3 de marzo de 2008 (proceso: 0756325).

²⁰³ Piénsese, por ej., en el caso en que el profesional reconoce de forma expresa o tácita la falta de conformidad realizando reparaciones en el bien o informando de su existencia a la aseguradora.

En apoyo de este argumento puede traerse a colación el art. 331.2 CCPort que determina que “*Quando (...) se trate de prazo fixado por contrato ou disposição legal relativa a direito disponível, impede também a caducidade o reconhecimento do direito por parte daquele contra quem deva ser exercido*”. También el art. 1220.2 CCPort, relativo al contrato de obra, según el cual: “*Equivalente à denúncia o reconhecimento, por parte do empreiteiro, da existência do defeito*”. El art. 916 CCPort, por su parte, en relación a la compraventa de “*coisas defeituosas*”, dispone: “*O comprador deve denunciar ao vendedor o vício ou a falta de qualidade da coisa, excepto se este houver usado de dolo*”.

En el ámbito jurisprudencial, cabe recordar el Ac. do TRC de 20 de mayo de 2014 (processo: 144/10.0TBCNT.C1). El Ac. do TRP de 11 de diciembre de 2012 (processo: 55/08.0TBETR.P1), en cambio, defiende que no impide “*à caducidade do direito o conhecimento dos defeitos pelo empreiteiro ou a sua alegada inércia*”.

haya actuado con dolo, pues el objetivo de la denuncia no es otro que informar al vendedor acerca de la falta de conformidad del bien²⁰⁴.

88. Con relación a este plazo de preaviso, debemos recordar la STJUE de 4 de junio de 2015 (*Caso Froukje Faber contra Autobedrijf Hazet Ochten BV*)²⁰⁵ en la que se pone de manifiesto que la Directiva 1999/44 no se opone a una disposición nacional que disponga que el consumidor, para ejercer los derechos que le confiere el referido instrumento, ha de informar al vendedor de la falta de conformidad en tiempo oportuno, siempre y cuando: 1) el consumidor disponga para tal fin de un plazo no inferior a dos meses a partir de la fecha en la que se percató de dicha falta de conformidad; 2) la información que deba facilitarse se refiera única y exclusivamente a la existencia de dicha falta de conformidad; y 3) no esté sujeta a normas en materia de prueba que hagan imposible o excesivamente difícil para dicho consumidor el ejercicio de sus derechos.

89. El art. 12 de la Directiva (UE) 2019/771 en modo alguno afecta al modelo actualmente vigente en España y Portugal pues deja libertad a los Estados miembros para “mantener o adoptar disposiciones en las que se establezca que, para poder hacer valer sus derechos, el consumidor ha de informar al vendedor de la falta de conformidad en un plazo mínimo de dos meses a partir de la fecha en que el consumidor la haya detectado”.

90. Por lo que se refiere al plazo para ejercitar la acción, hay que señalar que, en España, la acción para reclamar frente a la falta de conformidad apreciada prescribe a los tres años desde la entrega del producto (art. 123.4 TRLGDCU)²⁰⁶. Como ya manifestáramos en un trabajo anterior²⁰⁷, nos sumamos, en este punto, a las críticas vertidas por la doctrina por cuanto el plazo para el ejercicio de la acción empieza a contarse desde un momento en el que no puede ejercitarse, lo cual contraría el criterio general vigente en nuestro Derecho privado (art. 1969 CC). Debería computarse desde que se verifica la falta de conformidad²⁰⁸. Eso es precisamente lo que ocurre en nuestro país vecino. El art. 5.A.3 DL 67/2003 (añadido por el DL 84/2008) determina que “*Caso o consumidor tenha efectuado a denúncia da desconformidade, tratando-se de bem móvel, os direitos atribuídos ao consumidor nos termos do artigo 4.º caducam decorridos dois anos a contar da data da denúncia e, tratando-se de bem imóvel, no prazo de três anos a contar desta mesma data*”²⁰⁹. El DL 84/2008 amplía notablemente el plazo contemplado originariamente por el DL 67/2003 de seis meses que, por una parte, suponía una incorrecta trasposición de la Directiva comunitaria²¹⁰ y, por otra, conllevaba una merma en la protección del consumidor

²⁰⁴ Véase, por ej., J. MORAIS CARVALHO, *Manual...*, op. cit., p. 240 y 242; J. CALVÃO DA SILVA, *Venda...*, op. cit., p. 94.

²⁰⁵ TJCE 2015/206.

²⁰⁶ En el supuesto que da origen a la SAP de Madrid, Sección 14ª, de 2 febrero de 2016 (*JUR* 2016/74415), el Tribunal entendió que no había prescrito este plazo de 3 años indicando que: 1) había que descontar los periodos de suspensión derivados de la entrega del turismo al taller para su reparación, a pesar de que en el supuesto resultaba controvertido el término final de ese periodo de suspensión que se produce con la entrega del turismo “ya reparado”; 2) es posible plantear la interrupción del plazo de prescripción por las sucesivas reclamaciones extrajudiciales dirigidas a la demandada, aunque, según cierto sector doctrinal el régimen del art. 1973 CC, no resulta aplicable al ejercicio de las acciones del art. 123 TRLGDCU, las cuales sólo son susceptibles de la suspensión contemplada en el mismo texto, y concretamente, en este caso, en su art. 120.c); 3) en el caso en cuestión, se había tramitado además un procedimiento penal incoado en virtud de denuncia presentada por la demandante por idénticos hechos a los que eran objeto del presente litigio, durante cuya tramitación, a tenor del art. 111 LECrim, era imposible ejercitar la acción civil.

²⁰⁷ F.M. CORVO LÓPEZ, “Distribución y protección de clientela: régimen de garantías legales y comerciales; productos defectuosos”, en F. CARBAJO CASCÓN, (dir) *Los contratos de distribución en las propuestas armonizadoras del derecho contractual europeo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 168.

²⁰⁸ J.A. GARCÍA-CRUCES, “La compraventa...”, op. cit., p. 247. También llama la atención sobre esta cuestión, aunque se muestra menos contundente en la crítica, J. AVILÉS GARCÍA, “Las garantías...”, op. cit., p. 1716, quien resalta, además, el distinto momento en que se empieza a computar el plazo de prescripción para reclamar la garantía comercial adicional: seis meses a contar “desde la finalización del plazo de garantía (art. 125.4 TRLGDCU).

²⁰⁹ Nótese que los plazos previstos en los art. 5 y 5.A. DL 67/2003 sólo son aplicables a los derechos expresamente previstos en dicha norma; no se aplican al derecho a la indemnización. Así lo puntualiza J. MORAIS CARVALHO, *Manual...*, op. cit., p. 239 y 240.

²¹⁰ Según la Directiva 1999/44/CE, el plazo de prescripción que los Estados miembros podían fijar no podía ser inferior a 2 años desde la fecha de la entrega.

en los casos de contrato de obras pues el art. 1224.1 CCPort contempla en dichos supuestos un plazo de un año²¹¹. A la vista de lo previsto en el art. 331.2 CCPort, en el caso de que el vendedor, expresa o tácitamente, admitiera la falta de conformidad, dejaría de correr el plazo de caducidad y el consumidor podría ejercitar sus derechos, aunque hubiera transcurrido íntegramente.

91. De acuerdo con lo dispuesto en el art. 5.A.4 DL 67/2003, el plazo de caducidad se suspende en dos casos: 1) mientras el consumidor aguarda la reparación o sustitución del bien (supuesto al que ya hemos hecho referencia); y 2) mientras dure el proceso extrajudicial de resolución de conflictos de consumo, excepto el arbitraje (norma introducida también con el DL 84/2008)²¹². El art. 5.A.5, por su parte, establece: “*A tentativa de resolução extrajudicial do litígio inicia-se com a ocorrência de um dos seguintes factos: a) As partes acordem no sentido de submeter o conflito a mediação ou conciliação; b) A mediação ou a conciliação seja determinada no âmbito de processo judicial; c) Se constitua a obrigação de recorrer à mediação ou conciliação*”. Al hilo de este precepto cabe señalar que llaman especialmente la atención los apartados b) y c) pues, para empezar, la mediación es un procedimiento esencialmente voluntario de modo que el juez, en el ámbito de un proceso judicial, como mucho puede invitar a las partes a acudir a una sesión informativa sobre la mediación pero, en ningún caso, puede obligarles a dirimir el conflicto por esa vía²¹³; y, para continuar, en los conflictos de consumo es raro que las partes hayan pactado previamente acudir a mediación. Consciente de tal circunstancia, MORAIS CARVALHO sostiene que “*deve entender-se que há acordo, para efeitos desta norma, sempre que o consumidor submete o caso a uma entidade de resolução de litígios e o profissional aceita tacitamente o processo, respondendo à solicitação dessa entidade*”²¹⁴.

92. La Directiva (UE) 2019/771 no fija un plazo dentro del cual el consumidor ha de ejercitar los derechos que se le reconocen en el art. 13. Ahora bien, si estos derechos están sometidos a un plazo de prescripción, deberán cumplir las exigencias que contempla en sus art. 10.4 y 10.5. Según estos preceptos, “*los Estados miembros velarán por que dicho plazo de prescripción permita a los consumidores exigir las medidas correctoras establecidas en el artículo 13 por cualquier falta de conformidad de la que sea responsable el vendedor con arreglo a los apartados 1 y 2 del presente artículo y que se manifieste dentro del plazo indicado en dichos apartados*”. Así pues, si existe un plazo concreto de prescripción, dicho plazo no podrá ser inferior a dos años (o el plazo de garantía más amplio que fije cada Estado miembro). Tratándose de bienes de segunda mano, la nueva Directiva presenta una novedad de especial trascendencia pues, en su art. 10.6, permite el pacto entre vendedor y consumidor para acortar el plazo de prescripción en la venta de bienes de segunda mano; ahora bien, dicho plazo nunca podrá ser inferior a un año. Probablemente, la razón que ha llevado al legislador comunitario a introducir esta última norma se encuentra directamente relacionada con el supuesto que dio origen a la STJUE de 13 de julio de 2017 (*Caso Christian Ferenschild contra JPC Motor SA.*)²¹⁵. En el caso en cuestión, un neerlandés

²¹¹ Art. 1224.1 CCPort: “*Os direitos de eliminação dos defeitos, redução do preço, resolução do contrato e indemnização caducam, se não forem exercidos dentro de um ano a contar da recusa da aceitação da obra ou da aceitação com reserva, sem prejuízo da caducidade prevista no artigo 1220.º*”.

²¹² La doctrina portuguesa elogia este precepto en la medida en que no sólo evita que quienes acuden a los mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos se encuentren presionados por el plazo de caducidad de la acción sino también por su carácter pedagógico pues da a conocer mecanismos más rápidos, económicos y eficaces que los tribunales para resolver estos conflictos (el precepto se refiere expresamente a la mediación y la conciliación); quedan incluidas también las negociaciones con el productor, figura a la que nos referiremos más adelante en el texto. La exclusión del arbitraje obedece al hecho de que, en este caso, es un tercero imparcial quien dirime el conflicto, teniendo el laudo arbitral el mismo valor que una sentencia judicial. Así pues, si se inicia el proceso arbitral dentro de plazo, el derecho se entiende ejercitado en tiempo (art. 331.1 CCPort).

²¹³ El principio de voluntariedad aparece consagrado, en nuestro país vecino, en el art. 4 Lei da Mediação, aprobada por la lei 29/2013. A la vista del mismo, J. MORAIS CARVALHO, *Manual...*, op. cit., p. 244 y “*A consagração legal da mediação em Portugal*”, *JULGAR*, 2011, nº 15, p. 280 y 281, disponible en <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2014/07/11-DIVULGAR-A-Media%C3%A7%C3%A3o-em-Portugal.pdf> (consultado el 26/07/2017) considera discutible la inclusión de la mediación obligatoria en el concepto de mediación.

²¹⁴ J. MORAIS CARVALHO, *Manual...*, op. cit., p. 245.

²¹⁵ *TJCE/2017/166*.

que residía en Bélgica había comprado un coche de segunda mano²¹⁶; las partes, haciendo uso de la posibilidad que les dispensaba el art. 1649 quater, apartado 1, del Código Civil belga, habían pactado una reducción del plazo de garantía a un año²¹⁷; ahora bien, el plazo de prescripción previsto en el art. 1649 quater, apartado 3, del mismo texto legal, era un plazo de un año a contar desde el momento en que el consumidor constataste la falta de conformidad, y no podía expirar antes de que finalizase el plazo de dos años previsto en el apartado 1 del referido precepto²¹⁸. Dado que, en el supuesto, se había reducido de común acuerdo la duración del plazo de garantía a un año, se planteaba la duda acerca de si el plazo de prescripción de un año, mencionado en art. 1649 quater, apartado 3, del Código Civil, debía prorrogarse hasta la expiración del plazo de garantía de dos años, previsto en el apartado 1 del referido precepto. El TJUE respondió afirmando que el art. 5.1, y el art. 7.1, párr. 2º, de la Directiva 1999/44 debían interpretarse en el sentido de que se oponían a una norma de un Estado miembro que permitiera que la duración del plazo de prescripción de la acción del consumidor fuera inferior a dos años a partir de la entrega del bien cuando dicho Estado miembro hubiese hecho uso de la facultad que le otorgaba el mencionado art. 7.1, párr. 2º y el vendedor y el consumidor hubieran acordado un plazo de responsabilidad del vendedor inferior a dos años -concretamente un año- para el bien de segunda mano de que se tratase.

93. Queda sin resolver, sin embargo, en la Directiva (UE) 2019/771 el tema relativo a la fecha desde la que ha de computarse el plazo de prescripción. A la vista de su Considerando nº 42, no es un punto a armonizar. Dice textualmente: “*Aunque (...) la presente Directiva no debe armonizar la fecha de inicio de los plazos de prescripción nacionales, es preciso garantizar que dichos plazos de prescripción no restrinjan el derecho los consumidores a exigir medidas correctoras por toda falta de conformidad que se manifieste durante el período en el que el vendedor sea responsable de una falta de conformidad*”²¹⁹. A pesar de ello, creemos que la reforma del TRLGDCU que ha de acometerse a fin de trasponer esta Directiva constituye una buena oportunidad para que el legislador español rectifique y fije el *dies a quo* en el momento en que se verifica la falta de conformidad.

F) Acción contra el productor²²⁰

94. La posibilidad de accionar contra el productor se contempla en ambos Ordenamientos (art. 124 TRLGDCU –en el caso de España– y art. 6 DL 67/2003 –en el caso de Portugal–²²¹). Productor, según el art. 5 TRLGDCU, es el fabricante del bien o el prestador del servicio o su intermediario, o el importador del bien o servicio en el territorio de la UE, así como cualquier persona que se presente como tal al in-

²¹⁶ La falta de conformidad derivaba del hecho de que, inicialmente, no se pudo proceder a su matriculación porque el coche figuraba como robado en el Sistema de Información de Schengen. A raíz de las actuaciones llevadas a cabo por el vendedor, finalmente, resultó que, en realidad, había sido robada la documentación del vehículo -y no éste-, con el fin de «maquillar» en Italia un coche similar de procedencia fraudulenta y la Dirección de matriculación de vehículos pudo matricular con arreglo a Derecho el vehículo adquirido por el Sr. Ferenschild. Aunque la falta de conformidad había quedado así subsanada, la *cour d'appel de Mons* (Tribunal de Apelación de Mons) ordenó de oficio la reapertura de los debates a fin de permitir a las partes presentar sus conclusiones en relación a la prescripción de la acción, particularmente.

²¹⁷ El plazo de garantía, establecido en el art. 1649 quater, apartado 1, del Código Civil belga, tiene una duración de dos años a partir de la entrega del bien. Con arreglo al párrafo tercero de dicha disposición, las partes del contrato de compraventa, de común acuerdo, pueden reducir la duración de ese plazo a un mínimo de un año para los bienes de segunda mano.

²¹⁸ En el supuesto de autos, la acción se había ejercitado más de un año después de la entrega del vehículo en cuestión y de la constatación de la falta de conformidad de dicho vehículo.

²¹⁹ Acaso pensando en que el legislador español fija como *dies a quo* del plazo de prescripción el momento de la entrega del bien, M.J. MARÍN LÓPEZ, “Falta...”, *op. cit.*, (LA LEY 8329/2019), afirma, apoyándose en el referido considerando, que, si existe un plazo concreto de prescripción, este plazo no podrá ser inferior a dos años (o el plazo de garantía más amplio que fije cada Estado miembro) desde la entrega del bien.

²²⁰ Hablamos, en este caso, de supuestos en que el productor responde directamente ante el consumidor por la falta de conformidad del producto. Esta responsabilidad es distinta de la responsabilidad objetiva por daños causados por productos defectuosos regulada en los art. 128 y ss TRLGDCU, en España, y por el DL 383/89, de 6 de noviembre, en Portugal.

²²¹ Entre los autores que han aplaudido el reconocimiento de esta acción en su país cabe citar a J. CALVÃO DA SILVA, *Venda...*, *op. cit.*, p. 99, quien recuerda su inicial desarrollo por parte de la jurisprudencia francesa; L.M. TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito...*, *op. cit.*, p. 144.

dicar en el bien, ya sea en el envase, el envoltorio o cualquier otro elemento de protección o presentación, o servicio su nombre, marca u otro signo distintivo (redacción muy similar emplea el DL 67/2003)²²². En nuestro país, aunque el referido precepto no alude al distribuidor del producto, no han faltado ocasiones en que se ha afirmado su legitimación pasiva por entender que tenía la condición de importador [SAP de Valencia, sección 7ª, de 16 de junio de 2008²²³]. En el caso de Portugal, el art. 6.3 considera responsable también al representante del productor en la zona del domicilio del consumidor²²⁴, indicando que responde solidariamente²²⁵. De acuerdo con la definición ofrecida por el art. 1.Be) DL 67/2003 (añadido por DL 84/2008) “Representante do produtor” es “*qualquer pessoa singular ou colectiva que actue na qualidade de distribuidor comercial do produtor e ou centro autorizado de serviço pós-venda, à excepção dos vendedores independentes que actuem apenas na qualidade de retalhistas*”^{226 227}.

95. Ahora bien, los términos en que se regula esta acción en cada uno de los Estados difieren considerablemente.

96. En España, no está nada claro en la ley cuándo y cómo responde el productor. La confusa redacción del art. 124 ha dado lugar a tres interpretaciones diferentes. Conforme a la primera (más respetuosa con la rúbrica del precepto “Acción contra el productor”), el productor responde subsidiariamente; esto es, sólo en el caso de que al consumidor le resulte imposible o le suponga una carga excesiva dirigirse contra el vendedor, estando limitada su responsabilidad a la derivada de faltas de conformidad relativas al origen, identidad o idoneidad de los productos de acuerdo con su naturaleza y finalidad y con las normas que los regulan²²⁸. De acuerdo con la segunda, el precepto ampara una acción directa contra el productor en relación con los defectos de conformidad relativos al “*origen, identidad o idoneidad de los productos, de acuerdo con su naturaleza y finalidad y con las normas que los regulan*” –defectos directamente relacionados con su actuación-, pudiendo el consumidor elegir entre accionar contra el vendedor, contra el productor o contra ambos, en cuyo caso el productor no tendría acción de regreso frente al vendedor; y una acción subsidiaria para el caso de que al consumidor “*le resulte imposible o le suponga una carga excesiva dirigirse frente al vendedor*”, acción que podría ejercitarse frente a cualquier falta de conformidad (no sólo frente a las enunciadas en el apartado 2) previa acreditación de las expresadas

²²² El art. 1.Bd) DL 67/2003 (añadido por DL 84/2008) define “*Produtor*” como “*o fabricante de um bem de consumo, o importador do bem de consumo no território da Comunidade Europeia ou qualquer outra pessoa que se apresente como produtor através da indicação do seu nome, marca ou outro sinal identificador no produto*”.

²²³ AC 2008\1616.

²²⁴ Representante del productor, según el art. 1.Be) DL 67/2003 (añadido por el DL 84/2008), es “*qualquer pessoa singular ou colectiva que actue na qualidade de distribuidor comercial do produtor e ou centro autorizado de serviço pós-venda, à excepção dos vendedores independentes que actuem apenas na qualidade de retalhistas*”.

²²⁵ El consumidor puede, por tanto, dirigirse contra cualquiera de ellos para ver satisfecho su derecho (art. 512 CCPort). “*Pode também dirigir-se a ambos, sendo que, se um deles satisfizer a pretensão do consumidor, o outro fica exonerado da responsabilidade*” –afirma J. MORAIS CARVALHO, *Manual...*, op. cit., p. 249-.

²²⁶ En opinión de J. CALVÃO DA SILVA, *Venda...*, op. cit., p. 101, “*Teria sido melhor a consagração da acção directa do consumidor contra qualquer dos vendedores em cadeia da coisa defeituosa, provada (pelo autor) a existência da falta de conformidade da coisa já no momento da sua alienação, melhor, da sua entrega pelo vendedor demandado no processo. Assim se poderiam evitar acções em cascata* –o consumidor age contra o seu vendedor, o qual exerce acção de regresso contra o vendedor precedente, e assim por diante- e se resolveriam casos de «desaparecimento» ou insolvência do produtor ou outro vendedor intermediário: o consumidor poderia, à sua escolha (por nisto ter interesse ou julgar mais justo), intentar acção de garantia contra as pessoas que na cadeia da comercialização venderam a coisa quando o vício ou defeito já existia”. (La cursiva es del propio autor). Refiriéndose al representante del productor, señala, en la pág. 107, que el precepto comprende únicamente los supuestos en que se ha celebrado un contrato de distribución con independencia de que el intermediario haya llegado a adquirir o no el producto que distribuye; quedan fuera, pues, los vendedores independientes que adquieren un producto para revenderlo al por menor.

²²⁷ La posibilidad de transmitir los derechos reconocidos frente al productor o su representante a un tercero adquirente del bien cae dentro de lo previsto en el art. 4.6 DL 67/2003 (apartado añadido por el DL 84/2008).

²²⁸ Defienden este planteamiento, entre otros, J.R. GARCÍA VICENTE, “La acción contra el productor: el artículo 10 de la Ley 23/2003, de 10 de julio, de garantías en la venta de bienes de consumo”, *ADC*, 2007-I, p. 53 y 54 y “La contratación...”, op. cit., p. 1717-1719; J.A. GARCÍA-CRUCES, “La compraventa...”, op. cit., p. 250; J. AVILÉS GARCÍA, “Las garantías...”, op. cit., pp. 1718—1720. En el ámbito jurisprudencial, esta interpretación ha sido acogida por la SAP de Castellón, sección 1ª, de 11 de abril de 2008 (*JUR* 2008/188733), SAP de Cantabria, sección 4ª, de 11 de abril de 2012 (*AC* 2013/264) y SAP de A Coruña, sección 5ª, de 29 de mayo de 2014 (*JUR* 2014/218527).

circunstancias; bastaría, por ej., con acreditar la insolvencia del vendedor o su desaparición jurídica, la reclamación extrajudicial infructuosa, que el vendedor se ha exonerado de responsabilidad por demostrar que desconocía y no cabía razonablemente esperar que conociera una declaración pública realizada por el productor sobre las características concretas del producto en los términos previstos en el art. 116.1d), que el establecimiento del vendedor radica en el extranjero...; la demanda, en este caso, se dirigiría contra el productor exclusivamente o contra productor y vendedor pidiendo la condena del vendedor con carácter principal y la del productor con carácter subsidiario para el caso de que quedara acreditada la imposibilidad del primero de cumplir con la sentencia condenatoria²²⁹. La tercera reconoce sólo una acción a favor del consumidor contra el productor con fundamento en el párrafo 1º; y entiende que el párrafo 2º aclara la esfera de responsabilidad del fabricante cuando el vendedor se dirige contra él tras haber tenido que hacer frente a la responsabilidad reclamada por el consumidor por la falta de conformidad del bien vendido²³⁰.

97. Se opte por una interpretación u otra, los plazos y condiciones (falta de conformidad) de ejercicio de la acción son los mismos que se prevén con relación al vendedor; ahora bien, frente al productor, el consumidor sólo puede solicitar la reparación y la sustitución. Ello es lógico por cuanto el productor no es parte del contrato de compraventa; no le incumbe, por consiguiente, la subsistencia o no de la relación contractual ni le compete una rebaja en el precio. Precisamente por eso, pretendiéndose la resolución del contrato, la SAP de Alicante, sección 8ª, de 18 de diciembre de 2009²³¹ estimó la excepción de falta de legitimación pasiva *ad causam* opuesta por el productor.

98. Por lo que se refiere a la normativa lusa, debemos comenzar señalando que el art. 6.1 DL 67/2003 no habla de falta de conformidad con el contrato sino de “coisa defeituosa” pues, no siendo el productor parte en el contrato, no debe responder por cualquier falta de conformidad que resulte de las declaraciones de los contratantes. El legislador opta así por una concepción objetiva de defecto; dentro de esa noción de defecto hay que entender comprendida toda falta de conformidad que derive de elementos contractualmente relevantes que resulten de las declaraciones del productor (piénsese en la información que aparece en las etiquetas o en la publicidad emitida por el productor). Precisamente porque el productor no es parte en el contrato, al igual que en España, el consumidor sólo puede exigir al productor la reparación o la sustitución²³². Ahora bien, no faltan autores en nuestro país vecino que ofrecen argumentos en contra de tal conclusión. MORAIS CARVALHO afirma, por ej., que podría considerarse que se trata del derecho a obtener una indemnización por los daños que el defecto haya ocasionado al consumidor²³³. Tras la reforma operada por el DL 84/2008, la elección del remedio en cuestión (reparación o sustitución) corresponde al consumidor, encontrándose sujeta dicha elección a unos límites que no coinciden plenamente con los expresados en el art. 4 DL 67/2003²³⁴. El primero de ellos es la imposibilidad y, el segundo, la desproporcionalidad a la vista del valor que tendría el bien de no existir la falta de conformidad, la

²²⁹ Esta interpretación es más correcta en opinión de A. AZPARREN LUCAS, “Responsabilidad...”, *op. cit.*, p. 629, y ha sido seguida por la SAP de A Coruña, sección 4ª, de 21 de mayo de 2007 (*JUR* 2007\295652).

²³⁰ Por esta interpretación se decantan R. MARIMÓN DURÁ, “Régimen de garantías del proveedor frente al distribuidor y consumidores por falta de conformidad en el producto”, en VIEIRA GONZÁLEZ y otros (dir), *La reforma de los contratos de distribución comercial*, Madrid, La Ley, 2013, p. 392; M.T. ÁLVAREZ MORENO, “La garantía comercial y la figura del productor en la venta de bienes de consumo” en M.C. GÓMEZ LAPLAZA (coord.), *Algunos aspectos en las garantías de la venta de bienes de consumo*, Ed. Reus, 2010, p. 121; L.M. MARTÍNEZ VELENCOSO, *La falta...*, *op. cit.*, p. 107-112; en la jurisprudencia, parecen seguirla la SAP de Vizcaya, sección 5ª, de 18 de junio de 2007 (*JUR* 2007\358168), SAP de Madrid, sección 21ª, 10 enero de 2012 (*JUR* 2012\41269).

²³¹ AC 2010/717.

²³² Así lo defiende J. CALVÃO DA SILVA, *Venda...*, *op. cit.*, p. 102. Teniendo en cuenta que el productor y el vendedor inicial han recibido un precio como contraprestación, sostiene: “...na acção de resolução que o consumidor pudesse intentar contra o produtor, este não teria de restituir, como efeito da retroactividade da resolução, mais do que o preço por si recebido. Nesta hipótese, como a contrapartida de restituição da coisa ao vendedor inicial pelo consumidor seria a restituição do preço que aquele recebeu e não o pago por este, a acção directa de resolução contra o produtor não teria interesse senão em caso de insolvabilidade do vendedor final. Só que a diferença entre os preços podia ser devida a título de indemnização dos prejuízos causados ao adquirente final, o que tornaria de interesse normal, correcto, a acção directa de resolução (ou seu diminutivo, a redução do preço) contra o produtor”. (La cursiva es del propio autor, quien recuerda que, en Francia, la acción directa no se limita sólo a exigir la sustitución o la reparación).

²³³ J. MORAIS CARVALHO, *Manual...*, *op. cit.*, p. 246.

²³⁴ En su redacción originaria, el art. 6.1 DL 67/2003 confería tal facultad al vendedor y no hacía referencia alguna a los criterios en base a los cuales había de llevarse a cabo la elección.

importancia de ésta y la posibilidad de acudir a la solución alternativa sin mayores inconvenientes para el consumidor. A la vista del precepto, MORAIS CARVALHO considera que no resulta exigible la reparación o la sustitución en el caso de que el valor del bien conforme con el contrato sea reducido. Desde nuestro punto de vista, habría que analizar también la diferencia de valor entre el bien conforme y el bien no conforme para determinar si efectivamente es importante o no. Coincidimos con el autor, en cambio, en que no pueden exigirse los remedios descritos en el caso de que el elegido resultara muy costoso para el productor y en que, aunque el consumidor haya elegido uno, el vendedor podría servirse del otro para poner en conformidad el bien siempre que ello no suponga un inconveniente para el consumidor (ej. podría oponerse a la sustitución del bien si consigue repararlo en un plazo aceptable)²³⁵.

99. Mas, ¿cuándo responde el productor en nuestro país vecino? ¿Es más clara la normativa lusa a estos efectos?

100. El legislador portugués –a diferencia del español- lo que hace es determinar los supuestos en que el productor puede oponerse al ejercicio de los derechos que el propio DL confiere al consumidor. Dichos supuestos son: a) El defecto se debe únicamente a declaraciones del vendedor sobre la cosa y su utilización o a su mala utilización²³⁶; b) no haber puesto el producto en circulación²³⁷; c) a la vista de las circunstancias, cabe entender que, al tiempo de la puesta en circulación, el defecto no existía²³⁸; d) la cosa no se fabricó para su venta o cualquier otra forma de distribución con fines lucrativos o no se ha fabricado ni distribuido en el ámbito de su actividad profesional²³⁹; e) han transcurrido más de diez años desde la puesta en circulación del producto²⁴⁰. Llama la atención que muchos de ellos coinciden con las causas de exoneración de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos contempladas, en Portugal, por el art. 5 DL 383/1989²⁴¹ y, en España, por el art. 140 TRLGDCU, ámbito en el que, además, la responsabilidad se extingue una vez transcurridos diez años desde la puesta en circulación del producto si no se ha iniciado la correspondiente reclamación judicial (art. 10 DL 383/89 y 144 TRLGDCU)²⁴².

101. Por lo demás, ambos Ordenamientos reconocen la posibilidad de ejercitar una acción de regreso. De acuerdo, con lo previsto en el art. 124.3 TRLGDCU, quien haya respondido frente al consumidor (es el legitimado activo), dispone de un año, a contar desde el momento en que se completó el saneamiento, para repetir contra el responsable de la falta de conformidad. Se trata de una norma de

²³⁵ J. MORAIS CARVALHO, *Manual...*, op. cit., p. 247.

²³⁶ Como ponen de relieve J. CALVÃO DA SILVA, *Venda...*, op. cit., p. 109 y J. MORAIS CARVALHO, *Manual...*, op. cit., p. 248, las declaraciones del vendedor se realizan en un momento posterior a la fabricación del bien en el que ya no interviene el productor; por eso, no se le puede considerar responsable. En el caso de la utilización incorrecta, en cambio, no responde ni el productor ni el vendedor.

²³⁷ En este caso, respondería el vendedor (no el productor), si bien podría exigir el resarcimiento del perjuicio a quien hubiera puesto el bien en circulación.

²³⁸ No es necesario probar la inexistencia del defecto; basta con probar la probabilidad de su inexistencia. En tal sentido se pronuncian J. CALVÃO DA SILVA, *Venda...*, op. cit., p. 109 y J. MORAIS CARVALHO, *Manual...*, op. cit., p. 248.

²³⁹ De esta forma se resalta el objetivo comercial como requisito esencial de la responsabilidad del productor. La inclusión de este supuesto resulta cuestionable para J. MORAIS CARVALHO, *Manual...*, op. cit., p. 248.

²⁴⁰ Se entiende que, transcurridos esos diez años, el productor pierde el control sobre la cosa. También la inclusión de este supuesto resulta cuestionable para J. MORAIS CARVALHO, *Manual...*, op. cit., p. 248.

²⁴¹ El art. 5 DL 383/89 regula la “Exclusão de responsabilidade” en los términos que siguen:

“O produtor não é responsável se provar:

- a) *Que não pôs o produto em circulação;*
- b) *Que, tendo em conta as circunstâncias, se pode razoavelmente admitir a inexistência do defeito no momento da entrada do produto em circulação;*
- c) *Que não fabricou o produto para venda ou qualquer outra forma de distribuição com um objectivo económico, nem o produziu ou distribuiu no âmbito da sua actividade profissional;*
- d) *Que o defeito é devido à conformidade do produto com normas imperativas estabelecidas pelas autoridades públicas;*
- e) *Que o estado dos conhecimentos científicos e técnicos, no momento em que pôs o produto em circulação, não permitia detectar a existência do defeito;*
- f) *Que, no caso de parte componente, o defeito é imputável à concepção do produto em que foi incorporada ou às instruções dadas pelo fabricante do mesmo”.*

²⁴² A la acción directa contra el productor se refiere el Ac. do TRC de 1 de marzo de 2016 (proceso: 1684/08.7TBCBR.C1).

carácter dispositivo por cuanto no reconoce derecho alguno a un consumidor. Dicha acción puede ser ejercitada por el vendedor contra su proveedor –sea fabricante o distribuidor- cuando le hubiera sido exigida la pertinente responsabilidad por el consumidor; pero, ¿podría ejercitarla el productor cuando hubiera respondido directamente de la falta de conformidad? Depende: si entendemos que el consumidor puede reclamar directamente contra el productor, aunque no le sea imputable el defecto a él, podrá interponer la acción de reembolso; no podrá, en cambio, si consideramos que la acción directa sólo procede cuando la falta de conformidad es imputable al productor en términos objetivos. En cuanto a la legitimación pasiva, cabe recordar que la SAP Valencia, sección 7ª, de 16 de junio de 2008²⁴³ considera que el distribuidor tenía la condición de importador del bien, por lo que estaba legitimado pasivamente. Por lo que se refiere a lo que podría reclamar el vendedor que hubiera respondido de la falta de conformidad ante el consumidor, cabe señalar que, ante el silencio de la ley, la doctrina viene entendiendo que no sería indemnizable, por ej., la pérdida de clientela; sí lo sería, en cambio, la acumulación de intereses que haya devengado la cantidad invertida para poner en conformidad el bien²⁴⁴.

102. En Portugal, este derecho de regreso se reconoce en el art. 7 DL 67/2003. De dicho precepto se infiere que, en principio, el responsable es el vendedor; ahora bien, al igual que en España, cuando éste haya satisfecho al consumidor uno de los derechos previstos en el art. 4, puede dirigirse contra el profesional de quien adquirió la cosa –esto es, contra el productor o contra quien le haya suministrado el bien- por todos los perjuicios que le haya ocasionado el ejercicio de tales derechos (art. 7.1). A partir de aquí, comienzan las diferencias con el régimen español, pues, para empezar, el demandado puede eliminar el derecho de regreso probando que el defecto no existía cuando entregó la cosa o, si el defecto fuera posterior a la entrega, que no fue causado por él (art. 7.3). El derecho de regreso del vendedor final no depende, por tanto, de la demostración de la culpa de los demás intervinientes en la cadena contractual, sino que se trata de una responsabilidad solidaria por garantía, independiente de la culpa, aunque si se pudiera demostrar la actuación culposa de alguno de ellos, sobre él recaerá la responsabilidad, según las reglas generales. También se aprecian diferencias en relación al ejercicio de este derecho de regreso: 1) el art. 7.2 determina que la presunción del art. 3.2 aprovecha también al titular del derecho de regreso; así pues, en la relación entre productor y vendedor, se presume también que los defectos surgidos en el plazo de dos o cinco años después de la entrega (según se trate de bienes muebles o inmuebles) existían ya antes de esa fecha; 2) ante las críticas que suscitaba la Directiva 1999/44/CE por cuanto consideraba que el derecho de regreso no tenía carácter imperativo y, por ende, el vendedor podía renunciar a él, el legislador portugués establece que, sin perjuicio del régimen de las cláusulas contractuales generales, el acuerdo en virtud del cual se excluye o se limita de forma anticipada el ejercicio del derecho de regreso sólo produce efectos si se atribuyera a su titular una compensación adecuada (art. 7.4); y 3) el plazo para el ejercicio de la acción de regreso es mucho más breve: dos meses a contar desde que el profesional satisfizo el derecho del consumidor (art. 8.3); ahora bien, hay que tener en cuenta un matiz importante y es que, según el art. 8.2, el profesional puede ejercer este derecho en un plazo de cinco años a contar desde la entrega de la cosa por el profesional demandado, plazo que se suspende durante el proceso en que el vendedor final sea parte (art. 8.4)²⁴⁵.

103. Poca luz arroja a este respecto la Directiva (UE) 2019/771 pues, de acuerdo con la misma, el único responsable frente al consumidor de la falta de conformidad del bien es el vendedor. En ningún

²⁴³ AC 2008/1616.

²⁴⁴ L.M. MARTÍNEZ VELENCOSO, *La falta...*, op. cit., p. 112.

²⁴⁵ En relación al derecho de regreso puede verse: R. PINTO DUARTE, “O direito de regresso do vendedor final na venda para consumo” *Themis. Revista da Faculdade de Direito da UNL*, Ano II, nº 4, 2001, p. 173-194, disponible en http://rpdadvogados.pt/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/18_DIREITOREGRESSOVENDEDORFINALCONSUMO2001.PDF (consultado el 26/07/2017). También P. MOTA PINTO, “O direito de regresso do vendedor final de bens de consumo”. *Revista da ordem dos advogados*, Ano 62 N.º 1, 2002, p. 1177-1225, disponible en <https://portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista/ano-2002/ano-62-vol-i-jan-2002/artigos-doutriniais/paulo-mota-pinto-o-direito-de-regresso-do-vendedor-final-de-bens-de-consumo/> (consultado el 26/07/2017); J. MORAIS CARVALHO, *Os contratos de consumo - Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito do Consumo-*, Dissertação para doutoramento, 2011, p. 559-563, disponible en https://run.unl.pt/bitstream/10362/6196/1/Carvalho_2011.pdf (consultado el 26/04/2017); L.M. TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito...*, op. cit., pp. 146-148.

momento prevé la Directiva la posibilidad del consumidor de reclamar directamente contra el productor, cuando éste es responsable del defecto (o dicho en otras palabras, cuando la falta de conformidad tiene su origen en su ámbito de control). No obstante, señala, en su Considerando nº 18, que los Estados miembros podrán, en estos casos, establecer las medidas correctoras de que el consumidor dispone contra las personas que intervengan en fases previas de la cadena de transacciones (ej. el fabricante). Lo que sí contempla la Directiva, en su art. 18, es un derecho de repetición a favor del vendedor, en los términos que siguen: *“cuando el vendedor sea responsable ante el consumidor de la falta de conformidad resultante de una acción u omisión, en particular la omisión de suministrar actualizaciones de bienes con elementos digitales, de conformidad con el artículo 7, apartado 3, de una persona en fases previas de la cadena de transacciones, el vendedor podrá emprender acciones contra la persona o personas responsables en la cadena de transacciones”*. Termina diciendo el precepto que *“el Derecho nacional determinará quién es el responsable y las acciones y condiciones de ejercicio correspondientes”*. Pocas diferencias hay entre este precepto y la regla contenida en el art. 4 de la Directiva 1999/44/CE; básicamente, se reducen a la mención expresa que hace el art. 18 a la omisión de suministrar actualizaciones de bienes con elementos digitales.

104. Sobre esta base, creemos que la fórmula que garantizaría mejor los derechos de los consumidores pasa por regular la acción directa contra el productor en los Estados miembros estableciendo, en primer lugar, una responsabilidad solidaria de vendedor y productor, de modo que el consumidor pueda dirigirse contra el productor con independencia de que le resulte más costoso o difícil dirigirse contra el vendedor; y, definiendo, en segundo lugar, los supuestos en que, en la relación interna entre productor y vendedor, ha de responder éste último.

2. Garantías comerciales o voluntarias

105. Con carácter voluntario, puede ofrecerse al consumidor-comprador una garantía adicional a la legal. La Directiva (UE) 2019/771 define las garantías comerciales como *“todo compromiso asumido por un vendedor o un productor (el garante) frente al consumidor, además de las obligaciones legales del vendedor con respecto a la garantía de conformidad, de reembolsar el precio pagado o de sustituir, reparar o prestar un servicio de mantenimiento de los bienes de cualquier modo, si no cumplen las especificaciones o cualquier otro requisito no relacionado con la conformidad establecido en la declaración de garantía o en la publicidad correspondiente disponible en el momento o antes de la celebración del contrato”* (art. 2.12).

106. Esta garantía comercial, a que en los Ordenamientos nacionales vigentes objeto de estudio se refieren el art. 125 TRLGDCU²⁴⁶ y el art. 9 DL 67/2003 (modificado por el DL 84/2008), obligará a quien figure como garante –el vendedor o un tercero (ej. fabricante, importador, mayorista), aunque, a diferencia del art. IV.A.-6:101(1) MCR y del art. 1.Bg) DL 67/2003 añadido por el DL 84/2008²⁴⁷, el TRLGDCU no lo precisa- en las condiciones establecidas en el documento de garantía y en la correspondiente publicidad²⁴⁸. Redacción muy similar encontramos en el art. 17.1 Directiva (UE) 2019/771; nótese,

²⁴⁶ Modificado por Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, BOE, nº76, de 28 de marzo de 2014

²⁴⁷ Art. 1.Bg) DL 67/2003 (añadido por DL 84/2008) define la «Garantía voluntaria» como *“qualquer compromisso ou declaração, de carácter gratuito ou oneroso, assumido por um vendedor, por um produtor ou por qualquer intermediário perante o consumidor, de reembolsar o preço pago, substituir, reparar ou ocupar-se de qualquer modo de um bem de consumo, no caso de este não corresponder às condições enumeradas na declaração de garantia ou na respectiva publicidade”*.

²⁴⁸ La SAP de Alicante, Sección 8ª, de 18 diciembre de 2009 (AC 2010,717), por ej., declara la responsabilidad solidaria del vendedor y del fabricante, por cuanto éste último era quién había ofrecido la garantía convencional. La SAP de Islas Baleares, Sección 3ª, de 31 mayo de 2019 (AC 2019,969) viene a señalar que el pacto existente entre las partes debe interpretarse como una garantía adicional que hace innecesario el requisito de que la deficiencia exista en el momento de la venta, aunque no sea manifiesta en ese momento.

no obstante, que, a la vista de la definición inicialmente ofrecida, garante puede ser el vendedor y el productor –entendiéndose por productor “*todo fabricante de un bien, importador de un bien en la Unión o persona que se presenta como productor indicando en el bien su nombre, marca u otro signo distintivo*” (art. 2.4)– y que, a diferencia de lo que sucedía con la Directiva 1999/44/CE en su art. 1.1e), ahora no se exige que esta garantía no tenga coste suplementario alguno para el consumidor²⁴⁹. La garantía comercial supone, por tanto, una ventaja respecto de la garantía legal, la cual no puede verse impedida ni limitada por el contenido de este pacto²⁵⁰. Puede consistir, por poner algún ejemplo, en una ampliación de los plazos de ejercicio de los derechos previstos en la ley, en la creación de nuevos derechos... El art. IV.A.-6:101(2) MCR contempla concretamente los compromisos que siguen: que los bienes seguirán siendo idóneos para su uso ordinario por el tiempo especificado, excepto en caso de abuso, maltrato o accidente; que cumplan las características establecidas en el documento de garantía o en los anuncios relacionados; o que, con sujeción a las condiciones establecidas en la garantía, los bienes serán reparados o sustituidos, el precio pagado será reembolsado total o parcialmente, o se establecerá cualquier otro remedio.

107. Pese al carácter dispositivo general de esta garantía, su ofrecimiento resulta obligatorio en el caso del Ordenamiento jurídico español para los productores y suministradores de productos duraderos (esto es, los definidos en el Anexo II del RD 1507/2000, de 1 de septiembre, y análogos a ellos), quienes también vienen obligados a garantizar la existencia de un adecuado servicio técnico y el suministro de piezas de repuesto durante un plazo mínimo de cinco años a contar desde la fecha en que deje de fabricarse el producto (art. 126 y 127 TRLGDCU). Esta obligatoriedad resulta incompatible con la voluntariedad de la garantía que contempla el MCR. El art. IV.A.-6:102 de dicho texto indica, además, que la garantía vincula, aunque no haya aceptación por el comprador, y se transmite, salvo que se diga otra cosa, a los futuros propietarios del bien. En nuestro país vecino no se exige la prestación de una garantía adicional en estos casos; no obstante, la doctrina viene señalando que el productor, en el caso de los bienes de naturaleza duradera, suele prestar una garantía voluntaria a fin de aumentar la confianza del consumidor en dichos bienes y potenciar, así, los intercambios comerciales y el funcionamiento del mercado²⁵¹.

108. La Directiva (UE) 2019/771, en su art. 17.1 (parr. 1º), se refiere expresamente a la garantía comercial de durabilidad. La durabilidad se define en el art. 2.13 como “*la capacidad de los bienes de mantener sus funciones y rendimiento requeridos en condiciones normales de utilización*”. Pues bien, de acuerdo con lo previsto en el art. 17.1, si un productor ofrece una garantía de durabilidad respecto a un bien por un período de tiempo determinado, “*será responsable directamente frente al consumidor, durante todo el período de la garantía comercial de durabilidad, de la reparación o la sustitución de los bienes conforme al art. 14*”. Dicho con otras palabras, habiendo ofrecido el productor una garantía de durabilidad, el consumidor podrá exigirle tanto la reparación como la sustitución en los mismos términos en que puede exigir al vendedor la garantía legal. No obstante, el propio precepto reconoce la posibilidad de que el productor ofrezca al consumidor “*condiciones más favorables en la declaración de garantía comercial de durabilidad*”. En el parr. 2º, contempla el supuesto en que el contenido de la garantía comercial ofrecida en documento de garantía y el de la garantía comercial que resulta de la publicidad difieren. Resuelve el conflicto estableciendo que, si la garantía comercial publicitada fuera la más favorable para el consumidor, será vinculante, a menos que antes de la celebración de contrato la publicidad se haya corregido del mismo modo o de modo comparable a la publicidad original.

109. A diferencia de lo que sucede en el art. IV.A.-6:103 MCR y en el art. 9.2 DL 67/2003 –que exigen, con carácter general, la documentación por escrito²⁵² o en soporte duradero²⁵³–, el art. 125.2

²⁴⁹ Llama la atención sobre esta circunstancia también M.J. MARÍN LÓPEZ, “Falta...”, *op. cit.*, (LA LEY 8329/2019).

²⁵⁰ Así lo pone de relieve la Sentença JP de Lisboa de 16 de junio de 2011 (proceso: 182/2011-JP).

²⁵¹ Véase C. FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito do Consumo*, Coimbra, Almedina, 2005, p. 177.

²⁵² En papel o en formato electrónico.

²⁵³ De esta forma se garantiza la permanencia, accesibilidad e inalterabilidad de la información (ej. CD-ROM, DVD, disco duro del ordenador; envío por e-mail), como resaltan J. CALVÃO DA SILVA, *Venda...*, *op. cit.*, p. 127 o J. MORAIS CARVALHO, *Manual...*, *op. cit.*, p. 253.

TRLGDCU no sujeta el otorgamiento de esta garantía adicional a formalidad alguna; sólo exige que se haga en castellano, por lo que nada impediría *a priori* que se otorgaran oralmente. Ahora bien, puntualiza que, si el consumidor y usuario así lo pide, deberá formalizarse por escrito o en cualquier otro soporte duradero y directamente disponible para el consumidor y usuario, que sea accesible a éste y acorde con la técnica de comunicación empleada. Idéntica formalización por escrito o en soporte duradero precisaría la garantía si el contrato de venta tuviera por objeto bienes de naturaleza duradera (art. 126 TRLGDCU). La garantía necesariamente deberá expresar (art. 125.3 TRLGDCU): el bien o servicio sobre el que recaiga la garantía; el nombre y dirección del garante; que la garantía no afecta a los derechos legales del consumidor y usuario ante la falta de conformidad de los productos con el contrato; los derechos, adicionales a los legales, que se conceden al consumidor y usuario como titular de la garantía; el plazo de duración de la garantía y su alcance territorial; y las vías de reclamación de que dispone el consumidor y usuario. (Dicho contenido coincide en gran medida con el expresado en el art. IV.A.-6:103(1) MCR, el cual, pensando quizás en facilitar la reclamación a los consumidores en conflictos transfronterizos cuando el garante es el productor, alude también al “*nombre y dirección de la persona a quien deba dirigirse la notificación*” –entidad subordinada al productor a la que puede dirigirse la reclamación–). El art. 9.3 DL 67/2003 (modificado por DL 84/2008), por su parte, exige lógicamente que se redacte en lengua portuguesa pero añade algo más: debe redactarse de forma clara y concisa (es decir, el contenido ha de quedar claro para un consumidor normal y el documento sólo debe contener la información relevante)²⁵⁴. El precepto indica a continuación las menciones que deben constar en la garantía: a) “*Declaração de que o consumidor goza dos direitos previstos no presente decreto-lei, e na demais legislação aplicável, e de que tais direitos não são afectados pela garantia*”²⁵⁵; b) “*A informação sobre o carácter gratuito ou oneroso da garantia e, neste último caso, a indicação dos encargos a suportar pelo consumidor*”²⁵⁶; apreciamos aquí otra diferencia entre el Ordenamiento español y el portugués pues este último contempla la posibilidad de que la garantía sea gratuita (o aparentemente gratuita, dado que su coste puede verse repercutido en el precio del bien) u onerosa; c) “*Os benefícios atribuídos ao consumidor por meio do exercício da garantia, bem como as condições para a atribuição destes benefícios, incluindo a enumeração de todos os encargos, nomeadamente aqueles relativos às despesas de transporte, de mão-de-obra e de material, e ainda os prazos e a forma de exercício da mesma*”; d) “*Duração e âmbito espacial da garantia*”; e) “*Firma ou nome e endereço postal, ou, se for o caso, electrónico, do autor da garantia que pode ser utilizado para o exercício desta*”. La doctrina conviene en que el incumplimiento de estos requisitos no hace nula la garantía y en la misma línea puede verse el art. IV.A.-6:103(3) MCR y el art. 9.5 DL 67/2003, de los cuales se infiere también que la forma escrita no es sustancial; en Portugal, no obstante, el incumplimiento de los requisitos expresados en el art. 9.3 constituye una infracción sancionable con una multa de 250 a 3500 euros o de 3500 a 30000 (según se trate de una persona física o jurídica), de acuerdo con lo previsto en el art. 12.A.1b) (añadido por el DL 84/2008). No precisa el TRLGDCU cuál ha de ser la cobertura de la garantía en defecto de acuerdo entre garante y comprador; sí lo hace, en cambio, el art. IV.A.-6:104 MCR. La norma portuguesa incide nuevamente en esta sede en que la garantía voluntaria acompaña también al bien en caso de que sea transmitido a un tercero, salvo que se declare lo contrario²⁵⁷.

²⁵⁴ En nuestro Ordenamiento, la concreción, la claridad y la sencillez son algunos de los requisitos que han de reunir las cláusulas no negociadas individualmente de los contratos con consumidores y usuarios (art. 80.1 TRLGDCU). En aquellos casos en que la garantía voluntaria es ofrecida por el vendedor, dicha garantía constituirá una cláusula accesorio del contrato. En los casos en que el garante es una persona ajena al contrato de compraventa (ej. productor), la doctrina de nuestro país vecino afirma que estamos un negocio jurídico unilateral, “na modalidade de promessa pública” del art. 459.1 CCPort.

²⁵⁵ Al hilo de este requisito conviene tener presente que: 1) el art. 8m) DL 57/2008 reputa engañosa, en cualquier caso, la práctica comercial consistente en “*apresentar como característica distintiva da oferta do profissional direitos do consumidor previstos na lei*”; 2) de acuerdo con lo previsto en el art. 6 del mismo texto legal, las prácticas comerciales engañosas son desleales; 3) conforme a lo previsto en el art. 14.1, “*Os contratos celebrados sob a influência de alguma prática comercial desleal são anuláveis a pedido do consumidor, nos termos do artigo 287.º do Código Civil*”; 4) podría imponerse alguna sanción al infractor.

²⁵⁶ Si no constara el precio de la garantía, hay que entender que es gratuita. Así lo señala J. MORAIS CARVALHO, *Manual...*, op. cit., p. 253.

²⁵⁷ En palabras de J. CALVÃO DA SILVA, *Venda...*, op. cit., p. 129, “*Por esta acção directa legal, a garantia comercial (como que) reveste natureza real (ob rem ou propter rem) e acompanha o bem como acessório, se não houver declaração em contrário*”. (La cursiva es del propio autor).

110. El art. 17.2 de la Directiva (UE) 2019/771 exige que la declaración de garantía comercial se entregue al consumidor en un soporte duradero, como muy tarde en el momento de entregar los bienes. Dicha declaración debe estar redactada de forma clara y comprensible y tendrá el siguiente contenido: a) “*declaración clara de que el consumidor tiene derecho a medidas correctoras por parte del vendedor, de forma gratuita, en caso de falta de conformidad de los bienes y de que la garantía comercial no afectará a dichas medidas; b) el nombre y la dirección del garante; c) el procedimiento que debe seguir el consumidor para conseguir la aplicación de la garantía comercial; d) la designación de los bienes a los que se aplica la garantía comercial; y e) las condiciones de la garantía comercial*”. Ahora bien, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 17.3, la garantía comercial no pierde su carácter vinculante en el caso de que no se cumplan las referidas exigencias.

111. La Directiva faculta finalmente a los Estados miembros para establecer normas sobre otros aspectos relativos a las garantías comerciales que no estén regulados en su art. 17, incluidas normas sobre el idioma o idiomas en los que se debe facilitar la declaración de garantía comercial al consumidor (art. 17.4). En este marco habría que incardinar las normas actualmente vigentes en España en relación a la prescripción de la acción para reclamar el cumplimiento de la garantía comercial. A tenor del art. 125.4 TRLGDCU, la acción para reclamar el cumplimiento de lo dispuesto en la garantía comercial adicional prescribe a los seis meses, a contar desde la finalización del plazo de garantía. Dicho plazo podría ser modificado al alza por el garante, pero no a la baja en base a lo dispuesto en el art. 10 TRLGDCU. No encontramos una previsión similar ni en el MCR ni en el DL 67/2003.

112. El TRLGDCU y el DL 67/2003 no se refieren ni a la posibilidad de limitar la garantía a partes concretas de los bienes ni a la exclusión o limitación de la responsabilidad del garante por falta de mantenimiento conforme a las instrucciones dadas²⁵⁸. Tales posibilidades son admitidas por el MCR (art. IV.A.-6:105 y IV.A.-6:106) siempre que dicha exclusión o limitación se refleje claramente en el documento de garantía.

113. El MCR contiene también, en esta sede, una regla específica indisponible en relación a la carga de la prueba, de acuerdo con la cual el consumidor sólo tiene que probar la avería en el producto dentro del plazo de garantía, correspondiendo al garante probar que la avería se ha producido por causas que se encuentran fuera de su círculo de actuación (art. IV.A.-6:108); echando un vistazo a la jurisprudencia, comprobamos que esta regla no constituye una novedad en nuestro país²⁵⁹. Indisponible es también la prórroga de la garantía por un periodo igual a aquel durante el cual el titular no ha podido usar los bienes a causa del defecto o fallo, cuando el mismo se remedie con base en esta garantía (art. IV.A.-6:108). En el TRLGDCU, la suspensión del cómputo del plazo de garantía se contempla en relación a la garantía legal (art. 123) y lo mismo parece suceder en el DL 67/2003 (art. 6.4); lo lógico y lo coherente sería que no se diferenciase a estos efectos en función del origen de la garantía.

114. Dado que, en las normas analizadas, nada se dice sobre el derecho de repetición del distribuidor que tenga que hacer frente a la garantía comercial, concluimos nuestro trabajo insistiendo en la conveniencia de que las partes reconozcan al distribuidor que tenga que hacer frente a la garantía comercial la posibilidad de instar el resarcimiento o repetición del fabricante durante un plazo que abarque, al menos, el período de garantía más seis meses tras la extinción de la misma, que es el plazo global que la ley reconoce al consumidor por la falta de conformidad en los casos en que se haya ofrecido una garantía

²⁵⁸ En el supuesto que da origen a la SAP de Almería, Sección 1ª, de 3 marzo de 2015 (*JUR* 2015\172394), existiendo una garantía comercial, el Tribunal determinó que no podía haber derecho de resolución o sustitución en los términos previstos en los arts. 114 TRLGDCU porque no constaba que hubiera un defecto de conformidad inicial, sino un defecto de uso o utilización cuando el vehículo tenía tres años en el momento de la avería y 100.000 Km de recorrido. Por los mismos motivos, tampoco cabía la reparación (119 y 121 TRLGDCU). Y tampoco procedía la devolución del precio del vehículo de sustitución, dado que el actor había firmado expresamente los contratos de entrega con el precio expresamente consignado en ellos.

²⁵⁹ Ej. SAP de Zamora de 8 de marzo de 2012 (*JUR* 2012\137492), SAP de León de 12 de febrero de 2009 (*JUR* 2009/190533), SAP de A Coruña de 22 de febrero de 2008 (*JUR* 2008\166374).

adicional. Y ello porque, en la legislación de consumidores, sólo se reconoce expresamente la acción de regreso en relación a la garantía legal, la cual ha de ejercitarse en el plazo de un año, a contar desde que se completó el saneamiento²⁶⁰.

III. Conclusiones

115. La ampliación de los criterios de conformidad y de los supuestos en que puede instarse la rebaja del precio y la resolución del contrato nos parecen muy oportunas. Sin embargo, consideramos que el legislador comunitario podría haber sido un poco más ambicioso y precisar algunos puntos que, a nuestro modo de ver, merecen ser también armonizados. En este sentido, no nos resulta comprensible que se admita la posibilidad de reducir el importe del precio a restituir por el vendedor en atención al uso que el comprador haya realizado del bien cuando se insta la resolución (si los Ordenamientos nacionales así lo prevén), que no se precise que el plazo para ejercitar la acción para reclamar el remedio correspondiente ha de empezar a computarse en el momento en que se manifiesta la falta de conformidad (siempre que la misma se haya manifestado –con carácter general- en el plazo de dos años desde la entrega), que no se aclare si debe computarse un nuevo plazo de garantía completo en el caso de que se haya procedido a la sustitución, ni tampoco que no se establezca con claridad cuándo cabe ejercitar la acción directa contra el productor. La trasposición de la nueva Directiva en los Estados miembros constituye una oportunidad para España y Portugal para despejar las dudas que suscita su normativa actual; quizás sea también el momento para que el legislador español dé un salto y aplique la normativa de protección de consumidores a la compra de bienes inmuebles.

²⁶⁰ F.M. CORVO LÓPEZ, “Distribución...”, *op. cit.*, p. 178.

LA CRECIENTE INTERACCIÓN ENTRE LA SEGURIDAD NACIONAL Y EL COMERCIO INTERNACIONAL: HACIA UNA CONCRECIÓN DEL SIGNIFICADO Y ALCANCE DEL ARTÍCULO XXI GATT EN TIEMPOS DE CAMBIOS TECNOLÓGICOS Y COMPETENCIA GEOPOLÍTICA

NATIONAL SECURITY AND INTERNATIONAL TRADE: APPROACHING THE MEANING AND EXTENT OF ARTICLE XXI GATT IN TIMES OF TECHNOLOGICAL CHANGES AND GEOSTRATEGIC COMPETENCE

CARLOS ESPLUGUES MOTA

*Catedrático de Derecho internacional privado
Universidad de Valencia*

Recibido: 12.12.2019 / Aceptado: 09.01.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5184>

“...y más que ya por muchas experiencias sabemos que no es menester ni mucha habilidad ni muchas letras para ser uno gobernador, pues hay por ahí ciento que apenas saben leer, y gobiernan como unos girifaltes; el toque está en que tengan buena intención y deseen acertar en todo ...”

Miguel de Cervantes Saavedra, *El Quijote*,
Segunda parte, Capítulo XXXII

Resumen: Tras años de fomento del libre comercio y de la globalización, las posiciones nacionalistas y unilateralistas comienzan a ganar terreno en la realidad internacional. En este entorno, el recurso a la noción de intereses esenciales de la seguridad del Estado y conceptos similares es usado de forma creciente para avalar la adopción de medidas proteccionistas frente a bienes y servicios provenientes del exterior. El artículo XXI GATT gana, así, un protagonista que le ha sido negado desde su redacción en la década de los cuarenta del siglo pasado. Carente de una práctica amplia y consistente, el precepto ha sido ahora objeto de interpretación por el órgano de resolución de controversias de la OMC. El presente artículo aborda la naturaleza y significado de este artículo, referente indiscutible para muchas de las cláusulas de excepción presentes en los distintos Tratados de Libre Comercio, y sus perspectivas de futuro en un entorno marcado por la crisis de la OMC.

Palabras clave: Artículo XXI GATT, intereses esenciales de la seguridad del Estado, seguridad nacional, comercio internacional; guerra comercial.

* Artículo elaborado en el marco de los Proyectos I+D MINECO DER 2016-75945-R y PROMETEO GVA2018/111.

Abstract: International free trade and globalization have been heavily supported during the last decades. Nevertheless, nationalist and unilateralist positions are gaining ground in the international arena and free trade is currently under attack. Notions like “essential interests of state security” or “national security” are increasingly used to support the adoption of protectionist measures against goods and services coming from abroad. In this scenario, article XXI GATT is raising an increasing protagonist. The provision has historically lacked a broad and consistent practice but currently it has been interpreted by the WTO dispute resolution body. This article addresses the nature and meaning of article XXI GATT and its future role in an international trade environment characterized by the WTO crisis.

Keywords: Article XXI GATT, Essential Security Interests of the State, National Security, International Trade, Trade War.

Sumario: I. Seguridad nacional y comercio internacional: una unión de complacencia cada vez más habitual, intensa y tirante. II. Las actuales coordenadas del comercio internacional: la Sección 232 de la *Trade Expansion Act* americana de 1962 como paradigma. III. El artículo XXI GATT como paradigma de las cláusulas de excepción (“*non-precluded measures provisions*”). A) El artículo XXI GATT como referente. B) Un precepto durmiente durante 7 décadas. IV. La polémica en torno a la naturaleza discrecional –“*self-judging*”- del artículo XXI GATT. 1. El debate doctrinal sobre el carácter discrecional –“*self-judging*”- del artículo XXI GATT. A) Argumentos en favor de la naturaleza discrecional del artículo XXI GATT. B) Oposición a la naturaleza plenamente discrecional del artículo XXI GATT. 2. Inexistencia de una práctica concluyente hasta 2019. A) La práctica existente hasta 2019. B) ¿Recodo o punto y aparte?: el Informe del Grupo Especial en el asunto Rusia - Medidas que afectan al tráfico en tránsito y la naturaleza discrecional –“*self-judging*”- del artículo XXI GATT. V. La fijación del contenido del artículo XXI GATT y de las concretas medidas susceptibles de ser adoptadas a su amparo. 1. El sentido atribuible a “intereses esenciales” de la seguridad del Estado y similares nociones recogidas en los TLCs. A) Intereses esenciales de la seguridad del Estado. B) Seguridad nacional. 2. El significado de medidas “necesarias” para la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado. VI. El futuro: “the long and winding road”.

I. Seguridad nacional y comercio internacional: una unión de complacencia cada vez más habitual, intensa y tirante

1. En un mundo crecientemente tensado por el auge de ideas nacionalistas y proteccionistas que se pensaban arrumbadas, la referencia a la seguridad nacional, y otros conceptos similares, se hace patente en los más variados ámbitos y respecto de materias en las que hasta hace poco no tenía cabida¹. Tras años de liberalismo y globalización pareciera que estamos en el umbral de una nueva fase de guerra fría latente, en la que las dos grandes superpotencias económicas luchan en todos los campos, también en el comercial, por la hegemonía geopolítica, hoy más que nunca vinculada al liderazgo tecnológico.

2. El comercio internacional es, por sus efectos y trascendencia global, uno de aquellos sectores en los que más presente se hace ahora esta idea de la salvaguarda de la seguridad nacional del Estado, y donde obtiene un mayor impacto. Así, la actualidad diaria no deja de poner de manifiesto el recurso creciente a este argumento como factor determinante a la hora de imponer límites al libre comercio y al libre flujo de inversiones². Muy atrás parecen quedar hoy los tiempos en que los miembros del GATT³ se

¹ “Populism is telling voters what they want to hear, knowing that it is neither true, nor feasible”, C.I. NAGY, “World Trade, Imperial Fantasies and Protectionism: Can You Really Have Your Cake and Eat It Too”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 26, n.º. 1, 2019, p. 87. El debate sobre la relación entre comercio internacional y seguridad nacional ha estado siempre presente, pero es en los últimos tiempos cuando ha alcanzado una intensidad antes desconocida. Vid. como ejemplo de lo anterior, K.J. HOLSTI, “Politics in Command: Foreign Trade as National Security Policy”, *International Organization*, vol. 40, n.º. 3, 1986, p. 643 y ss., o D.N. ZILLMAN, “Energy Trade and the National Security Exception to the GATT”, *J. Energy & Nat. Resources L*, vol. 12, 1994, p. 117 y ss.

² Vid. J. SLAWOTSKY, “The National Security Exception in US-China FDI and Trade: Lessons from Delaware Corporate Law”, *The Chinese Journal of Comparative Law*, vol. 6, n.º. 2, 2018, pp. 230-231.

³ En el presente artículo, y debido a su mayor y general aceptación, usaremos el acrónimo GATT, correspondiente a *General Agreement on Tariffs and Trade*, en lugar del mucho menos usado de AGAAC, referente a la denominación en español - Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio.

comprometían “individually and jointly ... to abstain from taking restrictive trade measures, for reasons of a non-economic character, not consistent with the General Agreement”⁴.

3. De hecho, esta referencia a la seguridad nacional como factor de limitación de los intercambios comerciales internacionales tiene un impacto directo en ellos. Así, el incremento del 4.7% del volumen de transacciones comerciales en 2017 se ha visto ralentizado hasta el 2,9% en 2018, y el 2,6% en 2019 y 2020⁵. El súbito incremento de las tensiones comerciales y las incertidumbres en las políticas económicas⁶ originadas, entre otras razones, por la actual ola de proteccionismo vinculada, con mayor o menor intensidad, a la idea de protección de la seguridad nacional de los Estados, independientemente de los que se entienda por ésta, son algunos de los motivos alegados para este debilitamiento de las transacciones comerciales internacionales.

4. Esta mención a la seguridad nacional plantea, directamente la cuestión de su compatibilidad con el actual marco normativo del comercio internacional. A la vez que suscita la necesidad de concretar su sentido y significación, asumiendo que estamos ante un concepto plural que puede alcanzar diversos entendimientos en distintos ámbitos. Y, dependiendo de su interpretación amplia o estricta, amparar o no, bajo esta denominación, otras realidades no exactamente similares a la noción de seguridad nacional como la de “seguridad económica” o “seguridad energética” de un concreto país⁷. Conceptos que trascienden a aquélla, y que generalmente resultan, también, mucho más amplios que ella.

5. La posibilidad de utilizar la referencia a la protección de los “*intereses esenciales de seguridad*” de un Estado para limitar los flujos comerciales internacionales se encuentra recogida en el artículo XXI GATT de 1994 que reproduce invariados los términos originarios de GATT de 1947⁸. Dormiente durante décadas, el precepto ha visto doblemente acrecentada su trascendencia en los últimos tiempos. En primer lugar, por cuanto es tomado como referencia, o copiado sin más, al diseñar un gran número de cláusulas de excepción recogidas tanto en los distintos Tratados de Libre Comercio (en adelante TLCs) como en los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (en adelante APPRIs). Y, también, más recientemente, debido al ejercicio de distintas acciones ante la OMC por parte de Estados miembros que plantean de forma directa la cuestión de su significado y extensión.

El Informe del Grupo Especial de la OMC de 5 de abril de 2019 en la Diferencia *Rusia - Medidas que afectan al tráfico en tránsito*⁹ que, por primera vez en la práctica de la OMC aplica e interpreta el artículo XXI GATT cobra en este entorno una especial trascendencia en cuanto, previsiblemente, servirá de referencia para los siguientes supuestos suscitados a fecha de hoy en relación con dicho precepto.

6. En el presente artículo comenzaremos realizando una primera aproximación al marco global en que se desarrolla el comercio internacional en los momentos actuales y al creciente uso de la noción de seguridad nacional para limitar el comercio internacional, valorando seguidamente el fenómeno de las cláusulas de excepción, con una especial mención al artículo XXI GATT y al significado atribuido al concepto de “*intereses esenciales de la seguridad*” recogido en él. Todo ello a partir del fallo de abril de 2019 de la OMC en el mencionado asunto *Rusia - Medidas que afectan al tráfico en tránsito*, de sus claves y de los caminos de futuro que abre.

⁴ GATT, *Ministerial Declaration of 29 November 1982*, WTO Doc. L/5424, 1982, p. 3, n.º 7(iii) https://www.wto.org/gatt_docs/English/SULPDF/91000208.pdf, éste y el resto de enlaces mencionados en el presente artículo se entienden visitados por última vez con fecha 15 de diciembre de 2019.

⁵ OMC, “El crecimiento del comercio mundial pierde impulso en tanto que persisten las tensiones comerciales”, Comunicado de Prensa, PRESS/837, https://www.wto.org/spanish/news_s/pres19_s/pr837_s.htm.

⁶ WTO, *World Trade Statistical Review 2019 Chapter III World trade developments, 2018 -2019*, p. 18 https://www.wto.org/english/res_e/statis_e/wts2019_e/wts2019chapter03_e.pdf.

⁷ A. SWANSON y U. MOZUR, “Trump fusiona sus amenazas económicas y de seguridad nacional para presionar a aliados”, *The New York Times es*, 10.6.2019, <https://www.nytimes.com/es/2019/06/10/aranceles-trump-seguridad-nacional/>

⁸ Respecto del proceso de su redacción, vid. S.L. LESTER y H. ZHU, “A Proposal for Rebalancing to Deal with National Security Trade Restrictions”, *Fordham Int'l L.J.*, vol. 42, n.º 5, 2019, p. 1452.

⁹ Diferencia DS512, WT/DS/512RA1 <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=s:/WT/DS/512RA1.pdf>.

II. Las actuales coordenadas del comercio internacional: la Sección 232 de la *Trade Expansion Act* americana de 1962 como paradigma

7. Tras años de fomento de la liberalización del comercio internacional, los últimos 36 meses han sido testigos de un incremento constante en la adopción de medidas de limitación de éste amparadas, entre otros motivos, en el eventual riesgo que para la seguridad nacional del Estado receptor puede suponer la importación de determinados bienes, o de un número elevado de ellos. Estas medidas, adoptadas en un marco retórico de creciente oposición a la globalización y marcadamente favorable a posiciones unilateralistas y proteccionistas, han generado una escalada en la tensión comercial entre algunos países – principalmente Estados Unidos y China- que, además de afectar a otros muchos Estados y de incidir negativamente en el volumen de transacciones comerciales internacionales, pone gravemente en tensión al entramado normativo del comercio internacional articulado sobre un equilibrio de obligaciones y cesiones recíprocas¹⁰. Amén de impactar de forma especialmente negativa en el mecanismo de resolución de controversias de la OMC¹¹.

8. La posición mantenida por la actual administración americana, que no ha dudado en hacer uso de las distintas posibilidades ofrecidas por su legislación para, entre otras medidas, imponer aranceles a las importaciones de diversos productos provenientes de distintos países, es paradigmática de esta nueva realidad, a la vez que resulta especialmente relevante a la hora de explicar la actual situación.

La normativa americana incorpora un conjunto de disposiciones que permiten adoptar medidas que afectan al comercio internacional con base en su aparente impacto en la seguridad nacional de los Estados Unidos de América. La S. 301 de la *Trade Act* de 1974¹², el Título III de la *Helms-Burton Act* de 1996¹³, la Sección 232 de la *Trade Expansion Act* de 1962¹⁴, o incluso la misma normativa *antidumping*¹⁵ son buenos ejemplos de ello. Durmientes por razones diversas durante mucho tiempo, estas disposiciones se han visto ahora activadas por la administración Trump, en un giro drástico desde la política favorable al libre comercio internacional mantenida por EE.UU. en las últimas décadas¹⁶ hasta una posición de nacionalismo económico radical “american style”¹⁷.

9. La aplicación de la *Trade Act* y de la *Trade Expansion Act* a productos provenientes de la República Popular China (en adelante R.P. China) constituye un ejemplo paradigmático del nuevo activismo unilateral que gana adeptos en el comercio internacional¹⁸. El recurso cada vez más usual a la protección de los intereses esenciales de seguridad de un Estado, o conceptos similares, como argumen-

¹⁰ Vid. E. YALCIN, G. FELBERMAYR y M. STEININGER, *Global Impact of a Protectionist U.S. Trade Policy*, Ifo Forschungs-Berichte- 89-2017, Leibniz Institute for Economic Research at the University of Munich, Munich, 2017, pp. 62-63.

¹¹ Nótese, E.-U. PETERSMANN, "The 2018 Trade Wars as a Threat to the World Trading System and Constitutional Democracies", *Trade, Law and Development*, vol. 10, n.º. 2, 2018, p. 181 y ss., especialmente pp. 183-186.

¹² En relación a las investigaciones iniciadas a su amparo vid. <https://ustr.gov/issue-areas/enforcement/section-301-investigations>. En lo relativo a las concretas actuaciones emprendidas contra la R.P. China, vid. CH.O. TAYLOR, "Twenty First Century Trade Policy: What the U.S. Has Done & What It Might Do", *Currents: J. Int'l Econ. L.*, vol. 23, 2016, p. 52; S. CHARNOVITZ, "How American Rejectionism Undermines International Economic Law", *Trade, Law and Development*, vol. 10, n.º 2, 2018, p. 235 y ss. Nótese que la compatibilidad entre esta Sección y las obligaciones de los EE.UU. como miembro de la OMC han sido objeto de debate desde hace tiempo, vid. así, A.L. PUCKETT y W.L. REYNOLDS, "Rules, Sanctions and Enforcement under Section 301: At Odds with the WTO?", *The American Journal of International Law*, vol. 90, n.º. 4, 1996, p. 675 y ss.

¹³ Cuya aplicación se vio suspendida tras los acuerdos EE.UU.-UE de 1997 y 1998 -vid. S. SMIS y K. VAN DER BORGH, "The EU-U.S. Compromise on the Helms-Burton and D'Amato Acts", *The American Journal of International Law*, vol. 93, n.º. 1, 1999, pp. 227-236- y que ahora la administración Trump ha reactivado a partir de abril de 2019.

¹⁴ 19 U.S.C. § 1862, *as amended*.

¹⁵ G. YANG, "WTO Proceedings in the China-US Trade War", *Journal of WTO and China*, vol. 9, n.º. 2, 2019, p. 81.

¹⁶ Al respecto, vid. CH.O. TAYLOR, *op. cit.*, pp. 49-51 y 56 y ss. La posición de la administración Trump encuentra ciertos antecedentes en la actuación de la administración del Presidente Obama, vid. S. CHARNOVITZ, *op. cit.*, p. 229 y ss.

¹⁷ TH.J. SCHOENBAUM y D.C.K. CHOW, "The Peril of Economic Nationalism and a Proposed Pathway to Trade Harmony", *Stan. L. & Pol'y Rev.*, vol. 30, 2019, p. 123, especialmente las pp. 129-143 enumerando el conjunto de acciones proteccionistas adoptadas por el Gobierno de los EE.UU. en los últimos tiempos.

¹⁸ Nótese, G. YANG, "International Law in the 2018 China-US Trade War", *Journal of WTO and China*, vol. 9, n.º. 1, 2019, pp. 29-30.

to para la adopción de ciertas decisiones contrarias al libre comercio, plantea como debate de fondo la veracidad de ese aparente peligro para la seguridad del Estado o, por contra, su utilización como excusa para camuflar motivos comerciales o políticos, que poco o nada tienen con cuestiones de seguridad¹⁹.

Esta es, precisamente, la percepción que acompaña a algunos de los países que han sufrido la imposición de estas medidas por la administración americana²⁰, y lo que atribuye una relevancia especial al artículo XXI GATT y a otras disposiciones de naturaleza similar en estos tiempos de zozobra. En el caso concreto de la guerra comercial entre EE.UU. y la R.P. China, no hay que olvidar que la economía americana era 8 veces más grande que la china en 2001, y sin embargo, en 2015, 14 años después, se había reducido a, tan sólo, 1.6 veces mayor²¹. Y que el liderazgo tecnológico de los Estados Unidos se está viendo crecientemente desafiado por la R.P. China²².

10. La Sección 232 de la *Trade Expansion Act* de 1962 se presenta como el prototipo de esta nueva aproximación al comercio internacional seguida por el gobierno americano en tiempos de unilateralismo y proteccionismo, que utiliza el eventual impacto de distintas importaciones en la seguridad de los Estados Unidos para avalar la adopción de aranceles respecto de ellos. Una posibilidad que, precisamente, le ofrece la Sección 232, que permite a cualquier departamento, director de agencia o “*interested party*” solicitar al Departamento de Comercio el inicio de una investigación, para verificar el efecto que ciertas importaciones pueden tener en la seguridad nacional de los Estados Unidos. En caso de que el resultado sea positivo, el Presidente puede decidir restringirlas²³.

La investigación desarrollada se realiza de acuerdo con ciertas directrices recogidas en el numeral 4 del párrafo 705 del Capítulo 15 del *Code of Federal Regulations*²⁴, y toma en consideración el tipo de artículo que se importa, y la cantidad de la importación:

- “(1) *Domestic production needed for projected national defense requirements;*
- (2) *The capacity of domestic industries to meet projected national defense requirements;*
- (3) *The existing and anticipated availabilities of human resources, products, raw materials, production equipment and facilities, and other supplies and services essential to the national defense;*
- (4) *The growth requirements of domestic industries to meet national defense requirements and the supplies and services including the investment, exploration and development necessary to assure such growth; and*
- (5) *Any other relevant factors*”²⁵

El análisis de los factores mencionados en el párrafo da cuenta, tanto de su vaguedad y de la amplia capacidad de interpretación que ofrece a la administración, como de la superación que conllevan de la idea tradicional de seguridad nacional. Estos criterios, además, se modularán atendiendo a otros elementos claramente vinculados con la idea de seguridad económica, y que aparecen relacionados con el diseño de salvaguardias destinadas a proteger a la industria nacional frente a las importaciones de productos competidores:

¹⁹ De hecho, tras la imposición de los aranceles al aluminio y al acero, el porcentaje de uso de la capacidad de producción americana se ha incrementado del 73% al 80%, y las importaciones de estos productos se han reducido en un 27%. Al respecto, S. CHARNOVITZ, *op. cit.*, p. 239.

²⁰ Vid. G. YANG, “International Law...”, *op. cit.*, pp. 35-36.

²¹ Vid. “American Primacy in a Multiplex World”, <https://nationalinterest.org/feature/american-primacy-multiplex-world-17841>.

²² A. BLANCO ESTÉVEZ, China como líder innovador, entre el éxito y las dudas, ARI 75/2019 – 25-6-2019, http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/riecano_es/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/ari75-2019-blancostevez-china-lider-innovador-entre-exito-dudas.

²³ Que también puede comenzar el propio Departamento de oficio. Vid. P. BETTENCOURT, “Essentially limitless: Restraining administrative overreach under section 232”, *Georgetown Journal of Law Public Policy*, vol. 17, n.º. 2, 2019, p. 715.

²⁴ 15 CFR §705 (“*Effect of Imported Articles on the National Security*”). En relación con su desarrollo, vid. S. LESTER y H. ZHU, *Closing Pandora’s Box: The Growing Abuse of the National Security Rationale for Restricting Trade*, Policy Analysis CATO Institute, num. 874, 25.6.2019, p. 3.

²⁵ 15 CFR § 705.4(a).

- “(1) *The impact of foreign competition on the economic welfare of any domestic industry essential to our national security;*
 (2) *The displacement of any domestic products causing substantial unemployment, decrease in the revenues of government, loss of investment or specialized skills and productive capacity, or other serious effects; and*
 (3) *Any other relevant factors that are causing or will cause a weakening of our national economy*”²⁶

11. Desde su promulgación hace 57 años se han desarrollado 31 investigaciones al amparo de la Sección 232. Los primeros 24 casos tuvieron lugar entre 1963 y 1994, 1 más en 1999 y otro en 2001, y todos ellos se vincularon principalmente a los sectores del petróleo y derivados. Significativamente, en los 16 años transcurridos entre 2001 y 2017 no se desarrolló ninguno²⁷. Sin embargo, en los últimos 36 meses se han iniciado 5 investigaciones, un 15% del total histórico, que han dado lugar, hasta el momento, a la imposición de aranceles a las importaciones de aluminio -10%- y acero -25%-, alegando su impacto en la seguridad nacional de los Estados Unidos de América²⁸. Aranceles adicionales están pendientes, también, respecto de automóviles y piezas de automóviles²⁹.

12. El hecho de que el gobierno americano haya concedido exenciones a ciertos países respecto de estos aranceles atribuiría a los adoptados un añadido carácter discriminatorio que, además de ser contrario al principio de no discriminación, pieza básica del modelo de la OMC³⁰, pone en cuestión su propia fundamentación³¹.

13. Las medidas adoptadas por el gobierno de los Estados Unidos han sido objeto de críticas diversas dentro³² y fuera del país. En este sentido algún sector de la doctrina ha cuestionado la propia legitimidad del ejecutivo para adoptarlas, dado que el artículo 1.8 de la Constitución americana atribuye al Congreso el poder “*to regulate trade with foreign powers*”³³. Apuntándose, además, que la administración

²⁶ 15 CFR § 705.4(b).

²⁷ P. BETTENCOURT, *op. cit.*, p. 716.

²⁸ *Presidential Proclamation on Adjusting Imports of Aluminum into the United States*, 8.3.2018, <https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/presidential-proclamation-adjusting-imports-aluminum-united-states>. Nótese, R.F. FEFER y V.C. JONES, *Section 232 of the Trade Expansion Act of 1962*, Congressional Research Service, In Focus, www.crs.gov, IF10667, Version 14, actualizado a 16.7.2019, p. 2; S. LESTER y H. ZHU, *Closing Pandora's Box...*, *op. cit.*, p. 4; S.L. LESTER y H. ZHU, “A Proposal for Rebalancing...”, *op. cit.*, pp. 1457-1458; G. YANG, “International Law...”, *op. cit.*, pp. 31-32.

²⁹ Vid. al respecto, R.F. FEFER, B. CANIS y B.R. WILLIAMS, *Section 232 Auto Investigation*, Congressional Research Service, 17.6.2019, pp. 1 y 2. En contra, específicamente, de estas medidas respecto del sector automovilístico, vid. U.S. WHEAT ASSOCIATION, *Comments Regarding Section 232 National Security Investigation*, Doc. DOC-2018-0002, Full Submission, June 22, 2018, <https://www.uswheat.org/wp-content/uploads/2018/07/6.22.2018-US-Wheat-Associates-Submission-on-Sec-232-Auto-mobile-Investigations.pdf>

³⁰ Nótese, https://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/fact2_s.htm. Igualmente, G. JIAN, “Analysis of Key Legal Issues Arising From The U.S.-China Trade Conflicts”, *Journal of WTO and China*, vol. 8, n.º. 4, 2018, p. 22.

³¹ Vid. C.I. NAGY, *op. cit.*, p. 114; S. CHARNOVITZ, *op. cit.*, p. 239. De hecho, la administración americana ha recurrido a todo un conjunto de argumentos de muy variada naturaleza para justificar la imposición de la medida, vid. S.L. LESTER y H. ZHU, “A Proposal for Rebalancing...”, *op. cit.*, pp. 1458-1459.

³² Vid. P. BETTENCOURT, *op. cit.*, pp. 717-718. Llama la atención que el propio Departamento de Defensa americano señalase, en un informe ahora desaparecido de su web (*Memorandum from James Mattis, Sec'y of Def., on Response to Steel and Aluminum Policy Recommendations (Feb. 16, 2018)*), que la importación de acero no afectaba en modo alguno a la seguridad nacional de los Estados Unidos de América: “[...] the US military requirements for steel and aluminium each only represent about three percent of US production. Therefore, DoD does not believe that the finds in the reports [the Department of Commerce reports advocating for the tari□s] impact the ability of DoD programs to acquire the steel or aluminum necessary to meet national defense requirements.” Vid. J. BRINKLEY, “Trump's National Security Tariffs Have Nothing to Do With National Security”, *Forbes*, 12.3.2018, <https://www.forbes.com/sites/johnbrinkley/2018/03/12/trumps-national-security-tariffs-have-nothing-to-do-with-national-security/#1f4ae85a706c>. El enlace se encontraba en: https://www.commerce.gov/sites/default/files/department-of-defense_memoresponseto-steel-and-aluminumpolicysrecommendations.pdf

³³ Vid., E.-U. PETERSMANN, *op. cit.*, p. 192 sobre el uso exorbitante de ésta y otras disposiciones por parte de la administración Trump. En relación, en concreto, con la Sección 232 de la *Trade Expansion Act* de 1962, nótese, sin embargo, que la U.S. Court of International Trade, en su decisión de 25.3.2019 en el asunto *American Institute for International Steel, Inc. v. United States*, Slip Op. 19-37 el tribunal rechazó el argumento planteado por la demandante en el sentido de que la mencionada Sección 232 era inconstitucional por carecer de un principio inteligible y que, por lo tanto, constituía una impropia delegación

Trump no ha dudado en “abusar” del recurso a la excepción de seguridad nacional recogida en la Sección 232 para limitar de forma “agresiva” la entrada de ciertos productos al mercado americano, convirtiendo una medida de carácter excepcional e interpretación restrictiva, en un instrumento de uso generalizado³⁴.

Junto a ello, en su proyección internacional, y en un claro ejemplo de “action and reaction”³⁵, estos aranceles han dado lugar a la adopción de ciertas represalias sobre distintos productos americanos³⁶, por parte de algunos de los países afectados por ellos, poniendo en duda *de facto* la virtualidad del artículo 23 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias³⁷. Así como, en otro plano, han conducido, igualmente, al ejercicio de acciones contra los Estados Unidos de América ante la OMC por algunos Estados perjudicados, alegándose, entre otros extremos, su contrariedad con los mandatos de los artículos I –“*Trato general de la nación más favorecida*”-y II GATT –“*Listas de concesiones*” en materia arancelaria”³⁸. Y añadiendo, además, que el recurso al artículo XXI GATT en el que se ampara la administración Trump para justificar la imposición arancelaria oculta, en la práctica, una medida de salvaguarda³⁹.

14. Hasta el momento el Gobierno americano ha respondido a estas alegaciones amparándose en el apuntado artículo XXI GATT –“*Excepciones relativas a la seguridad nacional*”⁴⁰- y posicionándose a favor de una interpretación muy amplia del precepto⁴¹.

En todo caso, y dado que de acuerdo con el tenor del artículo XXI GATT la imposición de estos aranceles tan sólo podría venir amparada en el mandato del subapartado iii) del apartado b) del artículo -medidas aplicadas “*en caso de grave tensión internacional*”- el Gobierno americano deberá probar que 2018, fecha de la decisión de imponer los aranceles, era un tiempo de guerra o de “*grave tensión internacional*” y que, como luego veremos, las medidas adoptadas lo fueron coetáneamente a esa “*grave tensión internacional*” y como consecuencia directa de ella⁴².

15. Con la referencia al artículo XXI GATT realizado por los EE.UU. éstos abren su particular “caja de Pandora” -el art. XXI- adentrándose “into a murky area long avoided by other WTO countries for political and policy reasons”⁴³. En todo caso, la referencia al precepto es doblemente relevante en la medida en que, en primer lugar, da visibilidad a una tipología de cláusulas que ha estado presente en la regulación del comercio internacional desde antiguo, pero que ha carecido de relevancia en la práctica diaria hasta el momento⁴⁴.

En segundo lugar, y específicamente en relación con el artículo XXI GATT, previsiblemente, la mención del precepto no hará sino incrementarse en el futuro, según se planteen ante la OMC nuevos casos motivados por el creciente uso de la seguridad nacional como justificación de ciertas decisiones

de autoridad legislativa al Presidente de los EE.UU., que violaba el principio de separación de poderes (<https://cases.justia.com/federal/appellate-courts/cit/18-00152/18-00152-2019-03-25.pdf?ts=1553520664>). En relación con este supuesto, vid. J. RILEY, “The Legal and Policy Implications of the US Steel Tariffs on East Asia”, *Journal of East Asia & International Law*, vol. 11, n.º. 1, 2018, pp. 199-202.

Con objeto de limitar los poderes presidenciales en la materia, en estos momentos está tramitándose una propuesta de *Bicameral Congressional Trade Authority Act* que, dada la composición de las Cámaras, cuenta con pocos visos de éxito (vid. <https://www.congress.gov/bill/116th-congress/senate-bill/287/text>). En relación con la necesidad de dicho control, y la forma de articularlo, vid. E.-U. PETERSMANN, *op. cit.*, pp. 200-202.

³⁴ S. LESTER y H. ZHU, *Closing Pandora's Box...*, *op.cit.*, p. 1 y 3, respectivamente.

³⁵ C.I. NAGY, *op. cit.*, p. 95 y ss.

³⁶ Vid. S. LESTER y H. ZHU, *Closing Pandora's Box...*, *op.cit.*, p. 12, nota 22.

³⁷ Respecto de este precepto, vid. G. JIAN, *op. cit.*, pp. 15-17.

³⁸ En relación específicamente con la R. P. China, vid. G. YANG, “International Law...”, *op. cit.*, pp. 33-34.

³⁹ G. JIAN, *op. cit.*, p. 22, sobre la posición mantenida por la R. P. China ante la OMC.

⁴⁰ Vid. *Statements by the United States at the Meeting of the WTO Dispute Settlement Body Geneva, October 29, 2018*, https://geneva.usmission.gov/wp-content/uploads/sites/290/Oct29.DSB_Stmt_as-delivered.fin_rev_public.pdf.

⁴¹ S. LESTER y H. ZHU, *Closing Pandora's Box...*, *op.cit.*, p. 5.

⁴² S. CHARNOVITZ, *op. cit.*, p. 240.

⁴³ Vid. D.C.K. CHOW, “United States Unilateralism and the World Trade Organization”, *Boston University International Law Journal*, vol. 37, n.º. 1, 2019, p. 19.

⁴⁴ En relación con su evolución histórica, vid. J. LEE, “Commercializing National Security: National Security Exceptions’ Outer Parameter under GATT Article XXI”, *Asian J. WTO & Int'l Health L & Pol'y*, vol. 13, 2018, pp. 281-287.

y medidas contrarias al libre comercio. Así ha ocurrido, de hecho, con las 9 reclamaciones presentadas por la R.P. China⁴⁵, India, Unión Europea, Canadá, México, Noruega, Federación Rusa, Suiza y Turquía en el marco del sistema de solución de diferencias de la OMC contra la decisión de los EE.UU. de imponer aranceles a las importaciones de acero y aluminio⁴⁶. A los que los Estados Unidos han respondido reclamando igualmente contra siete de ellos por las medidas de represalia adoptadas por estos países⁴⁷.

Estas acciones, además, vienen a complementar las iniciadas por otros países y que involucran la interpretación del artículo XXI GATT. En concretos las vinculadas con la nueva Ley de la R.P. China de ciberseguridad⁴⁸, y las referentes al embargo decretado en 2017 contra Qatar por parte de Bahrain, Arabia Saudita y los Emiratos Árabes Unidos⁴⁹.

III. El artículo XXI GATT como paradigma de las cláusulas de excepción (“*non-precluded measures provisions*”)

16. Las cláusulas de excepción o “*non-precluded measures provisions*”⁵⁰ constituyen una categoría de disposiciones que busca combinar el aseguramiento del libre comercio, con la protección de los intereses esenciales de seguridad del Estado y de sus políticas y valores. Su objetivo es limitar o evadir las obligaciones que surgen en el marco de un específico tratado, atendiendo a la imperiosa necesidad de proteger la seguridad nacional, los intereses esenciales de seguridad, el orden público o nociones similares de un concreto país⁵¹. En tal sentido, proceden a reconocer, con distintos grados de amplitud, el derecho del Estado a la autodefensa, independientemente de que, como seguidamente veremos⁵², exista un amplio debate acerca de los términos exactos en que esta defensa puede llevarse a cabo en la práctica⁵³.

Esta tipología de cláusulas ha estado presente desde antiguo en los distintos acuerdos de libre comercio concluidos⁵⁴, gozando, sin embargo, de una muy escasa relevancia práctica hasta tiempos muy

⁴⁵ Al respecto, considérese, G. YANG, “WTO Proceedings...”, *op. cit.*, pp. 77-80.

⁴⁶ Vid., con la misma denominación, *Estados Unidos — Determinadas medidas relativas a los productos de acero y aluminio*, DS544, reclamante RP China; DS 547, reclamante India; DS548, reclamante Unión Europea; DS550, reclamante Canadá; DS551, reclamante México; DS552, reclamante Noruega; DS554, reclamante Federación Rusa; DS556, reclamante Suiza y DS564, reclamante Turquía. Todas ellas disponibles en, https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/dispu_status_s.htm

⁴⁷ Vid. *Canadá — Derechos adicionales sobre determinados productos procedentes de los Estados Unidos*, DS557; *China — Derechos adicionales sobre determinados productos procedentes de los Estados Unidos*, DS558; *Unión Europea — Derechos adicionales sobre determinados productos procedentes de los Estados Unidos* DS559; *México — Derechos adicionales sobre determinados productos procedentes de los Estados Unidos*, DS560; *Turquía — Derechos adicionales sobre determinados productos procedentes de los Estados Unidos*, DS561; *Federación de Rusia — Derechos adicionales sobre determinados productos procedentes de los Estados Unidos*, DS566; *India — Derechos adicionales sobre determinados productos procedentes de los Estados Unidos*, DS585. Todas ellas disponibles en, https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/dispu_status_s.htm

⁴⁸ Vid. https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?MetaCollection=WTO&SymbolList=&Serial=&IssuingDateFrom=&IssuingDateTo=&CATITITLE=china+cybersecurity+law&ConcernedCountryList=&OtherCountryList=&SubjectList=&TypeList=&FullTextHash=371857150&ProductList=&BodyList=&OrganizationList=&ArticleList=&Contents=&CollectionList=&RestrictionTypeName=&PostingDateFrom=&PostingDateTo=&DerestrictionDateFrom=&DerestrictionDateTo=&ReferenceList=&Language=ENGLISH&SearchPage=FE_S_S001&ActiveTabIndex=0&languageUIChanged=true

⁴⁹ *Emiratos Árabes Unidos — Medidas relativas al comercio de mercancías y servicios y a los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio*, DS526; *Bahrain, Reino de — Medidas relativas al comercio de mercancías y servicios y a los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio*, DS 527 y *Arabia Saudita, Reino de la — Medidas relativas al comercio de mercancías y servicios y a los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio*, DS528, vid. https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/dispu_status_s.htm. Vid., T. VOON, “The Security Exception in WTO Law: Entering a New Era”, *AJIL Unbound*, vol. 113, 2019, p. 46.

⁵⁰ Un análisis en profundidad de la naturaleza de este tipo de cláusulas se encuentra en W. BURKE-WHITE y A. VON STADEN, “Investment Protection in Extraordinary Times: The Interpretation and Application of Non-Precluded Measures Provisions in Bilateral Investment Treaties”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 48, n.º. 2, 2008, p. 320 y ss.

⁵¹ Sobre las diferentes formas de regular esta cuestión, vid. D. AKANDE y S. WILLIAMS, “International Adjudication on National Security Issues: What Role for the WTO?”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 43, 2003-2004, pp. 366-367.

⁵² Vid. IV *infra*.

⁵³ A. EMMERSON, “Conceptualizing Security Exceptions: Legal Doctrine or Political Excuse?”, *Journal of International Economic Law*, vol. 11, 2008, p. 135.

⁵⁴ Vid. S. ROSE-ACKERMAN y B. BILLA, “Treaties and National Security”, *International Law and Politics*, vol. 40, 2008, p. 454.

recientes. Significativamente, y a pesar de esta exigua utilización, aparecen crecientemente incorporadas en los distintos TLCs⁵⁵.

A) El artículo XXI GATT como referente

17. La excepción global⁵⁶ de seguridad nacional recogida en el artículo XXI GATT se considera un complemento a la excepción general presente en el artículo XX GATT. Durante las primeras fases de la negociación del GATT en 1947, todas las excepciones vinculadas con la seguridad fueron recogidas en el artículo XX GATT, aunque se vieron posteriormente separadas, en un intento de diferenciar su ámbito de aplicación y su filosofía subyacente⁵⁷. Los redactores del GATT deseaban contar con una excepción de seguridad nacional redactada en términos más genéricos, y ello llevó a la inclusión del artículo XXI GATT⁵⁸, un texto deliberadamente más vago que el del artículo XX⁵⁹. Se pensó que era suficientemente flexible, a la vez que contaba con un ámbito de aplicación lo bastante reducido como para impedir a los Estados adoptar con base en él medidas de marcada finalidad comercial⁶⁰. De esta suerte, el artículo XX GATT vendría redactado en términos objetivos, mientras que la ambigüedad del artículo XXI permitiría a los diversos Estados fijar su contenido y finalidad última en cada caso concreto⁶¹.

18. El artículo XXI GATT ha permanecido incólume desde su promulgación en 1947, reproduciéndose sin más en el GATT 1994⁶². No se ha intentado ninguna reforma incluso durante la negociación de la OMC. Más aún, los ambiguos términos del precepto se han visto reproducidos, sin alteración alguna, en varios de los instrumentos legales sobre los que se articula la OMC. Así ocurre con el artículo XIVbis AGCS⁶³, el artículo 73 ADPIC⁶⁴ y los artículos XXIII:1 o 2.2 del Acuerdo sobre obstáculos técnicos al comercio. Todos estos instrumentos incorporan excepciones basadas en la consecución de ciertos legítimos objetivos estatales⁶⁵. Todos ellos coinciden en la idea de que la liberalización del comercio y los compromisos surgidos de la red de tratados que conforman la OMC no necesaria, ni totalmente,

⁵⁵ Estas cláusulas cuentan, igualmente, con una especial relevancia en el ámbito de las inversiones extranjeras, donde la ausencia de un marco legal de carácter global y su enorme fragmentación, unidas a la inexistencia de una explícita excepción de seguridad nacional en el Derecho internacional consuetudinario les atribuye una relevancia especial. Vid. S. ROSE-ACKERMAN y B. BILLA, *op. cit.*, p. 443; M. SORNARAJAH, *Resistance and Change in the International Law of Foreign Investment*, CUP, Cambridge, 2015, pp. 316–318.

⁵⁶ En palabras de R. BHALA, “National Security and International Trade Law: What the GATT Says, and What the United States Does”, *University of Pennsylvania Journal of International Law*, vol. 19, 1989, p. 267.

⁵⁷ Vid. J.Y. YOO y D. AHN, “Security Exceptions in the WTO System: Bridge or Bottle-Neck for Trade and Security?”, *Journal of International Economic Law*, vol. 19, 2016, pp. 418–421.

⁵⁸ Y. FENG, ““We Wouldn’t Transfer Title to the Devil”: Consequences of the Congressional Politicization of Foreign Direct Investment on National Security Grounds”, *International Law and Politics*, 2009, vol. 42, p. 265; H.L. SCHLOEMANN y S. OHLHOFF, ““Constitutionalization” and Dispute Settlement in the WTO: National Security as an Issue of Competence”, *American Journal of International Law*, vol. 93, 1993, p. 440; J.Y. YOO y D. AHN, *op. cit.*, pp. 421–422.

⁵⁹ “(A)n ambiguity necessitated by the need to allow countries the ability to respond to legitimate security concerns without destroying advances in trade liberalization” (P. LINDSAY, “The Ambiguity of GATT Article XXI: Subtle Success or Rampant Failure?”, *Duke Law Journal*, vol. 52, 2002–2003, pp. 1310–1311). Nótese igualmente, J.Y. YOO y D. AHN, *op. cit.*, pp. 423 y 426.

⁶⁰ WTO, “Article XXI. Security Exceptions”, en WTO, *Analytical Index of the GATT* (https://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/gatt_ai_e/gatt_ai_e.htm), p. 600.

⁶¹ Y. FENG, *op. cit.*, p. 264; J.Y. YOO y D. AHN, *op. cit.*, p. 429. Una visión diferente en relación con la interacción de ambos preceptos en el contexto de las limitaciones de exportación de minerales raros impuestos por la R.P. China a Japón puede encontrarse en, C.L. LIM y J.H. SENDUK, ““You Don’t Miss Your Water ’Til Your River Runs Dry”: Regulating Industrial Supply Shortages After “China Raw Materials””, *Stanford Journal of Law, Business & Finance*, vol. 18, 2012, n.º. 1, pp. 99 y 116.

⁶² Sobre el GATT 1994 y los cambios de contenido y entorno existentes respecto de la versión originaria de 1947, vid. C.I. NAGY, *op. cit.*, p. 102 y ss.

⁶³ Un análisis en profundidad del precepto se encuentra en T. COTTIER y P. DELIMATIS, “Article XIVbis GATS: Security Exceptions”, en R. WOLFRUM, P.T. STOLL y C. FEINÄUGLE (eds.), *Max Planck Commentaries on World Trade Law, WTO – Trade in Services*, vol. 6, Martinus Nijhoff, Leiden/Boston, 2008, p. 6 y ss.; R.H. WEBER y R. BAISCH, “Revisiting the Public Moral/Order and the Security Exception under the GATS”, *Asian Journal of WTO and International Health Law and Policy*, vol. 13, n.º. 2, 2018, p. 376 y ss.

⁶⁴ Vid. J. LEE, *op. cit.*, pp. 289–290.

⁶⁵ T. COTTIER y P. DELIMATIS, *op. cit.*, p. 1.

prevalecen sobre los intereses vitales de los Estados en la defensa y protección de su propia existencia⁶⁶. Y, consecuentemente, permiten disfrutar a los Estados miembros de una amplia discreción a la hora de especificar que consideran necesario para proteger sus intereses esenciales de seguridad frente a riesgos, ya reales o potenciales.

19. Muchas de las cláusulas de excepción recogidas en los TLCs -y también en los diversos AP-PRIs- encuentran su referente –directo o indirecto– en el artículo XXI GATT⁶⁷. El precepto es reproducido sin más en un número muy relevante de ellas, o sirve de referencia para otras tantas. En concreto, el artículo XXI GATT afirma la imposibilidad, en ciertos casos fijados por el propio texto⁶⁸, de interpretar cualquier disposición del GATT en un sentido que:

- “a) imponga a una parte contratante la obligación de suministrar informaciones cuya divulgación sería, a su juicio, contraria a los intereses esenciales de su seguridad; o
 b) impida a una parte contratante la adopción de todas las medidas que estime necesarias para la protección de los intereses esenciales de su seguridad, relativas:
 i) a las materias fisionables o a aquellas que sirvan para su fabricación;
 ii) al tráfico de armas, municiones y material de guerra, y a todo comercio de otros artículos y material destinados directa o indirectamente a asegurar el abastecimiento de las fuerzas armadas;
 iii) a las aplicadas en tiempos de guerra o en caso de grave tensión internacional; o
 c) impida a una parte contratante la adopción de medidas en cumplimiento de las obligaciones por ella contraídas en virtud de la Carta de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz y de la seguridad internacionales.”

El precepto, en suma, “allows countries to violate their WTO obligations in the pursuit of national security”⁶⁹. Se trata, y se trataba desde su redacción en 1947, de equilibrar la protección de los intereses esenciales de seguridad de los Estados miembros, con el fomento y salvaguarda del libre comercio. Asumiendo, a la vez, que debido a su carácter excepcional, el recurso al artículo XXI GATT puede generar incertidumbre y tensión en el comercio internacional, afectando a los intereses de los Estados parte del Acuerdo, y que es precisamente por ello por lo que las “contracting parties should be informed to the fullest extent possible of trade measures taken under Article XXI”⁷⁰.

B) Un precepto durmiente durante 7 décadas

20. El artículo XXI GATT plantea directamente la cuestión del sentido atribuible a los diversos conceptos utilizados en su tenor. Especialmente, al significado achacable al concepto de “*intereses esenciales de su seguridad*” recogido en los apartados a) y b), así como al término “*necesarias*” presente en el apartado b) del artículo.

En relación con ambas nociones pervive la cuestión de la conformación de su sentido y contenido, y de los límites que pueden existir a la hora de su concreción. Así como de la capacidad de ser moldeado de forma libre por el Estado que lo alega –dotándolo, en suma, de una naturaleza discrecional –“*self-judging*”– o de la eventual presencia de ciertos límites para éste en dicha tarea. Esto es especialmente relevante en relación con el subapartado iii) del apartado b) en el que se utilizan unas categorías más amplias que en el resto del precepto⁷¹.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 1.

⁶⁷ Y en menor medida en el art. XIVbis AGCS.

⁶⁸ Un análisis en profundidad del precepto se puede encontrar en R. BHALA, *op.cit.*, p. 268 y ss.; M.J. HAHN, “Vital Interests and the Law of GATT: An Analysis of GATT’s Security Exception”, *Michigan Journal of International Law*, vol. 12, 1990-1991, p. 583 y ss.

⁶⁹ H. FEDERER, “GATT Article XXI: Trade Sanctions and the Need to Clarify the Security Exceptions”, *Cambridge Law Review*, vol. 3, 2018, p. 220; J. LEE, *op. cit.*, p. 288.

⁷⁰ WTO, *Decision Concerning art. XXI of the General Agreement (30 November 1982)*, WTO Doc L/5426, 1982, n°. 1.

⁷¹ Vid. H. FEDERER, *op. cit.*, p. 221.

En todo caso, la respuesta otorgable a todas estas cuestiones se ve afectada por la escasa práctica con que ha contado la disposición hasta tiempos muy recientes. Llamativamente, y en contraste con lo que ha ocurrido con el artículo XX GATT⁷², el artículo XXI GATT ha sido muy raramente invocado desde 1947, tanto en el marco del GATT, primero, como de la OMC, después⁷³. Por razones diversas, los miembros de la OMC parecen haber manifestado una gran capacidad de control, y en muy pocas ocasiones, casi de forma excepcional, se ha hecho referencia al artículo en la práctica⁷⁴. Cuando así ha ocurrido, además, las partes que lo han alegado se han amparado en el derecho exclusivo del Estado a decidir si las medidas adoptadas eran necesarias para proteger sus intereses esenciales de seguridad. Habitualmente, además, no ha existido gran oposición a ello⁷⁵.

21. La consecuencia de todo ello es que hasta hace poco tiempo la práctica del precepto ha sido marginal. En muy pocas ocasiones se conformaron grupos especiales para abordar este tipo de controversias⁷⁶, y en todo caso, las ocasiones en que así ocurrió no permitieron aportar una clara guía en relación con el precepto, su naturaleza o su contenido⁷⁷. Esto ha favorecido, entre otras consecuencias, que la escasa interpretación del artículo haya tenido su origen habitualmente fuera del marco de la OMC⁷⁸.

Esta situación, empero, está cambiando rápidamente y, además, la compleja realidad actual del comercio internacional apunta a la pronta existencia de un debate amplio y fructífero sobre el precepto. El relevante Informe del Grupo Especial, de 5 de abril de 2019, en el asunto *Rusia – Medidas que afectan al tráfico en tránsito*, y las que puedan dictarse en el futuro respecto de los supuestos planteados ante la OMC son un buen ejemplo de ello⁷⁹. La cuestión, en todo caso es compleja, y los avances en el debate en torno a la eventual naturaleza discrecional del artículo XXI GATT no cierran las cuestiones suscitadas por éste, resultando imprescindible determinar su contenido y la extensión de las medidas adoptables a su amparo. En esta tarea, una vez más, se echa en falta la existencia de una práctica amplia y consistente en relación con el precepto.

IV. La polémica en torno a la naturaleza discrecional –“*self-judging*”- del artículo XXI GATT

22. El artículo XXI GATT presenta particularidades propias que lo diferencian del resto de preceptos del GATT 1994. Por un lado, como seguidamente veremos, cuenta con una interpretación particularmente compleja. Por otro, la relevancia de las situaciones que involucra y las consecuencias de su estimación le atribuyen una importancia especial para el funcionamiento del modelo articulado por el GATT.

1. El debate doctrinal sobre el carácter discrecional –“*self-judging*”- del artículo XXI GATT

23. A pesar de la consideración, por algunos, de este tipo de cláusulas como un mal menor necesario para la conclusión de acuerdos internacionales en materia de libre comercio⁸⁰, las cláusulas de se-

⁷² D. AKANDE y S. WILLIAMS, *op. cit.*, p. 373. Vid. también, R.P. ALFORD, “The Self-Judging WTO Security Exception”, *Utah Law Review*, vol. 3, 2011, pp. 750–751: “Since 1995, the general exceptions in Article XX have been the subject of WTO litigation at least twenty-two times – one out of every six cases before the WTO. During the same time the Article XXI security exception has not been invoked in WTO litigation a single time” (p. 751).

⁷³ Vid. R.P. ALFORD, *op. cit.*, p. 750; P. LINDSAY, *op. cit.*, pp. 1297 y 1299–1300.

⁷⁴ T. COTTIER y P. DELIMATIS, *op. cit.*, p. 2.

⁷⁵ D. AKANDE y S. WILLIAMS, *op. cit.*, p. 374.

⁷⁶ Vid. H.L. SCHLOEMANN y S. OHLHOFF, *op. cit.*, pp. 100–104; R. BHALA, *op. cit.*, pp. 268–275.

⁷⁷ Un análisis en profundidad de esta cuestión se encuentra en C. ESPLUGUES, *Foreign Investment, National Security and Strategic Assets*, Cambridge, intersentia, 2018, pp. 116–135. Nótese, igualmente, S.Y. PENG, “Cybersecurity Threats and the WTO National Security Exceptions”, *Journal of International Economic Law*, vol. 18, 2015, n° 2, pp. 460–461; H. FEDERER, *op. cit.*, pp. 221–224.

⁷⁸ Vid. V.I. *infra* respecto del concepto de intereses esenciales de seguridad del Estado.

⁷⁹ Vid. notas 46 a 48 *supra*.

⁸⁰ Vid. R.P. ALFORD, *op. cit.*, pp. 725–726; R. BHALA, *op. cit.*, pp. 275–276; R. DATTU y J. BOSCARIOL, “GATT Article XXI, Helms–Burton and the Continuing Abuse of the National Security Exception”, *Canadian Business Law Journal*, vol. 28, 1997, p. 206.

guridad han sido aproximadas desde siempre de forma crítica. Desde los momentos iniciales del GATT se ha considerado que constituyen un riesgo objetivo para el propio GATT -y más tarde, para la OMC-, debido a su potencial invocación de mala fe por los Estados miembro de la organización⁸¹.

24. El artículo XXI GATT, ya se ha apuntado, es un precepto ambiguo. Más aún, un precepto deliberadamente ambiguo⁸². Por su propia naturaleza, y atendidos los objetivos que busca alcanzar, se encuentra redactado en términos bastante vagos y genéricos⁸³. A primera vista, su tenor amplio – “*No deberá interpretarse ninguna disposición del presente Acuerdo en el sentido de que ... b) impida a una parte contratante la adopción de todas las medidas que estime necesarias para la protección de los intereses esenciales de su seguridad*”- posibilitaría a los Estados miembros de la OMC el recurso a medidas económicas, incluso, dotadas con una potencial finalidad política, que, de partida, hubieran podido ser interpretadas como inadmisibles bajo el normal régimen del GATT y del resto de instrumentos que conforman la OMC⁸⁴. Igualmente, podría servir como una excusa para la protección de sectores industriales o empresas consideradas “vitales” para el Estado⁸⁵.

En la medida en que cada Estado es en última instancia competente para determinar unilateralmente cuando y como la salvaguarda de sus intereses esenciales de seguridad requieren desviarse de las obligaciones derivadas de la pertenencia a la OMC⁸⁶, estas cláusulas estarían siempre abiertas a abusos y arbitrariedad⁸⁷. En este sentido, la única garantía frente a la impunidad que ofrecen sería el espíritu con que cada miembro de la OMC las interpreta y aplica⁸⁸. El límite al uso de este tipo de cláusulas recaería, así, exclusivamente, en la forma en que los miembros de la OMC decidan interpretar el tenor y objetivos del precepto, asumiendo que estos lo harían atendiendo al espíritu de la norma⁸⁹.

Especialmente en tiempos como los actuales esta interpretación maximalista que atribuye una capacidad extremadamente amplia, casi sin límites, a los Estados, podría acabar minando el funcionamiento del sistema al amparar conductas excesivas o abusivas por parte de estos⁹⁰.

25. Debido a la peculiar redacción del apartado b) del artículo XXI -que, aparentemente, combina elementos objetivos, y por lo tanto no aptos para una interpretación discrecional por parte del Estado que se ampara en el precepto, y subjetivos, que sí serían susceptibles de ella- el debate en relación con la interpretación del artículo XXI GATT, y por ende, de las cláusulas redactadas al amparo directo o indirecto de éste, se ha focalizado especialmente en su eventual naturaleza discrecional –*self-judging*-⁹¹. Y, vinculado directamente a ello, en torno a la posibilidad de que su aplicación y los términos exactos en que ésta se produzca, sean impugnados ante el Órgano de solución de diferencias de la OMC.

⁸¹ R.P. ALFORD, *op. cit.*, pp. 698 y 702. Aunque su eliminación carece de un apoyo generalizado, *vid.* R. DATTU y J. BOS-CARIOL, *op. cit.*, p. 205.

⁸² P. LINDSAY, *op. cit.*, p. 1298.

⁸³ W. CANN JR, “Creating Standards and Accountability for the Use of the WTO Security Exception: Reducing the Role of Power-Based Relations and Establishing a New Balance between Sovereignty and Multilateralism”, *Yale Journal of International Law*, vol. 26, 2001, p. 415.

⁸⁴ M.J. HAHN, *op. cit.*, p. 560; D.T. SHAPIRO, “Be Careful What You Wish for: U.S. Politics and the Future of the National Security Exception to the GATT”, *George Washington Journal of International Law & Economy*, vol. 31, 1997, p. 111.

⁸⁵ Por ejemplo, el art. XXV GATT. *Vid.* S.W. SCHILL y R. BRIESE, ““If the State Considers”: Self-Judging Clauses in International Dispute Settlement”, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 13, 2009, p. 107; M.J. HAHN, *op. cit.*, p. 597.

⁸⁶ S.Y. PENG, *op. cit.*, p. 459.

⁸⁷ D.T. SHAPIRO, *op. cit.*, pp. 100–101. Gráficamente se señala que estas cláusulas permiten a los miembros de la Organización comportarse como auténticos “cowboy(s)”. En este sentido, R. SHALA, *op. cit.*, pp. 269 y 271.

⁸⁸ R. DATTU y J. BOS-CARIOL, *op. cit.*, p. 204. Sin embargo, se señala que su valoración en el marco general del GATT favorecería una interpretación restrictiva. Al respecto, M.J. HAHN, *op. cit.*, p. 579.

⁸⁹ R.E. BROWNE, “Revising “National Security” in an Interdependent World: The GATT Article XXI Defense after Helms–Burton”, *The Georgetown Law Journal*, vol. 86, 1997, p. 411.

⁹⁰ C.I. NAGY, *op. cit.*, p. 114.

⁹¹ *Vid.* R.P. ALFORD, *op. cit.*, p. 706. S.W. Schill y R. Briese aportan una definición de discrecional (*self-judging*): “self-judging clauses have the function of allowing a state to enter into international cooperation on the basis of binding international obligations, while at the same time retaining the power to escape from such obligations in certain circumstances, most frequently if the state determines that it would harm its sovereignty, security, public policy, or more generally, its essential interests. It constitutes a safety valve for reconciling international cooperation and for state’s occasional preference for unilateralism within cooperative regimes” (S.W. SCHILL y R. BRIESE, *op. cit.*, p. 67).

La controversia que subyace en esta polémica sobre la naturaleza del artículo XXI GATT es, en última instancia, si cabe una evaluación objetiva de la frase “*que estime necesarias*” recogida en el precepto, o si, por contra, la cuestión queda a la exclusiva consideración objetiva del Estado miembro de la OMC que lo invoca⁹². Sin embargo, no es éste el único elemento en cuestión. Como veremos, y no menos relevante, también lo está su ámbito de aplicación y la justificación de las concretas medidas adoptadas a su amparo. Aspectos, ambos, a las que haremos referencia en el apartado V de este artículo.

A) Argumentos en favor de la naturaleza discrecional del artículo XXI GATT

26. A pesar de la escasa práctica del precepto, el debate en torno a su naturaleza ha sido amplio y la doctrina ha aportado una pluralidad de argumentos de índole diversa en favor⁹³ y en contra⁹⁴ de la naturaleza discrecional del artículo XXI GATT.

27. Focalizándonos en los primeros, y atendiendo al mandato del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, cualquier disposición convencional, incluyendo por tanto al artículo XXI GATT, debe ser interpretada en el “*contexto*” de los términos del tratado, y “*teniendo en cuenta su objeto y fin*”⁹⁵. Sin embargo, y tal como han resaltado algunos grupos especiales en el marco del GATT y de la OMC, también el objeto del específico precepto debe ser valorado: en el caso concreto del artículo XXI GATT, se trata de la protección de los intereses esenciales de seguridad de los Estados miembro del GATT⁹⁶. Sopesar ambas perspectivas, se dice, resulta imprescindible para articular el exacto significado y contenido del precepto⁹⁷.

Se asume así que un análisis del contexto del precepto favorecería la interpretación de la cláusula de excepción general incluida en el artículo XXI GATT como dotada de un carácter objetivo. Sin embargo, la norma referida específicamente a la seguridad nacional recogida en el apartado b) del artículo requeriría de una mayor interpretación subjetiva y, consecuentemente, favorecería su naturaleza, e interpretación, discrecional⁹⁸. Al amparo de este apartado b) el Estado contratante contaría con plena discrecionalidad para decidir sobre la validez de la acción adoptada por él con el objeto de preservar los intereses esenciales de su seguridad⁹⁹. A él le correspondería, de forma unilateral, articular su significado y, consecuentemente, en consonancia con esta aproximación, decidir por sí sólo si una medida resulta esencial para proteger sus intereses esenciales de seguridad, y si aparece vinculada a una de las condiciones fijadas por el propio artículo XXI GATT¹⁰⁰. Sería el propio Estado que se ampara en el artículo quien, por lo tanto, debería valorar de forma estrictamente subjetiva si las condiciones fijadas en él se han cumplido y, si bien un observador objetivo pudiera entender que la interpretación adoptada era arbitraria o, incluso,

⁹² S.Y. PENG, *op. cit.*, p. 458.

⁹³ Puede encontrarse una primera aproximación global al tema en, D. AKANDE y S. WILLIAMS, *op. cit.*, p. 381 y ss.

⁹⁴ Y existen argumentos tanto a favor como en contra. Vid. en este sentido, R. GOODMAN, “Norms and National Security: The WTO as a Catalyst for Inquiry”, *Chicago Journal of International Law*, vol. 2, 2001, n.º. 1, pp. 104–105; P. LINDSAY, *op. cit.*, manifestando posiciones en contra -p. 1280 y ss.- y a favor -p. 1286 y ss.-; UNCTAD, *The Protection of National Security in IIAs*, UNCTAD Series on International Investment Policies for Development, UNCTAD/DIAE/IA/2008/5, United Nations, New York/Geneva, 2009, p. 55.

⁹⁵ Vid. M.D. NOLAN y F.G. SOURGENS, “The Limits of Discretion? Self-Judging Emergency Clauses in International Investment Agreements”, *Yearbook on International Investment Law & Policy*, vol. 1, 2001, p. 395; R.E. BROWNE, *op. cit.*, pp. 422–423. En relación con las distintas potenciales interpretaciones, vid. W.J. MOON, “Essential Security Interests in International Investment Agreements”, *Journal of International Economic Law*, vol. 15, 2012, n.º. 2, pp. 492–495.

⁹⁶ OMC, Informe del Órgano de Apelación de 12.9.2005 en la Diferencia DS286, *Comunidades Europeas — Clasificación aduanera de los trozos de pollo deshuesados congelados*, WT/DS269/AB/R, pp. 93-94, nn.º. 238–239 (https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds269_s.htm).

⁹⁷ OMC, Informe del Grupo Especial de 1.12.2003 en la Diferencia DS246, *Comunidades Europeas — Condiciones para la concesión de preferencias arancelarias a los países en desarrollo*, WT/DS246/R, p. 111, n.º. 7.40 (https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds246_s.htm).

⁹⁸ Y. FENG, *op. cit.*, p. 264.

⁹⁹ “Motivation becomes irrelevant, justification and approval unnecessary” (W. CANN JR, *op. cit.*, p. 415).

¹⁰⁰ R.P. ALFORD, *op. cit.*, p. 704.

absurda, sería la voluntad de la parte que la invoca la que regiría toda la cuestión¹⁰¹. En suma, nada en el marco del GATT –y por ende, de aquellos textos en el marco de los acuerdos OMC que lo reproducen– impediría a un miembro adoptar “*todas las medidas que estime necesarias*” para la protección de los intereses esenciales de su seguridad pudiendo, por lo tanto, suspender sus obligaciones convencionales¹⁰².

Esta interpretación maximalista conllevaría directamente que la invocación del artículo XXI GATT privaría al órgano de solución de diferencias de la OMC, o a cualquier tribunal estatal o arbitral que conociera de una cuestión vinculada con el precepto, de competencia para conocer de la disputa¹⁰³. La naturaleza discrecional del artículo implicaría que constituye una denegación de competencia y, por lo tanto, que no cabe su revisión por terceros¹⁰⁴. La mención a “*estime*” incluida en el texto del artículo XXI.b) GATT anularía *de facto* las limitaciones recogidas en los apartados del precepto y supondría que correspondería a cada miembro de la OMC determinar que la materia abordada entra en el ámbito de aplicación de éstos, incluso si no existiera relación aparente. En coherencia con ello, la cuestión de si un Grupo Especial, o un tribunal, pudiera decidir sobre si realmente ha existido, o no, un riesgo para la seguridad nacional y los intereses esenciales de seguridad del Estado, y hasta qué punto la acción adoptada era necesaria para proteger esos intereses de seguridad, sería respondida de forma negativa¹⁰⁵.

28. La inclusión de esta regla en el entramado convencional de la OMC supondría, así, el reconocimiento pleno del derecho de cada Estado a proteger su soberanía frente a riesgos exteriores, articulando la base legal indispensable para la adopción de cualesquiera medidas que considere necesarias para salvaguardar sus intereses esenciales de seguridad¹⁰⁶. Ello se traduce, en última instancia, en la atribución a los Estados miembros de la OMC de la capacidad de desvincularse unilateralmente de sus obligaciones convencionales en ciertas ocasiones¹⁰⁷.

El artículo XXI GATT constituiría, por lo tanto, una cláusula ilimitada de escape de éstas, en cuanto que correspondería exclusivamente a cada Estado definir sus intereses esenciales de seguridad de forma puramente unilateral y, consecuentemente, especificar qué acciones son necesarias con vistas a protegerlos. Una cláusula de escape omnimoda¹⁰⁸, que permitiría a los miembros de la OMC invocar-la de forma muy genérica, incluso cuando las medidas adoptadas al amparo de la misma escondieran objetivos marcadamente proteccionistas. Los potenciales efectos negativos sobre el sistema de la OMC en su conjunto se verían, además, profundizados por la imposibilidad de revisión de la invocación de la cláusula por un concreto Estado¹⁰⁹.

B) Oposición a la naturaleza plenamente discrecional del artículo XXI GATT

29. Sin embargo, como ya hemos avanzado, la unanimidad en torno al carácter discrecional del artículo XXI GATT dista mucho de existir. Distintos autores entienden que ninguno de los razonamientos aportados apoyaría una interpretación plenamente discrecional de la excepción recogida en el precepto¹¹⁰. Además, se apunta la existencia de argumentos en contra de tal entendimiento.

¹⁰¹ J. MENDENHALL, “The Evolution of the Essential Security Exception in U.S. Trade and Investment Agreements”, en K.P. SAUVANT, L.E. SACHS y W.P.F. SCHMIT JONGBLOED (eds.), *Sovereign Investment. Concerns and Policy Reactions*, Oxford, OUP, 2012, p. 319, en relación con el art. XXI.b) GATT.

¹⁰² A. EMMERSON, *op. cit.*, p. 136; J. MENDENHALL, *op. cit.*, pp. 315–316. Esta interpretación se vería amparada, *a contrario*, por la Sentencia de 27.6.1986 en el asunto *Military and Paramilitary Activities (Nicaragua v. U.S.)* 1986 ICJ 14. De acuerdo con ella, el art. XXI del *Friendship, Commerce and Navigation Agreement between Nicaragua and the US* de 1956 no incluye la expresión “it considers”. El Alto Tribunal entendió que esta cláusula no contaba, por lo tanto, con la condición de discrecional (“*non-self-judging*”, p. 106, n.º. 222). Sin embargo, la Sentencia cuenta con una opinión discrepante formulada por el Juez Schwebel, favorable a su condición discrecional.

¹⁰³ M.D. NOLAN y F.G. SOURGENS, *op. cit.*, p. 387.

¹⁰⁴ Vid S.W. SCHILL y R. BRIESE, *op. cit.*, p. 99 y nota 90, en relación con la distinción entre “*jurisdiction bar*” y “*non-justiciable*”.

¹⁰⁵ D. AKANDE y S. WILLIAMS, *op. cit.*, p. 369; J. MENDENHALL, *op. cit.*, p. 316.

¹⁰⁶ R. BHALA, *op. cit.*, p. 267, el precepto se valora en profundidad en pp. 268–275.

¹⁰⁷ S.Y. PENG, *op. cit.*, pp. 458–459; M.J. HAHN, *op. cit.*, p. 559; T. COTTIER y P. DELIMATSI, *op. cit.*, p. 2.

¹⁰⁸ H.L. SCHLOEMANN y S. OHLHOFF, *op. cit.*, p. 426; A. EMMERSON, *op. cit.*, p. 145.

¹⁰⁹ A. EMMERSON, *op. cit.*, p. 145. En contra de este entendimiento negativo del precepto, vid. P. LINDSAY, *op. cit.*, p. 1312.

¹¹⁰ Vid. R.P. ALFORD, *op. cit.*, pp. 706–707.

Así, los propios trabajos preparatorios del artículo XXI GATT apoyarían esta posición restrictiva¹¹¹, con lo que el precepto no quedaría, por lo tanto, a la sola discrecionalidad de los Estados parte en el Acuerdo¹¹². Adicionalmente, se incide en la obligación de interpretar las disposiciones de un Tratado a la luz de los principios generales del Derecho¹¹³. Y se hace patente, igualmente, el apoyo a una interpretación más objetiva del artículo, que limite la capacidad de los Estados de ampararse en él¹¹⁴. A su vez, la posibilidad de que la disposición sea evaluada en cuanto a su uso y términos por terceras personas vendría amparada por la *Decision concerning Article XXI of the General Agreement* de 2 de diciembre de 1982, que sugiera que los mecanismos de resolución de disputas son susceptibles de aplicación a estas cuestiones¹¹⁵.

Más aun, un análisis del tenor del artículo XXI GATT permitiría condicionar una eventual interpretación discrecional al existir divergencias objetivas entre sus tres apartados y sobre el grado de controversia que cada uno de ellos genera¹¹⁶. La cláusula de excepción no sería así general, sino que, por el contrario, aportaría un nivel limitado de excepciones aplicable a ciertas específicas situaciones¹¹⁷. En este sentido, al considerar la frase “*que estime necesarias*” en relación con la mención a los “*intereses esenciales de su seguridad*” recogida en el artículo XXI.b) GATT, el ejemplo paradigmático de cláusula de interpretación discrecional para algunos¹¹⁸, la mayor dificultad estibaría en el significado atribuible a “*necesarias*” un punto que, como veremos más adelante, sí que ha sido objeto de análisis por la práctica existente en relación con los artículos XX y XXI GATT¹¹⁹.

30. En cualquier caso, y con independencia de los argumentos existentes a favor y en contra de la naturaleza discrecional del artículo XXI GATT, se añade que los miembros del Entendimiento sobre Solución de Diferencias de la OMC tienen el derecho, de acuerdo con su artículo 6, a que se establezcan grupos especiales si una disputa no puede ser resuelta mediante consultas. Y la cuestión de la seguridad nacional no puede ser excluida del ámbito competencial de estos grupos, salvo que las partes en la disputa así lo determinen. Una posición que vendría también apoyada por el tenor del artículo 23 del propio Entendimiento¹²⁰.

2. Inexistencia de una práctica concluyente hasta 2019

31. La naturaleza atribuible al precepto ha seguido constituyendo una cuestión profundamente controvertida en nuestros días y la división doctrinal existente respecto del artículo XXI GATT no se ha visto colmada por la presencia de una práctica concluyente al respecto. Sin embargo, toda esta situación parece haber cambiado ahora con la reciente decisión de abril de 2019 en el asunto *Rusia - Medidas que afectan al tráfico en tránsito*. Una decisión muy importante y esclarecedora a la que, previsiblemente, y atendidos los diversos casos planteados, acompañarán más, próximamente.

¹¹¹ WTO, “Article XXI...”, *op. cit.*, pp. 608–610.

¹¹² S. ROSE-ACKERMAN y B. BILLA, *op. cit.*, p. 467.

¹¹³ En línea con el mandato del art. 31.3.c) de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados de 23.5.1969 (BOE de 13.6.1980). Vid. A.S. PÉREZ, “WTO and U.N. Law: Institutional Comity in National Security”, *Yale Journal of International Law*, vol. 23, 1998, p. 328.

¹¹⁴ Vid., A.S. PÉREZ, *op. cit.*, p. 328.

¹¹⁵ “2. *When action is taken under Article XXI, all contracting parties affected by such action retain their full rights under the General Agreement*” (GATT, Decision concerning Article XXI of the General Agreement of 2 of December, https://www.wto.org/gatt_docs/english/SULPDF/91000212.pdf). Vid. S.W. SCHILL y R. BRIESE, *op. cit.*, pp. 605–606.

¹¹⁶ R. BHALA, *op. cit.*, p. 267.

¹¹⁷ H.L. SCHLOEMANN y S. OHLHOFF, *op. cit.*, p. 442.

¹¹⁸ M.D. NOLAN y F.G. SOURGENS, *op. cit.*, p. 404.

¹¹⁹ Con respecto a su significado, vid. 5.2. *infra*.

¹²⁰ El art. 23 del Entendimiento relativo a las normas y Procedimientos por los que se rige la solución de diferencias supondría un apoyo adicional a esta opción. Nótese D. AKANDE y S. WILLIAMS, *op. cit.*, p. 379; H.L. SCHLOEMANN y S. OHLHOFF, *op. cit.*, p. 439. Esta posición estaría en línea con la seguida por el Tribunal Internacional de Justicia –TIJ– en relación con la alegación de las cláusulas de seguridad nacional incluidas en los antiguos Acuerdos de amistad, comercio y navegación. El Alto Tribunal entendió que la invocación de estas cláusulas no le privaba de competencia pero que la cuestión requería un análisis ulterior que superaba la mera dimensión procesal. Ello ocurrió en su ya citada Sentencia de 12.12.1996 en el asunto *Oil Platforms (Iran v. U.S.)*, ICJ 803, p. 39, n.º. 73, en relación con el Acuerdo de amistad entre EE.UU. e Irán. Vid. W.J. MOON, *op. cit.*, pp. 499–500 o W. BURKE-WHITE y A. VON STADEN, *op. cit.*, p. 377.

32. Antes del establecimiento de la OMC, el dilema de si un Grupo Especial tenía competencia para resolver las controversias vinculadas con la adopción por parte de los Estados miembros de ciertas medidas destinadas a proteger los intereses esenciales de su seguridad al amparo del artículo XXI.b) GATT fue planteado de forma muy excepcional¹²¹. Se suscitó, así, ante el Grupo Especial en el caso del embargo de EE.UU. contra Nicaragua¹²². Sin embargo, y debido a la alegación por parte de EE.UU. de que la mención al artículo XXI GATT se encontraba fuera de los términos de referencia del Grupo Especial, la cuestión se dejó de lado y no se aportó interpretación alguna del precepto¹²³. Sin embargo, el Grupo Especial no dejó de señalar que: “*If it were accepted that the interpretation of Article XXI was reserved entirely to the contracting party invoking it, how could the CONTRACTING PARTIES ensure that this general exception to all obligations under the General Agreement is not invoked excessively or for purposes other than those set out in this provision? If the CONTRACTING PARTIES give a panel the task of examining a case involving an Article XXI invocation without authorizing it to examine the justification of that invocation, do they limit the adversely affected contracting party's right to have its complaint investigated in accordance with Article XXIII:2? Are the powers of the CONTRACTING PARTIES under Article XXIII:2 sufficient to provide redress to contracting parties subjected to a two-way embargo?*”¹²⁴. El mismo argumento se planteó ante el Grupo Especial constituido en relación con las sanciones impuestas por la UE contra Yugoslavia. Aunque el procedimiento se suspendió debido al colapso del país¹²⁵.

33. Una vez conformada la OMC, la problemática de la naturaleza del artículo XXI GATT fue de nuevo suscitada ante el Grupo Especial encargado de conocer de la demanda presentada por la UE contra los EE.UU. por la promulgación de la Ley *Helms-Burton* en 1996¹²⁶. Sin embargo, una vez más, los EE.UU. se ampararon en el argumento de la naturaleza plena y automáticamente discrecional del artículo XXI GATT. Y con base en ello alegaron que el Grupo Especial carecía de competencia para conocer de la demanda, debido a que las disputas relacionadas con la excepción de seguridad nacional prevista en el precepto no eran susceptibles de revisión, de acuerdo con la normativa de la OMC¹²⁷. Al alcanzarse finalmente un compromiso la cuestión no fue considerada por el Grupo Especial¹²⁸.

¹²¹ Vid. D. AKANDE y S. WILLIAMS, *op. cit.*, pp. 375–376; D.T. SHAPIRO, *op. cit.*, pp. 101–103. Un análisis de la práctica de la OMC en la materia se encuentra en, C. ESPLUGUES, *Foreign Investment...*, *op. cit.*, p. 156 y ss. Igualmente, nótese, C. VÁSQUEZ ARANGO, “La jurisprudencia sobre las excepciones relativas a la seguridad en el acuerdo GATT”, *FORUM / Revista del Departamento de Ciencia Política*, Universidad Nacional, Sede Medellín, n.º. 2, julio - diciembre 2011, p. 47 y ss. Existen algunos supuestos en los que se ha procedido a invocar –o referir– el art. XXI GATT de manera más o menos explícita: el supuesto de la República Checa contra los Estados Unidos de 1948, planteado al amparo del art. XXIII GATT; el caso del boicot ganés a los productos portugueses, cuando Portugal accedió al GATT en 1961; el supuesto de Suecia y las cuotas de importación de cierto calzado en 1975; el supuesto de Argentina contra la Comunidad Europea y Australia como consecuencia del embargo motivado por la guerra de las Malvinas en 1982; el embargo americano contra Polonia y la URSS, en 1982; el caso de la República Federal Alemana e Islandia en 1974; el supuesto de Nicaragua contra EE.UU. debido al embargo comercial a Nicaragua en 1985; el supuesto de las sanciones económicas impuestas por la Comunidad Europea a Yugoslavia en 1991; el caso de la Comunidad Europea contra EE.UU. debido a la *Cuban Liberty and Democratic Solidarity (LIBERTAD) Act* en 1996; el supuesto de Japón y la UE contra los EE.UU. debido a la *Massachusetts Selective Purchasing Act* en 1997, o el caso de Colombia y Honduras contra Nicaragua en 1999. Sobre todos ellos vid., R.P. ALFORD, *op. cit.*, pp. 709–725; R. DATTU y J. BOSCARIOL, *op. cit.*, pp. 204–205; M.J. HAHN, *op. cit.*, pp. 569–578; P. LINDSAY, *op. cit.*, pp. 1302–1310; J. VANDERMEULEN y M.J. TREBILCOCK, “Canada’s Policy Response to Foreign Sovereign Investment: Operationalizing National Security Exceptions”, *Canadian Business Law Journal*, vol. 47, 2009, p. 421; S.W. SCHILL y R. BRIESE, *op. cit.*, pp. 100–104; J.Y. YOO y D. AHN, *op. cit.*, pp. 430–436.

¹²² GATT, Panel Report de 13.10.1986 en el asunto *United States – Trade Measures Affecting Nicaragua*, L/6053 (https://www.wto.org/gatt_docs/English/SULPDF/91240197.pdf).

¹²³ Nótese, S.Y. PENG, *op. cit.*, pp. 460–461; S.W. SCHILL y R. BRIESE, *op. cit.*, pp. 102–103.

¹²⁴ GATT, Panel Report de 13.10.1986 en el asunto *United States – Trade Measures Affecting Nicaragua*, *cit.*, pp. 18–19, n.º. 5.17

¹²⁵ Vid. S.Y. PENG, *op. cit.*, p. 461.

¹²⁶ OMC, *Estados Unidos — Ley para la Libertad y la Solidaridad Democrática Cubana*, Diferencia DS38, La decisión de establecimiento del Grupo Especial quedó sin efecto el 22.4.1998 (<https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds38_s.htm>).

¹²⁷ Nótese, H.L. SCHLOEMANN y S. OHLHOFF, *op. cit.*, p. 438; R. DATTU y J. BOSCARIOL, *op. cit.*, pp. 203–207; J.A. SPANOGLE JR., “Can Helms–Burton Be Challenged Under WTO?”, *Stetson Law Review*, vol. XXVII, 1998, p. 1339.

¹²⁸ S.W. SCHILL y R. BRIESE, *op. cit.*, pp. 103–104; D. AKANDE y S. WILLIAMS, *op. cit.*, pp. 376–377; K.W. ALEXANDER, “The Helms–Burton Act and the WTO Challenge: Making a Case for the United States Under the GATT National Security Exception”, *Florida Journal of International Law*, vol. 11, 1997, pp. 560–561 y 566–568; J.A. SPANOGLE JR., *op. cit.*, p. 1315 y ss.

A) La práctica existente hasta 2019

34. Como decimos, hasta 2019 no ha existido una respuesta concluyente a la cuestión de la naturaleza discrecional del artículo XXI GATT¹²⁹ y de aquellos preceptos convencionales que se basan en él, con la salvedad, lógicamente, de los textos convencionales en los que de forma explícita haya quedado afirmado el carácter “*non-justiciability of security exceptions*”, una opción bastante inusual por otra parte¹³⁰.

35. Fuera de estos supuestos aislados, el hecho de que la apreciación de la necesidad de las medidas a adoptar se repunte tan sólo del Estado que las “*estime necesarias*” apoyaría la interpretación discrecional del precepto y, consecuentemente, que ningún Grupo Especial, o el Órgano de Apelación de la OMC, contaría con competencia para evaluar si una medida adoptada por un Estado al amparo del artículo XXI GATT satisface sus requerimientos¹³¹, o si fue adoptada de buena fe¹³². Cada Estado concreto sería, por lo tanto, el único competente para decidir sobre qué medidas resultan “*necesarias*” para proteger los “*intereses esenciales de su seguridad*” en aquellos supuestos cubiertos por el artículo XXI.b) GATT¹³³. Con lo que la cláusula de excepción recogida por el precepto operaría respecto de la totalidad del Tratado¹³⁴. Su invocación por cualquier Estado supondría, así, “*the end of the matter*”¹³⁵.

Al amparo de esta interpretación maximalista el tenor del artículo XXI GATT, así como el de las otras disposiciones similares recogidas en el entramado convencional que sustenta la OMC, constituiría una excepción general a las obligaciones derivadas del GATT, que no sería evaluable por el sistema de solución de diferencias de la OMC.

36. Sin embargo, el Grupo Especial encargado del asunto *Comunidades Europeas — Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas)*¹³⁶ consideró que, a pesar de constituir una excepción, ello no justificaría de forma automática una interpretación más o menos amplia del mismo. Siendo indispensable proceder al análisis del tenor y sentido del precepto en el marco del articulado, objetivos y políticas subyacentes en el GATT, a efectos de evaluar su naturaleza, especialmente su consideración como dotada de naturaleza discrecional o no¹³⁷.

Se asume de esta suerte que cualquier aproximación a ésta o similares disposiciones debe ser realizada de una forma que resulte fiel al texto del artículo a la vez que impida el abuso de éste¹³⁸, algo que no es siempre fácil de lograr¹³⁹.

37. Esta drástica aproximación vendría flexibilizada, empero, por una pluralidad de factores. Tal como se ha apuntado, la frase “*que estime necesarias*” puede ser considerada como dotada de naturaleza discrecional cuando es considerada de manera aislada. A primera vista, el precepto atribuiría a los Estados un enorme margen de discreción a la hora de determinar qué particulares intereses se engloban

¹²⁹ En este sentido, H.L. SCHLOEMANN y S. OHLHOFF, *op. cit.*, pp. 443–444; A.S. PÉREZ, *op. cit.*, pp. 332–335.

¹³⁰ Una opción bastante inusual que es incluida, sin embargo y como ejemplo, en el *Comprehensive Economic Cooperation Agreement between the Republic of India and the Republic of Singapore* de 29.6.2005: “*Article 6.12: Security Exceptions ... 4. This Article shall be interpreted in accordance with the understanding of the Parties on as set out in their exchange of letters, which shall form an integral part of this Agreement.*” <http://wits.worldbank.org/GPTAD/PDF/archive/India-singapore.pdf>.

¹³¹ R. BHALA, *op. cit.*, pp. 268–269.

¹³² J. MENDENHALL, *op. cit.*, p. 317.

¹³³ S.Y. PENG, *op. cit.*, p. 463.

¹³⁴ M.D. NOLAN y F.G. SOURGENS, *op. cit.*, p. 402.

¹³⁵ J. MENDENHALL, *op. cit.*, p. 318.

¹³⁶ OMC, Informe del Grupo Especial de 18.8.1997, en la Disputa DS26, *Comunidades Europeas — Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas)*, WT/DS26/AB/R, (https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds26_s.htm). Vid. T. COTTIER y P. DELIMATSI, *op. cit.*, p. 5.

¹³⁷ OMC, Informe del Grupo Especial de 18.8.1997, en la Disputa DS26, *Comunidades Europeas — Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas)*, *cit.*, p. 38, n.º. 104.

¹³⁸ D. AKANDE y S. WILLIAMS, *op. cit.*, p. 378.

¹³⁹ De hecho, algunos autores han alegado que los propios Estados están interesados en dejar el significado del art. XXI GATT lo más abierto posible y evitar que existe alguna indicación o interpretación por parte del GATT/OMC en relación con su interpretación y ámbito de aplicación P. LINDSAY, *op. cit.*, p. 1299.

dentro del concepto de intereses esenciales de la seguridad de un concreto país¹⁴⁰. Sin embargo, ello no impediría al Órgano de Solución de Diferencias de la OMC y, eventualmente, a un tribunal arbitral o estatal, determinar si en un concreto supuesto aparecen realmente involucrados intereses esenciales de la seguridad¹⁴¹, y evaluar la existencia de buena fe, una exigencia ésta habitual en la práctica de la OMC¹⁴², algo que no siempre resulta fácil¹⁴³.

Al proceder a la interpretación del precepto resultaría imprescindible tomar en consideración no sólo el contexto del Acuerdo GATT sino, también, sus objetivos y fines, tal como precisa el ya mencionado artículo 31.1. de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados¹⁴⁴, el proceso de su negociación, así como la práctica existente en relación con el mismo¹⁴⁵. De todos ellos se derivaría que el recurso al artículo XXI GATT vendría limitado por la naturaleza objetiva de las condiciones recogidas en su apartado b)¹⁴⁶, por la necesidad de que exista un nexo –“necesarias”– entre la situación y las medidas adoptadas para hacer frente a ella por parte del Estado¹⁴⁷, por el uso del adjetivo “esenciales”¹⁴⁸ en relación con la protección de sus “intereses de seguridad” e, incluso, por el dato de que estas medidas deberían de ser adoptadas en “en caso de grave tensión internacional”¹⁴⁹, y ello llevaría al rechazo del carácter plenamente discrecional del precepto.

38. Esta postura estaría en línea con alguna de las posiciones mantenidas por el Tribunal Internacional de Justicia en su práctica¹⁵⁰ que, sin embargo, y de nuevo, tampoco resulta concluyente. El Alto Tribunal en el *obiter dictum* en su Sentencia de 27 de junio de 1986 en el asunto *Military and Paramilitary Activities* parece aceptar el carácter discrecional que acompañaría al artículo XXI GATT y a su interpretación¹⁵¹ y, en línea con ello, afirma que hubiera declinado competencia en caso de que el litigio ante él suscitado planteara la naturaleza del artículo XXI GATT:

“This article cannot be interpreted as removing the present dispute as to the scope of the Treaty from the Court's jurisdiction. Being itself an article of the Treaty, it is covered by the provision in Article XXIV that any dispute about the ‘interpretation or application’ of the Treaty lies within the Court's jurisdiction. Article XXI defines the instances in which the Treaty itself provides for exceptions to the generality of its other provisions, but it by no means removes the interpretation and application of that article from the jurisdiction of the Court as contemplated in Article XXIV. That the Court has jurisdiction to determine whether measures taken by one of the Parties fall within such an exception, is also clear a contrario from the fact that the text of Article XXI of the Treaty does not employ the wording which was already to be found in Article XXI of the General Agreement on Tariffs and Trade. This provision of GATT, contemplating exceptions to the normal implementation of the General Agreement, stipulates that the Agreement is not to

¹⁴⁰ S. ROSE-ACKERMAN y B. BILLA, *op. cit.*, p. 470.

¹⁴¹ A. EMMERSON, *op. cit.*, p. 146.

¹⁴² Vid. G. WANG, “Towards rule-based belt and road initiative necessity and directions”, *Journal of International and Comparative Law*, vol. 6, n.º. 1, 2019, pp. 41-43; C. PACTH, “Unilateral President vs. Multilateral Trade Organization: Ethical Implications in the Ongoing Trade War”, *Georgetown Journal of Legal Ethics*, vol. 32, n.º 4, 2019, pp. 897-900.

¹⁴³ J. MENDENHALL, *op. cit.*, p. 319; R.P. ALFORD, *op. cit.*, p. 704.

¹⁴⁴ R.E. BROWNE, *op. cit.*, pp. 422-424.

¹⁴⁵ A.S. PÉREZ, *op. cit.*, p. 332; R.E. BROWNE, *op. cit.*, p. 422; J.Y. YOO y D. AHN, *op. cit.*, p. 429.

¹⁴⁶ Y ello, aunque existe controversia sobre esta naturaleza objetiva. Vid. D. AKANDE y S. WILLIAMS, *op. cit.*, pp. 385 y 399-402 en favor de la naturaleza objetiva de los requisitos previstos en el art. XXI(b)(i)(ii) y (iii). Adicionalmente, se señala que los apartados (a), (b)(i) y (c) del art. XXI GATT no deberían ser “particularly controversial” dado que cuentan con una terminología objetiva, así, por ejemplo, R. BHALA, *op. cit.*, pp. 276-278. Algunos autores consideran, igualmente, que nada en el art. XXI(b) sugiere su condición discrecional, Y. FENG, *op. cit.*, pp. 263-264). Sin embargo, persisten diferencias en relación con la amplitud de esta consideración objetiva, Así, H.L. SCHLOEMANN y S. OHLHOFF, *op. cit.*, pp. 445-446, refieren a esta condición tan sólo respecto de las (b)(i) y (ii) y R.P. ALFORD, *op. cit.*, p. 704, refiere a (c) como la única con un marcado carácter objetivo.

¹⁴⁷ M.D. NOLAN y F.G. SOURGENS, *op. cit.*, p. 400 y ss.; R. BHALA, *op. cit.*, p. 271.

¹⁴⁸ D. AKANDE y S. WILLIAMS, *op. cit.*, p. 396 y ss. En relación con el significado de “esencial”, vid. A. ORAKHELASHVILI, “Threat, Emergency and Survival: The Legality of Emergency Action in International Law”, *Chinese Journal of International Law*, 2010, pp. 350-351.

¹⁴⁹ De acuerdo con el tenor del art. XXI.b.iii) GATT.

¹⁵⁰ Así como por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, vid. D. AKANDE y S. WILLIAMS, *op. cit.*, pp. 382-384; M.D. NOLAN y F.G. SOURGENS, *op. cit.*, p. 389.

¹⁵¹ R.P. ALFORD, *op. cit.*, p. 740.

be construed to prevent any contracting party from taking any action which it 'considers necessary for the protection of its essential security interests', in such fields as nuclear fission, arms, etc. The 1956 Treaty, on the contrary, speaks simply of 'necessary' measures, not of those considered by a party to be such."¹⁵²

Sin embargo, el propio Tribunal ha manifestado también su prevención a apoyar una interpretación que permitiera una exégesis absolutamente unilateral de este tipo de cláusulas que facilitara entender que las cláusulas de excepción vinculadas a la seguridad nacional impiden a terceros valorar su activación y justificación, y los términos de su aplicación¹⁵³. En este sentido, al evaluar el artículo XX.1.d) del *US – Iran Treaty of Amity, Economic Relations and Consular Rights* de 15 de agosto de 1955¹⁵⁴, el Tribunal Internacional de Justicia señala en su sentencia de 12 de diciembre de 1996 en el asunto *Oil Platforms (Iran v. U.S.)*, que:

"This text could be interpreted as excluding certain measures from the actual scope of the Treaty and, consequently, as excluding the jurisdiction of the Court to test the lawfulness of such measures. It could also be understood as affording only a defence on the merits. The Court, in its Judgment of 27 June 1986 in the case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), adopted the latter interpretation for the application of an identical clause included in the Treaty of Friendship, commerce and Navigation concluded between the United States and Nicaragua on 21 January 1956 ... The Court sees no reason to vary the conclusions it arrived at in 1986. It accordingly takes the view that Article XX, paragraph 1 (d), does not restrict its jurisdiction in the present case, but is confined to affording the Parties a possible defence on the merits to be used should the occasion arise."¹⁵⁵

39. El carácter discrecional de este tipo de cláusulas también ha sido abordado por el Tribunal Internacional de Justicia en su sentencia en el asunto *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France)*, de 4 de junio de 2008¹⁵⁶ relativo al Convenio de asistencia mutua concluido entre estos dos países. Djibouti alegó en un determinado momento la violación del artículo 3 del Convenio, mientras que Francia rechazó este incumplimiento con base en el artículo 2.c) del texto convencional, que permite que la asistencia solicitada sea rechazada *"if the requested State considers that the execution of the request is likely to prejudice its sovereignty, its security, its ordre public or other of its essential interests"*¹⁵⁷.

El Tribunal de Justicia reconoció la amplia discreción otorgada a las partes por el mencionado artículo 2.c). Pero, a la vez, entendió que el ejercicio de esta discreción queda sometida al principio de buena fe, atendido el mandato del artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados:

*"The Court begins its examination of Article 2 of the 1986 Convention by observing that, while it is correct, as France claims, that the terms of Article 2 provide a State to which a request for assistance has been made with a very considerable discretion, this exercise of discretion is still subject to the obligation of good faith codified in Article 26 of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties..."*¹⁵⁸

El Tribunal aceptó que Francia había recurrido al artículo 2 de buena fe, y que el motivo alegado para desatender el mandato del artículo 3 del Convenio parecía entrar dentro del ámbito de aplicación

¹⁵² P. 166, n.º. 222. Vid. también la Sentencia de 12.12.1996 en el asunto *Oil Platforms (Iran v. U.S.)*, *cit.*, p. 183, n.º. 43. Considérese S. ROSE-ACKERMAN y B. BILLA, *op. cit.*, p. 472.

¹⁵³ Vid. A.S. PÉREZ, *op.cit.*, p. 329.

¹⁵⁴ "1. The present Treaty shall not preclude the application of measures: ... d) Necessary to fulfill the obligations of a High Contracting Party for the maintenance or restoration of international peace and security, or necessary to protect its essential security interests." *Treaty of Amity Economic Relations and Consular Rights between the United States and Iran, de 15.08.1955*, <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20284/v284.pdf>.

¹⁵⁵ *Cit.*, p. 811, n.º. 20. Vid., P.T. MUCHLINSKI, "Trends in International Investment Agreements: Balancing Investor Rights and the Right to Regulate. The Issue of National Security", *Yearbook on International Investment Law and Policy, 2008–2009*, pp. 57–58 sobre la determinación de la amplitud de la noción.

¹⁵⁶ 2008 ICJ 177.

¹⁵⁷ Artículos de este tipo son relativamente habituales en los acuerdos bilaterales y multilaterales en materia de asistencia y extradición, vid. S.W. SCHILL y R. BRIESE, *op. cit.*, p. 114, nota 144.

¹⁵⁸ STIJ de 4.6.2008, *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France)*, *cit.*, p. 229, n.º. 145.

del artículo 2.c). La interpretación de la cláusula como discrecional no afectó a la competencia del Tribunal, ni a su capacidad de revisar el ejercicio de la discrecionalidad del Estado con objeto de verificar que éste la había ejercido de buena fe¹⁵⁹.

B) ¿Recodo o punto y aparte?: el Informe del Grupo Especial en el asunto *Rusia - Medidas que afectan al tráfico en tránsito y la naturaleza discrecional* –“*self-judging*”- del artículo XXI GATT.

40. Toda la situación anterior se ha visto alterada con la publicación, en abril de 2019, del Informe del Grupo Especial en el asunto *Rusia - Medidas que afectan al tráfico en tránsito*. Una decisión que abre nuevas expectativas de cambio y aclaración en relación con el artículo XXI GATT.

41. En el año 2016, Ucrania inició acciones contra la Federación Rusa en relación con diversas medidas adoptadas por Rusia, en el marco de las tensiones existentes con Ucrania desde 2014, que restringían y prohibían el tráfico en tránsito a través de la frontera ruso-bielorusa, de mercancías procedente de Ucrania hacia los mercados de Asia Central¹⁶⁰. Ucrania impugnó tales medidas ante la OMC alegando que eran contrarias al artículo V del GATT –que reconoce la libertad de tránsito- y del artículo X GATT –“*Publicación y aplicación de los reglamentos comerciales*”- así como a un conjunto de compromisos asumidos por parte de Rusia recogidos en el protocolo de acceso de este país a la OMC. Rusia, sin entrar a abordar los argumentos jurídicos o fácticos alegados por Ucrania, respondió invocando el artículo XXI.b)iii) GATT.

42. El 5 de abril de 2019, el Grupo Especial hizo público su Informe. La decisión adoptada aborda tres cuestiones muy relevantes del precepto que han sido objeto de controversia desde el momento de su redacción: en primer lugar, la ya apuntada cuestión del significado del tenor del artículo XXI.b) GATT y la competencia del Grupo Especial –y de la OMC- para conocer de la disputa. En segundo lugar, el Informe confronta la cuestión relativa a la determinación de lo que constituya “*emergencia en las relaciones internacionales*” y, por último, se centra en el concreto significado atribuible a la noción de “*intereses esenciales de la seguridad*”. El resultado final presenta importantes claroscuros, en la medida en que los avances producidos en relación con el primer punto contrastan, sin embargo, con las limitaciones presentes en la posición adoptada respecto del tercero.

43. Focalizándonos en la primera cuestión¹⁶¹, el Grupo Especial rechaza la posición favorecida por Rusia y apoya la postura favorable a dotar al artículo XXI de una naturaleza no plenamente *self-judging*. En consecuencia, admite su competencia para conocer de las reclamaciones presentadas por Ucrania frente a las medidas adoptadas por Rusia al amparo del artículo XXI GATT.

44. El Informe del Grupo Especial admite de partida que “*el mero sentido de las palabras y la construcción gramatical*” de la disposición puede dar cabida a una interpretación según la cual la expresión “*que estime*” necesarias para la protección de los intereses esenciales de seguridad del Estado que las adopta parecería apoyar una visión muy amplia del precepto, y de la capacidad del Estado que las toma para hacerlo.

45. Ésta era la posición apoyada por Rusia en sus alegaciones, al apuntar que el Grupo Especial carece de jurisdicción para evaluar medidas decididas al amparo del artículo XXI del GATT de 1994 en la medida en que dicho precepto confiere al Estado que lo invoca “*discreción exclusiva para determinar la necesidad, la forma, el diseño y la estructura de las medidas adoptadas*”¹⁶². En esta línea, Rusia

¹⁵⁹ S.W. SCHILL y R. BRIESE, *op. cit.*, p. 116.

¹⁶⁰ Vid. al respecto, OMC, Informe del Grupo Especial en la Diferencia DS512, *Rusia - Medidas que afectan al tráfico en tránsito*, *cit.*, p. 32, n.º. 7.28.

¹⁶¹ Los dos restantes serán abordados en el apartado V. *infra*.

¹⁶² Informe del Grupo Especial, *Rusia - Medidas que afectan al tráfico en tránsito*, *cit.*, pp. 25-31. En relación con las posiciones mantenidas por la Federación Rusa y los EE.UU., vid. S.L. LESTER y H. ZHU, “A Proposal for Rebalancing...”, *op. cit.*, pp. 1462-1463.

consideró que las cuestiones que plantea su invocación del artículo XXI.b)iii) del GATT van más allá del alcance de las relaciones comerciales y económicas entre Miembros, y no están comprendidas en el ámbito de la OMC. Cualquier otra interpretación, añadía, "daría lugar a una injerencia en [los] asuntos internos y externos de un Estado soberano". Por consiguiente, "basta con que un Miembro declare que las medidas adoptadas son medidas que estima necesarias para la protección de los intereses esenciales de su seguridad, aplicadas en tiempos de guerra o en caso de grave tensión internacional" sin que dicha valoración subjetiva de un miembro de la OMC pueda ser puesta en duda o controlada de nuevo por ninguna otra parte u órgano judicial, ya que las medidas en cuestión no son medidas comerciales ordinarias que los grupos especiales de la OMC evalúan regularmente¹⁶³.

En consecuencia, Rusia se ciñó a sostener que el Grupo Especial, atendida su incompetencia, debería limitar sus constataciones en la presente diferencia a una estricta declaración del hecho de que Rusia había invocado el inciso iii) del apartado b) del artículo XXI del GATT de 1994, sin proceder seguidamente a tratar el fondo de las alegaciones de Ucrania¹⁶⁴.

46. En este mismo sentido se manifiestan los Estados Unidos de América al negar la capacidad del Grupo Especial para examinar la invocación del artículo XXI GATT, o para formular constataciones sobre las alegaciones planteadas en la presente diferencia. En contraste con las afirmaciones realizadas por el resto de Estados terceros¹⁶⁵, el gobierno norteamericano apoyó que cada Miembro de la OMC conserva la facultad de determinar por sí mismo los asuntos que estime necesarios para la protección de los intereses esenciales de su seguridad, como queda "reflejado" en el texto del artículo XXI del GATT de 1994. Añadiendo que se trata de un "derecho inherente" que ha sido reconocido por las partes contratantes del GATT y los Miembros de la OMC en repetidas ocasiones¹⁶⁶.

Precisamente, los Estados Unidos han incidido en esta línea en el marco de los casos planteados contra ellos en relación con los aranceles adoptados al amparo de la Sección 232 de la *Trade Expansion Act* americana de 1962¹⁶⁷, señalando que "The United States has given detailed explanations that the measures at issue are justified under Article XXI of the GATT 1994. In particular, we have explained that these measures are necessary to address the threatened impairment that these imports of steel and aluminum articles pose to U.S. national security"¹⁶⁸.

En tal sentido, el gobierno norteamericano resalta que ésta no ha sido una posición exclusiva de los EE.UU., sino que "For decades, the United States, as well as other WTO Members, has consistently held the position that actions taken pursuant to Article XXI are not subject to review in GATT or WTO dispute settlement. Each sovereign has the power to decide, for itself, what actions are essential to its security, as is reflected in the text of GATT 1994 Article XXI." Y que ésta ha sido la misma posición mantenida por los Estados Unidos "in 2018 as it was in 1982, 1949, and indeed during the negotiation of the GATT itself"¹⁶⁹. Agregando por último, que "The United States wishes to be clear: if the WTO were to undertake to review an invocation of Article XXI, this would undermine the legitimacy of the WTO's dispute settlement system and even the viability of the WTO as a whole."¹⁷⁰

¹⁶³ Informe del Grupo Especial, *Rusia - Medidas que afectan al tráfico en tránsito*, cit., p. 33, n.º. 7.29.

¹⁶⁴ *Ibid.*, p. 25, n.º. 7.4.

¹⁶⁵ La UE, por ejemplo, considera que el art. XXI GATT constituye una "affirmative defence" y que "Accordingly, it is for the respondent to invoke this provision and the respondent will bear the burden of proving that the applicable conditions are met", EUROPEAN UNION, *Third Party Written Submission, Russia-Measures Concerning Traffic in Transit*, WT/DS512 (Nov. 8, 2017), p. 6, n.º. 24 http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/february/tradoc_156602.pdf. Ello implica la obligación de demostrar que se cumplen las diversas exigencias recogidas en el art. XXI GATT (*Ibid.*, p. 9, n.º. 38).

¹⁶⁶ Informe del Grupo Especial, *Rusia - Medidas que afectan al tráfico en tránsito*, cit., p. 40, n.º. 7.51.

¹⁶⁷ Y que, al amparo del art. XXI GATT tan sólo podrían venir amparados en el mandato del subapartado iii) del apartado b) del precepto en relación con las medidas aplicadas "en caso de grave tensión internacional".

¹⁶⁸ *Vid. Statements by the United States at the Meeting of the WTO Dispute Settlement Body Geneva, October 29, 2018*, cit., p. 28, respecto del suscitado por China (DS544); p. 31, respecto de la planteada por la Unión Europea (DS548); p. 35, en relación con la presentada por Canadá (DS550); p. 37, con referencia a la suscitada por México (DS551); p. 38, con referencia a la planteada por Noruega (DS552) y p. 41, respecto de la formulada por Rusia (DS554) (https://geneva.usmission.gov/wp-content/uploads/sites/290/Oct29.DSB_Stmt_as-delivered.fin_rev_public.pdf).

¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 41.

¹⁷⁰ *Ibid.*, p. 39. Todas estas afirmaciones se desarrollan de forma amplia en las distintas alegaciones presentadas por los

47. Similares posiciones de negación de la jurisdicción de la OMC para conocer sobre medidas adoptadas por los Estados con base en la protección de los intereses esenciales de su seguridad nacional están siendo sostenidas por otros países en procesos pendientes ante el órgano de resolución de controversias de la OMC. Así ha ocurrido, por ejemplo, con los Emiratos Árabes Unidos en *Emiratos Árabes Unidos — Medidas relativas al comercio de mercancías y servicios y a los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio*¹⁷¹, en esta ocasión en relación con los artículos XXI GATT, XIVbis AGCS y 73 ADPIC¹⁷². O con Arabia Saudita en *Arabia Saudita — Medidas relativas a la protección de derechos de propiedad intelectual*, de nuevo en relación con el artículo 73 ADPIC¹⁷³. En concreto, Arabia Saudita alega en este caso que “the severance of diplomatic relations renders impossible the conduct of any dispute settlement in this matter and that, consistent with Article 73 of the TRIPS Agreement, nothing can require any government to engage in dispute settlement procedures in such circumstances of national security. A panel has no power to make a finding in this matter, and the WTO is not, and cannot be turned into, a venue to resolve national security disputes...”¹⁷⁴.

48. Sin embargo, y a pesar de todas estas afirmaciones, el Grupo Especial en su Informe en el asunto *Rusia – Ucrania* entiende que las distintas circunstancias previstas en los mencionados subapartados i) a iii) del apartado b) del artículo XXI GATT “actúan como cláusulas calificativas limitativas; en otras palabras, califican y limitan el ejercicio de la discreción otorgada a los Miembros en la parte introductoria a estas circunstancias.” Y, a partir de ello, el Grupo Especial se pregunta si resulta lógico, habida cuenta de esta función limitativa, “dejar su determinación exclusivamente a la discreción del Miembro invocante”¹⁷⁵.

De acuerdo con el Informe, la respuesta a esta cuestión se ve apoyada por el análisis del proceso de elaboración del precepto, del que se deriva con claridad que los redactores consideraron que las cuestiones reflejadas en los actuales artículos XX y XXI del GATT de 1947 son de índole diferente, como lo evidencia su separación en dos artículos. En tal sentido, el “equilibrio” que se estableció con las excepciones relativas a la seguridad consistía en que los Miembros gozarían de “cierta libertad” para determinar cuáles eran los intereses esenciales de su seguridad y la necesidad de adoptar medidas para proteger esos intereses, a la vez que se reduciría el posible abuso de las excepciones limitando las circunstancias en las que estas podrían invocarse a las especificadas en los incisos del apartado b) del artículo XXI del GATT: “a la luz de este equilibrio, las excepciones relativas a la seguridad quedarían sujetas a las disposiciones en materia de consultas y solución de diferencias establecidas en otra parte de la Carta”¹⁷⁶.

Por lo tanto, concluye el Grupo Especial que la cláusula adjetiva “que estime”, presente en la parte introductoria del apartado b) del artículo XXI, no se extiende a la determinación de las circunstancias descritas en cada inciso. Sino que “para que una medida esté comprendida en el alcance del apartado b) del artículo XXI, debe constatarse objetivamente que cumple los requisitos enunciados en uno de los incisos enumerados de dicha disposición”¹⁷⁷.

EE.UU. en el marco de las reclamaciones planteadas contra ella por la imposición de aranceles aduaneros en relación con el acero y el aluminio. Todas las *First Written Submission of the United States of America* son de fecha 12.6.2019, y su argumentario se recoge en las pp. 5.42. Las referencias a todas ellas se encuentran en <https://ustr.gov/issue-areas/enforcement/dispute-settlement-proceedings/wto-dispute-settlement/pending-wto-dispute-48>.

¹⁷¹ DS526.

¹⁷² Nótese, WORLD TRADE ORGANIZATION, *Dispute Settlement Body 23 October 2017, Minutes of the Meeting Held in the Centre William Rappard on 23 October 2017*, WT/DSB/M/403, 20.2.2018, p. 7, n.º. 4.4 (https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=243249%2C239542%2C239432%2C239431%2C239433%2C239436%2C239442%2C239441%2C239443%2C239413&CurrentCatalogueIndex=0&FullTextHash=&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=F).

¹⁷³ Egipto se ha adherido igualmente, como Estado tercero, a esta posición. *Ibid.*, p. 8, n.º. 4.7.

¹⁷⁴ DS567. Vid., WORLD TRADE ORGANIZATION, *Panels Established to Review India, Swiss Complaints Against US Tariffs*, 4.12.2018, https://www.wto.org/english/news_e/news_18_e/dsb04dec18_e.htm.

¹⁷⁵ Informe del Grupo Especial, *Rusia - Medidas que afectan al tráfico en tránsito*, cit., p. 43, n.º. 7.65.

¹⁷⁶ *Ibid.*, p. 54, n.º. 7.98.

¹⁷⁷ *Ibid.*, p. 54, n.º. 7.101.

Esta referencia a la objetividad de la valoración de la medida adoptada implica, en última instancia, limitar la condición *self-judging* del precepto lo que supone que ya no va a depender exclusivamente de la voluntad del Estado que adopta la decisión, obligando a éste a responder a los términos exactos del precepto.

49. El Informe del Grupo Especial entraña una clarificación relevante de la naturaleza del artículo XXI GATT. Su relevancia, empero, no queda limitada a esta cuestión por importante que sea, sino que la trasciende, afectando a la concreción de su específico contenido en unos términos, como seguidamente observaremos, no siempre coherentes con la posición mantenida en relación con la naturaleza discrecional, o no, del precepto.

V. La fijación del contenido del artículo XXI GATT y de las concretas medidas susceptibles de ser adoptadas a su amparo

50. Los avances en el debate en relación con la naturaleza del artículo XXI GATT no cierran las controversias en relación con el mismo. Y en tal sentido, resulta imprescindible precisar su exacto contenido y abordar la condición de las medidas susceptibles de ser adoptadas a su amparo. En esta tarea, una vez más, se echa en falta la existencia de una práctica mínima en relación con el precepto que aporte una respuesta consistente a la cuestión y ello, en cuanto las soluciones recogidas en el Informe del Grupo Especial en el asunto *Rusia - Medidas que afectan al tráfico en tránsito* presentan, como hemos ya avanzado, relevantes claroscuros.

51. Tres son los aspectos adicionales tratados por el Grupo Especial en su Informe, una vez abordada la cuestión del carácter discrecional del artículo XXI GATT: el sentido atribuible a la mención que realiza el artículo a “*tiempos de guerra*” y a “*grave tensión internacional*”, la relación existente entre las medidas a adoptar y estas situaciones y, por último, el significado de “*intereses esenciales de la seguridad*” del Estado.

1) En primer lugar, y tras declarar su competencia para conocer de la disputa suscitada entre Rusia y Ucrania, el Informe procede a aproximar el significado atribuible a la referencia “*a las aplicadas en tiempos de guerra o en caso de grave tensión internacional*” recogida en el subapartado iii) del apartado b) del artículo XXI GATT, afirmando que la mención a “*grave tensión internacional*” refiere, por lo general, a una situación de conflicto armado, o de conflicto armado latente, o de tensión o crisis agravada, o de inestabilidad general que sumerge o rodea a un Estado. En tal sentido, las meras “*diferencias políticas y económicas entre Miembros no son suficientes, por sí mismas, para constituir una grave tensión internacional a los efectos del inciso iii)*”¹⁷⁸.

Este tipo de situaciones, añade el Informe, engloban tipos –determinados– de intereses para el Miembro en cuestión: intereses de defensa o militares, o intereses relativos al mantenimiento de la ley y el orden público¹⁷⁹. El Informe considera que es necesario valorarlos, sin entrar a considerar “*qué actor o actores son internacionalmente responsables por la existencia de esta situación a que se refiere Rusia*” ni caracterizar la situación existente entre ambos Estados con arreglo al Derecho Internacional en general¹⁸⁰. Concluyendo que, en el concreto supuesto planteado, existen pruebas suficientes para considerar que la situación existente entre Ucrania y Rusia al tiempo de adopción de las medidas objeto de valoración constituía una “*grave tensión internacional en el sentido del inciso iii) del apartado b) del artículo XXI del GATT de 1994*”¹⁸¹.

2) La determinación de lo que signifique la existencia de una grave tensión internacional no es, sin embargo, suficiente *per se* para agotar el debate sobre el artículo XXI GATT. Adicionalmente, se dice, la medida tomada debe estar relacionada directamente con la mencionada situación. En tal sentido, el Informe

¹⁷⁸ *Ibid.*, p. 43, n.º. 7.75.

¹⁷⁹ *Ibid.*, p. 45, n.º. 7.76.

¹⁸⁰ *Ibid.*, p. 59, n.º. 7.121.

¹⁸¹ *Ibid.*, p. 59, n.º. 7.123. Vid., igualmente, el n.º. 7.122 en el que se fundamenta esta decisión.

del Grupo añade que la expresión "*aplicadas en tiempos de*" presente en el inciso iii) describe el vínculo entre las medidas y las situaciones de guerra o de grave tensión internacional descritas en dicho inciso. Así, la expresión exige que las medidas adoptadas se apliquen durante la guerra o la grave tensión internacional.

Esta concurrencia cronológica constituye, también, un hecho objetivo susceptible de una determinación objetiva¹⁸². En otras palabras, la excepción especificada en el inciso iii) del apartado b) del artículo XXI GATT 1994 implica admitir que una guerra o una grave tensión internacional "*supone un cambio fundamental de las circunstancias que altera radicalmente el marco fáctico en que ha de evaluarse la compatibilidad de las medidas en litigio con las normas de la OMC*"¹⁸³ sin que sea necesaria, por lo tanto, una previa determinación de si dichas medidas serían incompatibles con las normas de la OMC, caso de haberse aplicado en tiempos normales. Es decir, si no se hubiesen adoptado en tiempos de guerra o en caso de grave tensión internacional.

3) Por último, el Grupo Especial aborda el significado de "*intereses esenciales de la seguridad*" del Estado. Es la salvaguarda de dichos intereses en supuestos de grave tensión internacional lo que justifica su adopción. El Grupo explicita que se trata de un concepto más restringido que el de "*intereses de ... seguridad*", y que vendría referido "*a los intereses relacionados con las funciones más fundamentales del Estado, a saber, la protección de su territorio y su población frente a amenazas externas y el mantenimiento de la ley y el orden público a nivel interno*"¹⁸⁴.

Una vez pergeñada esta aproximación, sin embargo, de forma significativa y en contraste con todo lo anterior, el Grupo Especial precisa que los intereses específicos que se consideran directamente pertinentes para la protección de un Estado frente a estas amenazas externas o internas dependerán de la situación particular, y de las percepciones del Estado en cuestión, y que cabe esperar, por lo tanto, que varíen en función de las circunstancias. Añadiendo que "*Por estos motivos, en general se deja en manos de cada Miembro definir lo que considera que son los intereses esenciales de su seguridad*"¹⁸⁵. Lo que supone atribuir un carácter muy amplio a la determinación del significado a la noción y, con ello, modular grandemente el impacto real de la negación de la naturaleza *self-judging* del precepto, en la medida en que los Estados podrán considerar prácticamente todo como contrario a los intereses esenciales de su seguridad.

52. En todo caso, añade el Informe, esto último no implica otorgar una capacidad omnímoda al Estado para elevar cualquier preocupación al grado de "*interés esencial de... seguridad*". Por el contrario, entiende que la discreción de aquél "*está limitada por su obligación de interpretar y aplicar el inciso iii) del apartado b) del artículo XXI del GATT de 1994 de buena fe... un principio general del derecho internacional que subyace a todos los tratados, codificado en el párrafo 1 del artículo 31... y el artículo 26... de la Convención de Viena*"¹⁸⁶. Lo que, en concreto, implica que no se puedan utilizar las excepciones previstas en el artículo XXI GATT como un medio para eludir las obligaciones que les corresponden en virtud del GATT de 1994¹⁸⁷.

Esta exigencia de buena fe, además, no se aplica únicamente a la definición que dé el Estado miembro de los intereses esenciales de seguridad a salvaguardar en el concreto supuesto de grave tensión internacional, sino también, "*y sobre todo, a su relación con las medidas en litigio*". Ello supone que, por lo tanto, y en lo que respecta a la aplicación del inciso iii) del apartado b) del artículo XXI, "*esta obligación se materializa en la exigencia de que las medidas en litigio cumplan un requisito mínimo de plausibilidad en relación con los intereses esenciales de seguridad presentados, es decir, que no sean implausibles como medidas de protección de dichos intereses*"¹⁸⁸.

53. En el caso presente, y tras analizar todos los extremos apuntados, el Grupo Especial acabó considerando que las medidas adoptadas por Rusia eran acordes con el artículo XXI.b) GATT¹⁸⁹.

¹⁸² *Ibid.*, p. 44, n.º 7.70.

¹⁸³ *Ibid.*, p. 56, n.º 7.108.

¹⁸⁴ *Ibid.*, p. 61, n.º 7.130.

¹⁸⁵ *Ibid.*, p. 61, n.º 7.131.

¹⁸⁶ *ibid.*, p. 61, n.º 7.132.

¹⁸⁷ *Ibid.*, p. 61, n.º 7.133.

¹⁸⁸ *Ibid.*, p. 62, n.º 7.138.

¹⁸⁹ *Ibid.*, p. 64, n.º 7.148.

Previsiblemente, la decisión será apelada ante el Órgano de Apelación de la OMC¹⁹⁰ cuya renovación por consenso, como ya hizo en su día ya hizo el Presidente Obama de forma temporal¹⁹¹, está siendo bloqueada desde 2017 por el gobierno de los Estados Unidos, muy crítico con el sistema de resolución de controversias comerciales de la OMC¹⁹². A finales de 2019 no habrá suficientes miembros -de hecho quedarán sólo 1 de los 7 que lo componen- para conocer de los supuestos planteados, y el Órgano de apelación estará paralizado¹⁹³. Y con ello, al amparo del artículo 16.3 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias, el sistema bloqueado¹⁹⁴.

1. El sentido atribuible a “intereses esenciales” de la seguridad del Estado y similares nociones recogidas en los TLCs

54. La solución alcanzada por el Grupo Especial en el asunto *Rusia - Medidas que afectan al tráfico en tránsito* deja al albur de los Estados la exacta concreción de las medidas susceptibles de ser adoptadas para salvaguardar sus “intereses esenciales” de seguridad al amparo del artículo XXI GATT, y para valorar su necesidad.

54. La solución alcanzada presenta una amplia relevancia en cuanto la práctica de la OMC, y antes del GATT, no ha aportado hasta el momento una interpretación del exacto significado atribuible a la expresión “intereses esenciales de su seguridad” recogida en el apartado b) del artículo XXI GATT¹⁹⁵.

55. La doctrina apoya una interpretación amplia del concepto, sin que ello se traduzca en la correlativa atribución de un significado coherente al mismo¹⁹⁶. La amplitud con que vienen redactadas muchas de estas cláusulas de excepción tiende, igualmente, a favorecer su entendimiento extensivo. Algunos países, de hecho, han manifestado de forma explícita el apoyo a esta posición. Así, la práctica de los EE.UU., por ejemplo, ha aportado cierta guía al respecto. En este sentido, el *Message from the President of the United States Transmitting the Treaty between the United States of America and Mongolia concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment of 1994*¹⁹⁷ considera que

¹⁹⁰ Vid. F. MARTIRENA, “Ante bloqueo de EE.UU., 114 países de la OMC buscan salvar el tribunal de apelación”, *BAENegocios*, 24 de julio de 2019 <https://www.baenegocios.com/economia-finanzas/Ante-bloqueo-de-EE.UU.-114-paises-de-la-OMC-buscan-salvar-el-tribunal-de-apelacion--20190723-0071.html>. De hecho, a la vista de esta situación, se están buscando modelos alternativos para evitar el colapso del sistema de apelación, vid. B. DE MIGUEL, “La UE lanza una vía alternativa en la OMC ante el bloqueo de Trump”, *El País*, de 10.6.2019, <https://elpais.com/economia/2019/06/09/actualidad/1560097673_726365.html>. Un breve análisis de los fundamentos de esta decisión se encuentra en, W.R. HAWKINS, “How to Block China at the WTO: Use GATT Articles XX-XXI”, *Journal of Political Risk*, vol. 7, n° 9, September 2018, p. 1 ss.

¹⁹¹ Vid. CH.O. TAYLOR, *op. cit.*, p. 53; S. CHARNOVITZ, *op. cit.*, p. 232.

¹⁹² Vid. CH.O. TAYLOR, *op. cit.*, pp. 52-53; C. PACTH, *op. cit.*, pp. 885-892.

¹⁹³ De hecho, a partir del 11 de diciembre sólo resta un miembro de los siete que componen el Órgano de Apelación. Vid. OMC, “El Consejo General designa a un facilitador para abordar el desacuerdo con respecto al Órgano de Apelación”, https://www.wto.org/spanish/news_s/news19_s/gc_18jan19_s.htm A raíz de esta situación ha habido un número importante de propuestas de reforma del sistema que, sin embargo, no han fructificado y que, en todo momento, han tenido el silencio de los EE.UU. como respuesta. Vid. CH.O. TAYLOR, *op. cit.*, p. 53.

¹⁹⁴ S. CHARNOVITZ, *op. cit.*, p. 234. Vid., igualmente, C. PACTH, *op. cit.*, pp. 884, 894 y 901-902. De todas formas, y con independencia del eventual resultado que se derive de ellos, existen claros indicios de que la actual administración americana procederá a desatenderla si no está de acuerdo con ella, considerándola nula, vid. D.C.K. CHOW, *op. cit.*, pp. 8-9; S. LESTER y H. ZHU, *Closing Pandora's Box...*, *op. cit.*, pp. 6 – 7; S.L. LESTER y H. ZHU, “A Proposal for Rebalancing...”, *op. cit.*, pp. 1465-1466. Asumiendo, incluso, que una decisión en contra de los EE.UU. podría ser la espoleta para su salida de la OMC (T. VOON, *op. cit.*, p. 47).

¹⁹⁵ Se trataría de “a treaty exception rarely adjudicated”. Vid. en tal sentido, J. KURTZ, “Adjudging the Exceptional at International Investment Law, Security, Public Order and Financial Crisis”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 59, 2010, p. 326.

¹⁹⁶ Vid. en relación con éste y otros conceptos similares, C. ESPLUGUES MOTA, *El control de las inversiones extranjeras directas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, p. 101 y ss.; C. ESPLUGUES, *Foreign Investment...*, *op. cit.*, pp. 78 a 111. Igualmente, consíderese, W. BURKE-WHITE y A. VON STADEN, *op. cit.*, p. 351 y ss.

¹⁹⁷ *Message from the President of the United States Transmitting the Treaty between the United States of America and Mongolia Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment*, with Annex and Protocol, signed at Washington el 6.10.1994, 104th Congress 1st Session Senate Treaty Doc. 104-10, Art. 10 (<http://www.state.gov/documents/organization/43579.pdf>).

la referencia a “*essential security interests*” incluida en el artículo X.1 del Convenio “*would include security-related actions taken in time of war or national emergency; actions not arising from a state of war or national emergency must have a clear and direct relationship to the essential security interest of the Party involved*”.¹⁹⁸ Esta noción se ha interpretado también en la práctica interna de otros países con una tradición de negociación de acuerdos comerciales. Y así, por ejemplo, en India el concepto de “*essential security*” ha sido considerado como equivalente al de “*security of the State*”¹⁹⁹.

56. Significativamente, esta posición encuentra eco en la jurisprudencia del Tribunal Internacional de Justicia, al aceptar que el precepto no sólo cubre riesgos militares, sino que incluye otros riesgos de naturaleza diversa, por ejemplo, económicos y vinculados con la seguridad. En este sentido, y de acuerdo con su sentencia de 27 de junio de 1986 en el asunto *Military and Paramilitary Activities (Nicaragua v. U.S.)*:

“*the concept of essential security interests certainly extends beyond the concept of an armed attack, and has been subject to very broad interpretations in the past.*”²⁰⁰

Sin embargo, una vez más, esta idea no encuentra un apoyo nítido del propio Tribunal en su Sentencia de 12 de diciembre de 1996 en el asunto *Oil Platforms (Iran v. U.S.)* 1996.

57. La seguridad nacional, los intereses esenciales de la seguridad nacional y otros conceptos relacionados recogidos en el artículo XXI GATT y en las distintas cláusulas de excepción presentes en el amplio entramado convencional en materia de comercio internacional e inversiones extranjeras, refieren ampliamente a ideas vinculadas a la integridad y poder del Estado como un aparato institucional²⁰¹. Todas ellas están destinadas a cubrir el mismo o similares objetivos: la protección de los intereses esenciales de un Estado frente a ciertos riesgos y peligros generados por el comercio internacional en un concreto momento. Sin quedar claro, en cada caso, qué específicos intereses deben ser defendidos de qué clases de concretos peligros.

Todas ellas constituyen nociones que evocan consideraciones generales de protección de la seguridad del Estado, de la salvaguarda de sus ciudadanos y de aspectos esenciales de su forma de vida²⁰². Conceptos que no son exactamente idénticos, y cuya interpretación puede también diferir en ocasiones pudiendo, incluso, ser entendidos e interpretados de forma distinta en supuestos internos e internacionales²⁰³.

58. Atendiendo a la respuesta aportada por el Informe del Grupo Especial que vincula su uso a la voluntad de los Estados, en las próximas páginas nos centraremos en dos de estos términos: el estricto de “intereses esenciales de seguridad” del Estado reproducido en el artículo XXI GATT y presente en un amplio elenco de TLCs y, también, haremos una referencia más genérica al concepto de “seguridad nacional”.

A) Intereses esenciales de la seguridad del Estado

59. Los intereses esenciales de seguridad nacional, el orden público y el resto de nociones recogidas en las cláusulas de excepción presentes en los distintos TLCs pueden significar cosas distintas para

¹⁹⁸ Art. X. En términos similares, *Message from the President of the United States Transmitting the Treaty between the United States of America and Azerbaijan concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment*, of 01.08.1997, Art. XIV (<https://2001-2009.state.gov/documents/organization/43478.pdf>).

¹⁹⁹ Considérense las Sentencias del Tribunal Supremo Indio de 7.9.1965 en el asunto *Dr. Ram Manohar Lohia v. State of Bihar and Others*, *Supreme Court of India* ([1966] AIR 740, [1966] SCR (1) 709) y de 11.7.1985 en el asunto *Union of India v. Tulsiram Patel* ([1985] AIR 1416, [1985] SCR Supl. (2) 131). Vid. W. BURKE-WHITE y A. VON STADEN, *op. cit.*, pp. 353–354.

²⁰⁰ P. 107, n.º. 224.

²⁰¹ J. WALDRON, “Safety and Security”, en E. REED y M. DUMPER (eds.), *Civil Liberties, National Security and Prospects for Consensus. Legal, Philosophical and Religious Perspectives*, Cambridge, CUP, 2012, p. 14.

²⁰² OECD, *Security-Related Terms in International Investment Law and in National Security Strategies*, May 2009, Paris, OECD, 2009, p. 3.

²⁰³ W. BURKE-WHITE y A. VON STADEN, *op. cit.*, pp. 360–361.

gente diversa en momentos diferentes en lugares dispares²⁰⁴. Debido a esta relatividad intrínseca, cabe también que respondan a una pluralidad amplia de intereses y valores²⁰⁵. Todas las nociones mencionadas constituyen conceptos elásticos y altamente contextuales cuya interpretación va a depender de una multiplicidad de factores, incluyendo la percepción del peligro, el conjunto de valores a ser protegidos, y los medios a través de los que se va a canalizar esta protección²⁰⁶.

60. El significado del término “*intereses esenciales de la seguridad del Estado*”²⁰⁷ ha sido aproximado en el marco de algunos arbitrajes de inversión, aunque no se ha aportado una clara descripción de lo que actualmente significa y cubre. Sin embargo, se considera habitualmente que no sólo los riesgos militares sino también los económicos vienen cubiertos por él.

En este sentido, el laudo dictado en el asunto *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc. v. Argentine Republic*²⁰⁸ abordó la interpretación del término “*essential security interests*” recogido en el artículo XI²⁰⁹ del *Treaty between the United States and the Argentine Republic concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment* de 1991²¹⁰. El tribunal arbitral apoyó una interpretación amplia del concepto y señaló que no hay nada “*in the context of customary international law that on its own could exclude major economic crisis*” del ámbito de aplicación de la cláusula:

“*The Tribunal rejects the notion that Article XI is only applicable in circumstances amounting to military action and war. Certainly, the conditions in Argentina in December 2001 called for immediate, decisive action to restore civil order and stop the economic decline. To conclude that such a severe economic crisis could not constitute an essential security interest is to diminish the havoc that the economy can wreak on the lives of an entire population and the ability of the Government to lead. When a State’s economic foundation is under siege, the severity of the problem can equal that of any military invasion*”²¹¹.

Esta posición se desarrolló con posterioridad, en 2007, en el laudo dictado en el asunto *Sempra Energy International v. Argentine Republic*²¹² y, en 2008, por el dictado en relación con el asunto *Continental Casualty Company v. Argentine Republic*. En este último caso, se hizo una referencia a la Carta de Naciones Unidas:

“*As to ‘essential security interests,’ it is necessary to recall that international law is not blind to the requirement that States should be able to exercise their sovereignty in the interest of their population free from internal as well as external threats to their security and the maintenance of a peaceful domestic order. It is well known that the concept of international security of States in the Post World War II international order was intended to cover not only political and military security but also the economic security of States and of their population. The Preamble to the Charter of the United Nations and, even more relevant for the present case, that of the International Monetary Fund support this approach. As noted by the International Law Commission, States have invoked necessity ‘to protect a wide variety of interests,*

²⁰⁴ A. WOLFERS, “‘National Security’ as an Ambiguous Symbol”, *Political Science Quarterly*, vol. 67, 1952, n.º. 4, p. 481.

²⁰⁵ P. LINDSAY, *op. cit.*, p. 1297.

²⁰⁶ H. NASU, “The Expanded Conception of Security and International Law: Challenges to the UN Collective Security System”, *Amsterdam Law Forum*, vol. 3, 2011, n.º. 3, p. 15.

²⁰⁷ Sobre la amplia noción de “intereses esenciales”, vid. A.K. BJORKLUND, “Emergency Exceptions”, en P.T. MUCHLINSKI, F. ORTINO y C. SCHREUER, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford, OUP, 2008, pp. 476–485.

²⁰⁸ Laudo de 12.5.2005 en el asunto *CMS Gas Transmission Co. v. Argentine Republic*, ICSID Case n.º. ARB/01/8, p. 104, n.º. 359, <http://www.italaw.com/cases/288>. En relación con la interpretación, vid. W. BURKE-WHITE y A. VON STADEN, *op. cit.*, p. 394 y J. KURTZ, “Adjudging...”, *op. cit.*, pp. 362–365.

²⁰⁹ Art. XI: “*This Treaty shall not preclude the application by either Party of measures necessary for the maintenance of public order, the fulfillment of its obligations with respect to the maintenance or restoration of international peace or security, or the Protection of its own essential security interests.*”

²¹⁰ http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/treaties/en/ar-us/trt_ar_us.pdf.

²¹¹ Laudo de 3.10.2016 en el asunto *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc. v. Argentine Republic*, ICSID Case n.º. ARB/02/1, (Decision on Liability), p. 70, n.º. 238, www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0460.pdf.

²¹² Laudo de 28.9.2007 en el asunto *Sempra Energy International v. Argentine Republic*, ICSID Case n.º. ARB/02/16, p. 110, n.º. 374, <http://www.italaw.com/cases/1002>.

*including safeguarding the environment, preserving the very existence of the State and its people in time of public emergency, or ensuring the safety of a civilian population.”*²¹³

61. Sin embargo, como decimos, no existe una interpretación clara y global del término, y la forma en que éste sea finalmente interpretado dependerá, en gran medida, del momento y lugar en que se produzca, y del concreto acuerdo que se esté valorando.

B) Seguridad nacional

62. La seguridad nacional es una noción flexible carente de una clara definición, con el añadido adicional de su relatividad temporal²¹⁴. Esta ausencia de definición no sólo es debida a la dificultad objetiva de alcanzarla, sino también al hecho de que los Estados desean contar con un término amplio y flexible que les permita lograr ciertos propósitos al ser aplicado a un concreto sector.

63. La nebulosa que rodea al concepto le dota de un alto grado de flexibilidad, a la vez que le rodea de un elevado nivel de incertidumbre, en la medida que puede permitir al Estado, en última instancia, incorporar dentro esta categoría prácticamente cualquier medida o política que desee²¹⁵. Se trata, igualmente, de una noción relativa, cuyo significado dependerá del exacto lugar y del concreto momento en que se proceda a su evaluación.

La condición multidimensional de la noción de seguridad nacional, su carácter polimorfo y su compleja naturaleza es uno de sus rasgos distintivos en la actualidad²¹⁶. Los conceptos de seguridad o de seguridad nacional han contado tradicionalmente con una marcada dimensión militar, y han sido históricamente interpretadas como refiriéndose a la protección de los intereses legítimos de un Estado frente al uso de la fuerza por parte de otros Estados²¹⁷. Esenciales para ambos conceptos ha sido la protección del territorio de una nación frente a peligros militares y ataques provenientes del extranjero²¹⁸. Sin embargo, la noción ha evolucionado y ha devenido hoy mucho más compleja y abarcadora, afectando también a variados ámbitos civiles de la sociedad o del comercio internacional, y refiriendo a infraestructuras críticas o tecnologías críticas que en muchas ocasiones están controladas, o administradas, por particulares²¹⁹. Las nociones de seguridad y de seguridad nacional se han visto, así, expandidas en un necesario intento de abarcar nuevos peligros. Riesgos no tradicionales que cubren ámbitos novedosos como la seguridad económica, la seguridad energética, la seguridad de recursos naturales, la seguridad medioambiental, la seguridad alimentaria, la bioseguridad o la seguridad sanitaria, entre otras áreas, y que dan lugar a nociones individualizadas de seguridad nacional articuladas sobre valores, necesidades y objetivos propios²²⁰.

64. La ausencia de una clara definición de la noción de seguridad nacional, y la dificultad de alcanzar una, se hace aún más patente, si cabe, en relación con la determinación del contenido de alguna de estas nociones sectoriales de seguridad que ahora se utilizan. Por ejemplo, la determinación del sen-

²¹³ Laudo de 5.9.2008 en el asunto *Continental Casualty Company v. The Argentine Republic*, ICSID Case n°. ARB/03/9, pp. 76-77, n°. 175, www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0228.pdf. El laudo añade que, “*the invocation of the clause does not require that the situation has already degenerated into one that calls for the suspension of constitutional guarantees and fundamental liberties. There is no point in having such protection if there is nothing left to protect*”, pp. 79-80, n°. 180.

²¹⁴ W.J. MOON, *op. cit.*, p. 500.

²¹⁵ A. WOLFERS, *op. cit.*, p. 481.

²¹⁶ H. NASU, *op. cit.*, p. 15; M. STONE, *Security According to Buzan: A Comprehensive Security Analysis*, Groupe d’Etudes et d’Expertise ‘Sécurité et Technologies’ GEEST-2009, Security Discussion Papers Series 1, Paris, Spring 2009, p. 2.

²¹⁷ H. KELSEN, “Collective Security and Collective Self-Defense under the Charter of the United Nations”, *The American Journal of International Law*, 1948, vol. 42, n°. 4, p. 783; H. KELSEN, *Collective Security under International Law*, Naval War College New Port Rhode Island, International Law Studies, Washington D.C., United States Government Printing Office, 1957, p. 1.

²¹⁸ Tal como se expresa en el art. 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas de 26.6.1945 (<http://www.un.org/es/charter-united-nations/index.html>).

²¹⁹ Como autodefensa en relación con las amenazas terroristas, vid. N. LUBELL, *Extraterritorial Use of Force against Non-State Actors*, Oxford, OUP, 2010, p. 29 y ss.; H. KELSEN, “Collective Security and Collective Self-Defense...”, *op. cit.*, pp. 791-792.

²²⁰ Al respecto, vid. C. ESPLUGUES, *Foreign Investment...*, *op. cit.*, pp. 93 a 111. Igualmente, considérese, H. NASU, *op. cit.*, pp. 18-19.

tido atribuible a “seguridad económica nacional” o a “riesgos económicos”, presentes algunas de ellas, recordemos, en la Sección 232 de la *International Trade Act* de los EE.UU., resulta objetivamente compleja debido, entre otros factores, a la amplia y agresiva competencia e incertidumbre que caracterizan a la normal actuación de los participantes en una economía de mercado²²¹. Esto hace muy difícil diferenciar, de forma nítida y previsible, entre lo que puede ser entendido como un riesgo para la seguridad económica del Estado, y lo que es meramente consecuencia del normal funcionamiento de la economía y debe, por tanto, ser aceptado como bases de ésta.

2. El significado de medidas “necesarias” para la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado.

65. Si bien la práctica no ha aportado una definición clara de los que signifique “*intereses esenciales de su seguridad*”, la noción de necesidad recogida en el propio artículo XXI.b) GATT –“... *adopción de todas las medidas que estime necesarias para la protección de los intereses esenciales de su seguridad*”-, sí que ha sido interpretada por varios grupos especiales, tanto, primero, en el marco del GATT como, con posterioridad, de la OMC²²².

66. El carácter necesario de la medida adoptada ha sido, así, objeto de valoración por la práctica, principalmente, eso sí, en relación con el artículo XX GATT²²³. Tres grandes ideas se han derivado de esta práctica.

1) En primer lugar, se ha aproximado la naturaleza de la específica medida a adoptar por parte del Estado que se ampara en el precepto. En tal sentido, la decisión del Órgano de Apelación en el asunto *Corea — Medidas que afectan a las importaciones de carne vacuna fresca, refrigerada y congelada*, en 2000²²⁴, concretó ciertos parámetros en torno a la determinación de cuando una medida era necesaria de acuerdo con el artículo XX.d) GATT. Parámetros que son también aplicables al artículo XIV ACGS, incluyendo su apartado a). La práctica ha señalado, en este sentido, la equivalencia entre “necesaria” e “indispensable” a efectos de valorar la medida a adoptar:

“(C)onsideramos que el alcance de la palabra “necesarias”, según se emplea en el contexto del apartado d) del artículo XX, no se limita a lo que es “indispensable” o “de absoluta necesidad” o “inevitable”. Las medidas que son indispensables o de absoluta necesidad o inevitables para lograr la observancia cumplen sin duda las prescripciones del apartado d) del artículo XX. Pero otras medidas también pueden quedar comprendidas en el ámbito de esta excepción. La palabra “necesarias”, tal como se utiliza en el apartado d) del artículo XX, se refiere, a nuestro juicio, a una variedad de grados de necesidad. En un extremo de este continuo, “necesarias” se entiende como “indispensables”; en el otro extremo, en el sentido de “que contribuyen a”. Consideramos que una medida “necesaria” está, en este continuo, situada significativamente más cerca del polo de lo “indispensable” que del polo opuesto, de lo que simplemente “contribuye a”²²⁵

²²¹ B. BUZAN, *People, States & Fear. An Agenda for International Security Studies in the Post-Cold War Era*, Colchester, ECPR, 2ª ed., 2008, pp. 192–196.

²²² Vid. J. KURTZ, *The WTO and International Investment Law Converging Systems*, Cambridge, CUP, 2016, pp 200–202.

²²³ En relación con su significado tómesese en consideración W. BURKE-WHITE y A. VON STADEN, *op. cit.*, p. 343 y ss.; K. YAN-NACA-SMALL, “Essential Security Interests under International Investment Law”, en OECD, *International Investment Perspectives: Freedom of Investment in a Changing World*, Paris, OECD, 2007 pp. 99–101 o A. ORAKHELASHVILI, *op. cit.*, pp. 353–355.

²²⁴ OMC, Informe del Órgano de Apelación de 11.12.2000 en la Disputa DS161, *Corea — Medidas que afectan a las importaciones de carne vacuna fresca, refrigerada y congelada*, WT/DS169/ WT/DS161/AB/R (https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds161_s.htm).

²²⁵ *Ibid.*, pp. 55–56, n.º. 161. Igualmente, considérese, OMC, Informe del Órgano de Apelación de 12.3.2001 en la Disputa DS135, *Comunidades Europeas — Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto*, WT/DS135/AB/R, pp. 62–63, n.º. 172, https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds135_s.htm, y OMC, Informe del Grupo Especial de 10.11.2004 en la Disputa DS285, *Estados Unidos — Medidas que afectan al suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas*, WT/DS285/RW p. 240, n.º. 6.475, https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds285_s.htm.

2) En segundo lugar, y en línea directa con lo anterior, se ha diseñado un *test* para “sopesar y confrontar” la específica medida planteada, con vistas a establecer si una decisión que no contaba con la condición de “*indispensable*”, sin embargo, sí que resultaba “*necesaria*” en el marco del artículo XX.d) GATT. En concreto, esta determinación conlleva, tal como precisa el Órgano de Apelación en el asunto *Corea — Medidas que afectan a las importaciones de carne vacuna fresca, refrigerada y congelada* la necesidad de valorar, principalmente, tres factores:

- (a) en primer lugar, “*la contribución de la medida para lograr la observancia a hacer cumplir la ley o reglamento en cuestión*”, sin establecer nivel alguno para tal contribución²²⁶,
- (b) en segundo “*la importancia de los intereses o valores comunes protegidos por esa ley o reglamento*” y,
- (c) en tercer lugar, “*la repercusión concomitante de la ley o reglamento en las importaciones o exportaciones*”²²⁷.

3) En todo caso, se añade por último, sopesada la necesidad de la medida es indispensable considerar si existe alguna otra alternativa que resulte más acorde con la filosofía del GATT que la efectivamente propuesta por el Estado. En este sentido, el Informe del Grupo Especial en la Diferencia de *los Estados Unidos contra Tailandia: cigarrillos*²²⁸ entendió el término “necesario” como significando la ausencia de cualquier,

*“alternative measure which (the state) could reasonably be expected to employ and which is not inconsistent with other GATT provisions is available to it. By the same token, in cases where a measure consistent with other GATT provisions is not reasonably available, a contracting party is bound to use, among the measures reasonably available to it, that which entails the least degree of inconsistency with other GATT provisions.”*²²⁹

Como consecuencia de lo anterior, el informe del Grupo Especial en el asunto *Estados Unidos — Artículo 337 de la Ley Arancelaria de 1930*, de 16 de enero de 1989, señaló que la calificación como “necesaria” de una medida adoptada por un Estado no puede ser considerada cuando existe otra alternativa que no resulta inconsistente con otros preceptos del GATT, y está, además, “razonablemente a su alcance”:

²²⁶ Vid. OMC, Informes del Órgano de apelación de 22.5.2014, AB-2014-1 y AB-2014-2 en las Disputas DS400 y DS401, *Comunidades Europeas — Medidas que prohíben la importación y comercialización de productos derivados de las focas*, WT/DS400/AB/R y WT/DS401/AB/R, p. 175, n.º. 5.213, <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=s:/WT/DS/400ABR.pdf>.

²²⁷ OMC, Informe del Órgano de Apelación de 11.12.2000 en la Disputa DS161, *Corea — Medidas que afectan a las importaciones de carne vacuna fresca, refrigerada y congelada*, cit., p. 58, n.º. 164. También, OMC, Informe del Órgano de Apelación de 12.3.2001 en la Disputa DS135, *Comunidades Europeas — Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto*, cit., pp. 62-63, n.º. 172 y OMC Informe del Grupo Especial de 10.11.2004 en la Disputa DS285, *Estados Unidos — Medidas que afectan al suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas*, cit., p. 240, n.º. 6.476. En relación con la aplicación del criterio, vid. OMC, Informe del Órgano de Apelación de 25.4.2005 en la Disputa DS302, *República Dominicana — Medidas que afectan a la importación y venta interna de cigarrillos*, WT/DS302/AB/R pp. 27-28, n.º. 71, https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds302_s.htm; OMC, Informe del Grupo Especial de 27.4.2009 en la Disputa DS366, *Colombia — Precios indicativos y restricciones de los puertos de entrada*,

WT/DS366/R, p. 93-233, n.º. 7.482-7.620, https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds366_s.html; OMC, Informe del Órgano de Apelación de 3.10.2007 en la Disputa DS, *Brasil — Medidas que afectan a las importaciones de neumáticos recauchutados*, WT/DS332/AB/R, pp. 71-75, n.º. 151-156, <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=S:/WT/DS/332ABR.pdf> u OMC, Informes del Grupo Especial, de 5.7.2011 en la Disputa DS398, *China — Medidas relativas a la exportación de diversas materias primas*, WT/DS394/R, WT/DS395/R y WT/DS398/R, pp. 166-170, n.º. 7.478-7.493, <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=S:/WT/DS/398R.pdf>.

²²⁸ GATT, Informe del Grupo Especial de 7.11.1990, *Tailandia — Restricciones a la importación de cigarrillos e impuestos internos sobre los cigarrillos*, DS10/R-37S/2009, https://www.wto.org/spanish/tratop_s/envir_s/edis03_s.htm, reproduciendo el GATT, Informe del Grupo Especial de 7.11.1989, *Estados Unidos — Artículo 337 de la Ley Arancelaria de 1930*, L/6439-36S/345, p. 45, n.º. 5.26, https://www.wto.int/spanish/tratop_s/dispu_s/87tar337.pdf.

²²⁹ Cit., p. 20, n.º. 74.

“(E)n opinión del Grupo Especial, es indudable que una parte contratante no puede justificar en tanto que “necesaria” en el sentido del apartado d) del artículo XX una medida incompatible con otra disposición del Acuerdo General si tiene razonablemente a su alcance otra medida que no sea incompatible. Análogamente, en los casos en que una parte contratante no tiene razonablemente a su alcance una medida compatible con otras disposiciones del Acuerdo General, esa parte contratante debe utilizar, de las medidas que tenga razonablemente a su alcance, aquella que suponga el menor grado de incompatibilidad con las otras disposiciones del Acuerdo General.”²³⁰

El significado atribuible a “razonablemente a su alcance” fue explicado por el informe del Grupo Especial en el asunto *Canadá — Medidas relativas a las exportaciones de trigo y al trato aplicado al grano importado*, de 6 de abril de 2004, afirmando que:

“El Órgano de Apelación ha indicado que los criterios pertinentes para determinar si existe una medida alternativa que esté “razonablemente al alcance” son: i) el grado en que la medida alternativa “contribuye a la realización del fin perseguido”; ii) la dificultad de aplicación; y iii) el efecto en el comercio de la medida alternativa en comparación con el de la medida cuya justificación se alega con arreglo al artículo XX. El Órgano de Apelación ha declarado también que, además de estar “razonablemente al alcance”, la medida alternativa debe lograr el nivel de observancia buscado. A este respecto, el Órgano de Apelación ha reconocido que “los Miembros de la OMC tienen el derecho de determinar por sí mismos el nivel de observancia de sus leyes y reglamentos compatibles con la OMC”.”²³¹

67. A efectos de la aplicación del precepto, hablamos del artículo XX GATT, y extrapolando las soluciones e interpretaciones formuladas al artículo XXI GATT, debería existir, por lo tanto, un peligro creíble para que el Estado pudiera ampararse en él. Y la respuesta otorgada por el Estado, además, debería ser necesariamente razonable²³².

Se requeriría, en suma, un estándar de exigencia más elevado que la mera voluntad del Estado, que no podría obviar unilateralmente sus obligaciones derivadas del entramado convencional de la OMC con objeto de proteger todo tipo de intereses, sino únicamente aquellos intereses de seguridad calificables de “esenciales”, atendida la práctica del GATT/OMC en la materia. Más aún, resulta necesario que la alusión que el Estado realiza a los intereses esenciales de su seguridad sea realizada de buena fe²³³.

68. Esta referencia a la buena fe en el recurso al artículo XXI GATT constituiría un argumento adicional en favor de una interpretación limitada de la naturaleza discrecional del precepto. El principio de buena fe²³⁴ constituye un elemento fundamental de interpretación del Acuerdo de la OMC²³⁵, que apoya la razonable aplicación de los derechos otorgados por éste a los Estados parte²³⁶ y, subsecuentemente, previene a cualquier miembro de abusar de los derechos convencionales que se le reconocen en el marco del Acuerdo²³⁷.

²³⁰ GATT, Informe del Grupo Especial de 7.11.1989, *Estados Unidos — Artículo 337 de la Ley Arancelaria de 1930*, cit., p. 52, n.º. 5.26. También, OMC, Informe del Órgano de Apelación de 11.12.2000 en la Disputa DS161, *Corea — Medidas que afectan a las importaciones de carne vacuna fresca, refrigerada y congelada*, cit., p. 50, n.º. 165 y OMC, Informe del Órgano de Apelación de 12.3.2001 en la Disputa DS135, *Comunidades Europeas — Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto*, cit., p. 62, n.º. 171.

²³¹ Informe del Grupo Especial de 6.4.2004, *Canadá — Medidas relativas a las exportaciones de trigo y al trato aplicado al grano importado*, p. 217, n.º. 6.226. https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds276_s.htm.

²³² R. BHALA, *op.cit.*, p. 275.

²³³ H.L. SCHLOEMANN y S. OHLHOFF, *op. cit.*, p. 444; R.P. ALFORD, *op. cit.*, pp. 705–706.

²³⁴ Vid. D. AKANDE y S. WILLIAMS, *op. cit.*, p. 389 y ss. Con respecto al significado de este principio, Nótese S.Y. PENG, *op. cit.*, p. 467; M.D. NOLAN y F.G. SOURGENS, *op. cit.*, p. 408 y ss.; UNCTAD, *op. cit.*, p. 40.

²³⁵ OMC, Informe del Grupo Especial de 10.11.2004 en la Disputa en la Disputa DS285, *Estados Unidos — Medidas que afectan al suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas*, cit., p. 148, nn.º. 6.50 y 606 (con práctica).

²³⁶ OMC, Informe del Órgano de Apelación de 12.10.1988 en la Disputa DS58, *Estados Unidos — Prohibición de importar ciertos camarones y sus productos*, WT/DS58/AB/R, p. 62, n.º. 158, https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds58_s.htm; u OMC, Informe del Grupo Especial de 27.11.2014 en la Disputa DS457, *Perú — Derecho adicional sobre las importaciones de determinados productos agropecuarios*, WT/DS457/R, p. 41, n.º. 7.94, https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds457_s.htm.

²³⁷ OMC, Informe del Órgano de Apelación de 12.10.1988 en la Disputa DS58, *Estados Unidos — Prohibición de importar*

69. Todo lo anterior conduce, en la práctica, a considerar, por ejemplo, que unas medidas tendientes a limitar la importación en la República Popular China de determinados productos audiovisuales exclusivamente por parte de algunas concretas empresas públicas chinas con objeto de revisar su contenido y salvaguardar, así, la moral pública en la RPC, se entendieron como no necesarias:

“Al sopesar y confrontar los factores pertinentes, recordamos en primer lugar el hecho de que la protección de la moral pública es un objetivo gubernamental sumamente importante y que China ha adoptado un elevado nivel de protección de la moral pública en su territorio. Además, debemos tener en cuenta el hecho de que no estamos convencidos de que estos requisitos, que excluyen a las empresas con inversión extranjera, contribuyan a la protección de la moral pública; que no está claro en qué medida limitan, en su caso, las importaciones totales de los productos pertinentes; y que excluyen completamente a determinados tipos de empresas de China del derecho a realizar actividades de importación. Teniendo en cuenta que no nos resulta evidente que los requisitos en cuestión contribuyan a proteger la moral pública y que esos requisitos niegan por completo el derecho a importar a empresas chinas pertinentes, a nuestro juicio no pueden ser considerados restricciones "necesarias" del derecho a tener actividades comerciales, pese a que la protección de la moral pública es un interés importantísimo y su repercusión restrictiva en el comercio puede parecer limitada. Por consiguiente, llegamos a la conclusión de que China no ha demostrado que los párrafos 2 y 3 del artículo X de la Guía, conjuntamente con los artículos 3 y 4 del Reglamento sobre Inversiones Extranjeras; el artículo 4 de los Diversos Dictámenes; o el artículo 21 de la Reglamentación sobre (Sub)Distribución de Productos Audiovisuales sean "necesarios" para proteger la moral pública en China”²³⁸.

VI. El futuro: “the long and winding road”

70. Con el Informe del Grupo Especial en el supuesto de *Rusia - Medidas que afectan al tráfico en tránsito* se inicia una nueva era en relación con la práctica e interpretación del artículo XXI GATT. El Informe supone un punto y aparte respecto de la situación anterior marcada por la escasa e inconcluyente práctica en relación con el precepto.

Las decisiones de los grupos especiales no son precedentes en el modelo de resolución de controversias de la OMC²³⁹. Sin embargo, es indudable que, con todas sus limitaciones, la decisión dictada en el asunto *Rusia – Medidas que afectan al tráfico en tránsito* es muy relevante y constituye un referente importante que, previsiblemente impactará de manera significativa en la futura práctica de la OMC en relación con el artículo XXI GATT. A este Informe, además, se acompañarán pronto otras decisiones, según se vayan resolviendo los distintos asuntos pendientes ante el órgano de resolución de controversias de la OMC.

71. Alguno de los actores involucrados en esta realidad futura es plenamente consciente de ello y en sus alegaciones en los distintos casos pendientes ante el Órgano de solución de controversias de la OMC no ha dudado en referir a este Informe, procediendo a intentar rebatir una por una las argumentaciones incluidas en él. En este sentido, las distintas *First Written Submission* presentadas por EE.UU. en relación con los diversos casos suscitados ante la OMC en relación con los aranceles impuestos por dicha nación al acero y al aluminio proveniente de distintos países²⁴⁰, repiten el mismo argumentario

ciertos camarones y sus productos, cit., pp. 61-62, n.º. 158. Sobre la importancia de la buena fe en este ámbito, considérese, W. BURKE-WHITE y A. VON STADEN, *op. cit.*, pp. 377-381. Llevada hasta sus últimas consecuencias, esta interpretación supondría entender que es la buena fe y no el contenido de la decisión adoptada por el Estado lo que debería ser evaluado por cualquier posible Grupo que evalúe la situación generada. Vid. al respecto, J. MENDENHALL, *op. cit.*, p. 317; D. AKANDE y S. WILLIAMS, *op. cit.*, p. 390.

²³⁸ OMC, Informe del Grupo Especial, de 12.8.2009 en la Disputa DS363, *China – Medidas que afectan a los derechos comerciales y los servicios de distribución respecto de determinadas publicaciones y productos audiovisuales de esparcimiento*, WT/DS363/R, p. 346, n.º. 7.868, <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=S:/WT/DS/363R-00.pdf>.

²³⁹ Vid., por ejemplo, OMC, Informe del Grupo Especial, de 9.4.2019 en la Disputa DS534, *Estados Unidos – Medidas antidumping que aplican el método de fijación de precios diferenciales a la madera blanda procedente del Canadá*, WT/DS534/R, p. 41, n.º. 7.107, https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds534_s.htm.

²⁴⁰ Vid. <https://ustr.gov/issue-areas/enforcement/dispute-settlement-proceedings/wto-dispute-settlement/pending-wto-dispute-48>. Vid. nota XXX, *supra*, con el listado de los asuntos planteados por este motivo ante el mecanismo de solución de controversias de la OMC.

favorable al carácter “*self-judging*” del artículo XXI GATT²⁴¹, añadiendo que “*The Russia – Traffic In Transit Panel Erred in Deciding It Had Authority to Review a Responding Party’s Invocation of Article XXI*”²⁴². Y aportando todo un conjunto de presuntos errores cometidos por el Grupo Especial en su Informe. Lo que, en consecuencia, conduciría a que “the sole finding the Panel may make consistent with its terms of reference under DSU Article 7.1 is to note the invocation of Article XXI”²⁴³.

72. Todos estos desarrollos, empero, se verán afectados por el complejo futuro que acompaña a la OMC y a su sistema de solución de controversias. Probablemente, Ucrania apelará la decisión ante el Órgano de Apelación de la OMC, y lo hará con escasas posibilidades de éxito, dado que, como ya hemos apuntado, a partir del 11 de diciembre de 2019, y ante la falta de consenso para la renovación, éste ha quedado bloqueado. Estos problemas relativos a la eficacia de lo acordado por los diversos Grupos Especiales se reproducirán igualmente en los diversos casos planteados ante el sistema de resolución de controversias de la OMC que involucran al artículo XXI GATT si, finalmente, la renovación no se desbloquea.

73. Ello, sin embargo, no resta trascendencia a la decisión... ni al hecho de que, en relación con los supuestos planteados respecto de los aranceles americanos, habrá de estarse atento, igualmente, a la respuesta que reciban las reclamaciones presentadas al amparo del artículo XXIII.1)b) GATT 1994 por anulación o menoscabo de alguna de las ventajas resultantes para ella directa, o indirectamente, del GATT a consecuencia de que otra parte contratante aplique una medida, contraria o no a las disposiciones del presente Acuerdo. Una posibilidad que ya ha sido reconocida por la práctica de la OMC²⁴⁴. Mas, estas dos últimas son cuestiones forman parte de otra historia... aunque, en todo caso, son síntomas de los nuevos –y no necesariamente positivos- tiempos que enfrenta el comercio internacional y su estructura institucional.

²⁴¹ <https://ustr.gov/issue-areas/enforcement/dispute-settlement-proceedings/wto-dispute-settlement/pending-wto-dispute->, pp. 5 a 42 de todas ellas.

²⁴² *Ibid.*, p. 42 de todas ellas.

²⁴³ *Ibid.*, p. 58 de todas ellas.

²⁴⁴ A modo de ejemplo, vid. OMC, Informe del Órgano de Apelación de 12.3.2001 en la Disputa DS135, *Comunidades Europeas — Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto*, cit., pp. 79-80, nnº. 187-190.

LO QUE SE ESTÁ DISCUTIENDO EN LA CNUDMI: EVOLUCIÓN O REVOLUCIÓN EN EL SISTEMA DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS INVERSOR-ESTADO

WHAT IS BEING DISCUSSED IN THE UNCITRAL: EVOLUTION OR REVOLUTION IN THE INVESTOR-STATE DISPUTE SETTLEMENT SYSTEM

ENRIQUE FERNÁNDEZ MASIÁ

Profesor Titular de Derecho Internacional Privado

Universidad de Castilla-La Mancha

ORCID ID: 0000-0002-2062-967X

MARGHERITA SALVADORI

Professoressa Associata de Diritto Internazionale

Università degli Studi de Torino

ORCID ID: 0000-0002-8023-9809

Recibido: 28.10.2019 / Aceptado: 18.11.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5185>

Resumen: La principal iniciativa para reformar el sistema de solución de controversias inversor-Estado está siendo debatida en el Grupo de Trabajo III de la CNUDMI. Se están discutiendo propuestas específicas tanto para una reforma procesal como institucional. En lo que se refiere a la reforma institucional, la Unión Europea propone el establecimiento de un tribunal multilateral de inversiones, que rompería con el sistema actual ad-hoc. Con independencia de estas propuestas, cada vez parece existir un mayor acuerdo para la adopción de un Centro de asesoramiento sobre el Derecho internacional de inversiones, que podría solventar la cuestión de la duración y costes de los procedimientos, facilitar el acceso a la justicia y, mejorar la elaboración de los futuros Acuerdos internacionales.

Palabras clave: Arbitraje inversor, Estado, grupo de Trabajo III de la CNUDMI, Tribunal Multilateral de Inversiones, mecanismo de apelación, centro de asesoramiento.

Abstract: The main initiative to reform the system of investor-State dispute settlement is being debated by Working Group III appointed by the UNCITRAL. Specific proposals for a procedural and institutional reform of the system are being discussed. As concerns the institutional reform, the EU proposes the establishment of a multilateral investment court, which would break the current ad hoc-based system. Independent from these proposals, there appears to be a growing consensus on the establishment of an Advisory Centre on International Investment Law, which could address the issue of costs and duration of procedures, enhance access to justice issues, apart from improving the future treaty law-making.

Keywords: Investor-State Arbitration, UNCITRAL Working Group III, Multilateral Investment Court, Appellate Mechanism, Advisory Centre.

Sumario: I. El grupo de trabajo III de la CNUDMI: los problemas que han sido identificados.
II. Las soluciones procesales propuestas. 1. Alternativas al arbitraje y prevención de controversias.

2. Independencia e imparcialidad de los árbitros.
 3. Mayor coherencia y consistencia en la jurisprudencia arbitral.
 4. Un procedimiento más transparente que regule la financiación por terceros.
 5. Acabar con el uso abusivo del sistema.
 6. Un procedimiento más rápido y eficiente.
- III. La reforma institucional: ¿una reforma progresiva o sistémica de la solución de controversias inversor- Estado?
- IV. El centro de asesoramiento como punto de encuentro de las diferentes posiciones contrapuestas.

I. El grupo de trabajo III de la CNUDMI: los problemas que han sido identificados

1. Hay varias iniciativas en la actualidad, tanto de Estados, organizaciones supranacionales, instituciones arbitrales como entidades privadas que están incidiendo de manera notable en una transformación del panorama relativo a la solución de controversias inversor-Estado. Se pueden citar aquí entre dichas iniciativas, en primer lugar, la labor que se está llevando a cabo desde octubre de 2016 por parte del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones -CIADI- para modificar de manera muy importante y profunda sus reglas de arbitraje¹. En segundo lugar, el innovador contenido sobre esta cuestión de muchos de los nuevos Acuerdos Internacionales sobre Inversiones -AIIs-, que tiene como ejemplos más significativos, por una parte, al capítulo sobre inversiones de los Acuerdos europeos adoptados recientemente, como el Acuerdo Económico y Comercial Global entre la Unión Europea y Canadá- comúnmente conocido por sus siglas en inglés CETA-², o por otra, al Anexo 14-D que lleva por título “Solución de controversias de inversión México-Estados Unidos” del Acuerdo Comercial entre Estados Unidos, México y Canadá -USMCA-³, que viene a sustituir al Tratado de Libre Comercio de América del Norte -TLCAN-. Por último, en tercer lugar, la idea encabezada por el juez B. Simma para la elaboración de unas Reglas de arbitraje de la Haya sobre Empresas y Derechos Humanos⁴. Pero más allá de todos estos desarrollos, que en muchos casos están interrelacionados, el epicentro del movimiento existente desde hace algunos años para reformar el sistema de solución de controversias en materia de inversiones extranjeras a nivel mundial se encuentra actualmente en los trabajos que se están desarrollando dentro de la CNUDMI desde el año 2017.

2. Hemos de señalar que ya desde 2015 se fueron dando los pasos precisos para poner en marcha estos trabajos dentro de la CNUDMI⁵. Así, han de enmarcarse las distintas actividades de coordinación llevadas a cabo por la Secretaría de la Comisión mediante contactos e intercambios de opiniones con otras organizaciones internacionales, así como el haber recabado las distintas opiniones mediante un proceso de consulta a los Estados y Organizaciones de integración económica sobre la posibilidad de incluir como tema futuro de estudio esta reforma. Igualmente, ha tenido una importancia primordial -y que sirvió de base al proceso de consulta señalado-, la evaluación y puesta en común del estudio de investigación del Centro para la Resolución de Conflictos Internacionales de Ginebra -CIDS-, realizado por los profesores G. Kaufmann-Kholer y M. Potestà, donde se aporta la posibilidad de utilizar como modelo para la posible reforma la adopción de un texto internacional similar a la Convención de Mauricio sobre transparencia⁶. En concreto, en este documento titulado “*Can the Mauritius Convention*

¹ Se han elaborado ya tres documentos de trabajo sucesivos, tras las observaciones realizadas por los Estados y el público, en general. El tercero documento se publicó el 16 de agosto de 2019 y se puede consultar en la dirección electrónica: https://icsid.worldbank.org/en/Documents/WP_3_VOLUME_3_Espanol.pdf.

² Vid. S. RECIO SAN EMETERIO, “El arbitraje de inversiones entre la Unión Europea y Singapur: ¿del arbitraje de diferencias Estado-inversor a un sistema de tribunales internacionales de inversiones?”, *Estudios de Deusto*, n.º.1, 2019, pp.353-383; B. CAPIELLO, *Il Diritto europeo degli investimenti. Prospettive per una politica europea sostenibile*, Turin, Giappichelli, 2019, pp.136-157.

³ Vid. J. GALLEGOS ZÚÑIGA, “Algunos cambios que incorpora el T-MEC, en materia de inversiones extranjeras, en relación con lo previsto en el capítulo XI del TLCAN”, *Arbitraje: Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, n.º.1, 2019, pp.167-179.

⁴ Aún en fase de proyecto, “Draft Arbitration Rules on Business and Human Rights”, disponible en <https://www.cilc.nl/cms/wp-content/uploads/2019/06/Draft-BHR-Rules-Final-version-for-Public-consultation.pdf>.

⁵ Sobre la labor preparatoria, Nota de la Secretaría, “Posible labor futura en materia de solución de inversiones: reforma del régimen de solución de controversias inversionista-Estado”, A/CN.9/917, 20 de abril de 2017, pp.2-3.

⁶ Se ofrece este texto convencional como un instrumento que permite evitar la necesidad de tener que renegociar los textos de los AII ya celebrados y vigentes y extender el principio de transparencia –por medio de la aplicación del Reglamento sobre transparencia de la CNUDMI- a todos los arbitrajes que se puedan desarrollar al amparo de aquellos, y no sólo a los desarrolla-

*serve as a model for the reform of investor-State arbitration in connection with the introduction of a permanent investment tribunal or an appeal mechanism?*⁷, se analizan a fondo dos opciones diferentes: a) la creación de un órgano internacional permanente de solución de controversias que ofreciera acceso directo a entidades privadas y públicas por igual para zanjar diferencias relacionadas con inversiones, y b) la adopción de un mecanismo de apelación de los laudos dictados en procedimientos de arbitraje entre inversionistas y Estados. Por último, dentro de esta labor preparatoria también se fueron realizando paulatinamente distintas reuniones y conferencias con los distintos usuarios de este sistema.

3. Como consecuencia de las citadas actividades preparativas, en su 50ª sesión la Comisión de la CNUDMI encomendó al Grupo de Trabajo III un amplio mandato para trabajar en la reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados⁸. En concreto, el mandato para este Grupo de trabajo incluye tres pasos consecutivos: en primer lugar, determinar y examinar las inquietudes relacionadas con el sistema de resolución de controversias relativas a inversiones, en segundo lugar, evaluar si era deseable iniciar un proceso de reforma teniendo en cuenta esas inquietudes y, en tercer lugar, si el Grupo de trabajo llegaba a la conclusión de que la reforma era deseable, elaborar las soluciones pertinentes⁹.

4. Tras un inicio de sesiones ciertamente tumultuoso, en donde ni siquiera hubo acuerdo sobre la persona que debía presidir el Grupo¹⁰, las aguas se fueron calmando y un primer gran acuerdo se produjo en noviembre de 2018 en este Grupo de Trabajo sobre la necesidad de reformar el actual sistema para dar solución a determinadas cuestiones como son¹¹:

- a) La falta de uniformidad, coherencia, previsibilidad y corrección de las decisiones arbitrales dictadas por los tribunales que conocen de las controversias inversor-Estado¹². Esta cuestión viene fundamentada en primer lugar, en la percepción creciente sobre la existencia de interpretaciones divergentes, que no parecen estar justificadas, tanto de similares disposiciones sustantivas, en cuanto a su contenido y tenor, contempladas en los distintos AII, como de los principios del Derecho internacional de inversiones, en los laudos arbitrales adoptados. También, en segundo lugar, por los problemas derivados por la posibilidad de que puedan iniciarse por parte de los inversores procesos paralelos y múltiples, basados en las distintas disposiciones sobre solución de controversias contenidas tanto en los AII como en las leyes

dos conforme al reglamento de la CNUDMI. Esta Convención entró en vigor el 18 de octubre de 2017, tras su ratificación por Canadá, Mauricio y Suiza. Para un análisis de la misma, J.D. FRY, y O.G. REPOUSIS, "Towards a New World for Investor-State Arbitration through Transparency", *New York University Journal of International Law & Politics*, Vol.48, 2016, pp.795-865; J. RIBEIRO, y M. DOUGLAS, "Transparency in Investor-State Arbitration: The Way Forward", *Asian International Arbitration Journal*, Vol.11, n.º.1, 2015, pp.49-67; S.W. SCHILL, "Editorial: The Mauritius Convention on Transparency", *Journal of World Investment & Trade*, Vol. 16, 2015, pp.201-204; E. SHIRLOW, "Dawn of a New Era? The UNCITRAL Rules and UN Convention on Transparency in Treaty-Based Investor-State Arbitration", *ICSID Review*, Vol.31, n.º.3, 2016, pp.622-654; E. FERNÁNDEZ MASÍ, *La transparencia al rescate del arbitraje inversor-Estado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.

⁷ Disponible en https://www.cids.ch/images/Documents/CIDS_First_Report_ISDS_2015.pdf.

⁸ Se afirma que "en consonancia con los procesos de la CNUDMI, el Grupo de Trabajo III, en cumplimiento de ese mandato, velaría por que las deliberaciones, a la vez de aprovechar la gama más amplia posible de conocimientos especializados de que dispusieran todos los interesados, fuesen dirigidas por los Gobiernos, se nutrieran con aportes de alto nivel de todos los Gobiernos, se basaran en el consenso y fueran plenamente transparentes", Informe de la CNUDMI sobre su 50º periodo de sesiones, 3 a 21 de julio de 2017, A/72/17, párrafo 264.

⁹ Para llevar a cabo esta labor, "la Comisión acordó que se diera al Grupo de Trabajo un amplio margen de discrecionalidad para el cumplimiento de su mandato y que las soluciones a que se llegara se definieran teniendo en cuenta la labor que estuviesen realizando en ese momento las organizaciones internacionales pertinentes y de modo tal que cada Estado tuviera la posibilidad de elegir si deseaba adoptar, y en qué medida, la o las soluciones propuestas", A/72/17, párrafo 264.

¹⁰ J.L. GOMARA HERNANDEZ, "El Tribunal permanente y otras propuestas de reforma del arbitraje de inversión", *Anuario de Arbitraje* 2018, p.453, quien señala como las reuniones ya empezaron de manera irregular pues las delegaciones no pudieron alcanzar un acuerdo sobre quién debía presidir este proceso.

¹¹ Informe del Grupo de Trabajo III (Reforma del Sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados) sobre la labor realizada en su 36º periodo de sesiones, de 6 de noviembre de 2018, A/CN.9/964. Vid. sobre esta cuestión, M. MCBRAYER, "Possible Reforms to the Investor State Dispute Settlement Regime", *Corporate Disputes*, n.º.26, 2019, pp.154-158.

¹² Vid. Nota de la Secretaría, "Posible reforma del sistema de solución de controversias inversor-Estado: uniformidad y asuntos conexos", 28 de agosto de 2018, AC/CN.9/WG.III/150.

nacionales o en los específicos contratos de inversión. Por último, en tercer lugar, sobre la inexistencia en muchos casos, y en otros, el limitado alcance de los mecanismos actuales dentro de los AII y en los reglamentos arbitrales, para subsanar la falta de uniformidad y corrección de las decisiones arbitrales.

- b) La aparente ausencia de imparcialidad e independencia de los árbitros y el controvertido procedimiento tanto del nombramiento como de recusación de estos últimos¹³. Los nombramientos reiterados de las mismas personas, la posible existencia de conflictos de intereses de los árbitros que, además se ven agravados por el grupo tan reducido en número en cuanto a los posibles “candidatos” a formar parte de los tribunales, la denominada “predisposición doctrinal”¹⁴ o la práctica repetitiva del “double-hatting”, donde una persona actúa como árbitro y como abogado o perito, en diferentes procedimientos arbitrales¹⁵, producen una percepción sobre la existencia de una falta real o al menos aparente de estas cualidades esenciales que deben informar la actuación de los decisores en este ámbito para lograr una justa administración de justicia. Igualmente, también contribuye a socavar la legitimidad del sistema de solución de controversias inversor-Estado, la falta de diversidad en cuanto a los árbitros, tanto en cuanto al género como a la representación geográfica. Por último, también mejoraría la legitimidad del sistema si se diseña un modelo de constitución más transparente y que logre una mayor cualificación de los miembros del tribunal arbitral, así como un procedimiento de recusación más eficaz y dotado de mayor transparencia y uniformidad, al mismo tiempo que se aliente una difusión pública de las decisiones sobre recusaciones.
- c) Una mejora en el control de los costes y duración de los procedimientos arbitrales¹⁶. Existe una importante preocupación sobre que los procedimientos arbitrales, en los últimos años, son cada vez son más largos y costosos. En la práctica, distintas cuestiones como el procedimiento de nombramiento de los árbitros, la fase probatoria y el plazo para dictar el laudo, están dilatando enormemente la duración del procedimiento arbitral. En el terreno de los costes, se viene detectando un cierto aumento en la presentación de demandas infundadas, lo que unido a la regla tradicional de asignación de costas en el laudo y la falta de mecanismos que garanticen a los Estados demandados que han vencido la recuperación de la totalidad o al menos una parte importante de sus gastos, provoca una verdadera sensación de pesada carga financiera para las partes, y en especial para la tesorería de los Estados demandados, en muchos casos como son países en desarrollo, faltos de recursos suficientes para organizar una defensa adecuada de sus pretensiones.
- d) Además, junto con las tres anteriores, también se ha añadido la necesidad de una regulación de la financiación por terceros en el arbitraje inversor-Estado¹⁷. Un fenómeno en franca expansión en este ámbito y que provoca interrogantes sobre los posibles conflictos de intereses que pueden surgir en relación con los árbitros y el deber de divulgación de estos últimos, así como sobre otras cuestiones relacionadas con la asignación de las costas del procedimiento y la posible imposición de una caución para el pago de las costas.

¹³ Vid. Nota de la Secretaría, “Posible reforma del sistema de solución de controversias inversor-Estado: garantizar la independencia y la imparcialidad de los árbitros y decisores en la SCIE”, de 30 de agosto de 2018, AC/CN.9/WG.III/151; Nota de la Secretaría, “Posible reforma del sistema de solución de controversias inversor-Estado. Árbitros y decisores: mecanismos para su nombramiento y cuestiones conexas”, de 30 de agosto de 2018, AC/CN.9/WG.III/152.

¹⁴ Por predisposición doctrinal se entiende la acusación de que el árbitro muestra parcialidad por una determinada opinión sobre ciertas cuestiones o ya las ha prejuzgado. La presunta existencia de predisposición o prejuzgamiento consiste en la pretendida adhesión de un árbitro a sus opiniones preexistentes sobre cuestiones de hecho y de derecho, formadas a partir de su experiencia como árbitro o asesor letrado y vertidas en artículos académicos, entrevistas u otras manifestaciones públicas de sus opiniones, “Report of the ASIL-ICCA Joint Task Force on Issue Conflicts in Investor-State Arbitration”, 2016, p.1.

¹⁵ Pensemos en el hecho de que los árbitros al desempeñarse también como asesores letrados en otros procesos, puede incidir en la resolución del caso concreto sobre el que están conociendo para influir sobre el resultado de otro caso donde están ejerciendo como asesor letrado.

¹⁶ Vid. Nota de la Secretaría, “Posible reforma del sistema de solución de controversias inversor-Estado: costo y duración”, de 31 de agosto de 2018, AC/CN.9/WG.III/153.

¹⁷ Informe del Grupo de Trabajo III (Reforma del Sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados) sobre la labor realizada en su 37º periodo de sesiones, de 9 de abril de 2019, A/CN.9/970, pp.5-6.

5. Aunque otras inquietudes y problemas también han sido identificados¹⁸, se ha llegado al acuerdo que los mismos están profundamente relacionados con las ya indicadas inquietudes y que las soluciones para solventarlas podrían tratarse de forma conjunta¹⁹.

6. Para dar respuesta a las inquietudes anteriores, la reforma del sistema de solución de controversias se ha estructurado en dos grandes niveles. En un primer nivel, se están estudiando el universo de posibles soluciones procesales que den respuesta a los problemas que han sido identificados. En un segundo nivel y ésta es, sin duda, la cuestión más controvertida y que ha suscitado mayores discrepancias y enfrentamientos consiste en cómo llevar a cabo institucionalmente esta reforma o, dicho de otra manera, si estas modificaciones e innovaciones se pueden poner en práctica mediante una reforma “progresiva” o bien se requiere una reforma “sistémica” del modelo. En realidad, lo que está encima de la mesa es la continuación o el abandono del modelo de solución de controversias tradicional que hasta ahora estaba basado en el arbitraje internacional y su sustitución por mecanismos y tribunales multilaterales especiales y permanentes.

II. Las soluciones procesales propuestas

7. Antes de centrarnos en las más importantes propuestas de soluciones procesales que intentan dar respuesta a los problemas que se han identificado, hemos de señalar un límite muy importante de los trabajos que se están llevando a cabo dentro de la CNUDMI: la reforma no aborda los aspectos sustantivos del Derecho internacional de inversiones. En efecto, muchas de las críticas vertidas al sistema de solución de controversias inversor-Estado están equivocadas ya que piden la reforma de este sistema, mientras que algunos de los problemas identificados no derivan de su propio funcionamiento sino que tienen su fundamento principal en el contenido y en la redacción, en términos amplios y dotada de cierta vaguedad, de la regulación sustancial de los estándares de protección contemplados en los Acuerdos Internacionales sobre Inversiones -AIIs-²⁰. Sin embargo, el mandato del Grupo de Trabajo III de la CNUDMI se centra únicamente en los aspectos procesales del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados²¹. Es verdad que se puede señalar que en los últimos años estamos asistiendo también a una modificación de estos aspectos sustanciales en muchos de los AIIs que se vienen adoptando, pero una reforma que verdaderamente tenga una vocación global y no meramente sectorial tendría que aglutinar ambos aspectos que están íntimamente interrelacionados²². Por ello y teniendo en cuenta dicha limitación, los esfuerzos por elaborar soluciones procesales a los problemas planteados pueden encuadrarse en distintos ámbitos²³.

¹⁸ Se trata de las siguientes cuestiones: a) medios distintos del arbitraje para resolver controversias en materia de inversiones, así como métodos para la prevención de controversias; b) agotamiento de los recursos internos; c) participación de terceros; d) reconveniones, e) parálisis normativa y f) cálculo de las indemnizaciones. Vid. Informe del Grupo de Trabajo sobre la labor realizada en su 37º periodo de sesiones, de 9 de abril de 2019, A/CN.9/970, pp.6-8.

¹⁹ Id., p.8.

²⁰ A. HENKE, “La crisis del sistema ISDS e il progetto, non convincente, di una nuova corte arbitrale permanente”, *Int'l Lis*, n.º.3-4, 2016-2017, p.161.

²¹ A/CN.9/970, p.7.

²² Algunos Estados, en el proceso de consulta previo a los trabajos del Grupo III, ya habían señalado que podría ser necesario aplicar un criterio “inclusivo”, es decir, encarar no solo la reforma del régimen de solución de controversias entre inversionistas y Estados, sino también de las normas sustantivas de protección de las inversiones. Sin embargo, se estimó que dicho proceso sería muy complicado lo que podría conducir al fracaso de las negociaciones por lo que el foco se centró en los aspectos procesales, afirmándose que “cabe esperar que una reforma del régimen vigente de solución de controversias entre inversionistas y Estados, en particular si se establece un órgano permanente de solución de controversias y/o un órgano de apelación, promueva más la uniformidad que el régimen actual de tribunales arbitrales ad hoc”. Vid. Nota de la Secretaría, “Posible labor futura en materia de solución de controversias: reforma del régimen de solución de controversias entre inversionistas y Estados, A/CN.9/917, de 20 de abril de 2017, p.5.

²³ La presentación de las distintas soluciones en forma de cuadro, pueden consultarse en el documento A/CN.9/WG.III/WP.166/Add.1, siendo analizadas en las siguientes páginas de nuestro trabajo.

1. Alternativas al arbitraje y prevención de controversias

8. Como medida previa a acudir al arbitraje internacional, los Estados habrían de promover métodos alternativos de resolución de disputas (ADR) y políticas de prevención de disputas en los últimos años²⁴. La mejor manera de resolver una disputa es evitarla por completo o resolverla en una etapa temprana. Los métodos ADR no vinculantes, como la conciliación y la mediación, procuran no aplicar las normas de manera rígida, sino encontrar una solución a una disputa que sea aceptable para ambas partes. Estos métodos pueden ayudar a ahorrar tiempo y dinero, encontrar una solución mutuamente aceptable, evitar la escalada de la disputa y preservar una relación duradera entre las partes contendientes. Si bien el arbitraje internacional es un instrumento útil en manos de inversores extranjeros, resolver las disputas a través de métodos flexibles, buscando maximizar los intereses de ambas partes, puede garantizar mucho mejor la estabilidad de las relaciones complejas a largo plazo. La búsqueda de acuerdos amistosos debe ser, por tanto, en nuestra opinión, la forma de solución de conflictos preferida y el arbitraje internacional ha de configurarse siempre como la última opción. Una buena muestra de lo aquí expuesto se manifiesta en la reforma que se está llevando a cabo dentro del CIADI de sus reglas en la actualidad. Como una importante novedad se incorpora por primera vez dentro de los métodos de solución de controversias posibles ofrecidos por esta institución arbitral, la opción de recurrir a la mediación. Para ello, se ha diseñado un proyecto de reglamento sobre mediación para resolver las disputas inversor-Estado²⁵.

9. La incorporación expresa de estos métodos ADR en las disposiciones sobre solución de controversias inversor-Estado debería complementarse mediante el fortalecimiento de las políticas de prevención y gestión de disputas a nivel nacional²⁶. Dichas políticas apuntan a crear canales efectivos de comunicación y mejorar los arreglos institucionales entre los inversionistas y las respectivas agencias nacionales. Una agencia específica o una oficina de ombudsman de inversión, que sea la responsable de recibir y evaluar una posible queja del inversor extranjero antes de que pueda llegar a convertirse en una disputa legal, puede ayudar a resolverla desde el principio. Un ejemplo excelente de lo aquí manifestado lo constituye las medidas tomadas a cabo por parte del Estado peruano desde el año 2006 con el objetivo de prevenir e impedir el surgimiento de litigios legales con los inversores establecidos en su territorio. El Sistema de Coordinación y Respuesta del Estado en Controversias Internacionales de Inversión – SICRECI-, se ha mostrado, en muchas ocasiones, como un instrumento básico y preciso para impedir la escalada del conflicto y que todos los agentes estatales, en los distintos niveles gubernamentales y administraciones, cumplan con los compromisos adquiridos por el Estado peruano en la promoción y protección de las inversiones extranjeras.

2. Independencia e imparcialidad de los árbitros

10. La selección y el papel de los árbitros en el arbitraje de inversiones ha sido, como ya hemos señalado, objeto de especial preocupación desde un primer momento en las discusiones del Grupo de Trabajo III de la CNUDMI. Los tribunales arbitrales generalmente están compuestos por tres árbitros. Cada parte contendiente selecciona un árbitro y estos dos luego seleccionan un tercer miembro que sirve como presidente del tribunal. Los miembros del tribunal arbitral no son jueces permanentes con un salario fijo e independencia personal, sino que son abogados en ejercicio y, a veces, jueces, diplomáticos o académicos jubilados. Debido a las características específicas del Derecho internacional de inversiones, el número de personas que han adquirido una experiencia y capacidad significativas para gestionar los litigios en este ámbito es bastante limitado. Dado que muchos árbitros también sirven como asesores para inversores o gobiernos nacionales en otros casos, se ha argumentado que ello conduce inexorablemente

²⁴ E. FERNÁNDEZ MASÍA, “La incorporación de los “ADR” al sistema de resolución de controversias sobre inversiones extranjeras”, *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, n° 5, 2015, pp.19-43.

²⁵ El proyecto de reglamento sobre mediación del CIADI se ha publicado en el tercer documento de trabajo sobre las enmiendas a las reglas del CIADI, de 16 de agosto de 2019, cit., pp.216-229.

²⁶ UNCTAD, *Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration*, Nueva York, 2010, pp.65 y ss.

a un conflicto de intereses y un sesgo institucional del sistema de arbitraje hacia los intereses de los inversores²⁷. Si los tribunales de arbitraje decidiesen a favor de los gobiernos nacionales, los inversores podrían perder el interés en iniciar nuevos procedimientos arbitrales.

11. Con el objetivo de resolver cualquier posible apariencia de parcialidad, se pretenden adoptar nuevas disposiciones sobre la selección y nombramiento de los árbitros, sobre el procedimiento de recusación de éstos, así como los requisitos de ética que deben cumplir. Entre esta nueva normativa, podemos destacar: una regulación muy detallada sobre el tipo de características que debe poseer un árbitro; los árbitros deben cumplir con un código de conducta pormenorizado donde se contemplen pautas precisas sobre los requisitos de divulgación del árbitro; establecer mecanismos que colmen la insuficiente diversidad de los decisores en el sistema de solución de controversias; un método de designación con una mayor utilización de autoridades nominadoras y con la elaboración de una lista preestablecida de árbitros y, por último, un nuevo procedimiento específico de recusación arbitral para darle una mayor apariencia de independencia, donde la decisión sea adoptada por parte de un tercero, ajeno al propio tribunal arbitral.

3. Mayor coherencia y consistencia en la jurisprudencia arbitral

12. Como ya hemos señalado, una importante inquietud se ha puesto de manifiesto en relación con la posibilidad consustancial de la existencia de incoherencias y contradicciones entre las decisiones arbitrales, derivadas de un sistema de resolución de controversias que no está centralizado y es en instancia única²⁸. Este problema se intenta resolver a través de varios mecanismos dentro de las disposiciones sobre solución de controversias inversor-Estado.

13. Así, un primer mecanismo, consistiría en incluir disposiciones expresas sobre la acumulación de asuntos²⁹. La acumulación de los procedimientos ayuda a tratar el problema de los procedimientos vinculados entre sí, contribuye a la aplicación uniforme de la normativa sustantiva y reduce los costos de los procesos. El hecho de que la acumulación aumente la coherencia y la consistencia en los laudos arbitrales es de particular importancia para el arbitraje de inversiones, en donde, como es bien sabido, los árbitros no están sujetos a las decisiones arbitrales previas y no cabe apelación contra sus resoluciones en forma de laudos. Además, la acumulación puede disminuir en gran medida el costo y el tiempo de los procedimientos de arbitraje.

14. Un segundo mecanismo se refiere a la participación de los Estados en el proceso interpretativo de las disposiciones sustantivas de los AIIs³⁰. Tradicionalmente, los Estados partes en un AII no tienen ningún recurso para poder corregir una interpretación de "su" acuerdo dada por un tribunal arbitral, que en su propia opinión no refleja cual fue la verdadera intención de las partes al incluir dicha normativa. A fin de proporcionar a los Estados partes la posibilidad de influir en la interpretación de las disposiciones del Acuerdo debería ser posible que las partes en el tratado emitan definiciones vinculantes para los tribunales arbitrales sobre puntos jurídicos específicos. Además, junto con lo anterior, habría que posibilitar que la parte estatal no contendiente del procedimiento arbitral, por lo general el país de origen del inversor, puede tener derecho a participar en el procedimiento con el fin de contribuir a una "mejor" interpretación del Acuerdo³¹.

15. Por último, un tercer mecanismo para subsanar la falta de uniformidad y corrección de las decisiones consistiría en el establecimiento de un sistema de control y revisión de los laudos antes de

²⁷ C. FOCARELLI, *Costruttivismo giuridico e giurisdizione internazionali*, Milán, Cedam, 2019, p.245.

²⁸ A. HENKE, "La crisi del sistema ISDS e il progetto...", op.cit., p.160.

²⁹ G. ZARRA, *Parallel Proceedings in Investment Arbitration*, Turín, Giappicheli, 2017, pp.65-85.

³⁰ J.D. FRY, y O.G. REPOUSIS, "Towards a New World for...", op.cit., pp.810 y ss.

³¹ Vid. G. KAUFFMAN-KHOLER, "Non-Disputing State Submissions in Investment Arbitration: Resurgence of Diplomatic Protection", en *Diplomatic and Judicial Means of Dispute Settlement*, L. Boisson de Chazaurnes, M. Kohen y J. Viñuales (eds.), Leiden, Brill, 2012, pp.307-326.

que fueran dictados. Sería conveniente, tal y como por ejemplo, se prevé en el Reglamento de la Corte de Arbitraje de la CCI, poder examinar previamente el laudo, lo que constituye un medio de lograr la corrección jurídica sin sacrificar la eficacia de las actuaciones³².

4. Un procedimiento más transparente que regule la financiación por terceros

16. La tradicional confidencialidad de los procedimientos de arbitraje no concuerda en nada con los intereses públicos presentes en este tipo de controversia. El arbitraje internacional de inversiones es tradicionalmente criticado por su falta de transparencia. Los tribunales no celebran sus sesiones de manera pública. La publicación de los laudos no es obligatoria. Otros documentos procesales no se suelen publicar. Por todo lo anterior, y para darle mayor legitimidad al procedimiento de arbitraje, se busca hacerlo mucho más transparente. Las normativas adoptadas para alcanzar este objetivo en los últimos años buscan poner los documentos procesales a disposición de todos, proporcionar acceso público a las audiencias y, permitir que las terceras partes interesadas -como puede ser las ONGs- puedan presentar sus propuestas por escrito al tribunal arbitral³³. Estas demandas de una mayor transparencia han encontrado acomodo ya a nivel multilateral dentro de la CNUDMI, donde se ha adoptado el Reglamento de la CNUDMI sobre transparencia en los arbitrajes entre inversionistas y Estados en el marco de un Tratado y en el Convenio de Mauricio de 2014, ya citado, sobre esta misma cuestión.

17. Sin embargo, en esta misma línea de otorgar una mayor transparencia al procedimiento arbitral se requiere una regulación de la financiación por terceros del arbitraje inversor-Estado³⁴. Como ya hemos señalado, hay muchos Estados que han mostrado su preocupación por la presencia de estos terceros financiadores y requieren reglas precisas para regular esta financiación a fin de evitar que se pueda utilizar esta modalidad por parte de los inversores de una manera abusiva o especulativa. Por ello, se propone evitar todo conflicto de intereses, de tal manera que debería divulgarse la existencia y la identidad de los terceros financiadores, así como también incluso el contenido del acuerdo de financiación, y se prevean sanciones en los casos de incumplimiento de las exigencias de divulgación. Además, se defiende que debe existir una regulación precisa entre la presencia de un tercero financiador y la obligación de que la parte financiada preste caución suficiente para hacer frente al pago de las costas del arbitraje.

5. Acabar con el uso abusivo del sistema

18. Otra crítica importante contra la legitimidad del procedimiento de arbitraje ha sido su utilización de manera abusiva por parte de los inversores, lo que ha incidido enormemente en el incremento de la duración y los costes asociados a este método de solución de controversias. En efecto, algunos inversores pueden utilizar el inicio del procedimiento de arbitraje como un medio de presión³⁵. Para terminar con estas prácticas, las nuevas disposiciones tienen que incluir un mecanismo para rechazar rápidamente las reclamaciones que manifiestamente carecen de todo tipo de fundamento legal –demandas frívolas-. Con este mismo objetivo, también debe haber normas que tratan de impedir reclamaciones fraudulentas o manipuladoras. Por ejemplo, la realización de una inversión o, llevar a cabo una reorga-

³² Así se propone en las observaciones del gobierno de Marruecos al 37º periodo de sesiones del Grupo de Trabajo III, donde se señala que este examen previo, que debe tener lugar en plazos abreviados -de unas dos semanas-, permitiría garantizar que se hayan cumplido todas las formalidades, que en el laudo se hayan abordado todas las pretensiones y que en él se expongan los motivos sobre los que se funda, A/CN.9/WG.III/WP.161, de 4 de marzo de 2019, p.5.

³³ Vid. en profundidad sobre esta cuestión, E. FERNÁNDEZ MASÍÁ, *La transparencia al rescate...*, op.cit.

³⁴ Vid. A/CN.9/WG.III/166, pp.14-15. La Secretaría ha preparado una nota sobre esta cuestión titulada “Financiación por terceros: posibles soluciones”, A/CN.9/WG.III/WP.172.

³⁵ Tal y como se declara en las observaciones realizadas por el gobierno de Marruecos, cit., p.7, “*los inversionistas a veces recurren a los tribunales arbitrales de forma abusiva. En algunos casos, lo hacen con el propósito de ganar poder de negociación y presionar al Estado anfitrión para que este les conceda determinados privilegios, llegar a un acuerdo con él o lograr que se ponga fin a una causa penal en contra del inversionista*”.

nización comercial con el único fin de poder iniciar un procedimiento arbitral internacional, ha de estar explícitamente prohibida.

19. Con este mismo objetivo de tratar de terminar con las demandas frívolas como un medio de presión frente al Estado receptor de la inversión, se deben incluir disposiciones relacionadas con el pago de las costas. En el pasado y, de forma general, los tribunales arbitrales a menudo ordenaban a cada parte cargar con sus propias costas, independientemente del resultado del caso. Hoy en día, es preciso incluir una disposición que exija al tribunal, en general, que ordene a la parte perdedora que pague las costas del procedimiento a menos que circunstancias excepcionales requieran otra solución. Del mismo modo, también es necesario que exista una regulación clara que permita que el tribunal pueda imponer una fianza procesal para el pago de las costas.

20. Es conveniente, por último, que este procedimiento no sea visto únicamente como un arma “unilateral” en manos de los inversores³⁶. Por ello sería preciso que se permita que el Estado receptor de la inversión pueda presentar una reconvencción ante los tribunales arbitrales, si entiende que un inversor no cumple con alguna de las obligaciones que le incumben en virtud del Acuerdo concreto. En relación con esta cuestión, es importante señalar como los AII más recientes comienzan a equilibrar el contenido de los mismos, de tal manera, que no sólo los Estados tengan obligaciones en relación con la promoción y protección de las inversiones extranjeras, sino que se vienen incluyendo nuevas disposiciones que obligan a los inversores extranjeros a comprometerse a respetar la regulación del Estado de recepción de la inversión, en relación con sus actuaciones que puedan tener un impacto tanto en el ámbito laboral como medioambiental³⁷.

6. Un procedimiento más rápido y eficiente

21. Con el fin de aminorar las preocupaciones relativas a la duración y a los costos del sistema de solución de controversias inversor-Estado se prevé también la opción de adoptar un procedimiento acelerado para las demandas de menor cuantía y aquellos casos menos complejos. Y con esa misma idea se aborda la posibilidad de simplificar determinados aspectos del procedimiento: estableciendo plazos más estrictos, exigiendo a las partes y al tribunal que fijen un presupuesto al inicio del proceso, adoptando un límite máximo de costas totales y obligando al tribunal a facilitar a las partes más información en tiempo real sobre la situación del caso.

III. La reforma institucional: ¿una reforma progresiva o sistémica de la solución de controversias inversor-Estado?

22. Una vez expuestas las más importantes innovaciones procesales, que dicho sea de paso, en su gran mayoría, se han ido incluyendo ya en la regulación de los métodos de solución de controversias inversor-Estado en algunos de los AII en estos últimos años³⁸, la siguiente cuestión y punto clave de la re-

³⁶ En las observaciones del gobierno de Sudáfrica se tacha al sistema de solución de controversias de “asimétrico”, pues el Estado siempre es la parte demandada y no permite que se pueda presentar una reconvencción contra el inversor si éste incumple sus obligaciones, Observaciones del gobierno de Sudáfrica al 38º periodo de sesiones del Grupo de Trabajo III, A/CN.9/WG.III/WP.176, de 17 de julio de 2019, p.12.

³⁷ Un excelente ejemplo lo constituye el nuevo AII modelo de Marruecos, donde se obliga a los inversores a contar con un sistema de gestión ambiental y velar por los derechos humanos conforme a los principales estándares laborales y ambientales así como también las obligaciones relativas al trabajo y los derechos humanos del Estado anfitrión o del Estado de origen, no involucrarse o ser cómplices de prácticas de corrupción, cumplir o superar los estándares nacional e internacionalmente aceptados de gobernanza empresarial y por último, se espera que operen dentro de un alto nivel de prácticas socialmente responsables y que apliquen la Declaración Tripartita de Principios de la OIT sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social.

³⁸ En este sentido, véase S. SCHILL Y G. VIDIGAL, “Cutting the Gordian Knot: Investment Dispute Settlement á la Carte”, RTA Exchange, Ginebra, ICTSD y IDB, 2018, pp.4-12.

forma emprendida, es como llevar a cabo su puesta en práctica o dicho de otra manera, si la incorporación de estas soluciones debe llevar aparejada una reforma o no sistémica del modelo, rompiendo con la estructura actual ad hoc fundamentada en la utilización del arbitraje internacional, aunque sea un arbitraje profundamente modificado en sus caracteres del que venía siendo tradicionalmente utilizado en este ámbito.

23. Sin embargo, antes de contestar a esta cuestión y examinar las diferentes posiciones que abogan por la continuidad de un sistema específico de solución de diferencias inversor-Estado, sí que nos gustaría poner de manifiesto la postura especial defendida por Brasil, que supondría la eliminación de todo tipo de solución de controversias inversor-Estado y su sustitución por el arbitraje interestatal, combinado con un modelo fuerte de prevención y mitigación de controversias³⁹. Esta idea está siendo ya incorporada por parte de este Estado en sus relaciones bilaterales. En efecto, tras un proceso de estudio dentro de este país y reuniones con distintas entidades del sector privado, el gobierno brasileño comenzó a celebrar desde marzo de 2015 distintos Acuerdos de Cooperación y Facilitación de Inversiones –ACFI, en su terminología- con algunos Estados, contabilizándose hasta este momento nueve: Mozambique, Angola, México y Malawi, Chile, Perú, Colombia, Etiopía y Surinam. Estos Acuerdos son el reflejo de la creciente internacionalización de las empresas brasileñas, donde este país ya no se ve únicamente en su papel tradicional de receptor de inversiones extranjeras. El contenido de estos Acuerdos contempla un sistema singular de resolución de controversias, basado en la prevención y resolución amistosa de las mismas, mediante la creación de un ombudsman en cada Estado y un Comité conjunto de ambos países, y en último término, en un mecanismo de arbitraje interestatal⁴⁰. Además, hay que señalar que la estructura de estos ACFI ha sido tomada como modelo por parte del Protocolo de Cooperación y Facilitación de Inversiones Intra-MERCOSUR de 2017. En consecuencia, el modelo brasileño se ha regionalizado, incluyendo como característica específica que los métodos de solución de controversias son los previstos en el Protocolo de Olivos para la solución de controversias del MERCOSUR. En éste, prima el nivel interestatal con un arbitraje ad hoc, pudiendo ser posible acudir a un procedimiento de revisión permanente.

24. Centrándonos ya en la abrumadora mayoría de países que siguen abogando por la continuidad de un método específico de solución de controversias inversor-Estado, el camino a seguir cuenta con dos posturas contrapuestas, que se han visto confrontadas en las distintas reuniones del Grupo de Trabajo III de la CNUDMI. En primer lugar, algunos Estados, caso de Japón, Chile, Israel o Bahrein, defienden que es posible hacer frente a las cuestiones e inquietudes planteadas, adoptando nuevas soluciones que modifiquen el actual sistema sin romper con el mismo⁴¹. Sería algo similar a lo previsto en el Acuerdo Integral y Progresista de Asociación Transpacífico de 2018, donde se ha establecido un procedimiento de arbitraje internacional, aunque hemos de señalar que se han concertado cinco cartas bilaterales adicionales a este Tratado por parte de Nueva Zelanda con Brunei, Malasia, Perú, Vietnam y Australia, donde en relación con este último Estado se elimina la posibilidad de acudir al arbitraje inversor-Estado en todo caso, o bien con los restantes Estados se condiciona la opción del arbitraje internacional a que el Estado parte en la diferencia lo consienta de manera específica⁴². Igualmente, esta misma idea de un arbitraje muy reformado se consagra en el Acuerdo Comercial entre Estados Unidos, México y Canadá (USMCA), que viene a sustituir al TLCAN. En el mismo también se ha incluido al

³⁹ Vid. Documento presentado por el Gobierno de Brasil, de 28 de marzo de 2019, en preparación del 38º periodo de sesiones del Grupo de Trabajo III, A/CN.9/WG.III/WP.171.

⁴⁰ G. VIDIGAL Y B. STEVENS, “Brazil’s New Model of Dispute Settlement for Investment: Return to the Past or Alternative to the Future”, *Journal of World Investment & Trade*, Vol.19, 2018, pp.485-499.

⁴¹ Observaciones de los gobiernos de Chile, Israel y el Japón, en preparación del 37º periodo de sesiones del Grupo de Trabajo III, 15 de marzo de 2019, AC/CN.9/WG.III/WP.163; Observaciones del gobierno de Bahrein, en preparación del 38º periodo de sesiones del Grupo de Trabajo III, 29 de agosto de 2019, AC/CN.9/WG.III/WP.180.

⁴² Estas cartas pueden consultarse en <https://www.mfat.govt.nz/en/trade/free-trade-agreements/free-trade-agreements-in-force/cptpp/comprehensive-and-progressive-agreement-for-trans-pacific-partnership-text/#side>. Además, Nueva Zelanda, Canadá y Chile han emitido una declaración conjunta sobre el arreglo de diferencias inversor-Estado, para trabajar sobre esta cuestión e incluir la práctica futura en una posible revisión del CPTPP. Vid. esta declaración, en <https://www.mfat.govt.nz/assets/CPTPP/CPTPP-Joint-Declaration-ISDS-Final.pdf>.

arbitraje inversor-Estado para resolver las controversias en inversiones extranjeras, aunque limitado únicamente a las relaciones Estados Unidos-México⁴³.

25. Por otra parte, una posición totalmente diferente es defendida por la Unión Europea y Canadá, quienes abogan por una reforma estructural sistémica mediante la creación de un tribunal multilateral de inversiones, diseñado en dos niveles. Para la Unión Europea, además, es la opción única, una idea apoyada por la Comisaria C. M Malmström, en su discurso en Bruselas el 22 de noviembre de 2018 titulado “A Multilateral Investment Court: a Contribution to the Conversation about Reform of Investment Dispute Settlement” en donde manifiesta que “*The European Union believes that systemic reform is how we can address these concerns – and that only one of the options on the table can effectively address these concerns. That is the creation of a permanent body to resolve investment disputes – a multilateral investment court*”⁴⁴. En efecto, para la Unión Europea, los distintos problemas y cuestiones planteadas por el sistema de solución de controversias inversor-Estado en su estado actual no pueden solucionarse meramente con una reforma progresiva de determinados aspectos procesales, ya que muchas de esas cuestiones están interrelacionadas entre sí y tienen un carácter sistémico, lo que requiere una reforma institucional radical. Sólo desde esta forma de actuar todos los problemas identificados y que han de solucionarse, podrían resolverse de manera satisfactoria.

26. Se ha de señalar, por último, que junto con estas dos principales maneras de afrontar la reforma del sistema de solución de controversias inversor-Estado, hay una tercera vía que, aunque institucionalmente supone también un cambio sistémico, podríamos decir que es intermedia entre las dos anteriores, pues se defiende -China se ha convertido en su principal valedor- la adopción de un mecanismo único de apelación de los laudos, con lo que el sistema actual descentralizado de tribunales arbitrales ad hoc sería, por así decirlo, la primera instancia⁴⁵. La adopción de este mecanismo de apelación permanente tendría como objetivo terminar con las decisiones arbitrales que mantienen interpretaciones diametralmente opuestas en relación con disposiciones idénticas o muy similares contempladas en los distintos AII. Un recurso de apelación implica, por tanto, la creación de un órgano permanente con competencia para llevar a cabo una revisión sustantiva de las sentencias dictadas por los tribunales arbitrales. Este mecanismo se ha propuesto como un medio para mejorar la coherencia entre los laudos arbitrales, para corregir las decisiones erróneas de los tribunales arbitrales que actuarían como un primer nivel de resolución y, para mejorar la previsibilidad en la aplicación del Derecho internacional de inversiones.

27. Centrándonos en la propuesta realizada por parte de la Unión Europea de creación de un mecanismo multilateral permanente, hemos de remontarnos a finales de 2015 para encontrar el origen de aquella. En concreto, en noviembre de 2015 y a partir de las negociaciones que se estaban llevando a cabo para adoptar un Acuerdo de Libre Comercio entre la Unión Europea y Estados Unidos (Tratado Transatlántico de Comercio e Inversiones, comúnmente conocido por sus siglas en inglés TTIP), Europa va a abogar por un nuevo mecanismo de solución de controversias inversor-Estado a través de la puesta en marcha de un tribunal internacional permanente sobre inversiones abandonando el tradicional sistema basado en el arbitraje internacional. Desde ese momento, hemos de afirmar que para la Comisión Europea este nuevo sistema se ha convertido en un elemento clave e irrenunciable en sus negociaciones con sus contrapartes a la hora de adoptar sus Acuerdos sobre inversiones. En consecuencia, este sistema de resolución de controversias ha sido incluido ya en los textos de los Acuerdos con Canadá, Vietnam, Singapur y México. Y las negociaciones con Chile, China, Filipinas, Indonesia, Japón, Malasia, Myanmar y Túnez incluyen una propuesta similar.

28. El nuevo sistema incorporado se aleja en sus puntos fundamentales del arbitraje acercándose a un procedimiento judicial, configurándose un sistema de justicia en dos niveles: un procedimiento ante

⁴³ Anexo 14-D del USMCA: “Solución de controversias de inversión México-Estados Unidos”.

⁴⁴ Disponible en <http://trade.ec.europa.eu/doclib/html/157512.htm>.

⁴⁵ Comunicación del gobierno de China, con miras al 38º periodo de sesiones del Grupo de Trabajo III, de 19 de julio de 2019, AC/CN.9/WG.III/WP.177.

un tribunal de primera instancia y, en segundo lugar, un órgano de apelación⁴⁶. Es un sistema donde la flexibilidad, el juego de la autonomía de las partes y el carácter definitivo del laudo como características esenciales de los procedimientos arbitrales, han quedado apartadas.

29. Esta posición de la Comisión Europea de un cambio radical en sus planteamientos respecto a los métodos de solución de controversias inversor-Estado a incluir en sus Acuerdos, ha recibido un espaldarazo definitivo recientemente con el Dictamen 1/17 emitido por el TJUE el 30 de abril de 2019, en donde se declara la compatibilidad con el Derecho de la Unión Europea del mecanismo de arreglo de diferencias inversor-Estado previsto en el Acuerdo Económico y Global entre la Unión Europea y Canadá (CETA)⁴⁷, derribando, en consecuencia, el último gran obstáculo a la ratificación y entrada en vigor de la totalidad de este Acuerdo. Este dictamen se debe al compromiso adquirido para que Bélgica pudiera dar su aprobación a la firma del Acuerdo CETA, y en concreto, en el mismo se solicitó al TJUE que éste considerase si el Sistema del Tribunal Internacional de Inversiones contemplado, va en contra de las disposiciones del Derecho europeo y en particular, sobre la función del TJUE como intérprete último del Derecho de la Unión⁴⁸.

30. En el dictamen 1/17, El TJUE ha apreciado que el sistema de tribunales internacionales de inversión no vulnera la autonomía del Derecho de la Unión, es respetuoso con el principio de igualdad de trato y con la exigencia de efectividad del Derecho de la Unión, y reúne las características propias de un tribunal independiente⁴⁹.

31. En consecuencia, el arbitraje inversor-estado para los Acuerdos de inversión europeos ad-extra, no es ya una opción y puede quedar sustituido por este nuevo sistema. Se trata de un nuevo sistema que se aleja del modelo arbitral para acercarse a uno más judicial, tal y como reconoce el propio TJUE en su dictamen 1/17⁵⁰, y que formará parte, como ya lo estaba haciendo en la práctica hasta ahora, como uno de los elementos esenciales de las negociaciones con terceros Estados por parte de la Unión Europea para adoptar Acuerdos internacionales en materia de inversiones, ofreciendo a los inversores europeos una garantía procesal independiente e imparcial respecto de los tribunales estatales, convirtiéndose además, en la única vía para hacer valer el nivel de protección sustantivo otorgado en dichos Acuerdos⁵¹.

⁴⁶ P. BERNARDINI, "Reforming Investor-State Dispute Settlement: The Need of Balance of Both Parties' Interests", *ICSID Review*, n.º.1, 2017, pp.41-49; A.M. LÓPEZ RODRÍGUEZ, "El sistema de tribunales internacionales de inversión. Posibles incompatibilidades con el Derecho europeo", *Cuadernos europeos de Deusto*, n.º.57, 2017, pp.43 y ss.; K. FACH GÓMEZ, "El Tribunal Multilateral de Inversiones: ¿Un proyecto global armonizador?", en *Derecho Procesal del siglo XXI. Visión innovadora*, Medellín, Universidad de Medellín, 2018, pp.445-463.

⁴⁷ En consonancia con las conclusiones del abogado general, Yves Bot, presentadas el 29 de enero de 2019, ECLI:EU:C:2019:72.

⁴⁸ Solicitud de dictamen presentada por el Reino de Bélgica en virtud del artículo 218 TFUE, apartado 11, DOUE C 369, de 30 de octubre de 2017, pág.2. El veto del Parlamento regional de Valonia (Bélgica), que como los restantes Parlamentos regionales de ese Estado posee competencia de acuerdo con el Ordenamiento interno para la aprobación de los Acuerdos internacionales que vinculan al Estado belga, supuso la suspensión del acto oficial de firma del Acuerdo por parte de los representantes europeos y del gobierno canadiense. Sólo una negociación "express", en la que se llegó a un compromiso interno entre el gobierno federal belga y los gobiernos regionales, luego aceptado por las autoridades europeas, de presentar esta solicitud de dictamen al TJUE, permitió que posteriormente se firmase este Acuerdo el 30 de octubre de 2016 por los representantes de ambas partes.

⁴⁹ Dictamen 1/17 del TJUE, de 30 de abril de 2019, EU:C:2019:341. Vid. Sobre el mismo, I. RODRÍGUEZ ROBLERO, "La solución de diferencias entre inversores y Estados dentro del Acuerdo Económico y Comercial Global entre Canadá y la Unión Europea conforme al Dictamen 1/17 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 30 de abril de 2019", *Unión Europea Aranzadi*, n.º.7, 2019.

⁵⁰ Dictamen 1/17 del TJUE, de 30 de abril de 2019, cit., apdo.108.

⁵¹ El sistema de tribunales internacionales de inversión tiene carácter obligatorio para ambas partes, desde el momento en que el inversor quiera hacer valer directamente las disposiciones del CETA o las de cualquier otro Acuerdo donde se contemple el mismo. Así lo reconoce el TJUE en su dictamen 1/17, cit., apdo. 198: "Por lo que se refiere al carácter obligatorio de la competencia de esos tribunales, debe señalarse que dicha competencia se impondrá no solamente al demandado, que deberá aceptarla en virtud del artículo 8.25 del CETA, sino también al inversor demandante, en el supuesto de que este pretenda invocar directamente las disposiciones del CETA. En efecto, puesto que el artículo 30.6 del CETA priva a los inversores de la posibilidad de invocar directamente este Acuerdo ante los órganos jurisdiccionales internos de las Partes, toda acción basada directamente en las disposiciones de ese Acuerdo deberá ejercitarse ante el Tribunal del CETA. A continuación, cualquier recurso contra la resolución de ese Tribunal deberá interponerse ante el Tribunal de Apelación del CETA".

32. Esta idea de rechazo del arbitraje inversor-estado en Europa, además, con anterioridad y, para los Acuerdos de inversión europeos ad-intra, ya había sido expresada por parte del TJUE en su famosa sentencia *Achmea*, de 6 de marzo de 2018, donde se señaló la incompatibilidad de las cláusulas de arbitraje inversor-Estado contenidas en estos Acuerdos Internacionales sobre Inversiones con el Derecho europeo⁵². Tras esta decisión, la Comisión europea ha defendido que los inversores europeos no pueden recurrir a los tribunales arbitrales establecidos por esos Acuerdos bilaterales intra-UE ni, en caso de litigios dentro de la UE, a los tribunales arbitrales establecidos en virtud del Tratado sobre la Carta de la Energía⁵³. Sin embargo, hasta ahora, los tribunales arbitrales, enfrentados con la objeción planteada a su competencia, basada en la decisión del TJUE en este caso, han confirmado su competencia, razonando en términos de falta de primacía del Derecho europeo respecto del Derecho internacional y en el carácter multilateral tanto del Tratado de la Carta de la Energía como de la Convención de Washington por la que se crea el CIADI⁵⁴.

33. La intención de la Comisión Europea siempre ha sido que el nuevo sistema de resolución de controversias inversor-Estado incluido en sus Acuerdos internacionales sobre inversiones que ya ha negociado y en los que está negociando, tenga un alcance global⁵⁵. Esta idea quedaba clara cuando se lee la Declaración interpretativa conjunta de Canadá y la Unión Europea y sus Estados miembros sobre el Acuerdo CETA: “*el AECG representa un cambio importante y radical en las normas de inversión y la solución de diferencias. Establece las bases para seguir desarrollando con el esfuerzo multilateral este nuevo planteamiento sobre la solución de diferencias en materia de inversiones por parte de un tribunal multilateral sobre inversiones. La UE y Canadá trabajarán con diligencia con vistas a la creación de dicho tribunal multilateral sobre inversiones, que deberá crearse una vez exista una masa crítica de participantes y deberá sustituir inmediatamente a los sistemas bilaterales como el del AECG y estar plenamente abierto a la adhesión de cualquier país que suscriba los principios de base*”⁵⁶.

34. La postura defendida por Europa dentro de la CNUDMI, en consecuencia, tal y como hemos señalado, aboga por la creación un tribunal multilateral de inversiones. Una idea que tiene su fundamento tanto en la Recomendación de Decisión del Consejo por la que se autoriza la apertura de negociaciones sobre un Convenio relativo al establecimiento de un tribunal multilateral para la solución de diferencias en materia de inversiones del año 2017⁵⁷, como en las Directrices de negociación para un Convenio relativo al establecimiento de un tribunal multilateral para la solución de diferencias en materia de inversiones, de 20 de marzo de 2018⁵⁸. Y en este mismo sentido, la decisión del TJUE en el dictamen 1/17 supone un reforzamiento muy importante de la idea de crear un tribunal multilateral de

⁵² STJUE de 6 de marzo de 2018, asunto C-284/16, *Slowakische Republik/Achmea BV*. Vid. sobre la misma, I. IRURETAGOiena AGIRREZABALAGA, “La sentencia del TJUE en el asunto *Achmea*: el adiós del arbitraje de inversiones de los APRI intra-UE en la Unión Europea (y algo más)”, *La Ley Unión Europea*, 60, 2018; I. HUALDE LOPEZ Y V. SANCHEZ POS, “El arbitraje de inversión en España tras la reciente doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, nº 2, 2018, pp. 666-672.

⁵³ Comunicación al Parlamento y al Consejo sobre la protección de la inversión intra-UE, de 19 de julio de 2018, COM (2018) 547 final, pág.29-30. A esta Comunicación le ha seguido el compromiso de 16 de enero de 2019 de los Estados miembros de la Unión Europea para la terminación de los AII intra-UE, así como el de esta misma fecha de la gran mayoría de ellos, para considerar que el ECT (Tratado de la Carta de la Energía) no pueda servir de fundamento para iniciar un arbitraje entre inversores de la UE y Estados miembros. Estos compromisos pueden consultarse en la dirección electrónica: https://ec.europa.eu/info/publications/190117-bilateral-investment-treaties_en.

⁵⁴ Entre otros casos, *Vatenfall c. Alemania*, *UP c. Hungría*, *Masdar Solar c. España*, *Foresight Luxembourg c. España* y *Belenergia c. Italia*.

⁵⁵ Vid. Sobre esta cuestión, B. PEREZ DE LAS HERAS Y J. LARENA BELDARRAÍN, “¿Hacia un tribunal multilateral de inversiones? Propuestas de la Unión Europea para reformar la resolución internacional de conflictos”, *Revista Aranzadi Unión Europea*, nº.8, 2018, pp.97-114; G. ZARRA, “The New Investor-State Dispute Settlement Mechanisms Proposed by the EU and the Geneva Centre for International Dispute Settlement. A Step forward or a Hasty Reform?”, *Studi sull'integrazione europea*, nº.2, 2018, pp.389-412.

⁵⁶ <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-13541-2016-INIT/es/pdf>.

⁵⁷ COM (2017) 493 final. Vid. sobre la misma, S. DI BENEDETTO, “La proposta europea di una Corte multilaterale sugli investimenti: tra critiche all'attuale sistema di ISDS e rischi di future inefficienze”, *federalismi.it.*, nº.6, 2018, pp.10-13.

⁵⁸ 12981/17 ADD 1 DCL 1.

inversiones a imagen y semejanza del modelo de tribunales internacionales de inversión establecido a nivel europeo para sus Acuerdos de inversiones ad-extra. En este sentido es muy relevante lo declarado por parte del TJUE al señalar que “*de estos elementos resulta que el Derecho de la Unión no se opone a que el capítulo ocho, sección F, del CETA prevea la creación de un Tribunal, un Tribunal de Apelación y, posteriormente, un Tribunal Multilateral sobre Inversiones ni a que aquel les atribuya la competencia para interpretar y aplicar las disposiciones del acuerdo a la luz de las normas y principios del Derecho internacional aplicables entre las Partes*”⁵⁹.

35. La idea de la Unión Europea es que este nuevo sistema se parezca en sus puntos esenciales a lo ya previsto en el CETA y los otros Acuerdos ya adoptados con Vietnam, Singapur y México, aunque claro está, dada la naturaleza bilateral de este último, han de cambiarse algunas cuestiones que tuvieran en cuenta la multilateralidad de este tribunal⁶⁰. Partiendo de la idea de que se deberían de incluir medios de resolución de controversias alternativos previos como la mediación, el mecanismo permanente tendría, por tanto, dos niveles de resolución. Un tribunal de primera instancia que enjuiciaría el caso que se le presentase, investigaría los hechos y aplicaría la legislación aplicable, y un tribunal de apelación que conocería de los recursos procedentes de primera instancia.

36. Entre los puntos esenciales que deberían de regularse se encontrarían: el diseño de un método para la designación y composición de los miembros de este tribunal multilateral ampliando lógicamente, su ámbito geográfico y tomando en consideración la diversidad de sexos, que esté dominado por los principios de consistencia y transparencia para garantizar la independencia y la imparcialidad. La actuación de los miembros del tribunal habría de ser a tiempo completo, siendo necesario determinar cuál ha de ser su tipo de remuneración. El establecimiento de unos estrictos requisitos éticos a los que estarían sometidos los miembros de este tribunal, así como especificar de forma clara las cualificaciones precisas de éstos. La inclusión de mecanismos que garanticen el control interpretativo de los AIIs por parte de los Estados contratantes ya sea, mediante interpretaciones vinculantes realizadas por órganos conjuntos, o mediante la posibilidad de participación de un Estado no contendiente parte del Acuerdo. La adopción de un procedimiento con total transparencia y que permita la participación de terceros no contendientes del tipo “amicus curiae”. También se señala, como una innovación, que podría contemplarse la posibilidad de que este tribunal multilateral también pueda resolver las controversias interestatales. Habría de estudiarse, igualmente, la asignación de los costes económicos derivados del funcionamiento del tribunal, que podría plantearse en forma de cuotas a pagar por los Estados parte en este mecanismo. Por último, tendría que evaluarse un régimen que permitiese el reconocimiento y ejecución de las decisiones adoptadas en todos los Estados contratantes del Acuerdo, aunque sobre esta última cuestión, la Unión Europea considera que, a su parecer, podría estimarse que las decisiones emitidas por este tribunal son laudos dictados por un órgano arbitral permanente, lo que permitiría su reconocimiento y ejecución mediante la Convención de Nueva York de 1958⁶¹.

37. Este tribunal multilateral resolvería las controversias tanto respecto a los existentes Acuerdos Internacionales como los futuros que se lleguen a celebrar. En el caso de la Unión Europea, la idea es que sustituya a los distintos tribunales internacionales de inversiones diseñados de una manera similar que se han ido incluyendo en los distintos Acuerdos bilaterales hasta ahora adoptados. Para lograr este objetivo de tener un amplio ámbito de aplicación, podría ser posible utilizar un modelo similar al contemplado en la Convención de Mauricio sobre la transparencia en los arbitrajes entre inversionis-

⁵⁹ Dictamen 1/17 del TJUE, de 30 de abril de 2019, cit., apdo.118. El subrayado es nuestro.

⁶⁰ Véase esta posición en el documento presentado por la Unión Europea y sus Estados miembros al Grupo de Trabajo III de la CNUDMI, de 18 de enero de 2019, titulado “Creación de un mecanismo permanente para la solución de controversias internacionales en materia de inversiones”, para el 37º periodo de sesiones, A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1.

⁶¹ En un sentido totalmente contrario a lo mantenido por la Unión Europea se han manifestado anteriormente, C.N. BROWER Y J. AHMAD, “From the Two-Headed Nightingale to the Fifteen-Headed Hydra: The Many Follies of the Proposed International Investment Court”, *Fordham International Law Journal*, nº.4, 2017, pp.805-808; P. BERNARDINI, “Reforming Investor-State Dispute Settlement...”, *opc.it.*, p.49. La eliminación de la autonomía de las partes en la designación de los miembros del tribunal como atributo esencial del arbitraje, es la clave de estas posiciones.

tas y Estados en el marco de un tratado, de tal manera que una controversia relativa a un Tratado ya existente entre dos países sería conocida por este tribunal multilateral si ambos Estados fuesen Estados contratantes del Acuerdo por el que se crea este tribunal multilateral de inversiones y ambos países no han declarado que dicho Tratado sobre inversiones no quede sometido a este nuevo tribunal multilateral.

IV. El centro de asesoramiento como punto de encuentro de las diferentes posiciones contrapuestas

38. En lo que parece cada vez existir un importante y creciente apoyo por parte de los distintos Estados es en la necesidad de establecer un Centro de asesoramiento sobre el Derecho internacional de inversiones, similar al del Centro de Asesoría Legal en Asuntos de la OMC⁶². Este último, fue adoptado en 2001 y tiene tres funciones principales: a) asesoramiento jurídico sobre el Derecho de la OMC, b) apoyo durante el procedimiento de solución de diferencias de la OMC, y c) capacitación de funcionarios públicos⁶³.

39. La idea actual en las negociaciones dentro del Grupo de Trabajo III de la CNUDMI consiste en que la creación de este Centro de Asesoramiento sea posible con independencia de que la reforma final de la estructura del sistema de solución de controversias inversor-Estado, se produzca de una manera sistémica o no⁶⁴. Su establecimiento tendría como más importante objetivo prestar el apoyo necesario a los países menos desarrollados cuando se ven envueltos como demandados en una controversia de este tipo⁶⁵ y, también si se considerase oportuno, a las pymes y a las personas físicas cuando actúen como demandantes. Entre sus funciones se encontrarían:

- a) La asistencia en la organización de la defensa, ayudando a los Estados en la preparación de la defensa en las controversias suscitadas, incluyendo la evaluación prima facie de los puntos fuertes y débiles del caso. También podría realizarse por parte del Centro, una evaluación temprana de los riesgos que supone la demanda concreta para así determinar la estrategia a seguir, siendo posible aconsejar el uso de medios alternativos de solución de controversias como la mediación.
- b) El apoyo durante los procesos de solución de controversias, prestando dicha ayuda en distintos aspectos, como serían la selección y nombramiento de los decisores, asesoramiento y apoyo en el caso de recusación de un árbitro, y asistencia para la contratación de abogados y nombramientos de expertos. También se incluiría en dicho apoyo, ayudar a los equipos de defensa a que los escritos presentados tengan un nivel de calidad importante en su redacción. Por último, también proporcionaría ayuda a la asistencia letrada en las audiencias orales en la defensa de los argumentos esgrimidos por la parte estatal.
- c) Un servicio de asesoramiento en cualquier momento, que permitiría la posibilidad de asistir a los Estados para evaluar y en su caso modificar el texto de sus Acuerdos, ayudar a los Estados a establecer sistemas de detección temprana y prevención de controversias, así como organismos de coordinación que resuelvan mediante respuestas adecuadas las controversias en una fase inicial al mismo tiempo que, pudiera evaluar si la medida objeto de la controver-

⁶² Así se desprende de los documentos presentados al 38 ° periodo de sesiones del Grupo III, por parte de Marruecos, Tailandia, Costa Rica, Turquía, Corea del Sur y La Unión Europea y sus Estados miembros.

⁶³ A. MANERO SALVADOR, “El Centro de asesoramiento legal en asuntos de la organización mundial del comercio”, en *Temas actuales de Derecho Comercial*, Lima, Normas Legales, 2004, pp.925-937.

⁶⁴ Véase el Documento presentado por la Secretaría titulado “Centro de Asesoramiento”, de 25 de julio de 2019, A/CN.9/WG.III/WP.168.

⁶⁵ En este sentido, K. SAUVANT, se muestra especialmente favorable a la creación de un Centro de este tipo ya que “*establishing an Advisory Centre on International Investment Law would be very desirable. It could be an independent international institution tasked with assisting under-resourced developing countries in defending themselves adequately in international investment disputes*”, “The Case for an Advisory Centre on International Investment Law”, *Kluwer Arbitration Blog*, 17 de octubre de 2019, disponible en <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/10/17/the-case-for-an-advisory-centre-on-international-investment-law/>.

sia pudiera suponer un incumplimiento de alguna de sus obligaciones convencionales. Este servicio de asesoramiento también permitiría la posibilidad de habilitar vías alternativas de solución de controversias, así como el fortalecimiento de la capacidad e intercambio de las mejores prácticas en este ámbito.

- d) El establecimiento de servicios de solución de controversias por vías alternativas para contribuir a encontrar soluciones tempranas a las controversias. Ello podría potenciarse, sobre todo, en el periodo previsto de manera obligatoria en muchas cláusulas de AIIs de realización de negociaciones previas y posible acuerdo mediante una solución amistosa. Las funciones del Centro de asesoramiento en este caso podrían ser amplias, como puede ser el llevar a cabo todo el proceso de solución de controversias por vía alternativa, hasta más restringidas de tal manera que únicamente mantendría una lista de expertos disponibles para actuar como mediadores al comienzo del proceso. El Centro de asesoramiento también contribuiría a que los métodos alternativos de solución de controversias se apliquen debidamente, lo que constituye un requisito indispensable para los funcionarios públicos encargados de negociaciones que están sometidos a escrutinio público. Esto les ayudaría a resolver las controversias sin temor a ser objeto de críticas públicas o denuncias de corrupción.
- e) Por último, el Centro de asesoramiento sería también un foro permanente para la capacitación de funcionarios públicos y un medio de intercambio de toda la información existente para ayudar a los Estados en materia de inversiones internacionales.

40. Con la creación de este Centro de asesoramiento se da respuesta a algunas de las críticas planteadas, especialmente, en relación con el coste y duración de los procedimientos, que suponen una carga financiera excesiva para las partes, especialmente para los países en desarrollo. Primero, porque sus actividades fomentan y desarrollan la prevención de controversias, solucionándolas sin llegar al nivel litigioso. Igualmente, porque al apoyar soluciones alternativas como la mediación, también ahorra costes y duración en los procedimientos, además de permitir mantener las relaciones a largo plazo entre el inversor y el Estado receptor de la inversión. Pero además con una mejor organización de la defensa, se coordinan de manera eficiente los distintos organismos estatales que se ven envueltos en una controversia de este tipo, lo que repercute directamente en la duración del procedimiento y como fácilmente se puede deducir, a menor duración, menores costes.

41. Por otra parte, también con la creación de este Centro de Asesoramiento se incentivaría el derecho al acceso a la justicia -pensemos en las pymes y personas físicas como demandantes- y, por último, mediante la labor de asistencia a los Estados en la mejora en la redacción y contenido de sus Acuerdos internacionales, podría lograrse una mayor corrección y uniformidad en los fallos de los órganos decisores en un futuro.

42. Teniendo presente que este Centro habría de prestar sus funciones de forma competente e independiente, sin ninguna influencia política, las cuestiones que plantea la creación de un Centro de este tipo y que han de ser solucionadas son de distinta índole. Entre ellas cabe destacar, en primer lugar, su posible forma y estructura, determinando si será o no un órgano independiente de una institución, o si puede adoptar la forma de una organización intergubernamental con independencia jurídica, o como fondo fiduciario. Y, en segundo lugar, la financiación necesaria para el funcionamiento de dicho Centro, la cual vendría ciertamente influenciada en gran medida por la estructura elegida, los beneficiarios posibles de sus funciones, así como su ubicación en un solo lugar o a nivel regional.

LA DISCIPLINA INTERNAZIONALE PRIVATISTICA ITALIANA DELLA PROTEZIONE DEGLI ADULTI ALLA LUCE DI UNA RECENTE PRONUNCIA

A RECENT DECISION INVOLVING THE ITALIAN RULES OF PRIVATE INTERNATIONAL LAW ON THE PROTECTION OF ADULTS

PIETRO FRANZINA

Professore ordinario nell'Università Cattolica del S. Cuore (Milano)

Recibido: 14.11.2019 / Aceptado: 21.11.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5186>

Riassunto: Una recente pronuncia del Tribunale di Belluno offre l'occasione per discutere le difficoltà che circondano l'applicazione delle norme italiane di diritto internazionale privato relative alla protezione delle persone maggiorenni che, a causa di un'un' infermità o di menomazioni psichiche o fisiche, non sono in grado di provvedere ai propri interessi. Investito di un'istanza per la nomina di un amministratore di sostegno, il Tribunale ha affermato la sussistenza della giurisdizione italiana in ragione del fatto che la beneficiaria della misura di protezione –una cittadina macedone– aveva la propria residenza in Italia; circostanza rilevante, si legge nel provvedimento, tanto ai sensi dell'art. 3 quanto ai sensi dell'art. 9 della legge italiana di diritto internazionale privato (legge n. 218/1995), le norme generali riguardanti, rispettivamente, la giurisdizione contenziosa e quella volontaria. Quanto alla legge applicabile, il Tribunale ha innanzitutto rilevato che l'art. 43 della legge italiana di diritto internazionale privato richiama la legge nazionale della persona di cui trattasi, cioè, nella specie, la legge macedone. Si è dunque preoccupato di accertare se le norme macedoni sui conflitti di leggi richiassero una legge diversa, ed è giunto alla conclusione che queste rinviassero nel caso di specie alla legge italiana. Anche il diritto internazionale privato macedone assoggetta in via ordinaria la protezione degli adulti alla legge del paese di cittadinanza dell'interessato, ma esiste nel sistema macedone una clausola di eccezione di carattere generale che, in un caso come quello considerato, interamente collegato con l'Italia (a parte la cittadinanza della beneficiaria) corregge il richiamo predetto e riconduce la fattispecie sotto il diritto italiano. Da qui, in forza dell'art. 13 della legge italiana di diritto internazionale privato, in tema di rinvio, l'applicabilità del diritto italiano. L'articolata argomentazione che sorregge la pronuncia, in sé convincente, mette in luce le ragioni per le quali l'assetto normativo attuale appare inadeguato a soddisfare gli interessi che oggi dominano la materia, quali risultano in particolare dalla Convenzione delle Nazioni Unite del 2006 sui diritti delle persone con disabilità. La ratifica italiana della Convenzione dell'Aja del 2000 sulla protezione internazionale degli adulti comporterebbe, si sostiene nell'articolo, vantaggi significativi.

Parole chiave: disabilità, capacità, supporto nella assunzione di decisioni, competenza giurisdizionale, procedimenti contenziosi e volontari, legge applicabile, rinvio, clausola di eccezione.

Abstract: A recent decision by the Tribunal of Belluno provides the opportunity to discuss the difficulties that surround the application of the Italian rules of private international law concerning the protection of adults who, by reason of an impairment or insufficiency of their personal faculties, are not

in a position to protect their interests. Seised of a request for the appointment of an “amministratore di sostegno” (a person charged with assisting the adult concerned in the taking of particular decisions), the Tribunal found it had jurisdiction on the ground that the person for whom the protection was sought – a national of Macedonia – resided in Italy. As noted by the Tribunal, this provided a sufficient basis for jurisdiction under both Article 3 and Article 9 of the Italian Statute on Private International (Law No 218 of 1995), concerning jurisdiction over contentious and non-contentious proceedings, respectively. As regards the applicable law, the Tribunal observed at the outset that, pursuant to Article 43 of the Italian Statute, the protection of adults is governed by the law of the State of nationality of the adult concerned, that is, in the circumstances, the law of Macedonia. The Tribunal went on to assess whether the conflict-of-laws rules in force in Macedonia refer, in turn, to the law of the different country, and found that they refer the matter back to Italian law. Like the Italian Statute, the Macedonian Statute of Private International Law provides that the protection of adults be governed by the law of nationality of the adult in question. However, the Macedonian Statute includes a general exception clause pursuant to which, in the Tribunal’s view, the case must rather be considered to be governed by Italian law, given that the case is connected with Italy in all respects, apart from the nationality of the person concerned. Hence, according to Article 13 of the Italian Statute, on *renvoi*, the application of Italian law. The Tribunal’s complex reasoning, while persuasive in itself, illustrates the reasons why the current legal landscape hardly suits the interests underlying this area of law, in particular as they result from the United Nations Convention on the rights of persons with disabilities of 2006. The paper argues that the picture would significantly improve if Italy ratified the Hague Convention of 2000 on the international protection of adults.

Keywords: disability, capacity, assisted decision-making, jurisdiction, contentious and non-contentious proceedings, applicable law, *renvoi*, exception clause.

Sommario: I. Il diritto internazionale privato della protezione degli adulti nella giurisprudenza italiana. – II. Il decreto del Tribunale di Belluno del 1° agosto 2019. – III. Le norme regolatrici della giurisdizione e il loro coordinamento. – IV. La disciplina dei conflitti di leggi e, in particolare, il rinvio: l’applicazione delle norme di conflitto dell’ordinamento richiamato, fra prossimità geografica e considerazioni materiali. – V. Le criticità del quadro attuale e i vantaggi offerti dalla ratifica italiana della Convenzione dell’Aja sulla protezione internazionale degli adulti.

I. Il diritto internazionale privato della protezione degli adulti nella giurisprudenza italiana

1. Le statistiche del Ministero della Giustizia indicano che nel 2018 sono stati instaurati in Italia 54.135 nuovi procedimenti per la nomina di amministratori di sostegno, e che alla fine dello stesso anno risultavano aperte, in totale, 267.363 amministrazioni.¹

Pur in mancanza di dati specifici, è ragionevole supporre che una parte non trascurabile di queste procedure riguardi situazioni caratterizzate da elementi di internazionalità. In un paese in cui risiedono 5.255.503 stranieri, pari a circa l’8,7% della popolazione,² le esigenze che l’istituto dell’amministrazione di sostegno è inteso a soddisfare sono verosimilmente destinate ad insorgere con una frequenza non irrilevante anche in relazione a persone straniere.

La cittadinanza straniera del beneficiario, del resto, non è l’unico fattore capace di connotare in senso internazionale la protezione di un adulto. Sorgono questioni di diritto internazionale privato anche in relazione alla protezione di un cittadino italiano quando questi risieda all’estero o possieda all’estero dei beni di cui debba essere assicurata l’amministrazione. Eventualità, queste, non rare. Basti pensare che

¹ <http://webstat.giustizia.it>. Non è agevole determinare il numero complessivo delle procedure di protezione a favore di persone maggiorenni, comprensivo di tutele e curatele, attualmente aperte in Italia. Indicazioni di carattere tendenziale emergono da altre evidenze statistiche (come quelle raccolte nel documento *10 anni di amministrazione di sostegno a Genova*, del 2014, reperibili nel sito <http://www.ufficijudiziari.genova.it>), da cui emerge una sostanziale caduta in desuetudine dell’istituto della curatela e una drastica riduzione del numero delle nuove interdizioni.

² <http://dati.istat.it>.

l'Anagrafe degli Italiani residenti all'estero, stando a dati riferiti al 2017, conta ben 5.114.469 iscritti,³ e che il valore complessivo dei beni detenuti all'estero da contribuenti italiani, quale risulta dalle dichiarazioni ricevute dall'amministrazione finanziaria nello stesso 2017, ammonta a 217,7 miliardi di Euro.⁴

2. Appare sorprendente, per quanto appena osservato, lo scarso numero di provvedimenti pubblicati in cui vengano trattate e decise questioni internazionalprivatistiche in tema di protezione dei maggiorenni.⁵

II. Il decreto del Tribunale di Belluno del 1° agosto 2019

3. Alla luce delle considerazioni che precedono riveste uno speciale interesse la pronuncia con cui, il 1° agosto 2019, il Tribunale di Belluno, chiamato a nominare un amministratore di sostegno a una cittadina macedone, ha affrontato in modo articolato i problemi di diritto internazionale privato suscitati dai provvedimenti concernenti la protezione di un adulto.⁶

4. Il giudice si è soffermato, innanzitutto, sul provvedimento di nomina di un amministratore di sostegno provvisorio da esso precedentemente emanato nel quadro del medesimo procedimento. In relazione a tale misura, il giudice rileva, retrospettivamente, che la giurisdizione italiana sussisteva in forza dell'art. 44 della legge 31 maggio 1995 n. 218, di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato, nella parte in cui abilita il giudice ad adottare le misure che risultano "necessarie per proteggere, in via provvisoria e urgente, la persona o i beni dell'incapace che si trovino in Italia". Invero, si sottolinea nel decreto, la beneficiaria della misura risultava non solo presente, ma senz'altro residente in Italia all'epoca dell'istanza di nomina.

L'applicazione del diritto italiano alle misure a carattere provvisorio per la protezione di un maggiorenne riposa sull'art. 43, secondo periodo, della stessa legge n. 218/1995, secondo cui il giudice italiano "può adottare le misure previste dalla legge italiana" quando si tratti, per l'appunto, di "proteggere in via provvisoria e urgente la persona o i beni dell'incapace". La parola "incapace", come già affermato in giurisprudenza,⁷ deve qui intendersi riferita, genericamente, al soggetto passivo della procedura, cioè alla persona in favore della quale viene sollecitata l'adozione delle misure in discorso, e abbraccia dunque anche la persona a favore della quale si prospetti l'adozione di misure di sostegno, quale che sia l'incidenza di dette misure sulla capacità.

5. Chiarito questo punto, il Tribunale è passato ad interrogarsi sulla sussistenza della giurisdizione italiana ad adottare misure di protezione di carattere non urgente né provvisorio, consistenti, nella specie, nella nomina di amministratore di sostegno "definitivo", cioè investito di un incarico di durata indeterminata. La giurisdizione è stata ritenuta sussistente in considerazione della residenza della beneficiaria in Italia.

La residenza in Italia, si osserva nel decreto, funge da criterio attributivo della giurisdizione tanto in base all'art. 9 quanto in base all'art. 3 della legge n. 218/1995. Sono queste, come è noto, le disposizioni che determinano in via generale l'ambito della giurisdizione italiana nei procedimenti che rivestono, rispettivamente, natura volontaria e contenziosa.⁸

³ <http://ucs.interno.gov.it>.

⁴ C. DELL'OSTE, G. PARENTE, "Conti, case e azioni: quanto vale il tesoro all'estero degli italiani", in *Il Sole 24 Ore*, 21 agosto 2018, <https://www.ilsole24ore.com>.

⁵ Sotto il vigore della riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato, il problema della giurisdizione e della legge applicabile in materia di protezione degli adulti sembrerebbe essere stato affrontato in modo specifico solo da Trib. Pordenone, 7 marzo 2002, in *Corriere giuridico*, 2002, p. 773 ss., Trib. La Spezia, 10 marzo 2011, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2011, I, p. 815 ss., e in Trib. Verona, 11 marzo 2011, in *Famiglia e diritto*, 2012, p. 191 ss.

⁶ Il testo della pronuncia è riprodotto all'indirizzo https://news.ilcaso.it/news_6810.

⁷ Trib. La Spezia, 10 marzo 2011, cit.

⁸ Ai sensi dell'art. 9, con riguardo ai provvedimenti cautelari la giurisdizione italiana sussiste, "oltre che nei casi specificamente contemplati dalla presente legge e in quelli in cui è prevista la competenza per territorio di un giudice italiano, quando

6. Il diritto applicabile alla sostanza della protezione è stato individuato dal Tribunale nel diritto italiano. Dopo aver rilevato che l'art. 43 della legge n. 218/1995 richiama a questo fine la legge nazionale della persona interessata, cioè la legge macedone, il giudice ha infatti ritenuto – agli effetti dell'art. 13 della medesima legge n. 218/1995 – che le norme macedoni sui conflitti di leggi comportassero nel caso di specie un rinvio c.d. indietro al diritto italiano. È vero che in tema di protezione dei maggiorenni le norme macedoni richiamano in via ordinaria la legge nazionale del beneficiario, il che sembrerebbe escludere in partenza la configurabilità di un rinvio. Nel sistema macedone di diritto internazionale privato, tuttavia, vige una clausola di eccezione di carattere generale che permette di correggere il funzionamento delle regole speciali sui conflitti di leggi allorché la fattispecie risulti collegata in modo chiaramente più stretto con un paese diverso da quello designato da dette regole. Il Tribunale di Belluno, reputando che la situazione fosse più strettamente collegata con l'Italia, anche avuto riguardo all'interesse della beneficiaria, ha valutato che il diritto internazionale privato macedone rinviasse, nella specie, al diritto italiano. Ha dunque concluso per l'applicazione della legge italiana ai sensi dell'art. 13, comma 1, lett. b), della legge n. 218/1995, secondo cui, quando risulta richiamata una legge straniera, “si tiene conto del rinvio operato dal diritto internazionale privato straniero alla legge di un altro Stato ... se si tratta di rinvio alla legge italiana”.

III. Le norme regolatrici della giurisdizione e il loro coordinamento

7. Nella parte in cui tratta della giurisdizione in materia di protezione di persone maggiorenni, il provvedimento bellunese dà conto, senza scioglierlo, di un dubbio ricostruttivo suscitato dall'art. 44 della legge n. 218/1995. La disposizione stabilisce al 1° comma che, in materia di protezione dei maggiori d'età, la giurisdizione italiana “sussiste, oltre che nei casi previsti dagli articoli 3 e 9, anche quando esse si rendono necessarie per proteggere, in via provvisoria e urgente, la persona o i beni dell'incapace che si trovino in Italia”.

Nel caso di specie, come detto, non si trattava di adottare delle misure di carattere provvisorio e urgente (misure del restogià prese nel quadro del procedimento), ma di emettere una statuizione ferma, nominando un amministratore a tempo indeterminato.

8. Dell'art. 44 veniva dunque in considerazione l'inciso che richiama gli articoli 3 e 9 della stessa legge n. 218/1995. La norma non specifica come i criteri della giurisdizione contenziosa dell'art. 3 si rapportino a quelli stabiliti per la giurisdizione volontaria dall'art. 9 quando si tratta di adottare provvedimenti per la protezione degli adulti. È ragionevole ipotizzare che il richiamo congiunto alle due disposizioni indicate da ultimo non renda operanti in modo indistinto, per qualsivoglia misura di protezione, i criteri della giurisdizione contenziosa e quelli della giurisdizione volontaria. Si deve credere, semmai, che i primi valgano per i procedimenti di natura contenziosa e i secondi per quelli di natura volontaria. Diventa allora essenziale tracciare il discrimine fra i procedimenti del primo tipo e quelli del secondo tipo agli effetti dell'accertamento della giurisdizione italiana.

9. La risposta risultava indifferente ai fini del caso sottoposto al giudice di Belluno, giacché, come accennato, la residenza italiana della beneficiaria bastava a radicare la giurisdizione italiana sotto il regime dell'art. 3 come sotto il regime dell'art. 9. Facendo astrazione del caso di specie, tuttavia, possono darsi dei casi in cui la qualificazione della domanda comporti conseguenze pratiche di rilievo, dato che i criteri contemplati dalla prima delle due norme non coincidono con quelli previsti dalla seconda.

10. I dubbi interpretativi suscitati dal richiamo agli articoli 3 e 9 della legge riflettono il contrasto di opinioni che si registra nella dottrina processualcivile e nella giurisprudenza concernente le amministrazioni di respiro esclusivamente interno in ordine alla natura – contenziosa o volontaria,

il provvedimento richiesto concerne un cittadino italiano o una persona residente in Italia o quando esso riguarda situazioni o rapporti ai quali è applicabile la legge italiana”. L'art. 3, per la parte che qui rileva, prevede che la giurisdizione italiana sussista, in particolare, “quando il convenuto è domiciliato o residente in Italia o vi ha un rappresentante che sia autorizzato a stare in giudizio a norma dell'articolo 77 del codice di procedura civile”, nonché “in base ai criteri stabiliti per la competenza per territorio”.

appunto – del procedimento diretto alla nomina di un amministratore. Le esitazioni non riguardano gli atti senz'altro gestori – ad esempio di vigilanza dell'operato dell'amministratore o di sostituzione dello stesso – che il giudice tutelare è chiamato a compiere dopo l'apertura della procedura, finché questa è in corso. Le difficoltà riguardano le decisioni istitutive dell'amministrazione e quelle che vi pongono fine.

Una prima opinione, seguita da una parte della giurisprudenza,⁹ colloca l'apertura dell'amministrazione di sostegno nell'alveo della giurisdizione volontaria. La nomina di un amministratore, si osserva, non ha effetti ablativi della capacità d'agire ma punta piuttosto ad affiancare al beneficiario una persona incaricata di assisterlo nel compimento di determinati atti.¹⁰ A differenza di quanto avviene per l'interdizione, comunemente ascritta al *genus* della cognizione,¹¹ l'attività del giudice conserverebbe, nell'amministrazione di sostegno, un carattere fundamentalmente gestorio. Ne è prova il fatto che il procedimento segue le forme del rito camerale, e che la legge annovera l'interessato fra i legittimati a richiedere la nomina di un amministratore. Elementi, questi, che segnalerebbero come il giudice, chiamato a nominare un amministratore, non intervenga per dirimere un contrasto di posizioni circa la capacità della persona da proteggere, ma per organizzare la protezione degli interessi di quest'ultima.¹²

Contro questa ricostruzione si è fatto valere che anche la nomina di un amministratore di sostegno comporta una compressione della autonomia dell'interessato, sia pure diversa, per impostazione ed ampiezza, da quella che consegue all'interdizione.¹³ Da qui la necessità di ricondurre anche le decisioni di apertura di un'amministrazione di sostegno nel perimetro della giurisdizione contenziosa, giacché solo tale qualificazione assicura forme di tutela processuale adeguate alla natura dei diritti in gioco. A confermare la bontà di questa lettura, per i sostenitori, sovrviene il fatto che l'art. 720 *bis* del codice di rito sottoponga i procedimenti in materia di amministrazione di sostegno al regime processuale dell'interdizione, nonché il fatto che lo stesso art. 720 *bis* indichi come ricorribile per cassazione il decreto con cui la Corte d'appello si pronuncia sul provvedimento istitutivo dell'amministrazione: un rimedio, questo, estraneo ai provvedimenti di giurisdizione volontaria e tipico semmai dei procedimenti di cognizione. Una parte consistente della giurisprudenza appare oggi riconoscersi nell'impostazione appena tratteggiata.¹⁴

11. Pare a chi scrive che per delineare i rapporti fra l'art. 3 e l'art. 9 della legge n. 218/1995 non si possa dar corso a un'applicazione meccanica dei parametri da cui si ritenga di poter far discendere, a fini interni, l'affermazione della natura volontaria o invece contenziosa dei procedimenti per l'apertura o la chiusura di un'amministrazione di sostegno. Non è qui in discussione il principio secondo cui le espressioni giuridiche impiegate dalle norme italiane di diritto internazionale privato vanno ricostruite partendo dal senso che tali espressioni rivestono nell'ordinamento italiano. Si tratta però di considerare, nel momento in cui si traspone il senso di tali espressioni dal diritto processuale civile al diritto internazionale privato, che le norme di diritto internazionale privato hanno un oggetto e una funzione specifici. Si servono, è vero, di concetti forgiati in altri settori dell'ordinamento, ma lo fanno pur sempre

⁹ V. in particolare Cass., 17 aprile 2013 n. 9389 (ord.), e Cass., 11 ottobre 2017 n. 23772 (ord.).

¹⁰ V. in questo senso, fra gli altri, A. CHIZZINI, "I procedimenti di istituzione e revoca dell'amministrazione di sostegno", in G. BONILINI, A. CHIZZINI, *L'amministrazione di sostegno*, Padova, 2004, p. 317 ss., nonché F. DANOVI, "Il procedimento per la nomina dell'amministratore di sostegno (legge 9 gennaio 2004, n. 6)", in *Rivista di diritto processuale*, 2004, p. 805 ss.

¹¹ Cass., 13 settembre 2013, n. 21013.

¹² V. in proposito, ancora, A. CHIZZINI, "L'amministrazione di sostegno: primi "disorientamenti" applicativi", in *Famiglia persone e successioni*, 2005, p. 28 ss.

¹³ V. per questa posizione, fra gli altri, G. CAMPESE, "L'istituzione dell'amministratore di sostegno e le modifiche in materia di interdizione e di inabilitazione", in *Famiglia e diritto*, 2004, p. 133, e recentemente M. DOGLIOTTI, *Capacità, incapacità, diritti degli incapaci. Misure di protezione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu-Messineo*, Milano, 2019, p. 725.

¹⁴ Per usare le parole di Cass., 12 dicembre 2018, n. 32071 (ord.), occorre distinguere, in tema di amministrazione di sostegno, "tra i provvedimenti di apertura e chiusura della procedura, assimilabili per loro natura alle sentenze emesse nei procedimenti d'interdizione ed inabilitazione, e quelli riguardanti le modalità di attuazione della tutela e la concreta gestione del patrimonio del beneficiario". I primi hanno carattere decisivo e sono idonei ad acquistare efficacia di giudicato, sia pure *rebus sic stantibus*, mentre i secondi sono sempre modificabili e revocabili in base ad una rinnovata valutazione degli elementi acquisiti e hanno una natura ordinatoria ed amministrativa. Ben può essere, si riconosce, nella pronuncia ora citata, un medesimo provvedimento, quello di apertura dell'amministrazione, rechi determinazioni dell'uno e dell'altro tipo, dovendosi in tal caso distinguere, nell'ambito del provvedimento, "le determinazioni adottate dal giudice tutelare in ordine rispettivamente alle ragioni che giustificano il riconoscimento della tutela e alla scelta delle modalità di attuazione della stessa". Seguono un'impostazione analoga, fra le pronunce recenti, Cass., 13 febbraio 2018 n. 3493 (ord.), e Cass., 5 marzo 2018, n. 5123 (ord.).

per esigenze loro proprie, in nome delle quali può rendersi necessario, in sede di qualificazione, qualche adattamento.

12. Le norme sulla giurisdizione assolvono, per definizione, un compito molto circoscritto: dicono se in relazione ad una data fattispecie le autorità italiane sono abilitate, o meno, ad assolvere il genere di funzioni di cui sono istituzionalmente investite (accertare un diritto, modificare uno status, amministrare un interesse, etc.). Ove la giurisdizione sussista, spetta ad altre norme indicare con quali modalità, cioè secondo quali schemi processuali e in base a quali regole materiali, dette funzioni vadano esercitate.

Ne consegue, per tornare al quesito da cui si era partiti, che la domanda da porsi, ai fini della qualificazione, non è se la nomina di un amministratore di sostegno, quale è intesa dalle norme italiane (sostanziali e di rito), implichi l'esercizio di un'attività giurisdizionale di cognizione oppure volontaria. La domanda pertinente – l'unica coerente all'oggetto e alla funzione degli articoli 3 e 9 della legge n. 218/1995, a parere di chi scrive – è, più genericamente, se l'istituzione di un regime di protezione di un maggiorenne che si assuma non essere in grado di provvedere da solo ai propri interessi implichi, secondo le categorie generali di cui si serve il diritto italiano, la spendita di una attività giurisdizionale di cognizione o invece volontaria.

13. L'approccio “a maglie larghe” appena tratteggiato si rivela particolarmente utile proprio in quei contesti, come è appunto la protezione degli adulti, in cui le norme materiali e quelle processuali intrattengono fra loro un rapporto particolarmente stretto, giacché la fisionomia delle prime – determinabile solo a valle della verifica della giurisdizione in forza delle pertinenti regole sui conflitti di leggi – influenza in misura consistente il modo di essere delle seconde.

In pratica, non si tratta di chiedersi se la “amministrazione di sostegno”, quale è intesa e regolata dal diritto italiano, rientri nel campo della giurisdizione contenziosa o in quello della giurisdizione volontaria: una volta accertata la sussistenza della giurisdizione italiana, si potrebbe scoprire che, la fattispecie è regolata da una legge diversa dalla legge italiana, e che tale legge organizza la sostanza della protezione secondo schemi affatto diversi da quello dell'amministrazione di sostegno.

Si tratta semmai di stabilire, più genericamente, se il tipo di effetti che il giudice è sollecitato a produrre col suo intervento appartengano a quelli per i quali il diritto italiano prefigura il ricorso al modello processuale del giudizio di cognizione, o a quello della giurisdizione volontaria.

14. La qualificazione, stando all'impostazione che appare preferibile, non ha ad oggetto, in effetti, una figura giuridica specifica, cioè un fenomeno giuridico i cui contorni si presentino all'interprete come già conformati da un ordinamento particolare, non importa se quello del foro o un altro. La qualificazione va incentrata sui fatti e va condotta, sul piano dei concetti, ad un livello più generale, servendosi di categorie più vaste: categorie sufficientemente ampie da catturare gli schemi – fra loro magari diversissimi – che potrebbero essere utilizzati, nei vari ordinamenti, per soddisfare una data esigenza pratica.¹⁵

15. Nell'ambito qui considerato, l'esigenza pratica a cui si tratta di guardare è la protezione dei maggiorenni che non sono in grado di assicurare in via autonoma la cura dei propri interessi. Non importa, dunque, per tracciare il confine fra l'art. 3 e l'art. 9 della legge n. 218/1995, se quella esigenza andrà alla fine soddisfatta utilizzando questo o quell'istituto, fra quelli che la legge applicabile alla sostanza della protezione rende disponibili. Importa solo capire se l'intervento che si chiede al giudice di svolgere sia, nel genere, un intervento per il quale l'ordinamento italiano considera appropriato l'esercizio della giurisdizione contenziosa o piuttosto volontaria.

16. Insomma, l'analisi minuta dei caratteri che distinguono nel diritto italiano l'amministrazione di sostegno dagli altri istituti di protezione degli adulti si rivela priva di interesse al fine di stabilire

¹⁵ Sulla costruzione delle categorie di cui deve servirsi l'interprete per procedere alla qualificazione – tema troppo vasto e complesso per essere ulteriormente approfondito in questa sede – v., fra gli altri, per una ricognizione dell'impostazione classica, A. PAPAUX, *Essai philosophique sur la qualification juridique: de la subsumption à l'abduction*, Zürich, 2003, p. 438 ss.

se sia applicabile l'art. 3 o l'art. 9 della legge n. 218/1995. La sola distinzione che conta – al livello di astrazione che si addice alla funzione delle norme ora ricordate – è se il giudice italiano sia chiamato ad incidere sulla autonomia dell'interessato (non importa se tanto o poco, in che forme e con quali salvaguardie), o non lo sia.¹⁶ In caso affermativo, la sussistenza della giurisdizione italiana andrà accertata in base all'art. 3.

17. Pare conclusivamente a chi scrive che in un caso come quello affrontato dal Tribunale di Belluno nel provvedimento in discorso, pronunciato a fronte di un ricorso teso a sottoporre l'interessata ad un regime di protezione, gli unici criteri di giurisdizione pertinenti fossero quelli previsti dall'art. 3 della legge n. 218/1995. I criteri dell'art. 9, stando alla lettura qui suggerita, sono destinati a venire in rilievo quando, istituito un regime di protezione, venga chiesto al giudice italiano di adottare in relazione a quel regime degli atti di natura gestoria.¹⁷

IV. La disciplina dei conflitti di leggi e, in particolare, il rinvio: l'applicazione delle norme di conflitto dell'ordinamento richiamato, fra prossimità geografica e considerazioni materiali

18. Il ragionamento svolto nel decreto per individuare la legge applicabile alla sostanza del regime di protezione si articola in due passaggi. Il Tribunale di Belluno si è servito innanzitutto del primo periodo dell'art. 43 della legge n. 218/1995, ai sensi del quale “[i] presupposti e gli effetti delle misure di protezione degli incapaci maggiori di età ... sono regolati dalla legge nazionale dell'incapace”, rilevando che, per questa via, risultava richiamato il diritto macedone. Il Tribunale ha quindi proceduto a verificare che cosa disponessero in relazione a un caso come quello in discorso le norme di conflitto macedoni. Ciò per verificare se queste richiamassero a loro volta il diritto di un paese diverso, e se occorresse tenere conto di un tale rinvio ai sensi dell'art. 13 della legge n. 218/1995.¹⁸

19. Per questa seconda parte dell'analisi il Tribunale ha rivolto la sua attenzione sulla legge macedone di diritto internazionale privato, adottata nel 2007.¹⁹ L'art. 17, par. 1, di tale legge usa il medesimo criterio di collegamento impiegato dall'art. 43 della legge n. 218/1995 e assoggetta la protezione dei maggiorenni alla legge nazionale della persona di cui trattasi.²⁰

20. Se l'indagine si fosse arrestata qui, il Tribunale di Belluno avrebbe dovuto constatare l'assenza di qualsiasi rinvio e semplicemente attingere dall'ordinamento macedone la disciplina materiale della fattispecie. Senonché, il Tribunale – mantenendo il punto di osservazione dell'ordinamento richiamato e disponendosi a far uso di tutti mezzi da questo offerti per la soluzione dei conflitti di leggi – ha ritenuto, condivisibilmente, di dover accertare se non operasse nel caso di specie la clausola di eccezione stabilita dall'art. 3 della legge macedone.

¹⁶ L'approccio proposto riposa su una lettura funzionale delle norme attributive della giurisdizione, cioè sull'idea che ognuna di tali norme si connoti per uno scopo, per un tipo di interesse di cui si propone di assicurare la realizzazione. Sotto questo aspetto, e senza che l'assunto possa essere approfondito in queste pagine, le norme che definiscono l'ambito della giurisdizione italiana in materia di cognizione appaiono strumentali alla gestione del genere di interessi che sono in gioco quando al giudice venga chiesto di decidere in ordine a un diritto, modificando ove occorra il contenuto o la fisionomia del patrimonio giuridico dei singoli.

¹⁷ Sul tema, per le stesse conclusioni, v. anche P. FRANZINA, *La protezione degli adulti nel diritto internazionale privato*, Padova, 2012, p. 121 ss.

¹⁸ Il provvedimento segue, in questo senso, il percorso argomentativo seguito a suo tempo da Trib. Pordenone, 7 marzo 2002, cit., che – con riguardo all'interdizione di una cittadina argentina residente in Italia – ha ritenuto operante un rinvio indietro al diritto italiano, giacché le pertinenti norme di conflitto argentine impiegano, in materia di protezione dei maggiorenni, il criterio del domicilio della persona di cui trattasi.

¹⁹ Il testo della legge macedone di diritto internazionale privato può leggersi, in traduzione inglese, in J. BASEDOW, G. RÜHL, F. FERRARI, P. DE MIGUEL ASENSIO (a cura di), *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham, 2017, p. 3473 ss. Il passaggio riportato nella nota successiva è tratto da tale traduzione.

²⁰ “The appointment of a guardian and the termination of guardianship, as well as relationships between the guardian and the person under guardianship shall be governed by the law of the State of which the person under guardianship is a national”.

La disposizione ora indicata, riprendendo una formula contenuta nella legge federale svizzera di diritto internazionale privato del 1987 e presente con qualche variante in diverse codificazioni nazionali recenti del diritto internazionale privato,²¹ entra in gioco quando una norma di conflitto di parte speciale – come l’art. 17, in tema di protezione degli adulti – designi come applicabile la legge di un paese solo debolmente collegato alla fattispecie. Ebbene, quando il caso presenti dei nessi manifestamente più intensi con un paese diverso, l’art. 3 della legge macedone prevede, in nome della prossimità, l’applicazione del diritto di tale diverso paese in luogo del diritto richiamato dalla regola di parte speciale.²²

21. Il giudice bellunese afferma in proposito che l’operare della clausola di eccezione obbedisce, verosimilmente, tanto a considerazioni di ordine geografico quanto a preoccupazioni di tipo materiale.

Quanto al primo aspetto, il provvedimento afferma che il caso presenta una connessione manifestamente più stretta con l’Italia in ragione del fatto che la persona di cui trattasi risiede da tempo, per l’appunto, in Italia: il caso, si dice nella motivazione del decreto, “si presenta collegato all’Italia sotto ogni profilo”, esclusa soltanto “la cittadinanza dell’interessata”.

Rispetto al secondo aspetto, il Tribunale si dice convinto che “l’intensità del collegamento possa essere valutata anche sotto il diverso profilo dell’interesse concreto della persona”, giungendo alla conclusione che “la posizione personale dell’interessata, residente in Italia presso il figlio, il quale provvede alla sua assistenza, confermi lo stretto legame della beneficiaria con l’ordinamento italiano”.

22. Nella motivazione del decreto non si specifica se l’interpretazione proposta sia conforme alla giurisprudenza delle autorità macedoni sull’art. 3 della legge di quel paese. L’assunto secondo cui la clausola di eccezione potrebbe essere declinata in chiave materiale, oltre che geografica, pare implicitamente alludere al fatto che in alcuni dei sistemi internazionalprivatistici in cui operano meccanismi di correzione delle regole di conflitto come quello in esame si registra, effettivamente, una tendenza a valorizzare anche considerazioni di tipo materiale, in funzione della promozione degli interessi sostanziali sottesi al caso di specie.²³

23. Il ragionamento del Tribunale su questo punto, per quanto caratterizzato da un incedere rapido e da un’argomentazione stringata, si dimostra solido e convincente. È significativo lo scrupolo mostrato dal Tribunale nel ricondurre la lettura da esso accolta delle norme di conflitto macedoni – ancora prive, per quanto consta a chi scrive, di una ampia e documentata esperienza applicativa – ai valori cui si ispira, in generale, lo stesso ordinamento macedone.

Specificamente, il decreto dà rilievo alla Convenzione delle Nazioni Unite del 13 dicembre 2006 sui diritti delle persone con disabilità, rilevando che la stessa è in vigore (oltre che per l’Italia) anche per la Macedonia. La ricostruzione dell’art. 3 della legge macedone proposta nel decreto è indicata, infatti, come coerente ai principi e agli obiettivi della Convenzione.

24. Con questa formula il Tribunale sembra evocare l’idea, espressa dall’art. 12, par. 4, della Convenzione, secondo cui grava sugli Stati contraenti il compito di assumere misure effettive per la realizzazione dei diritti delle persone che beneficiano di forme di supporto nella assunzione di decisioni, nonché misure effettive per la protezione delle medesime persone da eventuali forme di abuso e approfittamento.²⁴

²¹ L’art. 15, par. 1, della legge federale svizzera di diritto internazionale privato, del 1987, recita: “Il diritto richiamato dalla presente legge è, per eccezione, inapplicabile qualora dall’insieme delle circostanze risulti manifesto che la fattispecie gli è esigualmente connessa, ma più strettamente connessa con un altro”. Disposizioni di tenore analogo si leggono, ad esempio, nell’art. 19 del codice belga di diritto internazionale privato, del 2004; nell’art. 9 del libro 10 del codice civile dei Paesi Bassi, del 2011, nell’art. 2597 del codice civile argentino, del 2014.

²² “The law referred to in the provisions of this Act shall not apply in exceptional cases whenever it is evident from all circumstances of the case that the relationship is in no significant connection with that law but is manifestly more closely connected with some other law”.

²³ È quanto accade in particolare nel sistema svizzero di diritto internazionale privato: v. in proposito, anche per i riferimenti alla giurisprudenza, A. BUCHER, “La clause d’exception dans le contexte de la partie générale de la LDIP”, in A. BONOMI, E. CASHIN RITAINE (a cura di), *La Loi Fédérale de Droit International Privé: vingt ans après*, Genève, 2009, p. 59, specie a p. 64 ss.

²⁴ “States Parties shall ensure that all measures that relate to the exercise of legal capacity provide for appropriate and effec-

Tale preoccupazione suggerisce, per un verso, di affidare la cura dell'interessato a un giudice vicino all'ambiente in cui si svolgono le sue relazioni sociali, e, per un altro verso, di assoggettarne la protezione alle norme sostanziali in vigore in quell'ambiente. Ciò vale a più forte ragione quando, per questa via, si giunga ad assicurare la convergenza di *forum e ius*, giacché tale convergenza consente in linea di principio alle autorità che attendono alle esigenze dell'interessato di assolvere con prontezza ed efficacia le funzioni del proprio ufficio, affrancate dalle incertezze e dalle difficoltà pratiche insite nell'applicazione di norme straniere.²⁵

In sostanza, la prossimità geografica che il Tribunale di Belluno ha riconosciuto sussistere fra la fattispecie e l'Italia, paese di residenza della beneficiaria della protezione, è parsa meritare una considerazione particolare a motivo del fatto che, valorizzando quel legame (a dispetto degli altri legami potenzialmente rilevanti), si è dischiusa allo stesso Tribunale l'opportunità di soddisfare in modo più pieno gli interessi della persona da proteggere.

25. Questo modo di ragionare segnala che il Tribunale, pur dando atto nel decreto della non applicabilità della Convenzione dell'Aja del 13 gennaio 2000 sulla protezione internazionale degli adulti, mai ratificata dall'Italia, ha fatto leva, a fini interpretativi, sulle logiche che ispirano proprio tale Convenzione.

L'argomentazione proposta nel decreto riecheggia, in effetti, un meccanismo espressamente contemplato dalla Convenzione dell'Aja per garantire il soddisfacimento dei valori che la ispirano, sostanzialmente non diversi da quelli che pochi anni dopo avrebbero trovato espressione nella citata Convenzione delle Nazioni Unite del 2006.

Il riferimento è alla clausola di eccezione stabilita all'art. 13, par. 2, della Convenzione dell'Aja, e al fatto che la stessa opera sotto l'influenza di considerazioni non tanto geografiche ma principalmente materiali: le autorità competenti a pronunciarsi sulla protezione di un adulto, vi si prevede, possono eccezionalmente applicare la legge di uno Stato diverso da quello indicato in via ordinaria a questo fine dalla Convenzione, a patto che si tratti di un paese con cui la situazione presenta uno stretto legame sostanziale ("a substantial connection", "un lien étroit") e che l'applicazione di tale legge giovi alla protezione della persona o dei beni dell'interessato ("insofar as the protection of the person or the property of the adult requires").²⁶

Di fatto, la Convenzione, tutta edificata sulla centralità dell'interesse dell'adulto da proteggere, chiede alle autorità degli Stati contraenti di essere eccezionalmente pronte a superare la logica localizzatrice sottesa alle sue disposizioni quando quella logica rischi di offuscare, in un caso particolare, il perseguimento dei fini materiali della Convenzione.²⁷

26. L'argomentazione proposta nel decreto bellunese, del resto, fa pensare anche a un'altra disposizione della Convenzione dell'Aja, egualmente sintomatica della sensibilità materiale che ne ispira le soluzioni.

L'esistenza di uno stretto collegamento della fattispecie con l'Italia, come si è accennato, è stata affermata dal Tribunale alla luce del fatto che la beneficiaria della protezione risiedeva in Italia

tive safeguards to prevent abuse in accordance with international human rights law. Such safeguards shall ensure that measures relating to the exercise of legal capacity respect the rights, will and preferences of the person, are free of conflict of interest and undue influence, are proportional and tailored to the person's circumstances, apply for the shortest time possible and are subject to regular review by a competent, independent and impartial authority or judicial body. The safeguards shall be proportional to the degree to which such measures affect the person's rights and interests".

²⁵ V. più diffusamente su questo approccio, P. FRANZINA, *La protezione degli adulti*, cit., pp. 60 ss. e 213 ss.

²⁶ Si noti che, a differenza delle clausole di eccezione previste in altri strumenti normativi, come ad esempio quella dell'art. 4, par. 3, del regolamento (CE) n. 593/2008 del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, la clausola di eccezione stabilita dalla Convenzione dell'Aja del 2000 non esige che il diverso paese verso cui la clausola permette di puntare sia il paese con cui la fattispecie risulta avere con assoluta chiarezza un legame incomparabilmente superiore a quello valorizzato dalle norme di conflitto ordinarie. Come indicato nella relazione esplicativa della Convenzione, redatta da Paul Lagarde, e disponibile nel sito della Conferenza dell'Aja all'indirizzo <http://hcch.net>, l'art. 13, par. 2, reca "an exception clause based not on the principle of proximity (the closest connection), but on the best interests of the adult".

²⁷ Su tale disposizione v. in generale, di recente, J. VON HEIN, "Haager Erwachsenenschutzübereinkommen vom 13.1.2000 (ErWSÜ)", in J. VON HEIN, D. HENRICH (a cura di), *Staudinger BGB – Art. 19-24 EGBGB*, Berlin, 2019, p. 451 s.

presso l'abitazione del figlio: quest'ultimo, si apprende, ne assicurava da tempo la cura, ne era stato nominato amministratore di sostegno provvisorio e si apprestava a diventarne – in forza del decreto – l'amministratore definitivo.

Ebbene, le circostanze appena ricordate segnalano la presenza in Italia di una persona pronta a farsi carico della protezione dell'interessata: una circostanza, questa, che la Convenzione dell'Aja indica essere uno specifico indice di prossimità (non solo geografica, ma anche) materiale nel suo art. 8, par. 2, lett. c). La disposizione ora menzionata fa parte delle regole della Convenzione riguardanti la giurisdizione. In particolare, la norma consente alle autorità a cui la Convenzione conferisce la competenza a pronunciarsi sulla protezione di un adulto di chiedere alle autorità di un diverso Stato contraente di emettere una o più misure di protezione quando ciò appaia necessario alla migliore realizzazione dei diritti dell'interessato: una tale richiesta può essere rivolta alle autorità degli Stati indicati a questo fine dallo stesso art. 8, fra i quali “the State of the habitual residence of a person close to the adult prepared to undertake his or her protection”.

V. Le criticità del quadro attuale e i vantaggi offerti dalla ratifica italiana della Convenzione dell'Aja sulla protezione internazionale degli adulti

27. La pronuncia analizzata in queste pagine fornisce un'illustrazione particolarmente efficace delle difficoltà applicative a cui può dar luogo la normativa internazionalprivatistica oggi in vigore in Italia in materia di protezione degli adulti.²⁸ Per navigare in queste acque difficili il Tribunale di Belluno ha dovuto imbastire, di fronte a un caso in fin dei conti abbastanza ordinario, un'argomentazione insolitamente articolata e complessa.

28. Il decreto del giudice bellunese ricorda, da un lato, le difficoltà che possono insorgere, ai fini della verifica della giurisdizione, quando si tratta di distinguere – per via del richiamo agli articoli 3 e 9 della legge n. 218/1995 – tra attività giurisdizionale di cognizione e volontaria.

Anche seguendo la via proposta in questo scritto, l'opera dell'interprete può rivelarsi dispendiosa e incerta.

La distinzione fra i due generi di giurisdizione non sembra del resto rispondere a un'esigenza imperiosa, né sembra correlarsi a uno scrupolo di effettiva realizzazione dei diritti fondamentali della persona da proteggere. Lo dimostra la Convenzione dell'Aja del 2000, la quale prescinde dalla distinzione fra giurisdizione contenziosa e giurisdizione volontaria, del resto ignota a molti sistemi giuridici, e organizza secondo altre linee la sua poderosa batteria di “armi” giurisdizionali, in funzione – appunto – della efficace protezione del maggiorenne interessato.

29. Da un altro lato, la pronuncia esaminata in queste pagine ricorda come l'uso del criterio della cittadinanza nell'art. 43 della legge n. 218/1995 prefiguri l'applicazione del diritto straniero in un numero potenzialmente significativo di casi.

Questo approccio, non assortito di correttivi (se non per i provvedimenti provvisori ed urgenti), rischia di imporre alla persona che si tratta di proteggere e a chi è chiamato ad assicurarne la cura, oltre che al giudice, degli oneri pratici non trascurabili: oneri suscettibili di pregiudicare l'efficienza della protezione.

Non è forse un caso che le poche decisioni note in cui si è considerata l'applicazione dell'art. 43 della legge n. 218/1995 siano tutte giunte ad applicare, per via diverse, la legge italiana: in un caso

²⁸ In argomento, v. anche P. FRANZINA, “La Convenzione dell'Aja sulla protezione internazionale degli adulti nella prospettiva della ratifica italiana”, in *Rivista di diritto internazionale*, 2015, p. 810 ss.

perché si trattava di emettere delle misure di carattere provvisorio,²⁹ in un altro caso perché è mancato l'accertamento del contenuto del diritto straniero richiamato,³⁰ nei casi rimanenti – compreso quello analizzato in questo scritto – in forza di un rinvio indietro.³¹

30. La prassi, pur attestata da evidenze così limitate, sembra dunque suggerire che, nei fatti, l'art. 43 della legge n. 218/1995 viene valorizzato solo rispetto a quelle fattispecie (riguardanti stranieri) in cui è comunque possibile pervenire, in ultima analisi, all'applicazione del diritto italiano.

Se la Convenzione dell'Aja fosse in vigore per l'Italia, questo sarebbe l'esito a cui si perverebbe per principio: ai sensi dell'art. 13, par. 1, della Convenzione, infatti, le autorità di uno Stato contraente che siano competenti in base alla Convenzione (e lo sono, per principio, perché sono le autorità del paese in cui l'interessato ha la sua residenza abituale) applicano per regola la *lex fori*.

31. Quel che è peggio è che la soluzione accolta dall'art. 43 della legge n. 218/1995, in piena ortodossia manciniana, non appare capace di offrire dei reali vantaggi all'interessato.

La Convenzione dell'Aja del 2000, facendo della residenza abituale dell'adulto il principale fattore di connessione, si dispone invece a favorire precisamente i valori che oggi – con l'affermazione del paradigma giuridico della disabilità incarnato nella Convenzione delle Nazioni Unite del 2006 – sono chiamati a fungere da guida in questo campo: l'inclusione sociale della persona da proteggere, la sua non discriminazione, l'azione efficace e tempestiva delle autorità implicate nella realizzazione dei suoi diritti.

Ricondurre la protezione dell'interessato sotto il diritto del paese di residenza abituale (ed entro l'ambito della giurisdizione delle autorità di quel paese), significa infatti assicurarsi che la protezione investa in modo omogeneo chiunque abbia il proprio orizzonte di vita nel paese in questione, senza distinzioni legate all'origine di ciascuno, e consentire alle autorità del luogo (giudici, servizi sociali, etc.) di svolgere agevolmente i propri compiti.³²

32. Insomma, per conseguire i vantaggi appena prospettati è sufficiente che l'Italia divenga parte della Convenzione dell'Aja del 2000, come hanno fatto, in successione, Francia, Germania, Svizzera, Finlandia, Estonia, Repubblica Ceca, Austria, Monaco, Lettonia, Portogallo e Cipro, oltre al Regno Unito, limitatamente alla Scozia.

Un'iniziativa di questo genere produrrebbe del resto benefici potenzialmente ben maggiori di questi, in particolare per quanto concerne il trattamento dei c.d. mandati in previsione di incapacità (oggetto delle specifiche disposizioni di cui agli articoli 15 e 16 della Convenzione),³³ e per quanto riguarda la circolazione delle decisioni e i contatti fra autorità di Stati diversi.

33. Nel corso della 17^a legislatura il Governo presentò un disegno di legge prefigurando l'autorizzazione alla ratifica e l'esecuzione della Convenzione, ma l'iter del provvedimento non è mai veramente entrato nel vivo.³⁴ Nell'attuale legislatura non sono emersi segnali di un interesse per il tema in ambienti governativi o parlamentari.

²⁹ Trib. La Spezia, 10 marzo 2011, cit.

³⁰ In Trib. Verona, 11 marzo 2011, cit., il giudice, rilevato che l'art. 43 della legge n. 218/1995 richiamava nella specie la legge marocchina, ha ritenuto, vista l'insufficienza delle informazioni raccolte sul tenore delle norme marocchine pertinenti, di ricorrere all'art. 14, comma 2, della legge n. 218/1995, e applicare il diritto italiano: “[q]ualora il giudice non riesca ad accertare la legge straniera indicata, neanche con l'aiuto delle parti, applica la legge richiamata mediante altri criteri di collegamento eventualmente previsti per la medesima ipotesi normativa. In mancanza si applica la legge italiana”.

³¹ Trib. Pordenone, 7 marzo 2002, cit.

³² La giurisprudenza di legittimità ha ritenuto di poter valorizzare il beneficio “materiale” portato dal criterio della residenza abituale, scorgendo proprio nella Convenzione dell'Aja del 2000, e in particolare nelle sue norme sulla giurisdizione, la *ratio scripta* di un principio di favore per l'adulto che – secondo la Cassazione – deve ispirare la lettura delle stesse norme italiane relative alla competenza per territorio. Per Cass., 17 aprile 2013, n. 9389, “nella convenzione dell'Aja del 13 gennaio 2000 ... si fa riferimento al concetto di ‘residenza abituale’, comunemente interpretato nel senso della necessità di individuare un foro maggiormente idoneo a tutelare l'interesse dell'adulto incapace”.

³³ V. in argomento, per ulteriori riferimenti, P. FRANZINA, “Note in merito ai profili internazionalprivatistici dei mandati in previsione di incapacità”, in *Tui Memores - La dimension culturelle du droit international privé*, Zürich, 2017, p. 173 ss.

³⁴ Atto Camera n. 2797. Il disegno di legge, presentato il 23 dicembre 2014, ha mosso i suoi primi passi nelle commissioni

34. Varie ragioni inducono a credere che l'Unione avrebbe solide ragioni per assumere delle iniziative in questo campo.³⁵ L'idea che l'Unione europea possa chiedere agli Stati membri che ancora non vi hanno provveduto di ratificare la Convenzione nell'interesse della stessa Unione (che non può come tale diventarne parte, trattandosi di uno strumento aperto solo agli Stati), pur affacciata in un recente documento della Presidenza finlandese, costituisce, per il momento, appena un'ipotesi di lavoro.³⁶

La prospettiva che l'Unione possa emanare addirittura delle misure legislative in questo campo, segnatamente per migliorare il funzionamento della Convenzione nei rapporti fra gli Stati Membri, caldeggiata da una risoluzione del Parlamento europeo del 1° giugno 2017,³⁷ è rimasta senza riscontri da parte della Commissione, e si presenta in questo momento come di realizzazione ancora meno prossima.³⁸

35. Una revisione del quadro normativo odierno appare, in definitiva, un'impresa non solo opportuna ma anche, in linea di principio, agevole da realizzare, visto che un'alternativa soddisfacente esiste: la Convenzione dell'Aja del 2000. Ciò che sembra mancare, per il momento, è uno stimolo politico capace di mettere in pratica i cambiamenti necessari.

riunite Giustizia e Affari esteri il 13 e 19 dicembre 2017, a ridosso della fine della legislatura, senza dunque che esistesse alcuna reale *chance* di dare uno sbocco concreto alla discussione.

³⁵ P. FRANZINA, "La protección internacional de adultos vulnerables: un llamamiento a la acción a nivel de la Unión Europea", in *Anuario español de Derecho internacional privado*, t. XVI, 2016, p. 127 ss.

³⁶ V. il documento intitolato *EU Civil Justice and Multilateralism* diffuso dalla Presidenza finlandese per dar conto degli esiti del pranzo di lavoro dei Ministri della Giustizia del 19 luglio 2019, in occasione di una riunione informale dei Ministri della giustizia, disponibile nel sito <<https://eu2019.fi>>. Il documento prospetta la conclusione, "insofar as Member States so agree", di accordi internazionali in aree della cooperazione giudiziaria in materia civile per le quali l'Unione non possiede ancora una competenza esterna esclusiva. Dopo avere esposto il valore aggiunto di questo modo di procedere, il documento afferma che "[a] possible candidate to explore the feasibility of this approach could be the 2000 Hague Convention on the Protection of Adults", osservando che per via dell'allungarsi della vita media e dell'accresciuta incidenza di patologie legate all'invecchiamento "there may be more and more cases where legal uncertainty might arise on the recognition of various national measures protecting vulnerable adults in another state".

³⁷ Risoluzione del Parlamento europeo del 1° giugno 2017 recante raccomandazioni alla Commissione sulla protezione degli adulti vulnerabili (2015/2085(INL)).

³⁸ V. più ampiamente P. FRANZINA, "The Relevance of Private International Law to the Effective Realisation of the Fundamental Rights of Vulnerable Adults in Cross-Border Situations", in G. DÍAZ PARDO, M. NÚÑEZ NÚÑEZ, M. PEREÑA VICENTE (a cura di) *La voluntad de la persona en la protección jurídica de adultos: oportunidades, riesgos y salvaguardias*, Madrid, 2019, p. 53 ss.

LA REGULACIÓN DEL FLUJO DE DATOS PERSONALES ENTRE LA UNIÓN EUROPEA Y EL REINO UNIDO TRAS EL BREXIT

THE REGULATION OF THE FLOW OF PERSONAL DATA BETWEEN THE EUROPEAN UNION AND THE UNITED KING- DOM AFTER BREXIT

ANA GASCÓN MARCÉN
Profesora Contratada Doctora Interina
Universidad de Zaragoza

Recibido: 03.12.2019 / Aceptado: 13.12.2019
DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5187>

Resumen: El objetivo de este trabajo es considerar qué ocurrirá cuando Reino Unido se convierta en un país tercero para la Unión Europea y cómo afectará esto a la libre circulación de datos personales que existía antes de su salida del mercado único digital. Se prestará especial atención al análisis de los mecanismos que permitirían continuar transfiriendo datos desde el Espacio Económico Europeo al Reino Unido y, en particular, la posibilidad de una decisión de adecuación y los problemas que puede encontrar.

Palabras clave: protección de datos personales, Brexit, decisión de adecuación, Unión Europea, Reino Unido.

Abstract: The objective of this paper is to consider what will happen when the United Kingdom becomes a third State for the European Union and how this will affect the free movement of personal data that existed before its exit from the digital single market. Special attention will be paid to the analysis of the mechanisms that would allow the transfer of data from the European Economic Area to the United Kingdom and, in particular, the possibility of an adequacy decision and the problems it may encounter.

Keywords: personal data protection, Brexit, adequacy decision, European Union, United Kingdom

Sumario: I. Introducción. II. El Reino Unido y el Reglamento General de Protección de Datos tras el Brexit. 1. La aplicación extraterritorial del Reglamento General de Protección de Datos. 2. La limitación de los flujos transfronterizos de datos personales desde el Espacio Económico Europeo. A) La posible decisión de adecuación de la Comisión Europea respecto al Reino Unido. B) Otros posibles mecanismos para facilitar las transferencias de datos personales al Reino Unido. III. El Reino Unido y el Convenio para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal del Consejo de Europa. IV. Conclusiones.

I. Introducción

1. Las noticias referentes al Brexit han hecho mucho énfasis en la posibilidad de grandes filas de camiones junto al Canal de la Mancha y desabastecimiento de comida o incluso medicamentos en el Reino Unido. Sin embargo, no sólo las mercancías cruzan las fronteras, sino que la economía europea fuertemente digitalizada, en especial la del Reino Unido, hace también imprescindible que los datos pa-

sen a través de las mismas.¹ Aunque esta transferencia sea invisible a los ojos, la salida del Reino Unido de la Unión Europea (UE) tendrá un fuerte impacto en la misma.

2. La economía del Reino Unido depende en gran medida de los servicios que suponen el 81% de su valor agregado bruto y el 83% de sus empleos,² y varios de los sectores con más peso dentro de la misma dependen de los flujos de datos transfronterizos como las finanzas, la banca o la hostelería.³

3. Por su parte, la Unión Europea se ha convertido en un líder mundial en la regulación de la protección de datos personales a través del Reglamento General de Protección de Datos (RGPD),⁴ considerándolo como un derecho fundamental al consagrarlo como tal en el artículo 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

4. Teniendo en cuenta el interés del Reino Unido en el libre flujo de datos y de la UE en la salvaguarda de los datos personales de los europeos, el objetivo de este trabajo es considerar qué ocurrirá cuando Reino Unido se convierta en un país tercero y cómo afectará esto a la libre circulación de datos personales que existía antes de su salida de la UE. Se prestará especial atención al análisis de los mecanismos que permitirían continuar transfiriendo datos personales desde el Espacio Económico Europeo⁵ al Reino Unido y, en particular, la posibilidad de una decisión de adecuación y los problemas que puede encontrar.

II. El Reino Unido y el Reglamento General de Protección de Datos tras el Brexit

5. Uno de los mantras de la campaña de los partidarios del Brexit en el referéndum era retomar el control por parte del Reino Unido sobre las decisiones que le afectaban (*Let's take back control*). Este eslogan era engañoso porque una salida del Reino Unido de la UE no le granjeará sustraerse a cumplir ciertas normas de la UE sobre todo si se quiere tener acceso a sus mercados. Esto es obvio en ámbitos como el comercio o la competencia, pero también en lo relativo al flujo de datos personales.⁶

1. La aplicación extraterritorial del Reglamento General de Protección de Datos

6. Muchas empresas del Reino Unido tendrán que seguir aplicando el RGPD de la UE porque se trata de una norma que se aplica extraterritorialmente al tratamiento de datos personales de interesados que residan en la UE por parte de un responsable o encargado incluso si éste no está establecido en la

¹ Según D. CIURIAK, *Rethinking Industrial Policy for the Data-driven Economy*. CIGI Paper No. 192, Waterloo, 2018, p. 6, la circulación transfronteriza de datos es intrínseca a las transacciones comerciales. El autor considera que ésta es la nueva "quinta libertad" del comercio, después de la libre circulación de bienes, servicios, capitales y trabajadores.

² HOUSE OF COMMONS LIBRARY, *Services industries: Key Economic Indicators*, 2019. Disponible en: <https://researchbriefings.parliament.uk/ResearchBriefing/Summary/SN02786> (última consulta 14/11/2019).

³ Además, la imposibilidad de transmitir datos afectará no sólo a la economía, sino a otros aspectos de la vida cotidiana, incluso puede imposibilitar que personas enfermas reciban el tratamiento médico apropiado. M. SCOTT, "Patients on both sides of Irish border face medical risks in no-deal Brexit", *Politico.eu* (8/22/19). Disponible en: <https://www.politico.eu/article/ireland-northern-no-deal-brex-it-patients-data-medical-records-privacy/> (última consulta 14/11/2019).

⁴ Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), *DOUE* L 119, 4 de mayo de 2016, pp. 1-88.

⁵ El RGPD se aplica en el Espacio Económico Europeo, que incluye, además de a los Estados miembros de la UE, a Islandia, Liechtenstein y Noruega. Si Reino Unido decidiera permanecer en este Espacio gozaría de la libre circulación de datos personales, pero parece poco probable porque esto supondría ir en contra del espíritu del Brexit, dado que tendría que seguir aplicando una gran parte de la normativa de la UE.

⁶ Para K. WIMMER/ J. JONES, "Brexit and Implications for Privacy", *Fordham International Law Journal*, Vol. 40, nº 5, 2017, pp. 1553-1561, p. 1560, que comparan el Brexit con un divorcio, sería tentador concluir que, cuando recupere su soltería, el Reino Unido podrá jugar según sus propias reglas con respecto a la privacidad. Pero ésa es la teoría, la realidad es que el Reino Unido no ejercerá esta aparente libertad sin restricciones, sino que su futura actuación vendrá muy limitada y moldeada por los compromisos que establezca con la UE y otros terceros países.

UE, cuando las actividades de tratamiento estén relacionadas con la oferta de bienes o servicios a dichos interesados en la UE o el control de su comportamiento, en la medida en que este tenga lugar en la UE.⁷

7. Esto es muy significativo si se considera que el 75% de los flujos de datos internacionales del Reino Unido son con la UE,⁸ y gran parte de la actividad económica del Reino Unido depende de estos flujos como se ha explicado *supra*.⁹

8. Multitud de empresas en el Reino Unido tendrán que cumplir el RGPD, y éste ni siquiera tendrá voz ni voto cuando se modifique la norma, algo que sí tenía con su pertenencia a la UE. Además, las compañías inglesas tendrán que cumplir con los estrictos estándares del RGPD sin contar con las ventajas que suponía estar en la UE.¹⁰ Por ejemplo, tendrán que nombrar un representante en una Estado que sí pertenezca al Espacio Económico Europeo¹¹ y lidiar con las autoridades de protección de datos de ese país, además de con la inglesa. Esto puede influir en que si una multinacional debe decidir en qué Estado situar su sede europea decida no hacerlo en el Reino Unido sino en otro Estado que sí forme parte del Espacio Económico Europeo.

2. La limitación de los flujos transfronterizos de datos personales desde el Espacio Económico Europeo

9. El RGPD no permite transferir datos personales fuera del Espacio Económico Europeo si no existen las garantías adecuadas de protección de derechos. Es decir, las empresas tienen que recurrir para ello a una serie de mecanismos de diferente complejidad como las normas corporativas vinculantes, las cláusulas tipo de protección de datos, los códigos de conducta aprobados por la autoridad competente o los mecanismos de certificación.¹² Existen excepciones como contar con el consentimiento del interesado, pero éste debe acceder explícitamente a la transferencia propuesta, tras haber sido informado de los posibles riesgos para él.¹³ Además, las excepciones deben interpretarse de forma restrictiva y hacen referencia principalmente a actividades de tratamiento ocasionales y no repetitivas.¹⁴

⁷ Art. 3 RGPD. Véase las *Guidelines 3/2018 on the territorial scope of the GDPR* del Comité Europeo de Protección de Datos; P. DE HERT/ M. CZERNIAWSKI, “Expanding the European data protection scope beyond territory: Article 3 of the General Data Protection Regulation in its wider context”, *International Data Privacy Law*, 2016, Vol. 6, n.º. 3, pp. 230-243; y B. GREZE, “The extra-territorial enforcement of the GDPR: a genuine issue and the quest for alternatives”, *International Data Privacy Law*, 2019, Vol. 9, n.º. 2, pp. 109-128.

⁸ TECHUK y FRONTIER ECONOMICS, *The UK Digital Sectors After Brexit*, 2017, p. 10. Disponible en: <https://www.techuk.org/insights/news/item/10086-the-uk-digital-sectors-after-brexit>. (última consulta 14/11/2019). Este informe también especifica que el 43% de las exportaciones totales del Reino Unido están relacionadas con los servicios, más de un tercio de estos flujos comerciales son con socios europeos, y la mayoría del comercio de servicios requiere el flujo de datos transfronterizos.

⁹ Además, el RGPD establece considerables sanciones en caso de incumplimiento grave que pueden llegar a multas administrativas de 20 000 000 euro o, tratándose de una empresa, de una cuantía equivalente al 4% del volumen de negocio total anual global del ejercicio financiero anterior, optándose por la de mayor cuantía (art. 83.5 y 6).

¹⁰ D. KORFF, *The Data Protection Implications of a 'No-Deal Brexit'* (23/08/2019). Disponible en: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3441617> (última consulta 14/11/2019).

¹¹ Art. 27 RGPD.

¹² Art. 46 RGPD.

¹³ Art. 49 RGPD. Los otros supuestos que considera este artículo son que la transferencia sea necesaria: para la ejecución de un contrato entre el interesado y el responsable del tratamiento o para la ejecución de medidas precontractuales adoptadas a solicitud del interesado; para la celebración o ejecución de un contrato, en interés del interesado, entre el responsable del tratamiento y otra persona física o jurídica; por razones importantes de interés público reconocido por el Derecho de la UE o de los Estados miembros (lo que dejaría fuera la legislación del Reino Unido); para la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones; o para proteger los intereses vitales del interesado o de otras personas, cuando el interesado esté física o jurídicamente incapacitado para dar su consentimiento.

Si no se cumple con ninguna de estas condiciones solo se podrá llevar a cabo la transferencia si no es repetitiva, afecta solo a un número limitado de interesados, es necesaria a los fines de intereses legítimos imperiosos perseguidos por el responsable del tratamiento sobre los que no prevalezcan los intereses o derechos y libertades del interesado, y el responsable del tratamiento evaluó todas las circunstancias concurrentes en la transferencia de datos y, basándose en esta evaluación, ofreció garantías apropiadas con respecto a la protección de datos personales. Además, el responsable del tratamiento informará de la transferencia a la autoridad de control y al interesado al que también deberá hacerle saber los intereses legítimos imperiosos perseguidos.

¹⁴ CEPD, *Guidelines 2/2018 on derogations of Article 49 under Regulation 2016/679*, adoptadas el 25 de mayo de 2018.

A) La posible decisión de adecuación de la Comisión Europea respecto a Reino Unido

10. Lo más sencillo para las empresas y para el flujo de datos personales entre la UE y otro país es que la Comisión Europea emita una decisión de adecuación¹⁵ al considerar que ese país garantiza un nivel de protección adecuado, es decir, esencialmente equivalente al de la UE. Esto ya se hizo con otros países como Uruguay, Andorra, Suiza o Israel. Así las transferencias no requerirán ninguna autorización específica, ni las empresas tendrán que recurrir a los otros mecanismos mencionados. Esto facilita mucho las cosas sobre todo para las pequeñas y medianas empresas.¹⁶

11. En el caso del Reino Unido, éste ha decidido que permitirá que los datos personales fluyan desde el mismo hacia la UE sin ningún tipo de exigencia adicional de su legislación.¹⁷ Sin embargo, para que pase lo mismo en el caso de transferencias desde el Espacio Económico Europeo, se requiere la citada decisión de adecuación. Esta solución es la recogida en la Declaración política en la que se expone el marco de las relaciones futuras entre la Unión Europea y el Reino Unido,¹⁸ y que acompaña al Acuerdo de Retirada.¹⁹

12. Los datos personales son uno de los primeros temas que trata la Declaración en la que se subraya la importancia de los flujos e intercambios de datos en todos los aspectos de las relaciones futuras. La Comisión Europea se compromete a iniciar lo antes posible, tras la retirada del Reino Unido, las evaluaciones respecto de dicho país, con ánimo de adoptar las decisiones correspondientes a más tardar a finales de 2020, si se cumplían las condiciones aplicables, consiguiendo así una transición sin obstáculos tras el período transitorio del Acuerdo de Retirada.²⁰

13. El problema es que una decisión de adecuación puede tardar varios años como reconocía el propio informe *Operation Yellowhammer* de 2 de agosto de 2019 que el Gobierno del Reino Unido tuvo que hacer público en septiembre y que recogía los principales riesgos de un Brexit sin acuerdo. El propio Supervisor Europeo de Protección de Datos también predijo que podía llevar varios años.²¹

¹⁵ Véase J. J. GONZALO DOMENECH, “Las decisiones de adecuación en el Derecho europeo relativas a las transferencias internacionales de datos y los mecanismos de control aplicados por los Estados miembros”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo 2019), Vol. 11, nº 1, pp. 350-371.

¹⁶ En un discurso que dio el 19 septiembre de 2019 en Madrid Steve Barclay, Secretario de Estado del Reino Unido, en un desayuno organizado por Europa Press, el primer tema al que se refirió al hablar de la necesaria preparación por parte de la UE para el Brexit fue el de las transferencias de datos personales. En concreto, aseguró que, a pesar de que el Reino Unido había adoptado en su totalidad los requisitos de la UE sobre datos, la posición de la Comisión era que las empresas en España tendrán restricciones en los datos que podrán compartir con sus homólogas en el Reino Unido. Advirtió que esto afectaría no solo a la industria del turismo, con los 45 millones de vuelos desde el Reino Unido a España cada año, sino que tendría un impacto en las empresas mucho más amplio, y se preguntó si las pequeñas y medianas empresas españolas estaban completamente preparadas para ese tipo de cambio. Disponible en: <https://www.gov.uk/government/speeches/secretary-of-state-speech-at-breakfast-event-hosted-by-europa-press-in-madrid> (última consulta 14/11/2019).

¹⁷ Department for Digital, Culture, Media & Sport, *Guidance: Amendments to UK data protection law in the event the UK leaves the EU without a deal*. Disponible en:

<https://www.gov.uk/government/publications/data-protection-law-eu-exit/amendments-to-uk-data-protection-law-in-the-event-the-uk-leaves-the-eu-without-a-deal-on-29-march-2019>, (última consulta 14/11/2019).

¹⁸ Declaración política en la que se expone el marco de las relaciones futuras entre la Unión Europea y el Reino Unido, 2019/C 384 I/02, XT/21050/2019/INIT, *DOUE* C 384I, 12.11.2019, pp. 178-193.

¹⁹ Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, 2019/C 384 I/01, XT/21054/2019/INIT, *DOUE* C 384I, 12.11.2019, pp. 1-177.

²⁰ Según el artículo 71.1 del Acuerdo de Retirada el Derecho de la UE sobre protección de datos personales se aplicará en el Reino Unido respecto del tratamiento de datos personales de interesados fuera del Reino Unido, siempre que los datos personales: se hayan tratado en virtud del Derecho de la UE en el Reino Unido antes del final del período transitorio; o sean tratados en el Reino Unido después del final del período transitorio con base en el presente Acuerdo. Esto tiene como resultado, según el artículo 73, que la UE no tratará los datos y la información obtenidos del Reino Unido antes del final del período transitorio, u obtenidos después del final del período transitorio sobre la base del presente Acuerdo, de forma diferente a los datos y la información obtenidos de un Estado miembro por el mero hecho de que el Reino Unido se haya retirado de la UE.

²¹ Discurso de lanzamiento de su informe anual en Bruselas el 26 de febrero de 2019.

14. La mención a una posible decisión de adecuación en la Declaración para finales de 2020 se ha mantenido igual a pesar de las diferentes prórrogas del Brexit, porque es la única opción si entonces termina el período transitorio y se quiere evitar los problemas de una salida efectiva sin decisión de adecuación.

15. Si la salida de Reino Unido se hubiera producido el 30 de marzo de 2019, hubiera habido 21 meses para adoptar la decisión, pero con la última extensión a 31 de enero de 2020, la Comisión Europea contaría sólo con once meses.²² La Comisión puede ser muy rápida pero sólo podrá comenzar la evaluación cuando efectivamente el Reino Unido haya salido de la UE y antes de adoptar la decisión debe solicitar un Dictamen del Comité Europeo de Protección de Datos (CEPD) y consultar a un comité compuesto por representantes de los Estados miembros (comitología) mediante el procedimiento de examen. Además, sin ser formalmente necesario, la Comisión Europea informa a la Comisión del Parlamento Europeo de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior y el Parlamento Europeo puede decidir emitir una resolución al respecto. Resulta difícil imaginar que todo esto se pueda hacer bien en once meses, aunque está claro que la Comisión va a priorizarlo y no va a ponerlo en la cola esperando a terminar las negociaciones con otros países que también quieren una decisión de adecuación como Corea del Sur, México o India a pesar de lo que digan algunos expertos.²³

16. En un principio, podría parecer que la decisión es sencilla porque el Reino Unido ha adecuado su legislación al RGPD a través de la *Data Protection Act* de 2018²⁴ y seguirá aplicándola tras la retirada de la UE.²⁵

17. No obstante, el plan del Gobierno es realizar algunas modificaciones para adaptar las disposiciones del RGPD al Reino Unido tras el Brexit,²⁶ por lo que habría que ver cuáles serán esas modificaciones a medio plazo. De manera inminente no habrá cambios porque el Reino Unido no tiene tiempo para modificar las diferentes normas y ha recurrido a una solución de emergencia que básicamente, consiste en asumir el RGPD completo, con el *UK GDPR* o *United Kingdom General Data Protection Regulation*, a través de *The Data Protection, Privacy and Electronic Communications (Amendments etc) (EU Exit) Regulations 2019* del 28 de febrero (2019, N°419).

18. Este instrumento realiza los cambios necesarios y apropiados al texto del RGPD para convertirlo en una ley del Reino Unido de manera coherente, por ejemplo, reemplazando las referencias a los Estados miembros de la UE, instituciones, procedimientos y decisiones que ya no serán relevantes después del día de salida con referencias equivalentes del Reino Unido; o eliminando la obligación del *Information Commissioner's Office* (conocida por sus siglas en inglés como ICO) que es la autoridad de protección de datos del Reino Unido de cooperar con las autoridades de supervisión de otros Estados miembros de la UE.²⁷

²² Una extensión de este plazo es posible y sería razonable si se tiene en cuenta que en este periodo de tiempo deberán negociarse las condiciones de la futura relación de la UE con el Reino Unido, lo que entre otros elementos requerirá un acuerdo de libre comercio que parece poco probable que pueda negociarse y además cumplir con todos los requisitos formales para su celebración y entrada en vigor antes de esa fecha. Es por ello que el artículo 132 del Acuerdo de Retirada contempla que el Comité Mixto, antes del 1 de julio de 2020, podrá adoptar una decisión única por la que se prorrogue el período transitorio hasta un máximo de uno o dos años. Otra cuestión es el coste político de seguir alargando este proceso.

²³ D. KORFF, *op. cit.*, p. 9.

²⁴ Esta ley además transpone la Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo, *DOUE* L 119 de 4 de mayo de 2016, pp. 89-131.

²⁵ *European Union Withdrawal Act*.

²⁶ INFORMATION COMMISSIONER'S OFFICE, *Data protection if there's no Brexit deal*, 2019, p. 4. Disponible en: <https://ico.org.uk/media/for-organisations/data-protection-and-brexite/data-protection-if-theres-no-brexite-deal-1-0.pdf> (última consulta 14/11/2019).

²⁷ *Explanatory Memorandum to the Data Protection, Privacy and Electronic Communications (Amendments Etc) (EU Exit)*

19. Esta ley mantiene los estándares de protección de datos que existían con el RGPD y también tiene alcance extraterritorial, como se ha explicado que ocurre con el RGPD, porque se aplicará a las actividades de tratamiento relacionadas con la oferta de bienes o servicios a interesados en el Reino Unido o el control de su comportamiento.

20. Una vez pasado el Brexit, se podrá modificar esta ley y hay quien considera que será una buena oportunidad para que el Reino Unido relaje algunas de las reglas para facilitar el comercio (como propuso en las negociaciones sobre el RGPD),²⁸ siendo probable que los Estados Unidos le presionen en ese sentido.²⁹ Pero eso no será posible si quiere una decisión de adecuación porque la UE no va a aceptar rebajas en la exigencia a las empresas que les dé una ventaja sobre las de sus Estados miembros.³⁰

21. Ni siquiera es seguro que la actual redacción de la *Data Protection Act* sea compatible con el RGPD porque contiene ciertas disposiciones controvertidas,³¹ por ejemplo, crea ciertas excepciones a los derechos de los sujetos de datos para un efectivo control de la inmigración que no parecen tener ningún tipo de justificación en el RGPD.³²

22. Además, para una decisión de adecuación no sólo se tiene en cuenta la ley general de protección de datos, sino también la sectorial, incluida la relativa a la seguridad pública, la defensa, la seguridad nacional y la legislación penal, y el acceso de las autoridades públicas a los datos personales.

23. En el ámbito de la conservación de datos personales, el TJUE ya dictó una sentencia que dictaminaba que la normativa del Reino Unido era incompatible con las normas europeas de protección de datos.³³ Aunque a raíz de esta sentencia se modificaron algunos elementos de la norma en octubre

Regulations 2019. Disponible en: https://www.legislation.gov.uk/ukdsi/2019/9780111177594/pdfs/ukdsiem_9780111177594_en.pdf (última consulta 03/12/2019).

²⁸ D. J. B. SVANTESSON, F. H., CATE, O. LYNSEY, Y. C. MILLARD, “The global data protection implications of ‘Brexit’”, *International Data Privacy Law*, Vol. 6, nº 3, 2016, pp. 167–169, p. 168, consideran que es plausible que, dado que la protección de datos no se trata como un derecho fundamental en el Reino Unido, el Brexit suponga que se acerque a aquellos Estados que desean regular el procesamiento de datos personales de manera diferente y lograr un equilibrio alternativo entre los derechos fundamentales y otros intereses, facilitando así un nuevo consenso internacional.

²⁹ L. BANNISTER/ R. BERGAN, “Threat to our digital rights revealed in US-UK trade talks leak”, *Open Democracy*, 2 de diciembre de 2019. Disponible en: <https://www.opendemocracy.net/en/opendemocracyuk/threat-our-digital-rights-revealed-us-uk-trade-talks-leak/> (última consulta 03/12/2019).

³⁰ L. MOEREL/ R. TIGNER, “United Kingdom. Data Protection Implications of ‘Brexit’”, *European Data Protection Law Review*, Vol. 2, nº 3, 2016, pp. 381-383, p. 382.

³¹ Véase K. MC. CULLAGH, “UK: GDPR adaptations and preparations for withdrawal from the EU”, *National adaptations of the GDPR*, pp. 108-119. Disponible en: <https://ueaeprints.uea.ac.uk/id/eprint/70040/> (última consulta 14/11/2019).

³² Véase *Written evidence submitted by Liberty (DPB02) Data Protection Bill*, March 2018 o *Liberty’s Abridged Briefing on the Data Protection Bill 2017: the Immigration Control Exemption*. Esta excepción de la Ley fue recurrida pero el tribunal inglés desestimó la demanda por considerar la excepción justificada por razones de interés público. Decisión del *High Court* de 3 de octubre de 2019 en el caso *Open Rights Group & the 3 million v. Secretary of State for the Home Department [2019] EWHC 2562 (Admin)*. Los demandantes han recurrido esta decisión, véase OPEN RIGHTS GROUP “Open Rights Group and the 3million seek to appeal immigration exemption judgment”, 3 de octubre de 2019. Disponible en: <https://www.openrightsgroup.org/press/releases/2019/open-rights-group-and-the3million-seek-to-appeal-immigration-exemption-judgment> (última consulta 14/11/2019).

Durante el juicio se demostró que la excepción está siendo utilizada por las autoridades británicas que se han valido de la misma para denegar el 60% de las solicitudes que han recibido en casos de inmigración desde principios de 2019 (L. O’CARROLL, “UK decision to deny EU citizens access to data challenged in court”, *The Guardian*, 23 de julio de 2019. Disponible en: <https://www.theguardian.com/uk-news/2019/jul/23/uk-decision-deny-eu-citizens-access-personal-data-challenged-court> (última consulta 14/11/2019).

La Plataforma de Cooperación Internacional para Migrantes Indocumentados (PICUM) presentó una queja formal ante la Comisión Europea contra el Reino Unido por incumplir el RGPD en relación a esta excepción. A la queja se sumaron varias organizaciones de migrantes y de derechos digitales. Véase PICUM, *Advocates bring first GDPR complaint to EU against UK data protection law for violating data rights of foreigners*, 1 de julio de 2019. Disponible en: <https://picum.org/press-release-advocates-bring-first-gdpr-complaint-to-eu-against-uk-data-protection-law-for-violating-data-rights-of-foreigners/> (última consulta 14/11/2019).

³³ STJUE (Gran Sala) de 21 de diciembre de 2016, *Tele2 Sverige AB c. Post- och telestyrelsen y Secretary of State for the Home Department c. Tom Watson y otros*, asuntos acumulados C-203/15 y C-698/15, ECLI:EU:C:2016:970. EL TJUE consideró que el Derecho de la UE se opone a una normativa nacional que establece, con la finalidad de luchar contra la delincuencia,

de 2018, sigue habiendo serias dudas sobre su compatibilidad que han llevado al planteamiento de una nueva cuestión prejudicial sobre la materia pendiente ante el TJUE.³⁴

24. Para evaluar si se adopta una decisión de adecuación, la Comisión también analiza las normas sobre transferencias ulteriores de datos personales a otro país y los compromisos internacionales asumidos por el país de que se trate, u otras obligaciones derivadas de acuerdos o instrumentos jurídicamente vinculantes. Aquí puede cobrar relevancia que el Reino Unido firmara el 3 de octubre de 2019 un acuerdo con Estados Unidos para facilitar el acceso a datos electrónicos para luchar contra delitos graves.³⁵ Éste es el primer acuerdo ejecutivo que celebra Estados Unidos con un Estado conforme a su *Clarifying Lawful Overseas Use of Data Act* conocida como *CLOUD Act* y permitirá que las autoridades de uno y otro país se puedan dirigir directamente a los intermediarios de servicios de Internet situados en el otro país y pedirles datos personales de sus usuarios sin tener que colaborar con las autoridades del Estado donde están situados los intermediarios y evitar así el largo procedimiento de los mecanismos de asistencia judicial mutua. La propia UE ha comenzado también las negociaciones para celebrar un acuerdo de esta naturaleza con Estados Unidos.³⁶

25. El acuerdo entre Estados Unidos y Reino Unido tiene un fin legítimo y ventajas como regular algunas prácticas que ya se estaban llevando a cabo a través de canales informales. Sin embargo, la evaluación del mismo es ambivalente; ha sido considerado un claro avance por algunos³⁷ o un paso atrás por otros.³⁸ Sin entrar a valorarlo, lo cierto es que contiene menos salvaguardias respecto a la protección de los derechos fundamentales de los que se exigen al acuerdo que realizará la UE con Estados Unidos.³⁹

la conservación generalizada e indiferenciada de todos los datos de tráfico y de localización de todos los abonados y usuarios registrados en relación con todos los medios de comunicación electrónica. Además, se opone a una normativa nacional que regula la protección y la seguridad de los datos de tráfico y de localización, en particular el acceso de las autoridades nacionales competentes a los datos conservados, sin limitar dicho acceso, en el marco de la lucha contra la delincuencia, a los casos de delincuencia grave, sin supeditar dicho acceso a un control previo por un órgano jurisdiccional o una autoridad administrativa independiente, y sin exigir que los datos de que se trata se conserven en el territorio de la UE.

³⁴ Cuestión prejudicial presentada por el *Investigatory Powers Tribunal*, en el caso *Privacy International c. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, Secretary of State for the Home Department, Government Communications Headquarters, Security Service Srl, Secret Intelligence Service*, C-623/17. El Tribunal preguntó si tiene cabida en el Derecho de la UE un requisito por el cual un proveedor de redes de comunicación electrónica debe facilitar datos objeto de comunicaciones masivas a las Agencias de Seguridad e Inteligencia (ASI) de un Estado miembro de acuerdo con las instrucciones recibidas del Secretario de Estado. Además, el Tribunal preguntó si en caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión, se aplicarían los requisitos de la anteriormente mencionada sentencia *Watson*, u otros requisitos además de los impuestos por el CEDH, a las referidas instrucciones del Secretario de Estado.

El Tribunal se mostraba especialmente preocupado porque parece obvio que el TJUE responderá que efectivamente su jurisprudencia debe aplicarse y entonces planteaba ¿cómo y en qué medida deben aplicarse dichos requisitos, habida cuenta de la necesidad esencial de las ASI de usar técnicas de adquisición y tratamiento masivo automatizado para proteger la seguridad nacional, y de la circunstancia de que tal capacidad, en caso de ser conforme con el CEDH, puede sufrir un menoscabo significativo como consecuencia de esos requisitos?

Si de la redacción de las cuestiones no se pudiera intuir el rechazo del *Investigatory Powers Tribunal* a la aplicación de la jurisprudencia del TJUE, éste dejó claro en su petición que estimaba que la imposición de los requisitos precisados en la sentencia *Tele2 Sverige* y *Watson*, en caso de ser aplicables, redundaría en perjuicio de la eficacia de las medidas adoptadas por las ASI para salvaguardar la seguridad nacional y supondría un riesgo para la seguridad nacional del Reino Unido.

³⁵ *Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the United States of America on Access to Electronic Data for the Purpose of Countering Serious Crime*. Disponible en: <https://www.gov.uk/government/publications/ukusa-agreement-on-access-to-electronic-data-for-the-purpose-of-counter-serious-crime-cs-usa-no62019> (última consulta 14/11/2019).

³⁶ Véase la Decisión del Consejo por la que se autoriza la apertura de negociaciones con miras a la celebración de un acuerdo entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América sobre el acceso transfronterizo a pruebas electrónicas para la cooperación judicial en materia penal.

³⁷ J. DASKAL/ P. SWIRE, “The U.K.-U.S. CLOUD Act Agreement Is Finally Here, Containing New Safeguards”, *Lawfare*, 8 de octubre de 2019. Disponible en: <https://www.lawfareblog.com/uk-us-cloud-act-agreement-finally-here-containing-new-safeguards> (última consulta 14/11/2019).

³⁸ K. RODRÍGUEZ / C. FISCHER, “A Race to the Bottom of Privacy Protection: The US-UK Deal Would Trample Cross Border Privacy Safeguards”, *Electronic Frontier Foundation*, 4 de octubre de 2019. Disponible en: <https://www.eff.org/deeplinks/2019/10/race-bottom-privacy-protection-us-uk-deal-would-trample-cross-border-privacy> (última consulta 14/11/2019).

³⁹ T. CHRISTAKIS, “21 Thoughts and Questions about the UK/US CLOUD Act Agreement: (and an Explanation of How it

Por tanto, puede ser un obstáculo para la decisión de adecuación porque nada impedirá que los datos que vayan a parar a los intermediarios situados en el Reino Unido sean suministrados a las autoridades americanas conforme a una petición estadounidense fundada en este acuerdo.⁴⁰

26. Pero, sin duda, las cuestiones más delicadas se plantearán en torno al amplio acceso de los servicios de inteligencia del Reino Unido a los datos personales y las limitadas salvaguardas existentes a este respecto. Curiosamente, al ser una cuestión relacionada con la seguridad nacional está fuera del ámbito competencial de la UE y ésta no crea estándares para sus propios Estados,⁴¹ pero sí tiene este ámbito en cuenta al analizar la situación en los países terceros, como se ha explicado.

27. Una futura decisión de adecuación respecto al Reino Unido tendrá que asumir la jurisprudencia del TJUE y, en particular, la sentencia del caso *Schrems*⁴² que llevó a invalidar la decisión de adecuación respecto a Estados Unidos después de las revelaciones de Edward Snowden. El TJUE consideró que de los datos que le facilitó la Comisión había quedado probado que las autoridades estadounidenses podían acceder a los datos personales transferidos a partir de los Estados miembros a ese país yendo más allá de lo que era estrictamente necesario y proporcionado para proteger la seguridad nacional, así como que las personas afectadas no disponían de vías jurídicas, administrativas o judiciales que les permitieran acceder a los datos que les concernían y obtener, en su caso, su rectificación o supresión. Por ello la Comisión tuvo que negociar algunos cambios y exigir ciertos compromisos y garantías a Estados Unidos y elaboró otra decisión con nuevas salvaguardas (conocida como Escudo de seguridad o *Privacy Shield*) que también se encuentra en entredicho.⁴³

28. Cabe recordar la condena al Reino Unido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) que consideró que el régimen de interceptación masiva de datos del Reino Unido infringía varios artículos del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) en su decisión de 2018 en el caso *Big Brother Watch*.⁴⁴ El caso se originó con los recursos acumulados presentados por periodistas, activistas y organizaciones de derechos humanos sobre

Works – With Charts”), *European Law Blog*, 13 de octubre de 2019. Disponible en: <https://europeanlawblog.eu/2019/10/17/21-thoughts-and-questions-about-the-uk-us-cloud-act-agreement-and-an-explanation-of-how-it-works-with-charts/> (última consulta 14/11/2019).

⁴⁰ Los miembros del Parlamento Europeo Moritz Körner y Sophie in ’t Veld plantearon el 7 de octubre de 2019 una pregunta formal a la Comisión (E-003136/2019) sobre si considera que el Acuerdo es conforme al RGPD y a la Directiva sobre protección de los datos personales cuando son utilizados por autoridades policiales y de justicia penal y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y si no es el caso si iba a iniciar un proceso de infracción. También han preguntado que, si el Reino Unido sale de la UE, cómo afectara este Acuerdo a la posible adopción de una decisión de adecuación.

En puridad, teniendo en cuenta que ésta es una materia compartida entre la UE y los Estados miembros y que la Unión Europea ha decidido ejercer ella esta competencia como denota la existencia de un mandato de negociación del Consejo a la Comisión para negociar un acuerdo ejecutivo con Estados Unidos, el Reino Unido debería haberse abstenido de firmar un acuerdo por su cuenta y éste sería nulo conforme al Derecho de la UE. No obstante, parece obvio que de cara a preparar su salida al Reino Unido le interesaba ir preparando el camino y la Comisión Europea no iba a poner obstáculos estando cercana la fecha de salida.

⁴¹ El artículo 4 del Tratado de la UE establece que la Unión respetará las funciones esenciales del Estado, especialmente las que tienen por objeto garantizar su integridad territorial, mantener el orden público y salvaguardar la seguridad nacional. En particular, la seguridad nacional seguirá siendo responsabilidad exclusiva de cada Estado miembro. Véase P. VOGIATZOGLOU/S. FANTIN, “National and Public Security Within and Beyond the Police Directive”, *Security and Law. Legal and Ethical Aspects of Public Security, Cyber Security and Critical Infrastructure Security*. Vedder A, Schroers J, Ducuing C, Valcke P. (eds). Intersentia, Cambridge, Antwerp, Chicago, 2019, pp. 27-62.

⁴² STJUE (Gran Sala) de 6 de octubre de 2015 *Maximilian Schrems c. Data Protection Commissioner*, C-362/14, ECLI:EU:C:2015:650. Véase M. I. PUERTO/ P. SFERRAZA TAIBI, “La sentencia *Schrems* del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: un paso firme en la defensa del derecho a la privacidad en el contexto de la vigilancia masiva transnacional”, *Revista Derecho del Estado*, Nº. 40, 2018, pp. 209-236; y E. URÍA GAVILÁN, “Derechos fundamentales versus vigilancia masiva. Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 6 de octubre de 2015 en el asunto C-362/14 *Schrems*”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Año nº 20, Nº 53, 2016, pp. 261-282.

⁴³ C. I. CORDERO ÁLVAREZ, “La transferencia internacional de datos con terceros Estados en el nuevo Reglamento europeo: Especial referencia al caso estadounidense y la *Cloud Act*”, *Revista Española de Derecho Europeo*, nº. 70, 2019, pp. 49-107.

⁴⁴ STEDH de 13 de septiembre de 2018, *Big Brother Watch y otros c. Reino Unido*, asuntos acumulados nº. 58170/13, 62322/14 y 24960/15.

tres regímenes de vigilancia diferentes: la interceptación masiva de comunicaciones, el intercambio de inteligencia con gobiernos extranjeros, y la obtención de datos de comunicaciones de proveedores de servicios de comunicaciones.

29. El TEDH sostuvo que el régimen de interceptación masiva violó el artículo 8 del CEDH, ya que no había suficiente supervisión tanto de la selección de los intermediarios de Internet para la interceptación como del filtrado, búsqueda y selección de comunicaciones interceptadas para su examen, y las salvaguardas que rigen la selección de datos de comunicaciones relacionados para el examen fue inadecuada. El TEDH consideró que la operación de un régimen de interceptación masiva no violaba en sí misma el CEDH, pero señaló que dicho régimen tenía que respetar los criterios establecidos en su jurisprudencia. El TEDH sostuvo que el régimen para obtener datos de comunicaciones de proveedores de servicios de comunicaciones violó el artículo 8, ya que no se hizo conforme a la ley, y que tanto el régimen de interceptación masiva como el régimen para obtener datos de comunicaciones de proveedores de servicios de comunicaciones violaron el artículo 10 del CEDH, ya que no existían garantías suficientes con respecto al material periodístico confidencial.

30. El TEDH, además, consideró que el régimen para compartir información de inteligencia con gobiernos extranjeros no violaba el artículo 8 ni el 10, y rechazó por unanimidad las quejas formuladas por los recurrentes, en virtud del artículo 6, sobre el procedimiento interno para impugnar medidas de vigilancia secreta.

31. Los recurrentes ganaron puesto que se condenó al Reino Unido, sin embargo, la victoria fue agri dulce porque varios de sus principales argumentos fueron ignorados. Según Vermeulen,⁴⁵ el TEDH no consideró problemáticos algunos de los aspectos más intrusivos de estas prácticas de vigilancia altamente controvertidas: la interceptación de comunicaciones en masa sigue siendo posible y el intercambio de información entre los *Five Eyes*⁴⁶ sale reforzado. Las anteriores sentencias ya citadas del TJUE creaban un estándar mucho más exigente que debería ser la norma en Europa⁴⁷ y el criterio principal para una decisión de adecuación, si bien se centraban en el acceso de autoridades policiales y no de agencias de inteligencia. Los recurrentes pidieron el reexamen de la sentencia que está pendiente de decisión por la Gran Sala del TEDH.

32. El Reino Unido ha modificado la legislación desde que se presentó el caso con la *Investigatory Powers Act* de 2016, pero ésta también fue considerada por el *High Court* del Reino Unido como parcialmente incompatible con los derechos fundamentales en el caso *Liberty*.⁴⁸ En concreto, el Tribunal concluyó que la parte 4 de la Ley era incompatible con los derechos fundamentales recogidos en la legislación de la UE en el ámbito de la justicia penal en lo referente al acceso a los datos conservados porque no se limitaba al propósito de combatir el “delito grave”; y el acceso a los datos no estaba sujeto a revisión previa por parte de un tribunal o un organismo administrativo independiente.

33. *Liberty* (apoyado por la *National Union of Journalists*) también intentó que los tribunales ingleses declararan la incompatibilidad de otras secciones de la *Investigatory Powers Act* de 2016 con la *Human Rights Act* de 1998 que integra los derechos del CEDH en el Derecho del Reino Unido. En concreto, argumentaron que las disposiciones de la Ley eran incompatibles con los artículos 8 y 10 del CEDH porque son demasiado ambiguas y carecen de las garantías mínimas establecidas por el TEDH,

⁴⁵ J. VERMEULEN, “Big brother may continue watching you”, *Strasbourg Observers*, 12 de octubre de 2018. Disponible en: <https://strasbourgobservers.com/2018/10/12/big-brother-may-continue-watching-you/> (última consulta 14/11/2019).

⁴⁶ *Five Eyes* es una alianza que sirve como red de intercambio de inteligencia de la cual forman parte el Reino Unido, los Estados Unidos, Australia, Canadá y Nueva Zelanda.

⁴⁷ T. CHRISTAKIS, “A fragmentation of EU/ECHR law on mass surveillance: initial thoughts on the Big Brother Watch judgment”, *European Law Blog*, 20 de septiembre de 2018. Disponible en: <https://europeanlawblog.eu/2018/09/20/a-fragmentation-of-eu-echr-law-on-mass-surveillance-initial-thoughts-on-the-big-brother-watch-judgment/#more-4221> (última consulta 14/11/2019).

⁴⁸ Sentencia del *High Court* de 27 de abril de 2018, *The National Council for Civil Liberties (Liberty) v. Secretary of State for the Home Department, Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, [2018] EWHC 975 (Admin).

además, de no ser necesarias en una sociedad democrática ni proporcionadas. También se arguyó que las garantías que fijaban no era suficientes, por ejemplo, no existían salvaguardas específicas para proteger las comunicaciones abogado-cliente o las fuentes confidenciales de los periodistas. Finalmente, se desestimó el recurso, pero durante el desarrollo de la fase probatoria de este caso se descubrió que el MI5 (Servicio de Inteligencia del Reino Unido) había gestionado datos personales de manera ilegal durante años, y, en concreto, había mantenido “un control inadecuado sobre dónde se almacenan los datos” y “los procesos de eliminación que se le aplicaban”.⁴⁹

34. Todavía hay además varios casos pendientes ante el TEDH como *Privacy International*⁵⁰ que cuestionan la compatibilidad de otras secciones de esta Ley con el CEDH. Los recurrentes consideraban probable que su equipo hubiera estado sujeto a una interferencia conocida como “explotación de la red informática” o “interferencia de equipo”, coloquialmente conocida como “*hacking*” durante un período indefinido por el Servicio Secreto de Inteligencia del Reino Unido. Los recurrentes argumentaron que se habían vulnerado sus derechos protegidos en los artículos 8 y 10 del CEDH al considerar que esta injerencia en los mismos no era acorde a la ley en ausencia de un código de práctica que rijan su uso; que no había ningún requisito de autorización judicial; que no había información en el dominio público sobre cómo se desarrollaban tales interferencias; y que no hay ningún requisito de filtrado para excluir material irrelevante. Los recurrentes también consideraron vulnerado su derecho a un recurso efectivo recogido en el artículo 13 del CEDH.

35. Todo esto supone que una decisión de adecuación sea un poco más compleja de lo que podría pensarse *a priori*. No obstante, es probable que el peso político y el interés económico de las transferencias de datos personales hagan que la Comisión acelere el proceso de elaboración de la decisión. Esto es lo que ha ocurrido en el caso japonés en el que la necesidad de que la decisión entrara en vigor coincidiendo aproximadamente con el Acuerdo de Asociación Económica⁵¹ hizo que se superasen las reticencias de determinados sectores⁵² sobre si efectivamente el sistema japonés presentaba una protección equivalente. La Comisión Europea terminó adoptando la decisión de adecuación respecto a Japón que ha sido la primera aprobada con el RGPD ya en aplicación⁵³ y que, por tanto, puede darnos algunas pistas sobre una futura decisión de adecuación respecto a Reino Unido.

36. Por ejemplo, en el caso japonés, también existían dudas sobre la compatibilidad con la protección de datos personales del amplio acceso por parte de las autoridades japonesas a los datos para salvaguardar la seguridad nacional. Este problema se salvó consiguiendo que el Gobierno japonés facilitara a la Comisión una serie de declaraciones, garantías y compromisos oficiales firmados al más alto nivel ministerial y de servicios⁵⁴ respecto a los límites y salvaguardas relativas a la recogida y utilización de información personal por parte de las autoridades públicas japonesas con fines coercitivos y de seguridad nacional. Algo muy similar ocurrió con el Escudo de Privacidad que cubre las transferencias con

⁴⁹ Sentencia del *Royal Court of Justice* de 29 de julio de 2019, *National Council for Civil Liberties (Liberty) v. Secretary of State for the Home Department and Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, [2019] EWHC 2057 (Admin).

⁵⁰ Caso pendiente ante el TEDH, *Privacy International y otros c. Reino Unido*, n.º 46259/16.

⁵¹ Acuerdo entre la Unión Europea y Japón relativo a una asociación económica, DOUE L 330, 27 de diciembre de 2018, pp. 3-899.

⁵² Véase Dictamen 28/2018 sobre el proyecto de Decisión de Ejecución de la Comisión Europea relativa a la adecuación de la protección de los datos personales por parte de Japón, adoptado el 5 de diciembre de 2018; Resolución del Parlamento Europeo, de 13 de diciembre de 2018, sobre la adecuación de la protección de los datos personales que ofrece Japón (2018/2979(RSP)); G. GREENLEAF, “Japan and Korea: Different Paths to EU Adequacy”, *Privacy Laws & Business International Report*, 156, 2018, pp. 9-11; y G. GREENLEAF, “Japan: EU Adequacy Discounted”, *Privacy Laws & Business International Report*, 155, 2018, pp. 8-10.

⁵³ Decisión de Ejecución (UE) 2019/419 de la Comisión, de 23 de enero de 2019, con arreglo al Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la adecuación de la protección de los datos personales por parte de Japón en virtud de la Ley sobre la protección de la información personal, C/2019/304, DOUE L 76 de 19.3.2019, pp. 1-58.

⁵⁴ Firmaron la declaración: la Ministra de Justicia, el Consejero de la Secretaría del Gabinete, el Comisario General de la Agencia Nacional de Policía, la Secretaria General de la Comisión de Protección de la Información Personal, el Viceministro del Ministerio del Interior y de Comunicaciones, el representante de la Agencia de Inteligencia de la Seguridad Pública y el Viceministro administrativo de Defensa.

Estados Unidos cuya decisión se acompañó de una serie de cartas de altos funcionarios estadounidenses para recoger determinados compromisos.⁵⁵

37. Mientras que algunos expertos alaban la flexibilidad de la UE para encontrar soluciones en casos como éstos,⁵⁶ puede dar lugar a una cierta inseguridad jurídica porque si la decisión de adecuación de Reino Unido no es lo suficientemente garantista corre el riesgo de ser anulada por el TJUE. Esto ya ocurrió con la citada decisión *Safe Harbour*⁵⁷ y es posible que ocurra con el Escudo de Seguridad sobre el que el Tribunal ha sido también llamado a pronunciarse.⁵⁸

B. Otros posibles mecanismos para facilitar las transferencias de datos personales al Reino Unido

38. En realidad, desde el Reino Unido la opción preferida no era una decisión de adecuación, sino un acuerdo internacional específico sobre la protección de datos tras el Brexit.⁵⁹ La ventaja de un acuerdo de esta naturaleza es que se negociaría, no como la decisión de adecuación que es una decisión unilateral, y que, por tanto, la Comisión Europea no podría revisarlo o retirarse en cualquier momento.⁶⁰

⁵⁵ El Gobierno estadounidense, a través de su Oficina del Director de Inteligencia Nacional, proporcionó a la Comisión una serie de declaraciones y compromisos detallados. El secretario de Estado firmó una carta en la que el Gobierno de los Estados Unidos se comprometió a crear un nuevo mecanismo de supervisión de las injerencias con fines de seguridad nacional, a saber, el Defensor del Pueblo en el ámbito del Escudo de Privacidad, independiente de los servicios de inteligencia. Por último, una declaración del Departamento de Justicia de los Estados Unidos describía las limitaciones y salvaguardias aplicables al acceso a los datos y a su utilización por parte de los poderes públicos a efectos de aplicación de la ley y otros fines de interés público. Todos estos documentos aparecen como anexos en la Decisión de ejecución (UE) 2016/1250 de la Comisión de 12 de julio de 2016 con arreglo a la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la adecuación de la protección conferida por el Escudo de la privacidad UE-EE.UU., *DOUE* L 207 de 1 de agosto de 2016, pp. 1-112.

⁵⁶ P. M. SCHWARTZ, "Global Data Privacy: The EU Way", *New York University Law Review*, vol. 94, 2019, pp. 771-818.

⁵⁷ STJUE (Gran Sala) de 6 de octubre de 2015 *Maximillian Schrems c. Data Protection Commissioner*, C-362/14, ECLI:EU:C:2015:650.

⁵⁸ Casos pendientes ante el TJUE: recurso de anulación interpuesto el 25 de octubre de 2016 ante el Tribunal General, *La Quadrature du Net y otros c. Comisión*, T-738/16 y petición de decisión prejudicial planteada por la *High Court* (Irlanda) el 9 de mayo de 2018, *Data Protection Commissioner/Facebook Ireland Limited, Maximillian Schrems*, C-311/18 (conocida como *Schrems II*). En relación con este último caso, cabe mencionar que en sus conclusiones de 19 de diciembre de 2019 el Abogado General, Saugmandsgaard Øe, consideró que la resolución del litigio principal no requería que el TJUE se pronunciara sobre la validez de la Decisión "Escudo de la privacidad". No obstante, el Abogado General expuso, con carácter subsidiario, las razones que le llevaban a tener dudas sobre la validez de la citada Decisión en lo que atañía a los derechos relativos a la vida privada y a la protección de datos personales, así como al derecho a la tutela judicial efectiva. En todo caso, es necesario esperar a la sentencia del TJUE dado que las conclusiones del Abogado General no son vinculantes.

La Comisión ha evaluado positivamente los avances en la aplicación del Escudo de Privacidad, si bien considera que deben tomarse algunas medidas adicionales para asegurar su efectividad. *Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la tercera revisión anual del funcionamiento del Escudo de la privacidad UE-EE.UU.*, COM(2019) 495 final. Sin embargo, el Parlamento Europeo opinó que el acuerdo del Escudo de Privacidad no proporcionaba el nivel adecuado de protección exigido por la legislación de protección de datos de la UE y la Carta, tal como los interpreta el TJUE; y planteó que la Comisión suspendiera el Escudo de Privacidad hasta que las autoridades de los Estados Unidos cumplieran con sus condiciones. *Resolución del Parlamento Europeo, de 5 de julio de 2018, sobre la adecuación de la protección conferida por el Escudo de la privacidad UE-EE. UU. (2018/2645(RSP))*. El CEPD también se ha mostrado crítico y tiene una serie de preocupaciones importantes relativas a la compatibilidad del Escudo de Privacidad con el RGPD, siendo una de las principales la ausencia de controles sustanciales respecto al cumplimiento de este marco por parte de las empresas que no se puede olvidar que se auto-certifican. Otros elementos que también le crean dudas son las transferencias posteriores, la aplicación de los principios cuando se trata de procesadores, así como el proceso de recertificación. Véase CEPD, *EU-U.S. Privacy Shield - Third Annual Joint Review*, adoptado el 12 de noviembre de 2019.

⁵⁹ Véase la audiencia del *Exiting the European Union Committee* de la Cámara de los Comunes sobre *The progress of the UK's negotiations on EU withdrawal*, celebrada el 9 de mayo de 2019.

El Gobierno del Reino Unido incluso publicó un documento en el que explicaba las ventajas de este mecanismo para la UE y explicaba por qué el Reino Unido debía ser tratado de manera diferente que cualquier otro Estado tercero. Véase HM GOVERNMENT, *Technical Note: Benefits of a new data protection agreement*, 2018, p. 1. Disponible en: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/714677/Data_Protection_Technical_Note.pdf (última consulta 14/11/2019).

⁶⁰ Si bien la decisión de celebrar un acuerdo con el Reino Unido también podría ser declarada inválida por el TJUE, bien a través de un recurso de anulación, aunque existe un plazo muy corto para ello de sólo 2 meses (art. 263 TFUE), o bien en

39. Además, esto permitiría ir más allá de lo que posibilita una decisión de adecuación, por ejemplo, haciendo que no fuera necesario para las empresas del Reino Unido nombrar a un representante en el Espacio Económico Europeo o a la inversa a las de los Estados miembros del Espacio Económico Europeo no tener que hacerlo respecto al Reino Unido rebajando así costes. Además, podría negociarse que el ICO pudiera participar en el mecanismo de *one-stop-shop* o mecanismo de ventanilla única.⁶¹

40. Sin embargo, la UE no se ha mostrado partidaria de un acuerdo de esta naturaleza, sino que parece preferir seguir sus normas (el RGPD) sin hacer excepciones. Michel Barnier, jefe negociador por parte de la UE del Acuerdo de salida con el Reino Unido, dejó claro que una decisión de adecuación era la única posibilidad,⁶² lo que además ha quedado constatado en la Declaración política.⁶³

41. En ausencia de una decisión de adecuación (o de un hipotético acuerdo bilateral), existen otras posibilidades a disposición de las empresas para cumplir con los requisitos del RGPD en las transferencias transfronterizas de datos personales. La más utilizada son las cláusulas tipo de protección de datos adoptadas por la Comisión⁶⁴ o por una autoridad de control (y aprobadas por la Comisión).

42. Se trata de la opción más sencilla porque cualquiera puede utilizarlas y ya están redactadas. Además, pueden incluirse en un contrato más amplio y se pueden añadir otras cláusulas siempre que no contradigan, de forma directa o indirecta, las cláusulas tipo, ni mermen los derechos o las libertades fundamentales de los interesados.⁶⁵ Sin embargo, es necesario recalcar que estas cláusulas no se pueden modificar, por lo que no se puede negociar su contenido con la contraparte en un contrato, porque si esto ocurriera pasarían a considerarse cláusulas contractuales *ad hoc* y la autoridad nacional de supervisión competente debería aprobar estas cláusulas contractuales adaptadas, tras un dictamen del CEPD.

43. Estas cláusulas suelen incluir obligaciones del exportador e importador de datos, disposiciones relativas a la responsabilidad, la legislación aplicable, las posibles variaciones del contrato, la mediación y jurisdicción, la cooperación con las autoridades de control, el subtratamiento de datos, una cláusula de tercero beneficiario, e incluso las obligaciones una vez finalizada la prestación de los servicios de tratamiento de los datos personales.

44. Si una empresa decide optar por las cláusulas tipo para legitimar sus transferencias transfronterizas de datos personales, éstas se incluirían en todo contrato que diera lugar a una transferencia de datos personales. Por ejemplo, una importante empresa inglesa cuando se anuló la decisión *Safe-Harbour* tuvo que incluirlas en más de dos millones de contratos en un mes para no realizar dichas transferencias hacia los Estados Unidos sin cobertura legal.⁶⁶ Incluso si estas cláusulas están pre-redactadas incluirlas en

el marco de la una cuestión prejudicial (art. 267 TFUE). Pero, en este caso, el Reino Unido estaría amparado por el Derecho Internacional dado que, en principio, una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

⁶¹ Según el art. 56 RGPD, la autoridad de control del establecimiento principal o del único establecimiento del responsable o del encargado del tratamiento será competente para actuar como autoridad de control principal para el tratamiento transfronterizo realizado por parte de dicho responsable o encargado.

⁶² *Speech by Michel Barnier at the 28th Congress of the International Federation for European Law (FIDE)*, Lisboa, 26 de mayo de 2018. Disponible en: https://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-18-3962_en.htm (última consulta 14/11/2019).

⁶³ O. PATEL/ N. LEA, *EU-UK Data Flows, Brexit and No-Deal: Adequacy or Disarray?*, UCL European Institute, 2019.

⁶⁴ Véase: Decisión 2001/497/CE de la Comisión, de 15 de junio de 2001, relativa a cláusulas contractuales tipo para la transferencia de datos personales a un tercer país previstas en la Directiva 95/46/CE, *DOUE* L 181 de 4 de julio de 2001, pp. 19-31; Decisión 2004/915/CE de la Comisión, de 27 de diciembre de 2004, por la que se modifica la Decisión 2001/497/CE en lo relativo a la introducción de un conjunto alternativo de cláusulas contractuales tipo para la transferencia de datos personales a terceros países, *DOUE* L 385 de 29 de diciembre de 2004, pp. 74-84; y 2010/87/: Decisión de la Comisión, de 5 de febrero de 2010, relativa a las cláusulas contractuales tipo para la transferencia de datos personales a los encargados del tratamiento establecidos en terceros países, de conformidad con la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, *DOUE* L 39 de 12 de febrero de 2010, pp. 5-18.

⁶⁵ Considerando 109 RGPD.

⁶⁶ Ejemplo dado por Giles Derrington en una audiencia del *Exiting the European Union Committee* de la Cámara de los Comunes sobre *The progress of the UK's negotiations on EU withdrawal*, celebrada el 9 de mayo de 2019.

todos los contratos puede suponer un esfuerzo y coste económico elevado, y la contraparte puede no estar dispuesta a reabrir un determinado contrato e incluir cláusulas que no puede negociar. No obstante, ésta sigue siendo la opción más factible para las pequeñas y medianas empresas y es la que considera más conveniente la autoridad de protección de datos del Reino Unido para la mayoría de los casos tras el Brexit.⁶⁷

45. No obstante, existe otro problema y es que la licitud de estas cláusulas está pendiente de un pronunciamiento del TJUE en el mencionado caso *Schrems II*.⁶⁸ En el que, entre otras muchas preguntas, el tribunal irlandés plantea si el hecho de que estas cláusulas sean aplicables al exportador de datos y al importador de datos, pero no resulten vinculantes para las autoridades nacionales de un tercer país, que pueden exigir al importador de datos que facilite a sus servicios de seguridad los datos personales transferidos con arreglo a esas cláusulas, impide que se apliquen las garantías de protección adecuadas previstas en el Derecho de la UE.⁶⁹

46. Otra opción para las grandes empresas son las normas corporativas vinculantes. Éstas son las políticas de protección de datos personales asumidas por un responsable o encargado del tratamiento establecido en el territorio de un Estado miembro para transferencias o un conjunto de transferencias de datos personales a un responsable o encargado en uno o más países terceros, dentro de un grupo empresarial o una unión de empresas dedicadas a una actividad económica conjunta.⁷⁰ Estas normas deben ser aprobadas por la autoridad nacional de supervisión competente tras un dictamen positivo del CEPD.⁷¹ Crear unas normas de esta naturaleza sólo resulta rentable para grandes empresas multinacionales por su coste económico (en torno a las 250,000 libras)⁷² y temporal.⁷³

47. Cabe destacar que aproximadamente un tercio de las normas corporativas vinculantes han sido aprobadas por el ICO,⁷⁴ que ha sido, además, el primero en recibir un dictamen positivo del CEPD para unas normas de esta naturaleza tras el comienzo de la aplicación del RGPD.⁷⁵ Y esto en una fecha en la que en principio Reino Unido ya debería haber salido de la UE, lo que sirve como una prueba más

⁶⁷ INFORMATION COMMISSIONER'S OFFICE, *Data protection if there's no Brexit deal*, 2019, p. 8. Disponible en: <https://ico.org.uk/media/for-organisations/data-protection-and-brexite/data-protection-if-theres-no-brexite-deal-1-0.pdf> (última consulta 14/11/2019).

⁶⁸ Caso pendiente ante el TJUE: petición de decisión prejudicial planteada por la *High Court* (Irlanda) el 9 de mayo de 2018, *Data Protection Commissioner c. Facebook Ireland Limited y Maximillian Schrems*, C-311/18 (conocida como *Schrems II*).

⁶⁹ En sus conclusiones de 19 de diciembre de 2019 sobre este caso, el Abogado General, Saugmandsgaard Øe, consideró que el hecho de que las cláusulas contractuales tipo no vinculen a las autoridades del país tercero de destino y no les impidan por tanto imponer al importador obligaciones incompatibles con el respeto de dichas cláusulas no conlleva por sí mismo que dicho mecanismo deba considerar inválido. Sino que la compatibilidad con la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE depende de si existen mecanismos suficientemente sólidos que permitan garantizar que las transferencias basadas en las cláusulas contractuales tipo sean suspendidas o prohibidas en caso de incumplimiento de dichas cláusulas o de la imposibilidad de cumplirlas. En su opinión, éste será el caso cuando exista una obligación —impuesta a los responsables del tratamiento y, en caso de inacción de estos últimos, a las autoridades de control— de suspender o prohibir una transferencia cuando, debido a un conflicto entre las obligaciones derivadas de las cláusulas tipo y las impuestas por la normativa del país tercero de destino, las mencionadas cláusulas no pueden ser respetadas.

En todo caso, es necesario esperar a la sentencia del TJUE dado que las conclusiones del Abogado General no son vinculantes, como ya se ha explicado anteriormente.

⁷⁰ Art. 4.20 RGPD.

⁷¹ Art. 47 RGPD.

⁷² HM GOVERNMENT, *The exchange and protection of personal data: a future partnership paper*, 2018, p. 12. Disponible en: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/639853/The_exchange_and_protection_of_personal_data.pdf (última consulta 14/11/2019).

⁷³ Además del tiempo que lleva elaborar las normas corporativas vinculantes, hay que añadir varios meses para que éstas consigan la autorización de la autoridad de protección de datos. A modo de ejemplo, en España el artículo 41.2 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales establece que el procedimiento una vez haya sido instado por la entidad en cuestión tendrá una duración máxima de nueve meses, no obstante éste queda suspendido como consecuencia de la remisión del expediente al CEPD para que emita el dictamen pertinente.

⁷⁴ Dato facilitado por Stephen Hurley en una audiencia del *Exiting the European Union Committee* de la Cámara de los Comunes sobre *The progress of the UK's negotiations on EU withdrawal*, celebrada el 9 de mayo de 2019.

⁷⁵ *Opinion 15/2019 on the draft decision of the competent supervisory authority of the United Kingdom regarding the Binding Corporate Rules of Equinix Inc.*

de la inseguridad jurídica creada por el Brexit, dado que las empresas no sabían si iniciar el proceso para la aprobación de sus normas corporativas vinculantes porque no sabían si la decisión que normalmente tarda varios meses llegaría antes o después de la salida del Reino Unido, y si es después el ICO ya no sería considerada una autoridad competente.

48. La salida del Reino Unido de la UE supondrá la consecuente salida del ICO del Comité Europeo de Protección de Datos y esto será una pérdida para la protección de datos en toda la UE dado que se trata de una de las autoridades más respetadas y cuyo trabajo aprovechan el resto de autoridades de otros Estados. El ICO es la mayor autoridad de control independiente de la UE, puesto que cuenta con más de 500 empleados⁷⁶ y es la autoridad que durante el primer año y medio desde la aplicación del RGPD propuso las sanciones más cuantiosas por su incumplimiento.⁷⁷ Desde el ICO se teme que su ausencia del Comité será muy negativa para el Reino Unido pues perderá su influencia en la materia. Sería interesante, teniendo en cuenta su relevancia, buscar algún encaje que le permitiera participar no sólo como observador en el Comité, ya que prescindir de su experiencia y liderazgo sería una pérdida para el organismo que lidera la creación de muchos estándares en la materia.

49. Volviendo a la cuestión de otros instrumentos que permitan las transferencias transfronterizas, el RGPD ha creado dos que no existían en la Directiva anterior que son los códigos de conducta⁷⁸ y los mecanismos de certificación.⁷⁹ Sin embargo, su relativa novedad hace que haya mucha incertidumbre sobre los mismos. El propio ICO no consideraba probable que se adoptará ninguno antes de la salida del Reino Unido.⁸⁰

50. También existen instrumentos exclusivamente disponibles para autoridades u organismos públicos. Una opción es utilizar un instrumento jurídicamente vinculante, como un acuerdo internacional bilateral o multilateral o un acuerdo administrativo, como un memorando de entendimiento, que reconozcan derechos exigibles y efectivos a los interesados. Éstos últimos están sujetos a la autorización de la autoridad nacional de supervisión, tras un dictamen del CEPD.⁸¹

51. Por ejemplo, en el caso español, la Agencia Española de Protección de Datos colaborará con autoridades, instituciones, organismos y administraciones de otros Estados a fin de impulsar, promover y desarrollar el derecho fundamental a la protección de datos, en particular en el ámbito iberoamericano, pudiendo suscribir acuerdos internacionales administrativos y no normativos en la materia.⁸²

III. El Reino Unido y el Convenio para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal del Consejo de Europa

52. Más allá de los posibles mecanismos para facilitar las transferencias de datos personales desde el Espacio Económico Europeo al Reino Unido, es importante antes de cerrar este trabajo hacer

⁷⁶ Dato facilitado por Elizabeth Denham en una audiencia del *Exiting the European Union Committee* de la Cámara de los Comunes sobre *The progress of the UK's negotiations on EU withdrawal*, celebrada el 9 de mayo de 2019.

⁷⁷ El ICO propuso una sanción de 183 millones de libras a British Airways y otra de 99 millones de libras a la cadena hotelera Marriott.

⁷⁸ Art. 40 y 41 RGPD. Véase *EDPB Guidelines 1/2019 on Codes of Conduct and Monitoring Bodies under Regulation*.

⁷⁹ Art. 42 y 43 RGPD. Véase *EDPB Guidelines 4/2018 on the accreditation of certification bodies under Article 43 of the General Data Protection Regulation* y *EDPB Guidelines 1/2018 on certification and identifying certification criteria in accordance with Articles 42 and 43 of the Regulation*.

⁸⁰ INFORMATION COMMISSIONER'S OFFICE, *Data protection if there's no Brexit deal*, 2019, p. 21. Disponible en: <https://ico.org.uk/media/for-organisations/data-protection-and-brexits/data-protection-if-theres-no-brexits-deal-1-0.pdf> (última consulta 14/11/2019). A pesar de ello, el ICO quería estar preparado y el CEPD adoptó el 2 de diciembre de 2019 su *Opinion 17/2019 on the UK data protection supervisory authority draft accreditation requirements for a code of conduct monitoring body pursuant to article 41 GDPR*.

⁸¹ CEPD, *Nota informativa sobre transferencias de datos en virtud del RGPD en el caso de un Brexit sin acuerdo*, adoptada el 12 de febrero de 2019, pp. 4 y 5.

⁸² Artículo 56.3.c de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, *BOE* núm. 294, de 6 de diciembre de 2018, pp. 119788 a 119857.

una mención al Convenio para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, hecho en 1981 por el Consejo de Europa, conocido como Convenio 108.

53. Este Convenio fue el primer instrumento internacional vinculante que se adoptó para proteger al individuo contra los abusos que pueden acompañar a la recopilación y el procesamiento de datos personales y buscaba regular al mismo tiempo el flujo transfronterizo de datos personales. La imposibilidad de negociar un tratado de esta naturaleza a nivel de las Naciones Unidas lo ha convertido en un estándar con vocación global más allá de las fronteras europeas, lo que hace que, además de por los 47 Estados miembros del Consejo de Europa,⁸³ haya sido ratificado por Estados como Argentina, Cabo Verde, Mauricio, México, Marruecos, Senegal, Túnez y Uruguay.

54. La Directiva 95/46/CE relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos,⁸⁴ precedente legislativo del RGPD, básicamente precisaba y ampliaba los principios de este Convenio, algo que ha continuado el RGPD. Por eso, no es de extrañar que el considerando 105 del RGPD explique que, de cara a conseguir una decisión de adecuación, la Comisión debe tener en cuenta las obligaciones resultantes de la participación del tercer país en sistemas multilaterales o regionales, en particular la adhesión al Convenio 108.⁸⁵

55. Igual que la normativa de la UE se modernizó a través del RGPD, el Convenio lo hizo a través de un Protocolo que lo modificaba adoptado en 2018 (CETS 223).⁸⁶ El Protocolo buscaba responder a los nuevos retos, asegurar su implementación efectiva y proporcionar un marco legal multilateral robusto y flexible para facilitar el flujo de datos a través de las fronteras al tiempo que proporciona garantías efectivas cuando se utilizan datos personales.⁸⁷

56. El Reino Unido estuvo entre los primeros en ratificar el Convenio en 1987, y fue también uno de los primeros en firmar su Protocolo de modernización el 10 de octubre de 2018.⁸⁸ Así que al final el país tendrá que seguir aplicando principios muy similares a los del RGPD, incluso si no aspirara a una decisión de adecuación, al tener que cumplir con sus obligaciones internacionales fijadas en este Convenio que, además, contiene un capítulo dedicado a los flujos transfronterizos de datos.

57. En su artículo 12, regula que una Parte no podrá, con el único fin de proteger la vida privada, prohibir o someter a una autorización especial los flujos transfronterizos de datos de carácter personal con destino al territorio de otra Parte. Sin embargo, cualquier Parte tendrá la facultad de establecer una excepción a las disposiciones del párrafo en la medida en que su legislación prevea una reglamentación específica para determinadas categorías de datos de carácter personal o de ficheros automatizados de datos de carácter personal, por razón de la naturaleza de dichos datos o ficheros, a menos que la regla-

⁸³ Son miembros del Consejo de Europa, además de los Estados miembros de la UE: Albania, Andorra, Armenia, Azerbaiyán, Bosnia y Herzegovina, Rusia, Georgia, Islandia, Liechtenstein, Macedonia del Norte, Montenegro, Mónaco, Noruega, Moldavia, San Marino, Serbia, Suiza, Turquía y Ucrania.

⁸⁴ Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, *DOUE* L 281 de 23 de noviembre de 1995, pp. 31-50.

⁸⁵ G. GREENLEAF, “‘Modernised’ Data Protection Convention 108 and the GDPR”, *Privacy Laws & Business International Report* (2018) 154, pp. 22-23.

⁸⁶ G. GREENLEAF, “Renewing Convention 108: The CoE’s ‘GDPR Lite’ Initiatives”, *Privacy Laws & Business International Report*, (2016) 142, pp. 14-17.

⁸⁷ En su informe anual de 2018 a la Asamblea General de Naciones Unidas, el Relator Especial sobre el derecho a la privacidad, Joseph A. Cannataci, alentó a los Estados miembros de la ONU a ratificar el Convenio 108 en su versión modernizada por el Protocolo.

⁸⁸ Según el artículo 37 del Protocolo, éste entrará en vigor el primer día del mes siguiente a la expiración de un período de tres meses después de la fecha en que todas las Partes del Convenio hayan expresado su consentimiento en obligarse por el Protocolo. En el caso de que este Protocolo no haya entrado en vigor después de la expiración de un período de cinco años desde la fecha en que se abrió a la firma, el Protocolo entrará en vigor con respecto a aquellos Estados que hayan expresado su consentimiento en obligarse por él, siempre que el Protocolo tenga al menos treinta y ocho Partes.

mentación de la otra Parte establezca una protección equivalente; o cuando la transmisión se lleve a cabo a partir de su territorio hacia el territorio de un Estado no contratante por intermedio del territorio de otra Parte, con el fin de evitar que dichas transmisiones tengan como resultado burlar la legislación de protección de datos.

58. El Protocolo modifica considerablemente este artículo, convirtiéndolo en el 14 y poniéndolo en línea con el RGPD, dado que añade que una Parte puede limitar las transferencias si existe un riesgo real y grave de que la transferencia a otra Parte, o de esa otra Parte a un país que no sea Parte, conduzca a eludir las disposiciones del Convenio. Una Parte también puede limitar las transferencias si está obligada por normas armonizadas de protección compartidas por los Estados pertenecientes a una organización internacional regional, es decir, la UE, pero esto ya no se aplicaría al Reino Unido tras su salida.

IV. Conclusiones

59. Como se ha visto, en el ámbito de la protección de datos, la salida del Reino Unido de la UE va a ser sumamente problemática. El Acuerdo de Retirada sólo soluciona este problema hasta el 31 de diciembre de 2020, pero la cuestión permanece sobre cómo asegurar la libre transferencia transfronteriza de datos entre el Reino Unido y el Espacio Económico Europeo cuando el periodo de transición termine y se sientan plenamente los efectos de la salida del Reino Unido.

60. La incertidumbre a la que se ha sometido a las empresas tiene consecuencias económicas muy relevantes y es especialmente difícil de encarar por parte de las pequeñas y medianas empresas que no cuentan con mecanismos como las normas corporativas vinculantes. Lo más ventajoso para ellas sería una decisión de adecuación, pero en los pocos meses de periodo transitorio si éste efectivamente termina en 31 de diciembre de 2020, no parece posible que la Comisión Europea lleve a cabo un análisis profundo y que al Reino Unido le dé tiempo de hacer las necesarias reformas en su propia normativa y, además, realizar el resto de pasos necesarios del procedimiento de manera apropiada.

61. Una decisión de adecuación puede tardar años y si se hace en unos pocos meses eso será indicio de que la Comisión se ha visto forzada a poner por delante el interés económico de la protección de los derechos fundamentales.

62. Puesto que, como se ha visto, existen dudas sobre la compatibilidad de la actuación de las autoridades de inteligencia del Reino Unido para salvaguardar la seguridad nacional y el régimen de conservación de datos, y los estándares de protección europeos. Éstas serán probablemente las cuestiones en las que se ponga el foco de la evaluación de adecuación. Es necesario recordar además que, incluso si se llega a una decisión de este tipo, el TJUE la puede declarar inválida si no es lo suficientemente garantista.

63. En ese sentido, será relevante ver cómo se van resolviendo los múltiples casos pendientes citados tanto ante el TEDH como ante el TJUE, para aclarar los estándares de derechos humanos a los que se va a someter a las autoridades del Reino Unido.

64. La mejor manera de evitar contratiempos es que el Reino Unido empiece a trabajar en poner toda su normativa, también la relativa a la protección de la seguridad nacional, en línea con el Convenio Europeo de Derechos Humanos y con las normas de la UE para garantizar una auténtica protección de datos personales.

65. A la espera de una decisión de adecuación, tendría sentido desde un punto de vista de la gestión de riesgos y la precaución que cualquier empresa que quiera transferir datos personales desde el Espacio Económico Europeo al Reino Unido cumpla con las reglas del RGPD e incluya en sus nuevos contratos cláusulas tipo de protección de datos, pero sobre todo que revisen sus protocolos de funcionamiento para asegurarse de cumplir con los estándares que en éstas se prometen.

DATOS, MINERÍA E INNOVACIÓN: ¿QVO VADIS, EUROPA? ANÁLISIS SOBRE LAS NUEVAS EXCEPCIONES PARA LA MINERÍA DE TEXTOS Y DATOS

DATA, MINING AND INNOVATION: QVO VADIS, EUROPE? ANALYSIS ON THE NEW EXCEPTIONS FOR TEXT AND DATA MINING

VANESSA JIMÉNEZ SERRANÍA

*Profesora Asociada (Acreditada a Contratado Doctor)
Universidad de Salamanca*

ORCID ID:0000-0002-2078-5648

Recibido: 06.01.2020 / Aceptado: 16.01.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5188>

Resumen: La Directiva 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de abril de 2019 sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital ha implementado ciertas excepciones sobre la minería de textos y datos. Pese a que, a priori, podría parecer que se ofrece un impulso importante a este tipo de actividades sus efectos en la práctica quedan mitigados por el encostramiento de su formulación que, incluso, es susceptible de generar distorsiones competitivas. Este artículo pretende dar una visión sucinta y crítica sobre estas nuevas excepciones y plantear ciertas vías de mejora futura.

Palabras clave: Big Data, minería de textos y datos, Internet de las cosas, Inteligencia Artificial, Mercado Único Digital, Directiva 2019/790, excepciones al derecho de autor, “uso justo”, regla de los tres pasos, doctrina de las facilidades esenciales, competencia, innovación.

Abstract: Directive 2019/790 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on copyright and related rights in the digital single market has implemented certain exceptions on text and data mining. Although these exceptions might seem to provide a significant boost to this type of activities, their effects in practice are mitigated by the tightening of its wording, which is even likely to generate competitive distortions. This article aims to give a succinct and critical review of these new exceptions and to suggest some ways of improvement for the near future.

Keywords: Big Data, Text and Data Mining (TDM), IoT, AI, Single Digital Market, Directive 2019/790, copyright limitations, “fair use”, “three-steps doctrine”, essential facilities doctrine, competition, innovation.

Sumario: I. Introducción. 1. Consideraciones preliminares. 2. Aproximación a las características técnicas de la minería de textos y datos. II. La minería de textos y datos frente al derecho. 1. Panorama general. Especial referencia a Estados Unidos. 2. La nueva excepción contemplada en la Directiva 2019/790. III. Aspectos problemáticos y reflexiones generales. 1. Luces y sombras de la nueva regulación europea: la necesidad de la adopción de un derecho de autor más “flexible”. 2. La potencial consideración del acceso a los datos (y textos) como una facilidad esencial. IV. Consideraciones finales.

I. Introducción

1. Consideraciones Preliminares

1. Nos hallamos inmersos en la llamada “cuarta revolución industrial”, en la “era de los datos”¹. Si la primera revolución industrial fue impulsada por la extracción y utilización del carbón, esta cuarta revolución viene marcada también por la minería de otra “materia prima” (aunque esta no será extraída “*con pico y barrena*”, como cantaba Antonio Molina). Esta materia prima son los datos, entendidos en su definición semántica, esto es “*información dispuesta de manera adecuada para su tratamiento por una computadora*”². Los datos entendidos de manera general comprenden tanto los llamados datos personales³ (que, por su especificidad, no trataremos en este artículo) como aquellos que no revisten las características para integrar esta categoría⁴. Estos datos se generan en un volumen masivo diariamente y pueden estar estructurados o no. Estos datos, si bien contienen información muy valiosa, debido a su carácter ingente y a las dificultades de sistematización intrínsecas a la manera en la que son generados, no pueden ser estudiados o analizados directamente por el ser humano mediante métodos tradicionales. Es por esto, por lo que se han generado unas técnicas computacionales que permiten analizar estos datos conocidas bajo el nombre (no excesivamente preciso) de minería de textos y datos⁵.

2. Los usos de la minería de datos y textos son tan amplios como variados, abarcando desde ámbitos puramente científicos hasta persecución de delitos. Así encontramos aplicaciones de la misma, por ejemplo, en la mejora de la gestión de los sistemas de salud y en la medicina⁶, en la ingeniería, en el análisis de mercado⁷, en la atención al cliente⁸, en el ámbito financiero⁹, en la producción y emisión

¹ Vid, IDC Y OPEN EVIDENCE, SMART 2013/0063, “European Data Market, Final Report”, 1 de febrero de 2017. <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/final-results-european-data-market-study-measuring-size-and-trends-eu-data-economy> A mayor abundamiento ver, Klaus Schwab, The Fourth Industrial Revolution. Ed. World Economic Forum. 2017.

² Vid. Diccionario de la Real Academia Española, tercera acepción. <https://dle.rae.es/dato>.

³ Recordemos, aunque sea ya archiconocido, que el artículo 4 del RGPD en su apartado 1 define como datos personales “*toda información sobre una persona física identificada o identificable («el interesado»); se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona*”. Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos) (DO L 119 de 4.5.2016, p. 1/88. ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2016/679/oj>.

⁴ Vid. art. 3.1 del Reglamento (UE) 2018/1807 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de noviembre de 2018 relativo a un marco para la libre circulación de datos no personales en la Unión Europea. DO L 303 de 28.11.2018, p. 59/68. ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2018/1807/oj>.

⁵ Estamos con Trialle y de Meeûs d’Argenteuil, en que la denominación más correcta sería la de “análisis de datos” en lugar de a la “minería de datos”. Como afirman estos autores, , generalmente se admite que “minar” significa “extraer datos de textos qua recursos informativos , mientras que el análisis de datos está abarcando muchas más acciones que la mera extracción de datos (v. gr. rastrear, procesar, comparar, copiar, analizar, recuperar, interpretar, buscar, clasificar, analizar, eliminar, etc.) por lo que este término es mucho más coherente con la realidad de la minería de datos. J.-P. TRIAILLE Y J. DE MEEÛS D’ARGENTEUIL, *Study on the legal framework of text and data mining (TDM)*, European Union, March 2014, p. 9.

⁶ En la actualidad se utiliza la minería para optimizar procesos, tratamientos, organización espacial y ahorrar costes hospitalarios y médicos. La minería de datos también puede ayudar a las aseguradoras de salud a detectar el fraude y el abuso.

⁷ Una de las aplicaciones más interesantes en este caso es el denominado como “análisis de la cesta de la compra”. Se trata de una técnica de modelización basada en la hipótesis de que si se compra un determinado grupo de artículos es más probable que se compre otro grupo de artículos. Esta técnica puede permitir al minorista comprender el comportamiento de compra de un comprador. Esta información puede ayudar al minorista a conocer las necesidades del comprador y a cambiar el diseño de la tienda en consecuencia. Utilizando el análisis diferencial se puede hacer una comparación de resultados entre diferentes tiendas y entre clientes de diferentes grupos demográficos.

⁸ La minería de datos en este ámbito se utiliza para elaborar estrategias de fidelización y de predicción de cambios de preferencias o necesidades en la clientela.

⁹ La minería de datos puede contribuir a resolver problemas empresariales en la banca y las finanzas al encontrar patrones, causalidades y correlaciones en la información empresarial y los precios de mercado que no son inmediatamente aparentes debido a que el volumen de datos es demasiado grande o se genera con demasiada rapidez como para que los expertos los examinen. Además la minería de datos facilita tanto la selección como la fidelización de clientes solventes y es ampliamente utilizada en los nuevos modelos Fintech.

de contenidos audiovisuales, en el ámbito educativo¹⁰, en el análisis científico, en la bio-informática¹¹, en la detección del fraude, la detección de fallos de seguridad (especialmente en accesos telemáticos) y hasta en la investigación criminal¹². Vemos que el espectro de su aplicación sectorial concreta no puede ser más vasto. Asimismo, la minería de textos y datos es fundamental para el desarrollo de la tecnología del momento: la inteligencia artificial¹³.

3. Teniendo en cuenta los usos anteriormente citados podemos establecer dos funciones básicas de la minería de textos y datos. Por un lado, la minería de textos y datos permite la optimización de recursos y, por otro, es esencial para el desarrollo de nuevas tecnologías y recursos. No obstante, para comprender realmente esta figura y los matices de su regulación hemos de comprender qué implica realmente esta técnica.

2. Aproximación a las características técnicas de la minería de textos y datos

4. Si bien la palabra minería posee un gran poder evocativo (connotando la explotación de unas determinadas fuentes de recursos mediante la extracción de fragmentos de estos recursos), en el contexto que estamos tratando, este sustantivo posee unos matices técnicos específicos y particulares que le alejan (como ya hemos mencionado en un momento anterior)¹⁴ de su concepción puramente semántica y que son esenciales para la comprensión de la actual regulación de esta figura.

5. Encontramos una definición de la minería de datos y textos en el apartado 2 del artículo 2 de la Directiva 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de abril de 2019 sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE (de aquí en adelante, “**DDAMUD**”), donde se establece que se entiende como tal “*toda técnica analítica automatizada destinada a analizar textos y datos en formato digital a fin de generar información que incluye, sin carácter exhaustivo, pautas, tendencias o correlaciones*”.

6. De esta definición podemos extraer una serie de características que nos dan ciertas pautas para comprender este concepto. En primer lugar, para estar comprendida en el concepto de minería de datos y textos la técnica utilizada ha de ser **analítica**, debe estar **automatizada** y ha de estar destinada a **generar (nueva) información**, que incluirá, entre otras pautas, tendencias o correlaciones. Por otro lado, esta técnica ha de aplicarse a **textos y a datos** que estén en formato digital.

7. En primer lugar, como decíamos, la minería de textos y datos debe utilizar **técnicas analíticas**. En la práctica, la minería supone la aplicación del análisis matemático para deducir patrones y tendencias que existen en un volumen considerable de datos.

¹⁰ En el ámbito educativo está en auge lo que se ha denominado como *Educational Data Mining* (EDM) que se preocupa por desarrollar métodos que descubran el conocimiento a partir de datos procedentes de entornos educativos. Los objetivos de la EDM son la predicción de la futura conducta de aprendizaje de los estudiantes, el estudio de los efectos del apoyo educativo y el avance del conocimiento científico sobre el aprendizaje. La minería de datos puede ser utilizada por una institución para tomar decisiones precisas sobre los planes educativos y también para predecir los resultados del estudiante.

¹¹ Las aplicaciones en este ámbito son múltiples y crecientes. Como ejemplos en esta área podemos citar la búsqueda de genes, la inferencia de la función de las proteínas, el diagnóstico de enfermedades, el pronóstico de enfermedades, la optimización del tratamiento de enfermedades, la reconstrucción de la red de interacción de proteínas y genes, la limpieza de datos y la predicción de la ubicación subcelular de las proteínas.

¹² Los métodos de minería de datos y textos son utilizados de manera preventiva así como en la investigación de actividades delictivas.

¹³ Las formas avanzadas de aprendizaje de la máquina, (*machine learning* y *deep learning*), necesitan retroalimentarse con datos. Por consiguiente, la minería de textos y datos es utilizada en implementaciones de IA como la visión por ordenador, el reconocimiento de voz o el análisis de texto sofisticado mediante el Procesamiento del Lenguaje Natural. A mayor abundamiento sobre esta cuestión, ver B. GONZÁLEZ OTERO, “Las excepciones de minería de textos y datos más allá de los derechos de autor: la ordenación privada contraataca” en R. EVANGELIO LLORCA Y C. SAIZ GARCÍA (Dir.) *Propiedad Intelectual y Mercado Único Digital Europeo*. Tirant-lo-Blanch, 2020, pp. 81-83.

¹⁴ Vid. nota 5.

8. En segundo lugar, debe estar **automatizada**, lo que supone que no hay una intervención humana directa en el proceso de minería, sino que el mismo se hace mediante técnicas de computación. Esto se logra mediante la programación del análisis de datos por medio de algoritmos en los que se establecen o predeterminan unos determinados parámetros¹⁵. En el proceso de la minería de datos y textos se comenzará por una identificación de los materiales que han de ser analizados (fuentes de los datos); estos datos y textos serán "pre-procesados" (lo que supone una selección de los elementos útiles para el estudio) para posteriormente poder ser explotados y transformados pudiendo establecerse una modelización de los mismos (esto es, los datos pueden, por ejemplo, ser clasificados, agrupados, asociados o secuenciados). Una vez los datos han sido transformados se determinará el reconocimiento de determinados patrones y se podrá proceder a la evaluación e interpretación de los mismos¹⁶.

9. En tercer lugar, la minería de datos y textos debe **generar nueva información**. Dicho de otra manera, la minería en este contexto no supone una mera extracción de datos, sino que se centra en la extrapolación de patrones y nuevos conocimientos de los datos (y, eventualmente, fragmentos de texto) que ya ha recogido. Es información nueva se genera mediante las diferentes técnicas de minería que van desde las más sencillas, como es el caso de la elaboración de patrones de seguimiento, a otras más complejas, como es el caso de las técnicas predictivas.

10. Por otro último, esta técnica se aplica sobre **textos y datos** digitalizados. Esta es la cuestión más controvertida en todo este proceso, ya que, si bien podemos encontrar, textos en dominio público y datos de libre uso, sobre muchos de estos elementos existirán derechos exclusivos. En el caso de los "textos" (así como de otros materiales que puedan tener la consideración de obras)¹⁷ es especialmente relevante ya que puede implicar un uso de los derechos exclusivos atribuidos al titular de derechos de autor.

II. La minería de textos y datos frente al derecho

1. Panorama general. Especial referencia a Estados Unidos

11. Los aspectos subrayados en los apartados anteriores permiten extraer dos características que nos servirán de guía para comprender las aristas de la regulación jurídica de esta figura. En primer lugar, haciéndonos eco de la expresión utilizada por *The Economist* de mayo de 2017, podemos afirmar que "los datos son el petróleo del futuro". En segundo lugar y derivado esta característica, el interés económico tanto sobre la protección frente a la minería de textos y datos como en el acceso a los mismos

¹⁵ Estos algoritmos pueden revestir distintas modalidades y tener funcionalidades diferentes, abarcando funciones tales como la extracción de información de textos; la "integración" de textos (esto es, la realización de resúmenes de los documentos de texto para obtener una breve visión general de un documento de texto grande o un conjunto de documentos sobre un tema, pudiendo realizarse de manera extractiva - cuando el resumen consiste en unidades de información extraídas del texto original - y abstracta -cuando el resumen puede contener unidades de información "sintetizadas" que no necesariamente se encuentran en los documentos de texto-); la reducción dimensional de textos o la transferencia de conocimiento. Existen también los llamados métodos de aprendizaje no supervisados a partir de datos de texto (siendo los más comúnmente utilizados los métodos de *clustering* y de *topic modeling*) los métodos de aprendizaje supervisado (*machine learning*), que permiten explotar datos clasificados así como los métodos que permiten la minería interlingüística y de plataformas interactivas (multimedia, *social media*). Vid. CH. C. AGGARWAL Y CH. ZHAI "An introduction to text mining" en CH.C. AGGARWAL Y CH. ZHAI (ed.), *Mining Text Data*, Springer, 2012, pp. 1-10.

¹⁶ A mayor abundamiento, vid, I. H. WITTEN, E. FRANK, M.A. HALL Y CH. J. PAL., *Data mining : practical machine learning tools and techniques*, Morgan Kaufmann series in data management systems, 4ª ed. Elsevier, 2016.

¹⁷ Hay que tener en cuenta que cuando hablamos de tipo de textos y datos ha de entenderse como tal todo tipo de información o documentación susceptible de ser "minada" (esto es, imágenes, videos, canciones). Coincidimos con TRIALLE Y DE MEEÛS D'ARGENTEUIL en la aseveración que realizan sobre el carácter restrictivo de la denominación de "minería texto". Como afirman estos autores, con esta denominación se da la falsa impresión de que las actividades de "minería" (análisis) se aplican exclusivamente a los textos cuando su ámbito de aplicación es bastante más amplio. Según estos autores habría sido más correcta la utilización del término "dato" por su carácter más genérico y porque ya había sido utilizado con este sentido integrador por el legislador europeo en la Directiva de 11 de marzo de 1996 sobre la protección legal de las bases de datos. J.-P. TRIALLE Y J. DE MEEÛS D'ARGENTEUIL, *ob.cit.*, p.8.

para el ejercicio de estas actividades de minería es máximo. Por un lado, el acceso a los datos (y a los textos) por los sistemas de minería de datos permite desarrollar nuevos productos, facilita la innovación y el desarrollo. Por otro lado, la protección de los datos (y textos) frente a la minería permite, entre otras cuestiones, otorgar a su titular una explotación económica de los mismos que será formalizada mediante los contratos (licencias) para la realización de estas actividades.

12. Respecto a esta última cuestión, vamos a encontrarnos con dos tipos de situaciones en las que los datos y textos van a estar protegidos. Por un lado, nos vamos a encontrar con la información que generada en torno a la actividad empresarial y de la que la empresa en cuestión será titular¹⁸. Esta información, por regla general, tendrá carácter confidencial y no será, por ende, divulgada. Esta información, independientemente de la protección que alguno de sus elementos pueda tener por los derechos de propiedad intelectual, será susceptible de estar protegida por el secreto empresarial. En todo caso, si esta información “*in house*” es divulgada por la empresa en internet (por ejemplo, divulgando ciertos datos o cifras), estará normalmente protegida por medidas tecnológicas de seguridad que impedirán su libre acceso. Por otro lado, encontramos otras fuentes de información que pese a ser divulgadas no puede ser libremente utilizadas ya que se encuentran protegidas por derechos de propiedad intelectual (v.gr. derechos de autor, derechos conexos o el derecho sui generis sobre las bases de datos¹⁹).

13. Como vemos la protección por determinadas herramientas de los datos (entendidos en sentido amplio) suponen barreras de acceso a los mismos que impiden o dificultan la actividad de minería de textos y datos, especialmente en el caso de la protección por la propiedad intelectual. No obstante, determinados países se han posicionado respecto a esta cuestión, considerando (directa o indirectamente) a la minería de textos y datos como una excepción a la protección general dada por la propiedad intelectual. Este es el caso de países como Japón²⁰, Israel, Reino Unido²¹, Francia²², Alemania²³ o Estados Unidos.

¹⁸ Esta información comprende desde los datos obtenidos de sus clientes o usuarios a los datos generados por y para la propia empresa o adquiridos por esta (por ejemplo, cifra de negocio, estimaciones futuras, estudios de mercado encargados, o datos - entendiéndose por tal no solo los meros datos sino documentos textuales, gráficos y audiovisuales - adquiridos de otras empresas). En el mismo sentido, vid. A. LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, “Propiedad intelectual, inteligencia artificial y libre circulación de datos” en R. EVANGELIO LLORCA, R. Y C. SAIZ GARCÍA (dir.), *Propiedad Intelectual y Mercado Único Digital Europeo*, Tirant-lo-Blanch, 2020, p. 115-124.

¹⁹ Tengamos en cuenta que las bases de datos serán protegidas como obras, si son originales, pero, aunque no lo sean son susceptibles de protección por el denominado derecho “sui generis”. Esta protección, reconocida a nivel europeo por la Directiva 96/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos (DO L 77 de 27.3.1996, p. 20/28, ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/1996/9/oj>), se extiende “a las recopilaciones de obras, de datos o de otros elementos independientes dispuestos de manera sistemática o metódica y accesibles individualmente por medios electrónicos o de otra forma”(art.1.2). Como se afirma en el texto del artículo 133.1 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia (TRLPI), “(e)l derecho «sui generis» sobre una base de datos protege la inversión sustancial, evaluada cualitativa o cuantitativamente, que realiza su fabricante ya sea de medios financieros, empleo de tiempo, esfuerzo, energía u otros de similar naturaleza, para la obtención, verificación o presentación de su contenido”. Esto es, no se protege un conjunto de datos recopilados o creados sin más, sino la inversión realiza en la sistematización y accesibilidad de este conjunto de datos (vid, SSTJCE de 9 de noviembre de 2004 en los asuntos C-203/02, *The British Horseracing Board Ltd y otros contra William Hill Organization Ltd.*, ECLI:EU:C:2004:695, C-46/02, *Fixtures Marketing Ltd contra Oy Veikkaus Ab*, ECLI:EU:C:2004:694, C-338/02, *Fixtures Marketing Ltd contra Svenska Spel AB*, ECLI:EU:C:2004:696 y C-444/02, *Fixtures Marketing Ltd contra Organismos prognostikon agonon podosfairou AE (OPAP)*, ECLI:EU:C:2004:697 así como la STJUE de 1 de marzo de 2012, asunto C-604/10, *Football Dataco Ltd y otros contra Yahoo! UK Ltd y otros*, ECLI:EU:C:2012:115). Por otro lado, ha de tenerse en cuenta que, el contenido de una base de datos puede ser susceptible, por sí mismo, de protección por el derecho de autor (si se trata de obras originales). A mayor abundamiento sobre el tema de las bases de datos, ver G. MINERO ALEJANDRE, “Artículos 133-137” en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la ley de propiedad intelectual*, Tecnos, 4ª ed., 2017, pp. 1794-1817.

²⁰ Ley de Derecho de Autor, Sec.5, art.47-7 (donde se establece la excepción tanto para la investigación como para su uso no comercial).

²¹ Copyright and Right in Performances (Research, Education, Libraries and Archives) Regulations, n°1.372, vigente desde el 1 de junio de 2014 (que añade un artículo 29A a la Copyright, Designs and Patents Act de 1988).

²² Loi n° 2016-1231, Loi pour une République numérique, de 7 de octubre de 2016 (por la que se introduce esta excepción en los artículos L.122-5,10 y L.342-3,5 del Code de la Propriété Intellectuelle).

²³ Art. 60d Urheberrechtsgesetz, en vigor desde el 1 de marzo de 2018.

14. El caso de Estados Unidos, merece ser mencionado de una manera más detallada ya que la aproximación jurídica realizada en este país suele referenciarse como ejemplo de idoneidad sobre la aproximación jurídica a esta cuestión. Curiosamente, en el caso de Estados Unidos no se aplica una excepción específica como en el resto de ordenamientos jurídicos mencionados, sino que se ha considerado a la minería de datos y textos como una práctica comprendida dentro del “uso justo” (“*fair use*”), por lo que no podrá suponer una infracción de los derechos del autor (siempre y cuando se respeten las condiciones que caracterizan a este “*fair use*”).

15. Explicaremos la afirmación realizada en el párrafo precedente partiendo de una definición sucinta del concepto de “*fair use*” en el ordenamiento estadounidense. El “*fair use*” aparece recogido en el artículo 107 de la Ley estadounidense de derecho de autor, en los siguientes términos: “*No obstante las disposiciones de las secciones 106 y 106A, el uso justo de una obra con derechos de autor, incluido el uso mediante la reproducción en copias o grabaciones fonográficas s o por cualquier otro medio especificado por esa sección, con fines tales como la crítica, el comentario, el reportaje de noticias, la enseñanza (incluidas las copias múltiples para uso en el aula), la educación o la investigación, no constituye una infracción de los derechos de autor. Para determinar si el uso que se hace de una obra en un caso particular es un uso justo, los factores a considerar incluirán: (1) el propósito y el carácter del uso, incluyendo si dicho uso es de naturaleza comercial o si es para fines educativos sin fines de lucro; (2) la naturaleza de la obra protegida por el derechos de autor; (3) la cantidad y sustancialidad de la porción usada en relación con la obra protegida por derecho de autor en su conjunto; y (4) el efecto del uso en el mercado potencial o para el valor de la obra protegida (...)*”²⁴. En la práctica, la aplicación de las cuatro condiciones contenidas en este precepto tiene carácter casuístico, no siendo, además, estas condiciones cumulativas. Esto es, puede darse su aplicación incluso si no se cumplen todos los factores mencionados, siempre y cuando se considere por el juez suficientemente justificada su aplicación.

16. Este precepto, cuya naturaleza, como vemos, es bastante flexible, ha sido frecuentemente utilizado para facilitar la adaptación (o más bien la protección) de las nuevas tecnologías frente al derecho de autor, especialmente, en el caso de determinados usos de las obras protegidas no previstos originariamente. Tal es el caso de la minería de textos y datos, que ha sido integrada por los tribunales estadounidenses, en numerosas ocasiones, dentro de este concepto de “uso justo” respecto a las bases de datos²⁵.

²⁴ Traducción propia.

²⁵ Dentro de los casos más relevantes en los que ha sido considerado como aplicable el fair use por los tribunales estadounidenses podemos citar los siguientes: Perfect contra Amazon, 508 F.3d 1146 (9th Cir. 2007, donde Google usó versiones “miniaturizadas” de imágenes con derechos de autor en su motor de búsqueda e incluyendo enlaces a las imágenes completas que dirigía al usuario a la imagen de tamaño completo en el sitio web del demandante. El Noveno Circuito encontró que el propósito como “herramienta de referencia electrónica” era altamente transformador); A.V. v. iParadigms, LLC (4th Cir. 2009, donde se dirimía la aplicación del “fair use” a la herramienta comercializada por iParadigms bajo el nombre de TurnItIn, que permite a los profesores comparar el trabajo de un estudiante presentado a través del sitio con el contenido disponible en Internet, así como los trabajos presentados previamente al servicio, a fin de determinar si el trabajo había sido plagiado. A pesar de la naturaleza comercial del servicio, el uso se consideró como “altamente transformador”); Fox v. TVEyes (S.D.N.Y. 2014, en este caso, TVEyes grabó todo el contenido de las emisiones de televisión y radio. Luego, utilizando subtítulos y tecnología de voz a texto, TVEyes creó una base de datos con capacidad de búsqueda de ese contenido. Los resultados de la búsqueda incluyeron porciones de las transcripciones de los programas; Authors Guild contra Google, 770 F.Supp.2d 666 (S.D.N.Y. 2011, en este caso, Google escaneó digitalmente los libros de las colecciones de las bibliotecas asociadas e incorporó las obras a una base de datos con capacidad de búsqueda que podía ser utilizada por académicos e investigadores. Los resultados de la búsqueda incluían “fragmentos” de texto sustanciales (un octavo de página). En este caso el tribunal del Distrito Sur de Nueva York aplicable el “fair use” porque Google “transformó el texto del libro en datos con el fin de realizar una investigación sustantiva, incluyendo la extracción de datos y la minería de textos en nuevas áreas, abriendo así nuevos campos de investigación”); White v. West (S.D.N.Y. 2014, en el que se dirimía la aplicación del fair use en la copia, por dos editores, de archivos legales, incluyendo mociones e informes en bases de datos, Westlaw y LexisNexis. Westlaw y LexisNexis agregaron metadatos a los documentos legales copiados que fueron recopilados en sus bases de datos. Estos editores crearon una herramienta de investigación legal interactiva. Los resultados de la búsqueda incluyeron el texto completo de los documentos jurídicos); Authors Guild v. HathiTrust, 755 F.3d 87 (2d Cir. 2014, en este caso HathiTrust digitalizó obras para incluirlas en una base de datos que permitió la extracción de datos y el análisis textual y facilitó la identificación y localización de fuentes de información).

Esta jurisprudencia además ha ido perfilando una serie de aspectos sobre la aplicación del “*fair use*” a la minería de textos y datos que nos parece interesante reseñar:

- En primer lugar, el elemento fundamental que va a ser retenido para aplicar la doctrina del “*fair use*” es el carácter transformador que va a revestir el resultado de la minería de textos y datos realizada. Esto es, el aspecto esencial es que el producto resultante de la aplicación de la técnica de minado en cuestión suponga un elemento completamente diferenciado (v.gr. en su propósito, expresión, carácter) de los datos y textos utilizados durante el proceso de minado.
- En segundo lugar, el carácter comercial del uso realizado no va a ser considerado como insuperable para la aplicación del “*fair use*” siempre y cuando la transformación de los datos y textos sea realmente relevante.
- En tercer lugar, se ha considerado que incluso la copia literal de toda la obra es razonable siempre que sea necesaria para realizar la actividad de minería de datos y textos (por ejemplo, en aquellos casos en que no sea suficiente con el acceso temporal a determinados extractos).
- Por último, parece otorgarse un peso importante al favorecimiento del usuario final. Se subraya que se obtienen nuevos productos y se desarrollan nuevos mercados, sin perjudicar el mercado de la obra original ya que se trata productos complemente distintos y, desde luego, no sustituibles.

2. La nueva excepción contemplada en la DDAMUD

17. Como ya vimos en el punto anterior, a nivel europeo, la implementación de una excepción relativa a la minería de textos y datos aparecía deslavazada, no pudiendo ser integrada, por otro lado, esta actividad (cuando afectaba a obras o prestaciones protegidas por derecho de autor o por el derecho sui generis sobre las bases de datos) dentro de las excepciones existentes²⁶.

18. Esta situación unida al hecho de que, contractualmente pueden existir cláusulas en las licencias otorgadas a investigadores que excluyen la minería de textos y datos (incluidos en contenidos accesibles a través de open *access*)²⁷ forjan la necesidad de crear una excepción adaptada a este supuesto²⁸. Es por esto que, después de un proceloso recorrido²⁹, se integran en el texto de la DDAMUD, no uno sino dos preceptos relativos a la excepción para la minería de textos y datos (arts. 3 y 4), ya que se

²⁶ Recordemos que pese a la existencia, con anterioridad a la promulgación de la DDAMUD, de determinados límites y excepciones que podrían cubrir estos actos (v.gr. actos temporales de reproducción, excepción para la investigación, copia para uso privado, uso normal de una base de datos, extracción de una parte no sustancial de una base de datos), los investigadores se encontraban con importantes dificultades y dudas sobre la aplicación real de los mismos. Vid. CH. GEIGER, G. FROSIO Y O. BULAYENKO, “Text and Data Mining: Articles 3 and 4 of the Directive 2019/790/EU” en C.SAIZ GARCÍA, R. EVANGELIO LLORCA (dir.) *Propiedad intelectual y mercado único digital europeo*, Tirant Lo Blanch, 2020, pp. 36-45. Encontramos este problema reflejado en el propio texto de la Directiva, donde en su considerando 5 se establece: “En los ámbitos de la investigación, la innovación, la educación y la conservación del patrimonio cultural, las tecnologías digitales permiten nuevos tipos de usos que no están claramente enmarcados por las normas vigentes de la Unión sobre excepciones y limitaciones. Por otra parte, el carácter optativo de las excepciones y limitaciones establecidas en las Directivas 96/9/CE, 2001/29/CE, y 2009/24/CE en esos ámbitos pueden afectar negativamente al funcionamiento del mercado interior, especialmente en el caso de los usos transfronterizos, que ocupan un lugar cada vez más importante en el entorno digital. Por consiguiente, procede evaluar de nuevo en función de esos nuevos usos las excepciones y limitaciones vigentes establecidas por el Derecho de la Unión que sean pertinentes para la investigación científica, la innovación, la enseñanza y la conservación del patrimonio cultural. Es conveniente establecer excepciones o limitaciones obligatorias con respecto a los usos de tecnologías de minería de textos y datos, (...)” así como en el considerando 10 (“(e)l Derecho de la Unión establece determinadas excepciones y limitaciones con respecto a los usos con fines de investigación científica que pueden aplicarse a los actos de minería de textos y datos. Con todo, esas excepciones y limitaciones tienen carácter optativo y no están plenamente adaptadas al uso de las tecnologías en la investigación científica”).

²⁷ Considerando 10 DDAMUD.

²⁸ Sobre la (im)pertinencia esta medida y las oportunidades perdidas volveremos más adelante (ver III.1).

²⁹ Sobre esta cuestión vid. CH. GEIGER, G. FROSIO Y O. BULAYENKO, ob.cit. pp. 54 y ss. , B. OTERO GONZÁLEZ, ob.cit. pp. 83-89.

contempla también, aunque de manera bastante limitada, la posibilidad de crear una excepción para la minería de datos realizada con fines comerciales (esto es no puramente investigadores).

19. Aunque ambos artículos contemplan la actividad de minería de textos y datos bajo un mismo presupuesto (el acceso lícito o legítimo) las condiciones concretas en las que se configura la excepción para cada uno de estos supuestos de ellos es muy distinta debido a dos condicionantes, por un lado, el conjunto de características subjetivas de la entidad que realiza la actividad de minería y, por otro, la finalidad por la que se realiza la actividad de minería de textos y datos.

20. En primer lugar, respecto al ámbito sustantivo de aplicación, el **artículo 3** se aplica exclusivamente a los **organismos de investigación e instituciones responsables del patrimonio cultural** mientras que el **4** se aplica a **cualquier tipo de organización** (pública o privada) siempre que no quede comprendida ni sustantiva ni materialmente en el artículo 3. La propia DDAMUD determina que sujetos quedan comprendidos en las categorías establecidas en el artículo 3. Así por organismos de investigación hemos de entender: “*una universidad, incluidas sus bibliotecas, un instituto de investigación o cualquier otra entidad cuyo principal objetivo sea realizar investigaciones científicas o llevar a cabo actividades educativas que también impliquen realizar investigaciones científicas: a) sin ánimo de lucro o reinvertiendo todos los beneficios en sus investigaciones científicas, o b) conforme a una misión de interés público reconocida por un Estado miembro, de tal manera que una empresa que ejerza una influencia decisiva en dicho organismo no pueda gozar de acceso preferente a los resultados generados por tales investigaciones científicas*” (art. 2,1 DDAMUD). Por otro lado, como institución responsable del patrimonio cultural habría de entenderse “*una biblioteca o un museo accesibles al público, un archivo o una institución responsable del patrimonio cinematográfico o sonoro*” (art. 2,2 DDAMUD).

21. En segundo lugar, en lo concerniente al ámbito material de aplicación de una u otra excepción estaríamos a la finalidad de la actividad realizada por la entidad en cuestión, siendo de aplicación el artículo 3 solamente en el caso de que la actividad de la minería de textos y datos se realice con fines de investigación.³⁰

22. Teniendo en cuenta los aspectos anteriormente señalados, las características y el contenido de la excepción van a ser distintos. Así nos encontramos con que en el artículo 3 se establece la obligatoriedad del respeto a esta excepción mientras que en el caso del artículo 4, se prevé que la aplicación sea aplicable en aquellos casos en los que no haya una reserva expresa. Dicho de otro modo, el titular de derechos no puede impedir contractualmente³¹ la minería de datos (respecto a los derechos que veremos a continuación) si la misma se realiza por los sujetos contemplados en el artículo 3 para la actividad investigadora; no obstante, si puede establecer “barreras” contractuales de acceso en el caso de otros sujetos o incluso en el caso de estos mismos sujetos del artículo 3 si no realizan la minería con fines de investigación. Vemos pues que el margen de aplicación de la excepción no es excesivamente amplio. Junto con esto además hemos de reseñar que esta excepción, si bien se establece en ambos casos para los artículos 5, letra a), y 7, apartado 1, de la Directiva 96/9/CE³², el artículo 2³³ de la Directiva 2001/29/CE, y el artículo 15³⁴, apartado 1, de la DDAMUD con respecto a las reproducciones y extracciones de obras

³⁰ Sobre esta cuestión ver infra. Por otro lado, habrían de tenerse en cuenta los posibles conflictos en caso de investigadores o investigaciones comprendidos en un art.83 LOU suscrito con una institución privada o empresa.

³¹ No obstante, si se pueden aplicar por el titular medidas técnicas de protección (ver infra).

³² Se permite, por tanto, respecto a las bases de datos, “*la reproducción temporal o permanente, total o parcial, por cualquier medio y de cualquier forma*” así como “*la extracción y/o reutilización de la totalidad o de una parte sustancial del contenido de ésta*”.

³³ Recordemos que la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, versa sobre la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información. Mediante la nueva excepción se permite “*la reproducción directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de la totalidad o parte*” de las obras o prestaciones para los fines de minería de textos y datos.

³⁴ Esto se, se consideran afectadas por la excepción las publicaciones de prensa accesibles on line.

y otras prestaciones accesibles, en el artículo 4 se prevé también para el caso del artículo 4, apartado 1, letras a) y b)³⁵, de la Directiva 2009/24/CE.

23. En tercer lugar, otra diferencia fundamental y ciertamente difusa en su contenido, es la determinación en ambos artículos de la duración de la conservación de las copias, reproducciones o extracciones³⁶. En el apartado 2 del artículo 3 se establece que estas “*se almacenarán con un nivel adecuado de seguridad y podrán conservarse con fines de investigación científica, en particular para la verificación de resultados de la investigación*” y en el apartado 2 del artículo 4 se habla de que “*podrán conservarse durante todo el tiempo que sea necesario para fines de minería de textos y datos*”.

24. Por último, ambas excepciones aparece “mitigadas” en ambos artículos. Por un lado, el artículo 3 en su apartado 3 determina que “*(l)os titulares de derechos estarán autorizados a aplicar medidas para garantizar la seguridad e integridad de las redes y bases de datos en que estén almacenadas las obras u otras prestaciones. Dichas medidas no irán más allá de lo necesario para lograr ese objetivo*”. Estamos con González Otero, en que, al permitir la aplicación de las medidas tecnológicas de protección se puede llegar “*a atentar contra los usos privilegiados de los usuarios*” y que habría sido preciso que la DDAMUD estableciera de forma estricta que estas medidas no podrían impedir el ejercicio de las nuevas excepciones planteadas³⁷. Por su parte, como ya mencionamos, el artículo 4 en su apartado 3 establece una especie de sistema de opt-out, afirmando que: “*(l)a excepción o limitación establecida en el apartado 1 se aplicará a condición de que el uso de las obras y otras prestaciones a que se refiere dicho apartado no esté reservado expresamente por los titulares de derechos de manera adecuada, como medios de lectura mecánica en el caso del contenido puesto a la disposición del público en línea*”.

III. Aspectos problemáticos y reflexiones generales

1. Luces y sombras de la nueva regulación europea: la necesidad de la adopción de un derecho de autor más “flexible”

25. Numerosos han sido los comentarios y críticas que ha suscitado la introducción de la excepción para la minería de textos y datos desde el Borrador de la DDAMUD³⁸. Si bien es cierto que se suele reconocer con carácter general, el aspecto positivo del establecimiento de una mayor seguridad jurídica en la realización de la actividad de minería de textos y datos por los organismos de investigación públi-

³⁵ En esta Directiva se establece la “*protección jurídica sobre los programas de ordenador, afectando la excepción a la reproducción total o parcial de un programa de ordenador por cualquier medio y bajo cualquier forma, ya fuere permanente o transitoria*” y a la “*traducción, adaptación, arreglo y cualquier otra transformación de un programa de ordenador y la reproducción de los resultados de tales actos*”.

³⁶ Aunque en el capítulo 3 solo se mencione las copias, se debería entender, en nuestra opinión, dado el contenido de la propia excepción, tanto las reproducciones como las extracciones realizadas durante esta actividad.

³⁷ Vid. González Otero, *ob.cit.*, p.98.

³⁸ Vid. i.a. R. HILTY Y H. RICHTER, “Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition on the Proposed Modernisation of European Copyright Rules Part B Exceptions and Limitations (Art. 3 – Text and Data Mining)” 14 de enero de 2017. Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper No. 17-02 (<https://ssrn.com/abstract=2900110> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2900110>, última visita 5 de enero de 2020); CH. GEIGER, G. FROSIO Y O. BULAYENKO “The Exception for Text and Data Mining (TDM) in the Proposed Directive on Copyright in the Digital Single Market - Legal Aspects” 2 marzo 2018). Centre for International Intellectual Property Studies (CEIPI) Research Paper No. 2018-02 (<https://ssrn.com/abstract=3160586> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3160586>, última visita 5 de enero de 2020); CH. GEIGER, G. FROSIO Y O. BULAYENKO, “Text and Data Mining: Articles 3 and 4 of the Directive 2019/790/EU” en C.SAIZ GARCÍA, R. EVANGELIO LLORCA (dir.) *Propiedad intelectual y mercado único digital europeo*, Tirant Lo Blanch, 2020, pp.27-71; CH. GEIGER, G. FROSIO Y O. BULAYENKO, “Text and Data Mining in the Proposed Copyright Reform: Making the EU Ready for an Age of Big Data?”. IIC 49, 814–844 (2018) doi:10.1007/s40319-018-0722-2; TH. MARGONI Y M. KRETSCHMER (2018), “The Text and Data Mining exception in the Proposal for a Directive on Copyright in the Digital Single Market: Why it is not what EU copyright law needs”(disponible en <https://www.create.ac.uk/blog/2018/04/25/why-tdm-exception-copyright-directive-digital-single-market-not-what-eu-copyright-needs/>, última visita 5 de enero de 2020).

cos y de patrimonio cultural, es también lugar común considerar esta nueva regulación como un intento demasiado rígido y conservador frente a una realidad mucho más flexible y dinámica.

26. Podría decirse que las “sombras” en esta regulación son bastante más “alargadas” que sus “luces”. En primer lugar, como puede deducirse fácilmente de la lectura de la sección anterior, el alcance real de la excepción es significativamente limitado.

Por otro lado, la posibilidad del establecimiento de medidas tecnológicas de protección así como la modulación contractual en el caso de la excepción contemplada en el artículo 4 abren la puerta a posibles conflictos y abusos.

Por añadidura, como apunta González Otero³⁹, estas diferencias en el acceso en función de la tipología de usuarios así como las medidas de protección que pueden implementarse, puede llegar a tener consecuencias negativas en el desarrollo de ciertas innovaciones, especialmente en el ámbito de la inteligencia artificial al preferirse potencialmente datos de fácil acceso, aunque sean de baja calidad, con el fin de evitar infracciones.

27. Por último (pero no por ello menos importante), la competitividad de las empresas europeas puede quedar también limitada debido a que en otros países se utilizan concepciones mucho más flexibles, como es el caso del “*fair use*” en Estados Unidos, para justificar la minería de textos y datos, incluso en aquellos casos donde dicha minería se utiliza con fines comerciales. Si bien es cierto que pese a la existencia del “*fair use*”, la minería de textos y datos podría quedar limitada contractualmente por el titular de los derechos en estos países, sería conveniente, al menos desde el punto de vista de política legislativa, realizar una revisión del sistema europeo para poder introducir una mayor flexibilidad.

28. La Unión Europea debe determinar claramente los principios que van a marcar su política regulación de la economía digital ya que estos afectan la innovación y a la competitividad europea tanto a nivel interno como internacional. Como ha sido lúcidamente apuntado por la doctrina, la UE se ha debatido entre el principio de libre circulación de los datos y el de libre flujo de los datos, pareciendo, especialmente después de la DDAMUD haber preferido el primero de ellos. Como explica López-Tarruella, las implicaciones de elegir entre uno y otro principio son significativamente importantes. Así, de haber optado por el principio de libre circulación de datos en general, debería evitarse cualquier medida que supiera un obstáculo a su libre flujo, lo cual implicaría una flexibilización del sistema de protección sobre los datos (y textos). No obstante, al preferir una libre circulación de los datos y no libre flujo, los obstáculos, siempre que sean proporcionados y justificados, generados a la libre circulación de estos datos, serían considerados como lícitos.⁴⁰ No obstante, en nuestra opinión, habría sido más pertinente, teniendo en cuenta los factores mencionados (impulso a la innovación, competitividad, internacionalización y naturaleza de la actividad) una regulación mucho más flexible que pudiera consagrar realmente el libre flujo de los datos.

29. Por otro lado, es realmente necesario, a nuestro entender, replantearse seriamente a nivel europeo el impulso del llamado “*flexible copyright*” en la aplicación de la regla de los tres pasos (*three-step rules*)⁴¹, especialmente en aras de permitir la actividad innovadora o transformativa. Como ya ha sido en numerosas ocasiones apuntado por la doctrina en los últimos años⁴², pese a la actual rigidez en la

³⁹ B. GONZÁLEZ OTERO, *ob.cit.*, p.100.

⁴⁰ A. LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, *ob.cit.*, p. 112.

⁴¹ La prueba de los tres pasos fue promulgada por primera vez en la revisión del Convenio de Berna, en 1967, donde se dispone que se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción de las obras **en determinados casos especiales**, con tal que esa reproducción **no atente a la explotación normal de la obra** ni cause un perjuicio injustificado a los **intereses legítimos del autor**. Este precepto aparece recogido en nuestra legislación interna en el artículo 40bis de la TRLPI, aunque de una manera ciertamente peculiar, ya que, como indica Ramón Casas, no incluye tres pasos sino solo dos y además se altera el orden habitual en las normas internacionales. A mayor abundamiento sobre esta cuestión y sobre la implementación internacional y nacional de la regla de los tres pasos, ver R. CASAS VALLÉS, “Artículo 40 bis”, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (COORD.), *Comentarios a la ley de propiedad intelectual*. Tecnos, 4ª ed., 201

⁴² Vid. i.a. H. COHEN JEHOAM, “Is there a hidden agenda behind the general non-implementation of the EU three-step test?”, en *European Intellectual Property Review – EIPR*, v. 31, nº 8, 2009, CH. GEIGER, J. GRIFFITHS, JONATHAN Y M. HILTY,

aplicación por los tribunales europeos de esta regla, esta fue concebida y puede ser utilizada como “*un instrumento de equilibrio flexible que ofrece a los responsables de la formulación de políticas nacionales un respiro para la creación de un sistema apropiado de excepciones y límites de derecho de autor a nivel nacional, incluida la opción de adoptar disposiciones abiertas y flexibles que regulen las excepciones y límites a nivel nacional*”⁴³. Nos parece oportuno, a la luz de la necesidad de equilibrar el derecho de autor con los intereses en conflicto, en particular el impulso a la innovación, que se implementaran interpretaciones más flexibles en el futuro.

2. La potencial consideración del acceso a los datos (y textos) como una facilidad esencial

30. Cómo decíamos al inicio de este artículo, los datos se han convertido en el petróleo de nuestra época. Estos datos, son necesarios, hasta el punto de poder ser considerados como un recurso esencial. Evidentemente, si los datos son de libre acceso y los textos (u otros materiales) se encuentran libres de derechos el acceso a estas fuentes necesarias para la minería no tendrán ningún tipo de limitación (al menos *a priori*, ya que, como hemos visto que pueden existir medidas técnicas sobre los mismo).

31. No obstante, la posible restricción contractual al acceso para el minado de datos y textos puede llegar a suponer un freno a esta innovación. Tengamos en cuenta que no sólo estamos hablando en este caso de materiales protegidos por derecho de autor, sino otro tipo de datos y documentos que pueden ser propiedad o titularidad de una empresa determinada, esto es, situaciones en la cuales se produce una exclusividad. Cabría, pues, plantearse la posibilidad de la aplicación de la doctrina de los recursos esenciales en aquellos casos en los que existe una negativa a contratar o, incluso, una contratación en términos que se pudieran considerar como abusivos (tarifas excesivas, inequitativas o discriminatorias).

32. Es pertinente recordar que la doctrina de las facilidades esenciales se aplica en casos específicos en los cuales existen una serie de elementos que podemos resumir de la siguiente manera: en primer lugar es necesaria la capacidad de la empresa titular del recurso indispensable para restringir la competencia en un mercado descendente por razón de la negativa, la ausencia de competencia por la falta de acceso al recurso en el mercado para el cual este es requerido como input, los efectos negativos para el bienestar del consumidor y la ausencia de una justificación objetiva.

33. Un ejemplo que podría considerarse pertinente por su similitud a la cuestión tratada sería el caso *Magill*⁴⁴. Recordemos que en este caso se dirimía la negativa por parte de una serie de cadenas de

“Towards a “Three-step Test” in Copyright Law”, en *European Intellectual Property Review – EIPR*, 2008, pp. 489-492, P.B. HUGENHOLTZ, AND M. SENFTLEBEN, “Fair Use in Europe: In Search of Flexibilities” (14 de noviembre de 2011), (<https://ssrn.com/abstract=1959554> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1959554>, última visita, 5 enero 2020), R. VAN DER NOLL Y OTROS, *Flexible Copyright, The Law and Economics of Introducing an Open Norm in the Netherlands*, Amsterdam, 2012 (https://www.ivir.nl/publicaties/download/Flexible_Copyright.pdf, última visita, 5 de enero de 2020), J. GRIFFITHS, “The ‘Three-Step Test’” en *European Copyright Law - Problems and Solutions*, 2009 <http://ssrn.com/abstract=1476968>). R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “La regulación legal de los límites en las legislaciones comunitaria y española”, en X. O’CALLAGHAN (coord.), *Los derechos de propiedad intelectual en la obra audiovisual*, Dykinson, 2011, p. 340; A.LUCAS Y P. CÁMARA ÁGUILA, “Por una interpretación razonable de la regla de los tres pasos, o por qué hay que evitar la imprecisión: un estudio sobre la “Declaración por una interpretación equilibrada de la regla de los tres pasos en Derecho de autor”, en *Pe.i – Revista de propiedad intelectual*, nº 33, 2009, pp. 31-3, F. CARBAJO CASCÓN, *Publicaciones Electrónicas y Propiedad Intelectual*, Colex, 2002, p.138 a 145, R. XALABARDER, “Límites a los derechos de propiedad intelectual para fines educativos en Internet”, en *Pe.i – Revista de Propiedad Intelectual*, nº 29, 2008, pp. 83-85. En la amplia literatura sobre el tema se han desarrollado varios enfoques alternativos (v.gr. una comprensión del test de las tres etapas como un test de proporcionalidad refinado, el uso de sus criterios abstractos como factores a sopesar en un ejercicio de equilibrio global y una lectura inversa del test empezando por el último criterio que es el más flexible) y se han realizado propuestas de formalización como la realizada en el art.5.5 del European Copyright Code propuesto por The Wittem Project (<http://www.copyrightcode.eu/index.php?websiteid=3>, última visita 5 enero de 2020).

⁴³ CH. GEIGER, D. GERVAIS Y M. SENFTLEBEN, “The Three-Step-Test Revisited: How to Use the Testts Flexibility” in *National Copyright Law. American University International Law Review*, vol.29, Issue 3, 2014, p. 626 y 626.

⁴⁴ Este caso fue tratado, en primer lugar, por la Comisión Europea en su Decisión IV/31.851, *Magill TV Guide/ITP*, BBC y RTE; DO 1989, L 78, p. 43. Esta decisión fue recurrida ante el Tribunal de Primera Instancia y, posteriormente, ante el

televisión a conceder licencias a una revista sobre las listas de sus programas de televisión (esto es, las parrillas de programas que se iba a emitir, la cadena el día y la hora y el título de los programas). Esta revista pretendía agrupar, de forma exhaustiva, esta información y ofrecerla sistematizada y acompañada de comentarios e imágenes obtenidas de otros recurrentes en una guía sobre todas las cadenas de televisión. En este caso, se determinó el abuso de la posición dominante de estas cadenas considerando que esta negativa en el contratación perjudicaba intereses de los consumidores, eliminando del mercado un producto nuevo, y, por ende, obstaculizando la competencia efectiva en un mercado secundario. Además, en este caso, *“las recurrentes se reservaron mediante su comportamiento un mercado secundario,(...), puesto que las recurrentes negaban el acceso a la información básica, materia prima indispensable para la elaboración de dicha guía”*⁴⁵.

34. El problema existente en este caso, es el cumplimiento de todos los requisitos mencionados, especialmente, la prueba del carácter realmente indispensable de los datos en cuestión hasta el punto de causar una restricción de la competencia, y, por otro, el hecho de que no exista una justificación objetiva respecto a esta negativa, especialmente en el caso de tratarse de datos protegidos por secreto industrial.

35. Pese a que esta solución pueda aplicarse en determinados supuestos, vemos que la misma supone un “parche” a un problema que se podía haber solucionado desde la implementación de una política más flexible en este ámbito. En definitiva, se hace cada vez más necesaria la integración de ciertas nociones del llamado *“flexible copyright”* para poder seguir la cadencia de la evolución tecnológica y no generar ineficiencias en el mercado debido a la generación a causa de la legislación de ritmos desacompasados así como de la determinación de políticas facilitadoras del libre flujo de los datos.

Si me permiten el símil ecuestre, si la Unión Europea continua cinchando de esta manera tan rígida al potro salvaje de la minería de datos probablemente el jinete empresarial acabe por tierra y maltrecho. Es necesario buscar una montura más a la medida de este fenómeno para poder mantener ya no solo el trote sino el galope a nivel internacional. En nuestra opinión, teniendo en cuenta el panorama existente y en aras de la seguridad jurídica, tal vez habría sido deseable la adopción en el texto del artículo 4 DDAMUD de una fórmula similar a la ya propuesta por The Witten Group en el art. 5.4.(2) del European Copyright Code, donde se planteaba un derecho de mera remuneración para el uso de ciertas obras y prestaciones (entre ellas, las bases de datos) en aras de incentivar la competencia, siempre y cuando dicho uso fuera indispensable para competir en el mercado de productos derivados, existiera un rechazo por parte del titular a otorgar una licencia en términos razonables y que esta utilización no perjudicase los intereses legítimos del titular del derecho de autor sobre la obra⁴⁶.

Tribunal de Justicia quien dirimió finalmente este asunto en su Sentencia de 6 de abril de 1995, asuntos acumulados C-241/91 P y C-242/91 P, Radio Telefís Eireann (RTE) e Independent Television Publications Ltd (ITP) contra Comisión de las Comunidades Europeas, ECLI:EU:C:1995:98.

⁴⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de abril de 1995, asuntos acumulados C-241/91 P y C-242/91 P, Radio Telefís Eireann (RTE) e Independent Television Publications Ltd (ITP) contra Comisión de las Comunidades Europeas, ECLI:EU:C:1995:98, párr. 56.

⁴⁶ Vid. <https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-1-2-2010/2622/wittem-group-european-copyright-code.pdf> (última consulta 5 de enero de 2020).

LAS CUESTIONES DEL RÉGIMEN MATRIMONIAL PRIMARIO Y LA APLICACIÓN DEL REGLAMENTO 2016/1103

THE QUESTIONS OF THE PRIMARY MATRIMONIAL REGIME AND THE APPLICATION OF REGULATION 2016/1103

ANA MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA

Profesora ayudante doctora de Derecho internacional privado.

Universidad de Sevilla

ORCID ID: 0000-0003-2371-9168

Recibido: 11.12.2019 / Aceptado: 09.01.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5189>

Resumen: estudio sobre las cuestiones que se plantean entre los cónyuges, con distinta nacionalidad, domicilio o residencia, o cuando sus bienes se hallan en el extranjero (o los acreedores o deudores son extranjeros), respecto a sus derechos y deberes esenciales una vez contraído matrimonio, y con independencia del régimen pactado o legal, cuando se aplica el Reglamento 2016/1103 por los órganos jurisdiccionales o autoridades de los Estados participantes en la cooperación reforzada. Se presentan fundamentalmente problemas en relación con la ley aplicable, debido a que, conforme a este Reglamento europeo, el régimen matrimonial primario pudiera ubicarse dentro de las normas imperativas (considerando 18), que funcionan como límite *a priori* de las normas de conflicto. No obstante, nos preguntamos si no sería más adecuado considerar el contenido de las normas que regulan estos derechos y deberes esenciales del matrimonio, para que pueda operar el orden público como límite *a posteriori*.

Palabras clave: el matrimonio internacional, el régimen primario, las normas imperativas, el orden público.

Abstract: presentation of the questions that arise between married couple with different nationality, domicile or residence, or when their property is abroad (or the creditors or borrowers are foreigners), with respect to their essential rights and duties upon marriage, and regardless of the agreed or legal regime, when Regulation 2016/1103 is applied by the courts or authorities of the States participating in the enhanced cooperation. Problems mainly arise in relation to the applicable law, since, under this European Regulation, the primary matrimonial regime could fall within the imperatives rules (statement 18), which function as a priori limit on conflict rules. However, we wonder whether it would not be more appropriate to consider the content of the rules governing these essential rights and duties of marriage, so that public order can operate as a posteriori limit.

Keywords: the international marriage, the primary regime, the imperatives rules, the public order.

Sumario: 1. Introducción. 2. Calificaciones del régimen matrimonial primario. A) El régimen matrimonial primario en el ordenamiento interno español. B) El régimen matrimonial primario en los ordenamientos forales. C) El régimen matrimonial primario en los ordenamientos europeos. 3. La aplicación de las normas de conflicto del Derecho internacional privado español: la solución de la ley aplicable al régimen primario en los conflictos interregionales. 4. Normas aplicables al régimen matrimonial primario en el Reglamento 2016/1103. A) Cuestiones preliminares. a) La inclusión del régimen primario en el ámbito de aplicación del Reglamento. b) Los órganos jurisdiccionales y autoridades competentes para conocer del régimen matrimonial primario. B) El régimen matrimonial

primario protegido en el Reglamento por normas imperativas o por el orden público del foro. 5. Las diferencias de las leyes de policía con el orden público para salvaguardar el régimen matrimonial primario. 6. Conclusiones sobre las normas aplicables al régimen matrimonial primario.

1. Introducción

1. En este estudio sobre la regulación del régimen matrimonial primario en el Reglamento 2016/1103 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales¹, vamos a abordar diversas cuestiones². Pues, los efectos del matrimonio con elemento extranjero (cónyuges con distinta nacionalidad, domicilio o residencia habitual o bienes situados en distintos países, o estando todos estos elementos conectados con un solo país, los acreedores o deudores, los terceros, se encuentran en país o países distintos), presenta un problema de Derecho internacional privado: la calificación³. Dependiendo de los órganos jurisdiccionales o autoridades del Estado que conozcan del asunto, conforme a sus propios ordenamientos, van a interpretar qué se entiende por régimen matrimonial primario (así denominado por la doctrina civilista⁴) de manera diferente. Si bien, coinciden en que este régimen primario está integrado por aquellos derechos y deberes esenciales de los cónyuges celebrado el matrimonio, cualquiera que sea el régimen económico pactado

¹ DO L 183/1, 8 de julio de 2016. Dispone el artículo 70 que el presente Reglamento entró en vigor a los veinte días de su publicación en el *Diario Oficial de la Unión Europea* (el 8 de julio de 2016). Sin embargo, es aplicable, en los Estados miembros que participen en una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones relativas a los regímenes económicos de las parejas internacionales, tanto en materia de regímenes económicos matrimoniales como de efectos patrimoniales de las uniones registradas, autorizada por la Decisión (UE) 2016/954, a partir del 29 de enero de 2019. Con excepción de sus artículos 63 y 64, que fueron aplicables a partir del 29 de abril de 2018, y de sus artículos 65, 66 y 67, que fueron aplicables a partir del 29 de julio de 2016. Estos últimos artículos se refieren a la obligación de los Estados miembros, que han participado en la cooperación reforzada, de publicar en la Red Judicial Europea, y de informar a la Comisión, sobre la legislación material, procedimientos relativos a la materia y las autoridades competentes en cada Estado.

² En relación con el Reglamento (UE) 2016/1104, del Consejo, de 24 de junio por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas (DO L 183/2, 8 de julio de 2016), también podría entenderse que existe un régimen primario que las parejas registradas debieran respetar, no obstante excede de nuestro trabajo teniendo en cuenta la diversidad de modelos que existen. Así, J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Un hito más en la comunitarización del Derecho internacional privado: regímenes económicos matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas”, *La Ley Unión Europea*, nº 40, 30 de Septiembre de 2016, Año IV, Editorial LA LEY, p. 14, considera que el tratamiento diferencial suscitó las naturales reticencias hacia la unificación del sector, esencialmente por no gozar las parejas registradas de un reconocimiento homogéneo en Europa y recibir a su vez, donde ya se reconocen, una consideración jurídica diversa.

³ Es preciso diferenciar el problema de la interpretación de la cuestión de calificación. Esta cuestión consiste en subsumir una concreta situación privada internacional en el concepto jurídico empleado por la norma de conflicto. Surge el problema, cuando un mismo supuesto de la realidad puede ser subsumido en el supuesto de hecho de varias normas de conflicto. La calificación es decidir en qué concreta norma de conflicto será subsumida la concreta situación privada internacional. Las tesis modernas se alejan de la calificación conforme a la *lex fori* o la *lex causae* (siguiendo las doctrinas de E. RABEL, “Das problema der Qualifikation”, *Rabelsz*, núm. 241, 1930, L. MERIGGI, “Les qualifications en droit international privé”, *Revista Crítica de Derecho Internacional Privado*, 1933 y F. CASTRO y BRAVO, “La cuestión de las calificaciones”, *Revista de Derecho Privado*, 1933), y defienden una calificación autónoma. Esta tesis parte de considerar el Derecho internacional privado como un derecho independiente del Derecho civil de cada Estado, y como tal, utiliza en el supuesto de hecho de sus normas de conflicto conceptos “autónomos” o “propios” de Derecho internacional privado que pueden tener significados diferentes a los del Derecho civil. Una vez empleado el concepto de Derecho internacional privado hay que decidir si la situación privada internacional encaja con ese concepto propio del supuesto de hecho de la norma de conflicto. A.L. CALVO CARAVACA, y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 18ª ed., Granada, Comares, 2018, pp. 414-416.

⁴ J. L. LACRUZ BERDEJO y F. A. SANCHO REBULLIDA, *Elementos de Derecho Civil*, IV. *Familia*, 4ª ed., Madrid, Dykinson, 2010, pp.123-129; la doctrina más reciente que continúa P. BLASCO GASCÓ, *Instituciones de Derecho Civil. Derecho de Familia*, 3ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, p. 111. Sin embargo, para L. DIEZ-PICAZO, y A. GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil. Derecho de Familia*, IV, 12ª ed., Madrid, Tecnos, 2018, p.132, parece más correcto el término de “disposiciones generales”, tal y como se regula en el Código civil. *Vid.* monografías sobre este régimen en M. J. MONFORT FERRERO, *La responsabilidad de los cónyuges ante las necesidades ordinarias de la familia*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2004; y F. J. PEREDA GÓMEZ, *Las cargas familiares*, Madrid, La Ley, 2007.

por los cónyuges o el supletorio legal, su regulación puede ser distinta, así como su carácter esencial o no, sustraído a la voluntad de las partes o no.

2. En primer lugar, por tanto, la cuestión de calificación: es decir, qué se entiende como régimen matrimonial primario en los distintos ordenamientos jurídicos, y si está contemplado en los mismos, y cómo se regula en el ordenamiento jurídico español interno (en el Derecho común y en los Derechos forales)⁵. Y si existe una calificación autónoma en el Reglamento 2016/1104.

3. Una vez constatada la existencia de este régimen en distintos ordenamientos, ¿qué regulación se aplica cuando se plantea ante los tribunales o autoridades una situación relativa al régimen económico matrimonial primario con elemento extranjero? Es decir, cuando en un matrimonio en que los cónyuges tienen distinta nacionalidad, domicilio, residencia habitual o sus bienes están ubicados en distintos países⁶, se presenta un litigio relativo al régimen primario, qué instrumento jurídico aplicamos para conocer los órganos jurisdiccionales o autoridades competentes y determinar la ley aplicable; y si existe una decisión de órgano jurisdiccional o autoridad extranjera sobre esta materia qué mecanismos debemos emplear para su reconocimiento y/o ejecución en otro país. Cuestiones de Derecho internacional privado que, por primera vez, aparecen reguladas en el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia en esta materia civil, en el Reglamento 2016/1103.

4. Así, pese a las dudas que planteaba la Propuesta de Reglamento del Consejo relativa a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales (COM (2011) 126 final)⁷, en el Reglamento 2016/1103, el considerando 18, parece referirse a este régimen matrimonial primario, aunque no expresamente⁸: “El ámbito de aplicación del presente Reglamento debe incluir todos los aspectos de Derecho civil de los regímenes económicos matrimoniales, relacionados tanto con la administración cotidiana del patrimonio matrimonial como con la liquidación del régimen, en particular como consecuencia de la separación de la pareja o del fallecimiento de uno de los cónyuges. A efectos del presente Reglamento, el término “régimen

⁵ P. DIAGO DIAGO, “La protección de la vivienda familiar: un análisis de Derecho interregional”, *Actualidad civil*, nº 4, 1999, pp. 1343-1363, ya constata en su análisis, p. 1343: “el carácter híbrido o bifronte de dicho régimen, a medio camino entre lo personal y lo patrimonial, ha dado lugar a un complicado debate doctrinal sobre la determinación de la ley aplicable”.

⁶ A. RODRÍGUEZ BENOT, “Artículo 1. Ámbito de aplicación”, en J.L. IGLESIAS BUHIGUES y G. PALAO MORENO (dirs.), *Régimen económico matrimonial y efectos patrimoniales de las uniones registradas en la Unión Europea, Comentarios a los Reglamentos (UE) nº 2016/1103 y 2016/1104*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, p. 28, para este autor, al verificar la repercusión transfronteriza de los efectos patrimoniales del matrimonio (así como de las uniones registradas) deben considerarse dos circunstancias: por una parte que los propios elementos del matrimonio fueran de naturaleza transfronteriza, en cuyo caso las consecuencias patrimoniales también lo serán; por otra parte, que hallándose todos los elementos del matrimonio vinculados con un ordenamiento estatal, fueran sus efectos patrimoniales los que tuvieran repercusión transfronteriza (existencia de acreedores y deudores de los cónyuges de distinta nacionalidad o residencia habitual que aquellos).

⁷ Vid. H. MOTA, “El ámbito de aplicación material y la ley aplicable en la propuesta de reglamento “Roma IV”: algunos problemas y omisiones”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 5, núm. 2, 2013, pp. 428-447.

Estudios sobre el ámbito de aplicación en el Proyecto del Reglamento, vid. A. RODRÍGUEZ BENOT, “La armonización del régimen económico matrimonial en la Unión Europea: la propuesta de Reglamento marzo 2011”, *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea. Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 566-580; P. CARRIÓN GARCÍA DE PARADA, “El Proyecto de Reglamento Europeo sobre regímenes matrimoniales”, *Academia Matritense del Notariado*, tomo LIV, 2013, pp. 77-150.

⁸ El Proyecto no era tan claro, así J. M., FONTANELLAS MORELL, “Una primera lectura de las propuestas de Reglamento comunitario en materia de regímenes económicos matrimoniales y de los efectos patrimoniales de las uniones registradas”, en C. PARRA RODRÍGUEZ (dir.), *Nuevos Reglamentos comunitarios y su impacto en el Derecho catalán. Las perspectivas de futuro*, Barcelona, 2013, (pp. 257-290), en pp. 261 y 262, “menos evidente es la suerte del denominado “régimen matrimonial primario” habida cuenta del silencio que el proyecto guarda acerca de él podría interpretarse como un designio de no comprenderlo en el ámbito de aplicación, lo que se explicaría por la índole general y obligatoria de las normas que la integran, que a diferencia de lo que acontece en el régimen secundario (el régimen económico matrimonial propiamente dicho) imposibilita el juego de la autonomía de la voluntad”. No obstante, como sostiene, A. RODRÍGUEZ BENOT, “Los efectos patrimoniales de los matrimonios y de las uniones registradas en la Unión Europea”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, núm. 1, 2019, p. 28, nota a pie 77, aunque los Reglamentos no hacen referencia expresa al régimen primario, su invocación fue una constante por las delegaciones belga, francesa o luxemburguesa durante la discusión de las propuestas de la Comisión en el Comité de Derecho civil del Consejo.

económico matrimonial” debe interpretarse de forma autónoma y ha de abarcar no solo las normas imperativas para los cónyuges, sino también las normas opcionales que los cónyuges puedan acordar de conformidad con el Derecho aplicable, así como cualesquiera normas por defecto del Derecho aplicable. Incluye no solo las capitulaciones matrimoniales específica y exclusivamente previstas para el matrimonio por determinados ordenamientos jurídicos nacionales, sino también toda relación patrimonial, entre los cónyuges y en sus relaciones con terceros, que resulte directamente del vínculo matrimonial o de su disolución”. De esta definición autónoma del Reglamento podríamos extraer, y someter a sus normas de Derecho internacional privado, las cuestiones relativas al régimen matrimonial primario.

5. Ahora bien, antes de conocer la posible aplicación de las disposiciones de este Reglamento europeo, es necesario determinar qué es el régimen matrimonial primario y como está contemplado, si lo está, en distintos ordenamientos jurídicos, como ya se constata en relación con el ordenamiento interno común y foral⁹.

2. Calificaciones del régimen matrimonial primario

6. El llamado régimen primario significa, para la mayoría de la doctrina¹⁰, como apuntamos, las relaciones pecuniarias esenciales entre cónyuges, distinto del régimen económico matrimonial o régimen secundario (el régimen económico matrimonial que eligen los cónyuges o el supletorio legal). El régimen primario lo conforman el conjunto de derechos y deberes básicos a los que los cónyuges no pueden sustraerse: las materias que la integran obligan a los miembros de la pareja de manera vinculante. Son materias que se refieren a valores esenciales de un ordenamiento jurídico (la protección a la familia, por ejemplo), defendido directamente por estas normas que conforman el régimen primario. De

⁹ P. DIAGO DIAGO, ob. cit., p. 1345, se refiere a este régimen y de los problemas que genera cuando se tenga que aplicar una ley extranjera, e incluso problemas de Derecho interregional: “La Ley de 13 de mayo de 1981 que modificó el Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, introdujo una importante novedad, la inclusión de unas Disposiciones Generales que constituyeron lo que la doctrina denominó régimen matrimonial primario... Se trata, en principio, de normas imperativas y, por tanto, aplicables a todos los matrimonios. Esta afirmación requiere una matización inmediata. No todas las normas que integran el régimen primario son imperativas, empezando por la primera de ellas, artículo 1315 cuyo objetivo es ofrecer a los cónyuges la posibilidad de estipular capitulaciones matrimoniales. Sin embargo, sí que se desprende un carácter tuitivo de este régimen, en la medida en que contiene normas básicas de la convivencia conyugal, aplicables a todo régimen matrimonial. Añade la autora que, “junto a la regulación del Código Civil, están las regulaciones propias de los Derechos civiles autonómicos, que deberían ser receptoras de las normas del sistema primario. Sólo si estas normas son de general aplicación en España, puede justificarse que existen unos principios fundamentales, necesariamente uniformes, que informan el orden público o que exigen la aplicación en su caso, del Derecho español. También se plantearían problemas en el caso de aplicación de esa normativa autonómica al régimen primario, en supuestos de Derecho Interregional. ¿Debería de poder ser aplicada, cuando una normativa similar extranjera en el ámbito internacional privatista, es excluida o produce el efecto de la exclusión misma del conflicto de leyes? De todas estas consideraciones, puede deducirse la importancia de que las normas que integran el necesario régimen primario, sean de general aplicación en nuestro país, bien porque así se recojan en las diferentes compilaciones, bien porque supletoriamente reciban aplicación en los derechos autonómicos, o incluso porque tales preceptos penetren por cualquier otra vía”.

¹⁰ Al igual que en la doctrina civilista (*vid. nota a pie 3*), los autores que han investigado sobre los regímenes económicos matrimoniales con factor internacional se han referido a este régimen primario. En otros, E. RODRÍGUEZ PINEAU, *Régimen económico matrimonial: aspectos internacionales*, Granada, Comares, 2002, p. 95: “Los sistemas jurídicos conocen reglas por defecto para organizar los aspectos básicos de la convivencia familiar, reglas de carácter uniforme para todo matrimonio. Esta ordenación puede consistir en ausencia de reglas específicas (como ocurre en los países árabes) o bien en reglas detalladas como ocurre en los países de influencia civilista francesa (incluida España) donde la doctrina elabora incluso una categoría en la que se articulan todas ellas, *v. gr.* el régimen primario”. Para E. GÓMEZ CAMPELO, *Los regímenes matrimoniales en Europa y su armonización*, Madrid, Reus, 2008, pp. 158 y 159, que, “el contenido de la materia regulada es de tal entidad que solo puede ser objeto del Derecho interno a través de normas de carácter imperativo, muy próximas al concepto de orden público”. En el mismo sentido, P. QUINZÁ REDONDO, *Régimen económico matrimonial. Aspectos sustantivos y conflictuales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 40: “el matrimonio genera desde su celebración una serie de consecuencias matrimoniales... en primer lugar, abarca los derechos y deberes generales de los cónyuges con contenido económico, que hace referencia a una serie de disposiciones de carácter eminentemente patrimonial y que se aplican por el mero hecho del matrimonio, resultando indisponibles por las partes. Este conjunto de relaciones jurídicas recibe, en algunos ordenamientos jurídicos, el nombre de régimen matrimonial primario”. También, J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, ob. cit., p. 15.

tal manera, que de esos derechos y deberes no pueden disponer, en principio, los cónyuges libremente, ni pueden ser regulados de otra forma en ciertos aspectos.

A) El régimen matrimonial primario en el Derecho interno español

7. Esas reglas del régimen matrimonial primario se contienen en nuestro Código Civil (CC), entre los artículos 1318 a 1324. Regulan la contribución a las cargas de la familia, la responsabilidad ante acreedores, la representación entre cónyuges, la fijación de medidas cautelares, la protección contra los actos que hacen peligrar el patrimonio familiar, y la protección de la vivienda familiar y de los bienes que lo integran (actos de disposición sobre la vivienda y sus bienes). Sin embargo, no todos estos artículos conforman el régimen matrimonial primario en el ordenamiento español. Es cierto que, habría que distinguir entre efectos de todo matrimonio con independencia del régimen económico matrimonial pactado por los cónyuges o el legal, aplicable supletoriamente, y los efectos predicables también en el régimen pactado o legal.

8. Así, se incluiría dentro del régimen matrimonial primario, el artículo 1318 CC relativo a las cargas del matrimonio. Del que se deduce que, son todos aquellos gastos que redundan en provecho de la familia: alimentos, educación, protección, salud; que permiten a la misma unas condiciones adecuadas (para todo tipo de unión sea matrimonial o no). Regulándose en el apartado tercero de este artículo la litis expensas, para asegurar que los cónyuges no pierdan la posibilidad de litigar entre sí, o frente a terceros en provecho de la familia, durante el matrimonio, por falta de medios económicos.

9. Se podría incluir también, el artículo 1319 CC sobre el ejercicio de la potestad doméstica por cualquiera de los cónyuges, sin consentimiento del otro, ni participación, y con independencia del régimen económico matrimonial. Tampoco este artículo define el concepto de necesidades ordinarias de la familia, lo que tiene como consecuencia que en ocasiones se confunda con el levantamiento de las cargas del matrimonio¹¹. Pero abarca, la representación mutua entre los cónyuges para el ejercicio diario de la vida familiar, y como responden de las deudas contraídas los bienes comunes y subsidiariamente los bienes del otro cónyuge, con derecho a reintegrarse (en este caso, dependiendo del régimen matrimonial)¹².

10. En lo que respecta a la vivienda familiar, también se considera como norma prototipo del régimen matrimonial primario, el artículo 1320 de nuestro CC que dispone que, “para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos

¹¹ En la jurisprudencia se establecen posibles criterios interpretativos (en sentido negativo). Así se señalan en F. LEFEBVRE, “Régimen económico matrimonial”. *Comentarios al Código civil*. Colección LEFEBVRE, 2017, pp. 17 y 18, la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 10 de enero de 2000, que entendió que las deudas contraídas por un cónyuge en el ejercicio ordinario de su profesión, arte u oficio no debían responder los bienes privativos de su cónyuge, ya que no cabe incluir estas deudas en el concepto de cargas del matrimonio al que se refiere el artículo 1318 CC, ni tampoco en el concepto de deudas contraídas en el ejercicio de la potestad doméstica, entendida como actos encaminados a la atención de las necesidades ordinarias de la familia, a la que se refiere el artículo 1319 CC. De la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 4 de marzo de 1999, se puede deducir que los alimentos debidos a los hijos e incluso al otro cónyuge, se incluye dentro del concepto de potestad doméstica. También se pueden incluir en el artículo 1319 CC las deudas contraídas por el arrendamiento de la vivienda del matrimonio, de las que responden los bienes de ambos cónyuges: la sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres de 4 de marzo de 1999 estable que se podrían incluir, del mismo modo, en el concepto más amplio de cargas del matrimonio que regula el artículo 1318 CC. La sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva de 1 de septiembre de 1988, falló que los gastos realizados por el marido para material de construcción son una carga del matrimonio, en tanto en cuanto, ese material iba destinado a mejorar los negocios que eran el medio de vida de ambos cónyuges (los gastos de conservación lo eran para las necesidades familiares).

¹² M.J. MONFORT FERRERO, *ob. cit.*, pp. 49, 50 y 60: “los acreedores deberán demostrar el carácter doméstico del gasto para poder dirigirse indistintamente contra los bienes privativos del cónyuge deudor y contra el patrimonio común”. “Si el acreedor prueba la insolvencia del deudor y la falta de bienes del patrimonio común, subsidiariamente responderá el patrimonio del cónyuge que no contrajo la deuda”. “Se produce, pues, el derecho de reintegro siempre que uno de los cónyuges aporte caudales propios para satisfacer necesidades ordinarias de la familia, puesto que corresponde a la sociedad de gananciales o ambos cónyuges, según cuál sea su régimen económico, hacerse cargo de estos gastos”.

pertenezcan a uno solo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos o, en su caso, autorización judicial”¹³. Es decir, ninguno de los cónyuges podrá vender, subarrendar o constituir una hipoteca sobre esa vivienda sin el consentimiento del otro, aunque quien desee hacerlo tenga la propiedad del bien¹⁴. Por otra parte, este artículo protege a terceros de buena fe: “La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe”¹⁵.

11. Podría considerarse incluido en el régimen matrimonial primario, el artículo 1323 CC. Según el mismo: “Los cónyuges podrán transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos”. Dispone la libertad de contratación entre los cónyuges cualquiera que sea el régimen económico matrimonial pactado por los cónyuges o el legal, regulado en la mayoría de los ordenamientos de nuestro entorno y acorde con el principio constitucional de igualdad.

12. En relación con el resto de los artículos incluidos en las disposiciones generales sobre regímenes económicos matrimoniales del Código Civil, aunque alguno de ellos se puede aplicar como efecto patrimonial de cualquier matrimonio, se refieren a aspectos concretos, fallecido alguno de los cónyuges o cuando es necesaria la prueba de confesión y el artículo 1322 CC se aplica sólo al régimen matrimonial de gananciales.

B) El régimen matrimonial primario en los ordenamientos forales

13. Como en el ordenamiento jurídico español de Derecho común, en los Derechos forales también existen normas que se refieran al régimen matrimonial primario¹⁶.

14. Las Compilaciones forales reproducen esencialmente el sistema del Derecho común español, no siempre con el mismo carácter de sus normas¹⁷, no obstante, las recientes reformas las han aproximado.

¹³ Además, en el mismo sentido, en caso de sentencia de separación judicial, nulidad o divorcio, o su ejecución, el artículo 91 CC y el artículo 96 CC. Garantía que alcanza incluso frente a terceros, a través de la posibilidad de anotar el derecho de uso de la vivienda familiar en el Registro de la Propiedad, conforme a lo previsto en el artículo 26 de la Ley Hipotecaria (LH).

¹⁴ Los actos de disposición sobre la vivienda familiar, aunque pertenezca solo a uno de los cónyuges realizados sin consentimiento del otro o sin autorización judicial serán anulables, si nos remitimos a la sanción que establece en el artículo 1322 CC (referido a los actos de administración o disposición sobre bienes gananciales). Atendiendo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencia de 29 de septiembre de 2006 que cita sentencias anteriores), el consentimiento *uxoris* puede ser expreso o tácito, anterior o posterior al negocio jurídico, inferido de las circunstancias concurrentes, debiendo en estos casos ponderarse la pasividad de la esposa y su no oposición a la enajenación conociendo la misma, así como la ausencia de fraude o perjuicio, e incluso el silencio, que puede ser interpretado como revelador del consentimiento.

¹⁵ En la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 23 de mayo de 2002, debe primar el interés de la familia sobre la seguridad del tráfico, por lo que se entiende que la buena fe no debe presumirse, de ahí que no solo se le debe exigir al adquirente su ignorancia del carácter familiar de la vivienda, sino también que no tuvo posibilidad de conocerlo (F. LEFEBVRE, ob. cit., p. 21).

¹⁶ M. A. AMORES CONRADI, “Efectos del matrimonio”. *Derecho Internacional Privado. Parte especial*, Madrid, Eurolex, 1995, p. 343: “con frecuencia se olvida el dato de que las normas del régimen matrimonial primario ni siquiera son de general aplicación en nuestro país, pues coexisten con las regulaciones propias de los ordenamientos civiles especiales o forales”.

¹⁷ Otra cuestión que se planteaba sobre la facultad disposición de la vivienda habitual: no se contemplaba en algunos ordenamientos jurídicos como incluida en el régimen matrimonial primario. Así, P. DIAGO DIAGO, ob. cit., p. 1351: “La familia, como unidad básica de la estructura social es objeto de protección integral, como así lo ha dispuesto el artículo 39 de la Constitución. Por ello, son muchas las medidas que las diferentes legislaciones adoptan, en aras a la consecución de ese objetivo. Entre ellas, se introduce en el Código Civil y otras legislaciones autonómicas, una limitación a la facultad de disposición de la vivienda familiar y de sus muebles de uso ordinario, de forma que se exige el consentimiento de ambos cónyuges, y ello aun cuando los bienes pertenezcan a uno solo de ellos. No obstante, esta medida no se ha adoptado por todos los ordenamientos autonómicos, lo que provoca que la misma situación es tratada de manera diferente, según cual sea el ordenamiento que aplicar al caso concreto. Ello se evidencia en la práctica judicial, en la que es relativamente frecuente el conocimiento de estas cuestiones. Destaca en este contexto, una reciente Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares que reconoce no haber lugar a esta medida, por no existir precepto semejante en la Compilación Balear (Tribunal Superior de Baleares en Sentencia del 3 de septiembre de 1998). Es obvio, que esta cuestión repercute de forma directa en el Derecho Internacional privado, y en concreto, en el tratamiento que la protección de la vivienda familiar y los bienes muebles de uso ordinario, merece desde esta disciplina”.

15. Así, en los Derechos forales encontramos una regulación similar, más actualizada, y con algún deber más, como el de información entre cónyuges o los derivados de la representación.

16. Tal como se regula en el Código Civil de Cataluña (Ley 25/2010, de 29 de julio, que modifica el Libro II, en materia de persona y familia, en el artículo 231. 3 a 9 y 11): los cónyuges determinan de común acuerdo el domicilio familiar; la dirección de la familia corresponde a los dos cónyuges de común acuerdo; son gastos familiares los necesarios para el mantenimiento de la familia; los cónyuges deben contribuir a los gastos familiares, de la forma que pacten, con los recursos procedentes de su actividad o de sus bienes, en proporción a sus ingresos y, si estos no son suficientes, en proporción a sus patrimonios; los cónyuges tienen la obligación recíproca de informarse adecuadamente de la gestión patrimonial que llevan a cabo con relación a la atención de los gastos familiares; ante terceras personas, ambos cónyuges responden solidariamente de las obligaciones contraídas para atender a las necesidades y los gastos familiares ordinarios de acuerdo con los usos y nivel de vida de la familia; con independencia del régimen económico matrimonial aplicable, el cónyuge titular, sin el consentimiento del otro, no puede hacer acto alguno de enajenación, gravamen o, en general, disposición de su derecho sobre la vivienda familiar o sobre los muebles de uso ordinario que comprometa su uso, aunque se refiera a cuotas indivisa; y los cónyuges pueden transmitirse bienes y derechos por cualquier título y hacer entre ellos todo tipo de negocios jurídicos.

17. En la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco, las normas del régimen matrimonial primario se encuentran en las disposiciones del régimen legal de comunicación foral (en la sección primera, del capítulo II, del título III): cuando se refiere en el artículo 134 a las cargas (“1.– Se entenderá que son cargas del matrimonio las necesarias para el sostenimiento de la familia, la alimentación y educación de los hijos comunes o de los que aun siendo de uno de los cónyuges convivan en el hogar familiar. Cualquier otro gasto que fuera sufragado con los bienes comunes, pero se refiera a intereses o bienes de uno de los cónyuges, dará derecho a exigir el reintegro al tiempo de la liquidación de la comunicación. 2.– Las cargas del matrimonio serán sufragadas en primer lugar con los bienes ganados, y sólo a falta o por insuficiencia de ellos responderán los bienes procedentes de cada cónyuge, en proporción a su valor); en el artículo 135 a los actos de disposición (“1. – En la comunicación foral, los actos de disposición de bienes requerirán el consentimiento de ambos cónyuges. Si uno de los cónyuges se negara a otorgarlo, podrá el juez autorizar la disposición si lo considera de interés para la familia. 2.– No obstante, cualquiera de los cónyuges podrá, por sí solo, disponer del dinero, cuotas, aportaciones cooperativas o partes representativas de la participación en sociedades, activos financieros o de los valores mobiliarios de los que sea titular”); y en el artículo 138 a las deudas (“1. – Las deudas y obligaciones contraídas por cualquiera de los cónyuges sin consentimiento del otro únicamente serán de cargo de la respectiva mitad del obligado...”).

18. En la Compilación de Derecho Civil de Baleares (Ley 7/2017, de 3 de agosto)¹⁸, que regula los efectos patrimoniales del matrimonio en el artículo 4 (para Mallorca y Menorca¹⁹), se recoge que los bienes propios de cada cónyuge estarán afectos al levantamiento de las cargas del matrimonio, y que, en defecto de pacto, cada uno de los cónyuges contribuirá en proporción a sus recursos económicos. Además, se considera como contribución, el trabajo para la familia y cada cónyuge responderá con sus bienes propios del cumplimiento de las obligaciones que hubiera contraído, no obstante, de las causadas por el levantamiento de las cargas del matrimonio, será subsidiariamente responsable el otro cónyuge. Si se incumpliera, total o

¹⁸ Se engloba con el apelativo de “Balear” al Derecho Foral de la que hoy es la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, dentro de esa denominación cabe diferenciar tres ordenamientos forales: el de Mallorca, el de Menorca y el de Ibiza y Formentera. Todos ellos reunidos, pero regulados en libros distintos, tanto en la primera Compilación de Derecho Civil de Baleares (Ley 5/1961, de 19 de abril) como en la actualmente vigente (Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el texto Refundido de la Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares). Ley 7/2017, afecta, en materia de economía del matrimonio, a los libros de Mallorca y de Ibiza y Formentera.

¹⁹ También, para Ibiza y Formentera, el artículo 67 contiene las mismas normas sobre régimen primario, si bien hay una diferencia respecto del régimen de las otras dos islas: la responsabilidad de los cónyuges frente a terceros por las obligaciones contraídas para el levantamiento de las cargas familiares, en Mallorca y Menorca es del cónyuge que las contrajo y subsidiariamente del otro; en Ibiza y Formentera, la responsabilidad es siempre solidaria, como en el Código Civil.

parcialmente, el deber de levantamiento de cargas del matrimonio, por parte de uno de los cónyuges, el otro podrá solicitar al juez que adopte las medidas oportunas para asegurar su cumplimiento. Se añade que, salvo prueba en contrario, se presumirá que pertenecen al cónyuge, por mitad, los bienes que integran el ajuar de casa, pero no se considerarán comprendidos en la presunción las joyas y los objetos artísticos o históricos de valor considerable. Y, del mismo modo que en otros ordenamientos, para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque estos derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges, se requiere el consentimiento de los dos o, en su caso, autorización judicial.

19. Igualmente, como integrantes en el régimen primario, en la Compilación de Derecho Civil foral de Navarra (en la Ley 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo), las leyes 79 a 82, son relativas a los consentimientos y poderes entre los cónyuges, a las cargas o gastos del matrimonio, a la protección de la vivienda familiar, y a la libertad de celebración de contratos entre cónyuges. En los mismos términos del Derecho común.

20. En la Compilación de Derecho Civil de Aragón (Ley 2/2003, de 12 de febrero que deroga el título IV, de régimen económico matrimonial y derecho de viudedad), se califican expresamente como normas imperativas (artículo 3) los siguientes derechos y deberes de los cónyuges, con independencia del régimen pactado o legal: la contribución a las necesidades familiares, la responsabilidad común para el levantamiento de las cargas, el deber información entre los cónyuges, y el límite de disposición de la vivienda familiar, aunque pertenezca a uno de los cónyuges.

21. La Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia, contiene mayor número de artículos sobre economía del matrimonio, en los que se perfilan mejor las pocas materias que regula, pero, en lo fundamental se mantiene en los mismos términos que su predecesora (la Ley 4/1995): remite al Derecho civil general del Estado como Derecho supletorio en materia de derechos y deberes esenciales del matrimonio (en virtud de lo dispuesto en el artículo 1. 3: “En defecto de ley y costumbre gallegas, será de aplicación con carácter supletorio el Derecho civil general del Estado, cuando no se oponga a los principios del ordenamiento jurídico gallego”).

C) El régimen matrimonial primario en los ordenamientos europeos

22. Las diferencias más notables en cuanto a la regulación del régimen matrimonial primario las observamos entre los ordenamientos europeos²⁰.

23. Así, respecto a los efectos del matrimonio se pueden incluir los siguientes derechos y deberes fundamentales de los cónyuges, en la mayoría de los países europeos²¹: en primer lugar, la autonomía y capacidad de los cónyuges para realizar todo tipo de actos y contratos²²; en segundo lugar, el deber

²⁰ E. GÓMEZ CAMPELO, *ob. cit.*, pp. 80 y 158-160; H. MOTA, *ob. cit.*, pp. 429-430.

²¹ P. QUINZÁ REDONDO, *ob. cit.*, pp. 43-44, en los ordenamientos europeos, no disponen de normas de régimen primario Estados como el Reino Unido, Irlanda, Dinamarca, Finlandia, Eslovaquia y Hungría (en el caso de Reino Unido, aunque el matrimonio no produce efecto alguno entre los cónyuges, están obligados a proveer todo lo necesario entre ellos y para sus hijos, y respecto a la vivienda se reconoce un derecho de ocupación por el cónyuge no propietario y lo protege para que esta no sea vendida sin su conocimiento o consentimiento; además contribuirán económicamente a los gastos del hogar).

No obstante, la mayoría de los ordenamientos europeos sistematizan, de forma agrupada (Derecho portugués, Derecho italiano, Derecho alemán), o dispersa, este régimen primario: enumeran las deudas comunes, con independencia del régimen pactado o legal, el Derecho francés y el Derecho belga.

²² H. MOTA, *ob. cit.*, p. 432: “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 solos 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 (enferes del domicilio familiar) o como instrumento común de trabajo. En relación a los bienes inmuebles, incluso

de información entre los cónyuges (con variantes en la aplicación al régimen legal supletorio); en tercer lugar, en cuanto a la representación entre los cónyuges, hay países, como Hungría o Suecia, que siguen las reglas generales de representación, y los que contienen reglas específicas a la representación en el matrimonio (el resto de los Estados miembros de la Unión Europea²³, salvo los del Common law²⁴); en cuarto lugar, todos los Estados miembros incluyen dentro del llamado régimen primario, la protección de la vivienda familiar²⁵; y, por último, también incluyen la contribución a las necesidades de la familia y al levantamiento conjunto de los gastos de la familia²⁶.

24. En otros casos, aunque los ordenamientos extranjeros conocen figuras similares, pueden regular el contenido de modo flexible: así el Derecho francés (artículo 214 *Code Civil*) o el Derecho holandés (artículo 84.2 *Burgerlijk wetboek*), pues permiten que los esposos pacten como han de contribuir. También, en el Derecho francés y en el Derecho belga se regula la posibilidad de abrir y disponer de una cuenta corriente en banco sin necesidad del consentimiento del otro cónyuge (artículo 221 *Code Civil* francés y artículo 218 *Code Civil* belga) por el principio constitucional de igualdad y no discriminación; o la disposición exclusiva del salario una vez levantadas las cargas del matrimonio (artículo 223 *Code Civil* francés y artículo 217 *Code Civil* belga).

25. Por otra parte, dentro del régimen primario se podrían incluir, del mismo modo, aquellas normas que afectan a las relaciones personales, por ejemplo, el deber de fidelidad y de la cohabitación, de los cónyuges. En nuestro país, y en los de nuestro entorno, estos efectos carecen de sanción o solo, en ocasiones, pueden ser causa de la disolución del vínculo matrimonial²⁷. Pero, son las normas que

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). 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)”.

²³ P. QUINZÁ REDONDO, *ob. cit.*, p. 44, el poder de representación se presume *ex lege* para los casos relacionados con las necesidades del hogar, y en las situaciones de ausencia o incapacidad de alguno de los cónyuges, pero para el resto de las transacciones legales algunos sistemas de derecho civil exigen el consentimiento expreso del cónyuge que va a ser representado (Portugal y España), y otros, con carácter negativo, permiten que un cónyuge excluya la representación respecto de ciertos actos jurídicos (Austria, Francia e Italia).

²⁴ En el caso de Reino Unido, aunque el matrimonio no produce efecto alguno entre los cónyuges, los cónyuges están obligados a proveer todo lo necesario entre ellos y para sus hijos, y respecto a la vivienda se reconoce un derecho de ocupación por el cónyuge no propietario y lo protege para que ésta no sea vendida sin su conocimiento o consentimiento; además contribuirán económicamente a los gastos del hogar. *Vid.* P. QUINZÁ REDONDO, *ob. cit.*, pp.84 y siguientes.

²⁵ En Derecho italiano, artículo 144 del *Codice Civile* (la deuda derivada del ejercicio de potestad doméstica, no la regula como deuda común); y en el Derecho francés, artículo 215.3 del *Code Civil*; y en el mismo artículo en el Derecho belga. No está regulado este límite en el Derecho alemán, salvo en caso de disolución del vínculo matrimonial.

²⁶ Por ejemplo, en el Derecho italiano, artículos 143, 147 y 148 del *Codice Civile*; y en el Derecho francés, artículos 214 y 220 del *Code Civil*.

²⁷ Distinto es la regulación en el derecho musulmán donde existen obligaciones personales de contenido patrimonial y obligatorio (como la dote), como analiza, E. ZÁBALO ESCUDERO, “Efectos del matrimonio y sociedad multicultural”, *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Madrid, Colex, 2000, pp. 13-20. P. DIAGO DIAGO, *ob. cit.*: “La cuestión era especialmente problemática por lo que se refiere al sistema anterior. El antiguo artículo 9.2 y 3 del Código Civil (en adelante CC), diferenciaba las relaciones personales de las patrimoniales y, por tanto, de la calificación que se hiciera del régimen primario, dependía su inclusión en un precepto u otro. Tras la reforma de 1990 (Ley 11/1990 de 15 de octubre sobre reforma del Código Civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo), la nueva redacción dada al artículo 9.2 vino a solucionar el problema de ubicación de estas disposiciones. La categoría utilizada actualmente es la de «los efectos del matrimonio» y en ella se entienden incluidos tanto los personales como los patrimoniales, evitándose así el problema de calificación que se planteaba en la etapa anterior. No obstante, no se puede decir que la regulación actual haya resuelto totalmente la problemática internacional privatista, originada alrededor del régimen matrimonial primario. Existen al menos dos bloques de cuestiones, que plantean no pocas dudas en la plasmación práctica de la mencionada reglamentación. En el supuesto en que los cónyuges decidan pactar su régimen económico matrimonial, el precepto de referencia artículo 9.3, señala las leyes conforme a las cuales los cónyuges pueden celebrar capitulaciones. Ahora bien, ¿qué ley regirá en estos supuestos el régimen primario? Se puede entender que la misma que rige los efectos personales del matrimonio, o la ley conforme a la que se ha capitulado o incluso se puede producir una duplicación en la ley a aplicar, en atención al carácter más o menos personal de las normas que lo integran. También puede plantearse un tratamiento dual del régimen primario, de forma que la ley aplicable al régimen económico matrimonial sea también la rectora del régimen primario, salvo en los supuestos en que los cónyuges en virtud de la autonomía

se refieren a los efectos patrimoniales del matrimonio las que se contienen en el ámbito de aplicación material del Reglamento 2016/1103, pues así, se establece en el artículo 1 y lo define el artículo 3: “A efectos del presente Reglamento, se entenderá por: a) «régimen económico matrimonial»: conjunto de normas relativas a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges y con terceros, como resultado del matrimonio o de su disolución”.

26. Además, el considerando 18 establece una calificación autónoma para los órganos jurisdiccionales o autoridades de los Estados vinculados por el Reglamento, que solo abarca los aspectos civiles patrimoniales de los efectos del matrimonio.

27. Los posibles efectos personales del matrimonio con elemento extranjero se regulan por las normas autónomas²⁸. En nuestro Derecho internacional privado, cuando son competentes los órganos jurisdiccionales o autoridades españolas²⁹, por la norma de conflicto del artículo 9.2 CC Este artículo y el 9.3 CC, en el caso de pacto o capitulaciones matrimoniales, se aplican también, para resolver los conflictos de leyes interregionales que se suscitan en el Estado español, por la existencia de varios ordenamientos jurídicos, los Derechos forales, que regulan el régimen económico matrimonial. Determinando la ley aplicable en estos supuestos³⁰.

3. La aplicación de las normas de conflicto del Derecho internacional privado español: la solución de la ley aplicable al régimen primario en los conflictos interregionales

28. El artículo 9.2 CC dispone de un supuesto de hecho amplio: los efectos del matrimonio. En el mismo se pueden incluir tanto los efectos personales como los patrimoniales en un matrimo-

material confeccionan unas capitulaciones que sólo subsumen a una determinada ley o pluralidad de leyes para darles validez, en este caso la ley rectora sería la determinada por las conexiones del artículo 9.2”.

²⁸ A. RODRÍGUEZ BENOT, “Los efectos patrimoniales de los matrimonios y de las uniones registradas en la Unión Europea. Property consequences of marriages and of registered partnerships in the European Union”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, núm. 1, 2019, (pp.8-50), p. 27, nota a pie 74: “En la primera reunión del Comité de Derecho Civil del Consejo de la UE para trabajar sobre las propuestas de Reglamento de la Comisión, celebrada el 15 de abril de 2011, ésta aclaró que el único aspecto abordado de los regímenes matrimoniales era el patrimonial, por cuanto los efectos personales pertenecían a la esfera de competencia de los Estados miembros; así se decidió también para las uniones registradas a partir de la reunión del 16 de mayo del mismo año. Ello significa que en el sistema español de Derecho internacional privado la Ley aplicable a los efectos personales del matrimonio se seguirán determinando por la norma de conflicto del apartado 2 del artículo 9 del Código Civil”.

²⁹ Como el Reglamento 2016/1103 solo se aplica a los efectos patrimoniales de los matrimonios transfronterizos, para determinar la competencia de los órganos jurisdiccionales españoles para conocer de los efectos personales aplicamos el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (que se modifica por el artículo único.5 de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio). El artículo 22, *quater*; en el apartado c), en materia de relaciones entre los cónyuges, establece que, los tribunales españoles son competentes cuando, ambos cónyuges tengan la residencia habitual en España al tiempo de la demanda; o la última residencia de uno de ellos esté en España; o el demandado resida en España, o uno de ellos en caso de demanda de mutuo acuerdo; o demandante sea español y tenga su residencia habitual en España durante 6 meses o 1 año si no es español; o ambos cónyuges tengan nacionalidad española. No es posible, la sumisión expresa o tácita.

³⁰ Hasta la aplicación del Reglamento 2016/1103 las normas de conflicto del Derecho internacional privado español que determinan las leyes aplicables a los efectos del matrimonio se regulan en el artículo 9.2 CC, cuando no hay pactos o capitulaciones matrimoniales (“Los efectos del matrimonio se regirán por la Ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo; en defecto de esta Ley, por la Ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos, elegida por ambos en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio; a falta de esta elección, por la Ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración, y, a falta de dicha residencia, por la del lugar de celebración del matrimonio”); y en el artículo 9.3 CC, cuando existen pactos y capitulaciones matrimoniales que regulen el régimen económico matrimonial (“Los pactos o capitulaciones por los que se estipule, modifique o sustituya el régimen económico del matrimonio serán válidos cuando sean conformes bien a la Ley que rijan los efectos del matrimonio, bien a la Ley de la nacionalidad o de la residencia habitual de cualquiera de las partes al tiempo del otorgamiento”).

³¹ *Vid.* la bibliografía abundante sobre las leyes aplicables a los efectos del matrimonio, doctrina española (en relación con los artículos 9.2 y 9.3 CC) y extranjera (referente a aspectos generales y al Convenio de La Haya 1978 sobre la ley aplicable a los regímenes económicos matrimoniales), en J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Matrimonio y elección de ley. Estudio de Derecho Internacional Privado*, Granada, Colección Ciencia Jurídica y Derecho Internacional, 2000, pp. 252-256; A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. II, 18ª ed., Granada, Comares, 2018, pp. 213-214.

nio con elemento extranjero. Por tanto, si el régimen matrimonial primario abarca también los efectos personales, éstos se regularían por la ley aplicable que determine los puntos de conexión de la norma de conflicto del 9.2 CC. Puntos de conexión que funcionan jerárquicamente. De tal forma que, si los cónyuges ostentan la misma nacionalidad, determina la primera ley aplicable; en su defecto, y como segundo punto de conexión, se atiende a la autonomía de la voluntad de los cónyuges, siempre que se cumplan determinados requisitos de fondo, tiempo y forma; en su defecto, como tercera ley aplicable, la de la residencia habitual de los cónyuges, inmediatamente después de contraer matrimonio; y como ley de cierre, la del lugar de celebración del matrimonio.

29. En relación con la determinación de la ley en los supuestos de conflictos interregionales, establece el artículo 35 del Reglamento 2016/1103, que, en los Estados miembros, como España, en que coexisten varias unidades territoriales con sus propias normas en materia de regímenes económicos matrimoniales, estos Estados no están obligados a aplicar las normas de conflicto del Reglamento para resolver los conflictos de leyes internos.

30. La solución en el Derecho civil español³², para regular el régimen matrimonial primario, si no se aplica el Reglamento 2016/1103, viene prevista en el artículo 16 CC, que dispone en su apartado tercero, que “los efectos del matrimonio entre españoles se regularán por la ley española que resulte aplicable según los criterios del artículo 9 y, en su defecto, por el Código Civil”.

31. Con lo cual, tal y como establece este artículo, cuando haya que determinar la ley aplicable al régimen matrimonial primario, incluido en los efectos del matrimonio, entre cónyuges de distinta vecindad civil, acudimos a la norma de conflicto del artículo 9.2 del Código Civil, sustituyendo el punto de conexión de la nacionalidad por la vecindad civil (artículo 16.1 CC).

32. Así, si los cónyuges tienen vecindad común la ley aplicable viene determinada por esa vecindad³³; en su defecto por la autonomía de la voluntad limitada; en su defecto, por la ley de residencia habitual inmediata; y en su defecto, por la ley de celebración del matrimonio. Sin embargo, si el lugar de residencia habitual o el lugar de celebración no se encuentra en España, se aplica la regulación de los efectos del matrimonio del Código Civil, como regula el artículo 16.3 CC, pues estamos ante un conflicto interregional y ambos cónyuges tienen la nacionalidad española. Pero, se aplicará el régimen de separación de bienes del Código Civil si conforme a una y otra ley personal de los contrayentes hubiera de regir un sistema de separación.

33. Ahora bien, tanto en relación con los efectos personales del matrimonio, como en la regulación del régimen matrimonial primario en los conflictos interregionales, la ley determinada por los puntos de conexión de la norma de conflicto del artículo 9.2 CC no se aplicaría, si consideramos que el régimen matrimonial primario lo conforman derechos y deberes indisponibles que deben ser regulados por normas imperativas del foro. Veremos la solución para los conflictos transfronterizos en el ámbito del Reglamento 2016/1103.

³² Sobre el carácter plurilegislativo del Estado español en esta materia y su posible solución en el Reglamento: A. BORRÁS RODRÍGUEZ, “La necessità di applicare strumenti convenzionali e dell'unione europea: l'ambito della persona, della famiglia e delle successioni. la situazione spagnola e quella italiana a confronto- the need to apply international and european union instruments: persons, family and successions. a comparison between the italian and spanish systems”, *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, núm. 4, 2015, p. 772.

³³ Sobre esta materia *vid.* C. FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO ÁLVAREZ-OSSORIO, “La vecindad civil como criterio de sujeción a uno u otro de los ordenamientos jurídico-civiles vigentes en España”, en A. MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, *Determinación del régimen jurídico de la economía conyugal en los ámbitos europeos e intraestatal español*, Madrid, Reus, 2018, pp. 233-236.

4. Normas aplicables al régimen matrimonial primario en el Reglamento 2016/1103

A) Cuestiones preliminares

34. Diseñado, pues, que se entiende por régimen matrimonial primario en distintos ordenamientos jurídicos, el problema que se nos plantea, en el supuesto de un litigio sobre los efectos del matrimonio con elemento extranjero, es determinar qué órganos jurisdiccionales o autoridades van a conocer el asunto y qué ley van a aplicar para regular ese régimen matrimonial primario, a la vista de la calificación autónoma del Reglamento.

35. Otra cuestión, que debemos contemplar, es si lo que se entiende por régimen matrimonial primario, en este instrumento jurídico, está siempre regulado por normas imperativas, de aplicación inmediata, leyes de policía; o es posible aplicar las normas de conflicto del Reglamento 2016/1103 que determinan leyes extranjeras para regular el régimen primario³⁴. En este caso, y otra cuestión que surge, es si atendiendo a su contenido, opera el límite de orden público internacional.

36. Pero, previamente, algunas precisiones sobre el ámbito de aplicación del Reglamento, para advertir si el régimen matrimonial primario se incluye en el mismo, y si pueden conocer los órganos jurisdiccionales o autoridades vinculadas por el Reglamento.

a) La inclusión del régimen primario en el ámbito de aplicación del Reglamento

37. Las situaciones jurídicas sobre los efectos esenciales, patrimoniales, del matrimonio con elemento extranjero, adelantamos, que sí podían incluirse en el ámbito de aplicación del Reglamento 2016/1103, para aplicar sus normas.

38. Así, el artículo 1 del Reglamento 2016/1103 dispone, de manera genérica, que, “el presente Reglamento se aplicará a los regímenes económicos matrimoniales”.

39. El régimen matrimonial primario no está entre las materias excluidas de este artículo 1, párrafo segundo. Pues, excluye expresamente, la capacidad jurídica de los cónyuges; la existencia, validez y reconocimiento del matrimonio; las obligaciones de alimentos; la sucesión por causa de muerte de uno de los cónyuges; la seguridad social; el derecho de transmisión o ajuste entre los cónyuges, en caso de divorcio, separación judicial o anulación del matrimonio, de los derechos de pensión de jubilación o de invalidez devengados durante el matrimonio y que no hayan dado lugar a ingresos en forma de pensión durante este; la naturaleza de los derechos reales sobre un bien, y cualquier inscripción en un registro de derechos sobre bienes muebles o inmuebles, incluidos los requisitos legales para llevarla a cabo, y los efectos de la inscripción o de la omisión de la inscripción de tales derechos en un registro.

40. Además, debemos atender, para incluir aspectos del régimen primario en el ámbito de este instrumento jurídico, en relación a la exclusión de la capacidad de las partes, a lo dispuesto en el considerando 20 del Reglamento cuando señala que, “no obstante, esta exclusión no debe abarcar las facultades y los derechos específicos de uno o de ambos cónyuges con respecto a su patrimonio, bien entre sí, bien por lo que respecta a terceros, ya que dichas facultades y derechos deben entrar en el ámbito de aplicación del presente Reglamento”. Por ejemplo, sí se incluiría en el ámbito del Reglamento, la limitación para disponer de la vivienda familiar, que engloban la mayoría de los ordenamientos jurídicos en el régimen matrimonial primario.

41. Por otra parte, la definición autónoma sobre lo que entiende por régimen económico matrimonial la encontramos en el artículo 3. 1 que comprende, a efectos del Reglamento, el conjunto de

³⁴ El Reglamento 2016/1103 es un instrumento jurídico de aplicación universal, tal y como dispone el artículo 20.

normas relativas a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges y con terceros, como resultado del matrimonio o de su disolución. Se contienen, pues, todas las normas sobre los efectos patrimoniales del matrimonio transfronterizo vigente o disuelto, aunque no, los efectos personales.

42. ¿Podrían abarcar estas relaciones patrimoniales entre los cónyuges, al régimen matrimonial primario? Es el considerando 18 del Reglamento 2016/1103, como vimos, el que pareciera referirse a este régimen, cuando diferencia dentro del régimen económico matrimonial, las normas imperativas de las normas dispositivas, como incluidas, ambas, en el ámbito de aplicación del Reglamento³⁵: “a efectos del presente Reglamento, el término régimen económico matrimonial debe interpretarse de forma autónoma y ha de abarcar no solo las normas imperativas para los cónyuges sino también las normas opcionales que los cónyuges puedan acordar de conformidad con el Derecho aplicable, así como cualesquiera normas por defecto del Derecho aplicable”. La cuestión será aclarar si todos los derechos y deberes patrimoniales de los cónyuges, con independencia del régimen pactado o legal supletorio, están regulados por normas imperativas o no, como consideraremos.

b) Los órganos jurisdiccionales y autoridades competentes para conocer del régimen matrimonial primario

43. En cuanto a los órganos jurisdiccionales y autoridades vinculados por el Reglamento 2016/1103³⁶, y que tendrían que conocer sobre este régimen matrimonial primario con elemento extranjero, no son todos los de los Estados miembros, pues es un Reglamento de cooperación reforzada. El Consejo, en la Decisión (UE) 2016/954, el 9 de junio de 2016, autoriza dicha cooperación reforzada entre los siguientes Estados miembros: Bélgica, Bulgaria, la República Checa, Grecia, Alemania, España, Francia, Croacia, Italia, Luxemburgo, Malta, los Países Bajos, Austria, Portugal, Eslovenia, Finlandia Suecia y Chipre. Como regula el artículo 328.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea³⁷, la cooperación reforzada estará, del mismo modo, abierta a todos los Estados miembros en el momento en que se establezcan, siempre y cuando se respeten las posibles condiciones de participación establecidas en la decisión de autorización³⁸. También lo estarán en cualquier otro momento, siempre y cuando se respeten, además de las mencionadas condiciones, los actos ya adoptados en ese marco. La Comisión y los Estados miembros que participen en una cooperación reforzada procurarán fomentar la participación del mayor número posible de Estados miembros³⁹. Por tanto, y de momento, solo están

³⁵ La doctrina mayoritaria estima que el régimen primario se integra en la categoría del régimen económico matrimonial definida por el Reglamento 2016/1103, tal y como la recoge N. CHIKOC BARREDA, “Normas de policía y autonomía de la voluntad en los Reglamentos europeos en materia familiar y sucesoria”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, tomo XVIII, 2018, p. 116, nota a pie 65.

³⁶ El artículo 3.2 del Reglamento 2016/1103, a efectos del presente Reglamento, dispone que el término “órgano jurisdiccional” debe entenderse en un sentido amplio, que incluye no solo a los órganos jurisdiccionales en el sentido estricto de la palabra, que ejercen funciones judiciales, sino también, por ejemplo, a los notarios de algunos Estados miembros que, en determinadas cuestiones del régimen económico matrimonial, ejercen funciones judiciales del mismo modo que los órganos jurisdiccionales propiamente dichos.

³⁷ Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, hecho en Lisboa el 13 de diciembre de 2007 (versión consolidada del Tratado publicada en el *DO C 201*, de 7 de junio de 2016).

³⁸ Reino Unido, Irlanda (Protocolo núm. 21 sobre la Posición del Reino Unido e Irlanda respecto del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia unido al TFUE) y Dinamarca (Protocolo núm. 22 sobre la Posición de Dinamarca respecto del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia unido al TFUE) no han ejercido su derecho para aplicar este Reglamento. J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, 9ª ed., Madrid, Civitas, Thomson Reuters, 2016, p. 42, para estos autores, Dinamarca a partir del Tratado de Lisboa de 2007 asume la fórmula de *opting in* como la que disfrutaban Reino Unido y Dinamarca, puesto que conforme al régimen anterior estaba excluida (*opting out*) lo que le obligaba a recurrir a convenios específicos con la Unión Europea para su incorporación a los reglamentos.

³⁹ P. QUINZÁ REDONDO, “- Unificación –fragmentada- del Derecho internacional privado de la Unión Europea en materia de régimen económico matrimonial: el Reglamento 2016/1103”, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 41, 2017, p. 5, “Quedarían, por tanto, 6 Estados miembros no vinculados actualmente por el Reglamento, a saber, Polonia, Hungría, Eslovaquia, Letonia, Lituania y Rumania. Más allá de los intereses político-religiosos que pueden subyacer tras la posición de estos Estados miembro, una simple mirada a su regulación sustantiva respecto de ciertas cuestiones básicas de derecho de familia podría explicar, en parte, el porqué de su postura: ninguno de ellos contempla, en el momento presente, el matrimonio entre personas del mismo sexo, como tampoco la formalización de la pareja homosexual mediante el registro, a excepción en este último caso,

vinculados dieciocho Estados que podrán aplicar este Reglamento para determinar la ley aplicable al régimen matrimonial primario.

44. Las normas que atribuyen la competencia judicial internacional a los órganos jurisdiccionales y autoridades participantes en la cooperación reforzada en materia de régimen económico matrimonial, se contienen en los artículos 4 a 19 del Reglamento 2016/1103, atendiendo a criterios de conexidad, autonomía de las partes, limitada, y jerarquía⁴⁰. Así, si los asuntos relativos al régimen económico matrimonial no tienen relación con procesos pendientes ante el órgano jurisdiccional de un Estado miembro sobre la sucesión de uno de los cónyuges o el divorcio, la separación judicial o la anulación del matrimonio, no se dan los requisitos requeridos⁴¹, o no son competentes los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros (participantes en la cooperación reforzada), el presente Reglamento 2016/1103 establece otros criterios para atribuir la competencia judicial internacional, ordenados de manera jerárquica, para fijar la competencia judicial internacional. Estos foros distribuyen, en primer lugar, la competencia judicial entre los Estados miembros participantes en la cooperación reforzada atendiendo a la elección, expresa o tácita de las partes. El Reglamento permite que, en determinadas circunstancias, las partes celebren un acuerdo de elección del foro, o se sometan tácitamente, ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la ley aplicable (conectando foro y derecho aplicable) o de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la celebración del matrimonio (ante cuyas autoridades se haya celebrado el matrimonio, atendiendo a la noción que sobre el mismo de cada Derecho nacional). Si no hay elección expresa o tácita de los cónyuges o no se cumplen sus condiciones legales, el Reglamento 2016/1103 fija, subsidiariamente, una serie de criterios jerárquicos de competencia judicial internacional, de foros, que atienden a la residencia habitual de los cónyuges en el momento de la interposición de la demanda (criterio personal y fáctico) y otros foros basados en la conexión del régimen económico matrimonial con el órgano jurisdiccional del Estado miembro, participante en la cooperación reforzada, que conoce el asunto. Además, el Reglamento regula, la posible inhibición de los órganos jurisdiccionales competentes (distribuyendo la competencia entre otros órganos jurisdiccionales de Estados participantes en la cooperación reforzada), la competencia subsidiaria de los órganos jurisdiccionales de los Estados participantes en el Reglamento, para que conozcan de determinados bienes del régimen económico matrimonial. Prevé, también, para evitar situaciones de denegación de justicia, un foro de necesidad: permite a un órgano jurisdiccional de un Estado miembro participante en la cooperación reforzada resolver, con carácter excepcional, sobre un régimen económico matrimonial que tenga una estrecha conexión con un tercer Estado.

45. Estos órganos jurisdiccionales o autoridades de los Estados, competentes en esta materia, deberán atender a las normas de conflicto que contiene el Reglamento 2016/1103, que no unifica las normas jurídicas sustantivas, sino que armoniza las normas de conflicto determinando la ley aplicable

de Hungría. Precisamente para asegurar que estos Estados miembro no tuvieran que lidiar con instituciones desconocidas en sus ordenamientos jurídicos –el matrimonio homosexual y las parejas registradas-, ambos Reglamentos –el de régimen económico matrimonial y el de efectos patrimoniales de las uniones registradas- incorporaron en su art. 9 un foro de competencia alternativa. La cuestión que subyace de fondo, es, sin embargo, mucho más compleja de resolver que mediante la inclusión de una disposición específica para evitar este tipo de supuestos: en algunos Estados miembros –mejor dicho, de acuerdo con la ideología del Gobierno actual en dichos Estados- podría existir el temor de que la adopción de estos Reglamentos pudiera llevar aparejada una apertura gradual y paulatina de la regularización de las parejas homosexuales”.

⁴⁰ Sobre la regulación de la competencia judicial internacional en este Reglamento *vid.* el estudio de P. PEITEADO MARISCAL, “Competencia internacional por conexión en materia de régimen económico matrimonial y de efectos patrimoniales de uniones registradas. Relación entre los Reglamentos UE 2201/2003, 650/2012, 1103/2016 y 1104/2016”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, núm. 1, 2017.

⁴¹ En virtud de los Reglamentos de sucesiones (Reglamento (UE) n°650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo (DO L 201/107, del 27 de julio de 2012)) y del Reglamento Bruselas II bis (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 (DO L 338 de 23 de diciembre de 2003)).

al fondo. El Reglamento no sólo va a determinar entre los Estados, participantes en la cooperación reforzada, la competencia judicial internacional y la ley aplicable al régimen económico matrimonial, también va a trascender a otras cuestiones que afectan a los regímenes económicos matrimoniales, como el reconocimiento y ejecución de resoluciones o documentos públicos europeos sobre la materia⁴².

B) El régimen matrimonial primario protegido en el Reglamento por normas imperativas o por el orden público del foro

46. Para determinar el Derecho aplicable, sin olvidar la diversidad respecto a la regulación del fondo o sustantiva de regímenes económicos matrimoniales que existen en los Estados europeos⁴³, debemos atender a las normas de conflicto del Reglamento, entre los Estados miembros participantes en la cooperación reforzada⁴⁴.

47. No obstante, estas normas de conflicto pueden estar limitadas por las normas imperativas de los Derechos nacionales, como límite anterior a la determinación de la ley aplicable; o puede ocurrir que, al aplicar la norma de conflicto del Reglamento, la ley extranjera determinada, su contenido, sea manifiestamente incompatible con el orden público del foro.

48. Si el régimen matrimonial primario está incluido en el ámbito de aplicación del Reglamento, ¿qué normas aplican los Estados participantes en la cooperación reforzada? ¿Funciona algún límite a la ley aplicable determinada por las normas de conflicto del Reglamento 2016/1103, establecidas en los artículos 22 y 26 con sus propios límites⁴⁵?

⁴² Los mecanismos de reconocimiento, o ejecución, de decisiones o documentos públicos sobre regímenes económicos matrimoniales dictadas por órganos jurisdiccionales o autoridades de otro Estado miembro están regulados en los Capítulos IV y V, de los artículos 36 a 60, del Reglamento 2016/1103.

⁴³ Vid. P. QUINZÁ REDONDO, *Régimen económico matrimonial. Aspectos sustantivos y conflictuales*, cit., pp. 39-117, sobre los diferentes regímenes económicos matrimoniales en los Estados miembros de la Unión Europea, distinguiendo entre los sistemas de Derecho civil y del *Common law* de Inglaterra y Gales. Las legislaciones nacionales regulan de manera muy distinta los regímenes económicos matrimoniales, pero, respetando los pactos o capitulaciones entre los cónyuges, se pueden agrupar en tres grandes sistemas: regímenes legales comunitarios (gananciales o universales), regímenes legales de participación y regímenes legales de separación. E. GÓMEZ CAMPELO, *ob. cit.*, pp. 91-94, distingue entre cuatro grandes regímenes económicos matrimoniales. En la doctrina extranjera vid.: H. PÉROZ, “Le nouveau règlement européen sur les régimes matrimoniaux”, *La Semaine Juridique, Notariale et Immobilière*, núm. 29, 2016, pp. 33-39; G. ALPA, G. CAPILLI, *Diritto privato europeo*, Padova, 2006, pp. 53-63 sobre los regímenes patrimoniales de los cónyuges desde una perspectiva comparada. Un estudio en el ámbito europeo, F. ROMANA FANTETTI, “Il regime patrimoniale europeo della famiglia”, *Famiglia, Persona, Successioni*, núm.1, 2011, pp. 1-5, donde destaca tres puntos esenciales: la convergencia del régimen legal patrimonial de comunidad y de separación en Europa, el reconocimiento de la autonomía de la voluntad para regular el régimen patrimonial conyugal y la comunidad de adquisiciones como modelo europeo matrimonial.

⁴⁴ También, P. QUINZÁ REDONDO, *Régimen económico matrimonial. Aspectos sustantivos y conflictuales*, cit., pp.120-166, sobre la diversidad de normas de conflicto aplicables al régimen económico matrimonial en los Estados miembros de la Unión Europea. Teniendo en cuenta en lo que respecta al ámbito de aplicación de estas normas de conflicto, que en los sistemas del *Civil law* determinan la ley aplicable de la composición y administración del patrimonio y de la disolución y liquidación del régimen económico matrimonial, mientras que los sistemas del *Common law* fijan la ley aplicable solo para el momento de la disolución del vínculo matrimonial bien por separación judicial, divorcio o nulidad, bien por el fallecimiento de uno de los esposos. El Reglamento Europeo de cooperación reforzada no va a vincular a estos Estados del *Common law*, que seguirán aplicando sus propias normas de conflicto con su peculiar regulación y ámbito. Sobre las consecuencias económicas del matrimonio en el *Common law*: W. PINTENS, “Matrimonial property law in Europe”, en K. BOELE WOELKI, J. MILES, and J.M. SHERPE (eds.), *The future of Family property in Europe*, Cambridge-Antwerp-Portland, Intersentia, 2011, pp. 19-46.

⁴⁵ La elección de ley por los cónyuges, limitada, se encuentra regulada en el artículo 22 (los cónyuges o futuros cónyuges podrán designar, o cambiar de común acuerdo la ley aplicable a su régimen económico matrimonial, siempre que se trate de la ley de residencia habitual o nacionalidad de cualquiera de los cónyuges). En defecto de elección de ley por los cónyuges (o no cumplen los requisitos de forma y fondo de los artículos 23 y 24), se aplica la ley determinada por el artículo 26, de modo jerárquico, y con cláusula de excepción: en primer lugar, la ley de la primera residencia habitual común de los cónyuges tras la celebración del matrimonio, o, en su defecto, la ley de la nacionalidad común de los cónyuges en el momento de la celebración del matrimonio, o, en su defecto, la ley con la que ambos cónyuges tengan la conexión más estrecha en el momento de la celebración del matrimonio, teniendo en cuenta todas las circunstancias. A modo de excepción, y a instancia de cualquiera de los

49. Si consideramos que el régimen matrimonial primario, acorde con la calificación autónoma del Reglamento, son normas imperativas, de las que las partes no pueden disponer, debemos acudir a lo dispuesto en el artículo 30, y al considerando 53, del Reglamento 2016/1103, que determinan que las normas imperativas, o leyes de policía del foro, operan como límites *a priori* a sus normas de conflicto⁴⁶.

50. Así, el artículo 30 define qué son las normas imperativas (como leyes de policía, según el considerando 53) y fija cuál es su ámbito de aplicación⁴⁷ (“1. Las disposiciones del presente Reglamento no restringirán la aplicación de las leyes de policía de la ley del foro. 2. Las leyes de policía son disposiciones cuya observancia considera esencial un Estado miembro para salvaguardar sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de ser aplicables a toda situación que entre dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que sea la ley aplicable al régimen económico matrimonial en virtud del presente Reglamento”). Y el considerando 53, además, aclara que, “por consiguiente, el concepto de «leyes de policía» debe abarcar las normas de carácter imperativo, como las normas para la protección de la vivienda familiar”⁴⁸. Haya elección de ley por los cónyuges o no, pues, en el Reglamento 2016/1103, no se hace tal distinción. Así en el artículo 22, cuando regula la norma de conflicto que permite la libre elección de las partes, no la limita con aquellas normas que no se pueden excluir (como establecen los Reglamentos sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales y extracontractuales)⁴⁹. No obstante, esta excepción de la ley aplicable al régimen económico matrimonial habrá de interpretarse en sentido estricto, para que pueda seguir siendo compatible con el objetivo general del presente Reglamento; y es el considerando 72 el que establece que se considera el objetivo del Reglamento 2016/1103: “la libertad de circulación de las personas, posibilitando que los cónyuges organicen sus relaciones patrimoniales entre sí y en relación a terceros garantizando la previsibilidad y la seguridad jurídica”.

cónyuges, la autoridad judicial que tenga competencia para resolver sobre el régimen económico matrimonial podrá decidir que la ley donde los cónyuges tuvieron su última residencia habitual común sea aplicable si se cumplen determinados requisitos.

⁴⁶ N. CHIKOC BARREDA, ob. cit., p. 108.

⁴⁷ A. RODRÍGUEZ BENOT, “Los efectos patrimoniales de los matrimonios y de las uniones registradas en la Unión Europea”, cit., pp. 43 y 44 enumera los requisitos que se extraen de este artículo 30: “a) en primer término se define qué se entiende por estas normas: disposiciones cuya observancia considera esencial un Estado miembro para salvaguardar sus intereses públicos; b) seguidamente se concreta cuáles pueden ser éstos: su organización política, social o económica; c) en tercer lugar se señala que su naturaleza es imperativa; d) a continuación se indican los efectos de estas normas: serán aplicables a toda situación que entre dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que sea la Ley aplicable al régimen económico matrimonial en virtud de los Reglamentos, sobre la que se imponen; e) en quinto término se recalca el carácter excepcional de su utilización y, además, a discreción de la autoridad competente (se trata de una facultad para ésta); f) finalmente, desde un punto de vista exegético, se recuerda que estas leyes se han de interpretar en sentido estricto”.

⁴⁸ N. CHIKOC BARREDA, ob. cit., pp. 106-108, nos dice que el artículo 30 recoge una cláusula estándar de aplicabilidad de las normas de policía del foro, definidas tal cual se describen en el artículo 9. 1º del Reglamento Roma I (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 (DO L 177/6 de 4 de julio de 2008) alienándose de este modo con la posición del Reglamento Roma II (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 (DO L 199/40 de 31 de julio de 2007), que excluye las leyes de policía extranjeras (artículo 16). Sin embargo, el respeto a las exigencias de proximidad entre la ley elegida y la relación jurídica puede explicar la ausencia de una cláusula general relativa a las normas de policía en el artículo 10 del Reglamento Roma III (Reglamento (UE) nº 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (DO L 343/10 de 29 de diciembre de 2010) y en el artículo 30 del Reglamento de sucesiones en las que se sustituye por una cláusula especial.

⁴⁹ En relación a la posible diferencia entre las normas imperativas (o de aplicación inmediata o necesaria) y las leyes de policía conviene hacer la siguiente precisión atendiendo a otros Reglamentos europeos. Así, el Reglamento Roma I, en el artículo 3, párrafos 3º y 4º y el Reglamento Roma II, en el artículo 14, párrafos 2º y 3º (en los mismos términos), cuando regulan la libre elección por las partes de la ley aplicable, disponen que la elección de ley no puede eludir aquellas normas vinculadas con el contrato o con la responsabilidad extracontractual que no pueden excluirse mediante acuerdo (normas imperativas). En otros artículos de estos Reglamentos europeos, se regulan y definen que se entiende por leyes de policía y cuándo se han de aplicar haya o no elección de las partes (artículo 9 del Reglamento Roma I y artículo 16 del Reglamento Roma II). *Vid.* sobre esta distinción, S. SÁNCHEZ LORENZO, “El carácter *ultra vires* del Reglamento “Roma I” y el test de compatibilidad de las normas imperativas estatales”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, tomo VI, 2006, pp. 165-178.

51. Como señala parte de la doctrina⁵⁰, ejemplos de normas de policía o imperativas cubiertas por el Reglamento, además de las que protegen la vivienda familiar (a las que se refiere expresamente el considerando 53)⁵¹, serían aquellas referentes a la solidaridad económica de los cónyuges para hacer frente a las cargas del matrimonio, así como la facultad de cada esposo para vincularse por contratos que tengan por objeto la gestión doméstica.

52. Por tanto, si considera el órgano jurisdiccional o autoridad que conoce del asunto, que se encuentra dentro del ámbito de su aplicación, que hay que proteger esos intereses esenciales de su Estado, de su organización política, social o económica -que no son *numerus clausus*, pero que hay que interpretar restrictivamente-, no aplicará ninguna otra ley que no sea la que protege los intereses de su Estado. En consecuencia, no se aplicaría la ley extranjera, señalada por la norma de conflicto del Reglamento, que regula el régimen económico matrimonial, sino la ley del foro⁵².

53. En caso de incumplimiento, si las leyes de policía no contemplan las consecuencias jurídicas de dicho incumplimiento, el órgano jurisdiccional o autoridad debe decidir en cada caso qué consecuencia se debe derivar. Se podría atender a lo dispuesto en el artículo 6.3 CC, si conocen autoridades españolas⁵³: “Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención”.

54. Ahora bien, si partimos que los fines o intereses esenciales de las normas que regulan el régimen matrimonial primario son equivalentes en la ley del foro y en las leyes extranjeras (los ordenamientos extranjeros pueden conocer figuras similares defendiendo este régimen, como vimos), nada obstaría a la aplicación de las normas de conflicto del Reglamento 2016/1103 para todas las cuestiones del régimen matrimonial primario. Solo cuando los principios que recoge ese régimen no estén suficientemente asegurados (por consideraciones de interés público), los órganos jurisdiccionales o autoridades podrán excluir la aplicación de la ley extranjera. Pero ya teniendo en cuenta su contenido, y *a posteriori*, por ser contraria una determinada disposición del Derecho extranjero, al orden público, en los términos del artículo 31 del Reglamento y del considerando 54.

55. Así, el artículo 31 dispone que, “la aplicación de una disposición de la ley de cualquier Estado determinada por el presente Reglamento solo podrá ser rehusada si dicha aplicación es manifiestamente incompatible con el orden público (*ordre public*) del foro”. El considerando 54, para especificar ese límite, establece que, las consideraciones de interés público también deben permitir a los órganos jurisdiccionales y demás autoridades competentes que conozcan de asuntos relativos al régimen económico matrimonial en los Estados miembros no tener en cuenta, con carácter excepcional, determinadas disposiciones de la ley extranjera cuando, en un caso concreto, la aplicación de esas disposiciones sea manifiestamente incompatible con el orden público del Estado miembro de que se trate. Sin embargo, los órganos

⁵⁰ M. A. GANDÍA SELLENS, “Artículo 30. Leyes de Policía”, en J.L. IGLESIAS BUHIGUES y G. PALAO MORENO (dirs.), *Régimen económico matrimonial y efectos patrimoniales de las uniones registradas en la Unión Europea, Comentarios a los Reglamentos (UE) n° 2016/1103 y 2016/1104*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, p. 342, en nota a pie 12 cita, entre otros, a E. FONGARO y E. FREMONT, “L’entrée en application des règlements européens sur les régimes matrimoniaux et les effets patrimoniaux des partenariats enregistrés”, *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière*, n° 48, 2017, párrs. 6 y 7.

⁵¹ N. CHIKOC BARREDA, ob. cit., p. 108, precisa: “el artículo 30 del Reglamento 2016/1103, que adopta una cláusula general de admisibilidad de las normas de policía del foro y la definición clásica de las mismas, puede ser visto, no sin cierta paradoja, como una anomalía dentro de la tendencia a la especialización de la imperatividad internacional seguida por los otros reglamentos en materia familiar y sucesoria. Un esfuerzo por adoptar la cláusula general al ámbito de las relaciones patrimoniales entre cónyuges se infiere de la precisión contenida en el considerando 53 del Reglamento, al ofrecer una directiva al intérprete sobre las disposiciones que pueden calificarse como tal en el ordenamiento del foro. Se trata de las “normas para la protección de la vivienda familiar”, las cuales forman parte del régimen primario imperativo consagrado en numerosos ordenamientos jurídicos”.

⁵² M. BUSCHBAUM y V. SIMÓN, “Les Propositions de la Commission européenne relatives à l’harmonisation des règles de conflit de lois sur les biens patrimoniaux des couples mariés et des partenariats enregistrés”, *Revue Critique de Droit international privé*, núm. 4, 2011, p. 808, para estos autores, ya en la Propuesta, el artículo 30 del Reglamento solo preveía la aplicación de las leyes de policía del foro, no la de terceros Estados.

⁵³ M. A. GANDÍA SELLENS, ob. cit., pp. 343 y 344.

jurisdiccionales u otras autoridades competentes no deben poder aplicar la excepción de orden público con el fin de descartar la ley de otro Estado, cuando ello sea contrario a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y, en particular, a su artículo 21 sobre el principio de no discriminación.

56. Por ejemplo, si una ley establece que solo uno de los cónyuges soporta las cargas del matrimonio o solo él asume la potestad doméstica, o una ley permita que uno de los cónyuges enajene o grave sin consentimiento del otro o sin autorización judicial la vivienda familiar, estaríamos ante una manifiesta vulneración del orden público del Estado miembro que conociera del asunto, en contra del principio de no discriminación de la Carta de la Unión Europea. En estos casos, no se aplicaría esa determinada disposición de la ley extranjera porque constituiría una manifiesta incompatibilidad con el orden público del foro.

57. Por tanto, es conveniente conocer que diferencias existen entre estos dos límites aplicables para proteger el régimen matrimonial primario, que el Reglamento 2016/1103 regula, como las normas imperativas y el orden público⁵⁴, y cuáles son sus consecuencias.

5. Las diferencias de las leyes de policía con el orden público para salvaguardar el régimen matrimonial primario

58. Los cónyuges no pueden acordar la ley aplicable, ni se puede atender a la ley determinada en defecto de elección, si la cuestión relativa al régimen económico matrimonial está protegida por leyes de policía, normas imperativas o de aplicación inmediata o necesaria⁵⁵, por consideraciones de interés público, como la protección de la organización política, social o económica de un Estado miembro. En este caso, los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros participantes en la cooperación reforzada solo pueden aplicar esas leyes de policía o normas imperativas.

59. Dentro del ámbito de aplicación material del Reglamento 2016/1103, se incluye el llamado régimen económico matrimonial primario, es decir, aquellos aspectos patrimoniales de los cónyuges que, en parte, pueden ser indisponibles, y pueden ser regulados por normas imperativas (considerando 18 del Reglamento).

60. Por tanto, en la determinación de la ley aplicable, si consideramos que existen normas imperativas del foro, en caso de los litigios internacionales en relación con determinados aspectos relativos al régimen económico matrimonial, vigente o disuelto el matrimonio, los cónyuges están sometidos a esas normas imperativas o de aplicación inmediata del Estado del juez o tribunal o autoridad que conoce el asunto. En consecuencia, en el tráfico jurídico internacional, sea cual sea la ley elegida (o aplicable conforme a las normas de conflicto del Reglamento 2016/1103), se aplicarán las normas imperativas previstas por la ley del foro. Este es sentido de lo dispuesto en el artículo 30 del Reglamento.

61. Sin embargo, la aplicación de estas normas imperativas, como límite a la elección o aplicación de ley de los cónyuges a su régimen económico matrimonial, debe ser excepcional, como señala el considerando 53 del Reglamento 2016/1103. Los órganos jurisdiccionales o autoridades no pueden impedir a las partes que regulen sus relaciones matrimoniales patrimoniales de la manera que estimen conveniente, eligiendo la ley que más les favorezca o más vinculada con sus pretensiones (dentro de los

⁵⁴ H. PÉROZ. "Les lois applicables au régime primaire: incidences du Règlement (UE) 2016/1103 sur le Droit applicable au régime primaire en Droit international privé français", *Journal du Droit International*, n° 3, 2017, pp. 813-829.

⁵⁵ Las leyes de policía (disposiciones cuya observancia considera esencial un Estado miembro para salvaguardar sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica), abarcan las normas imperativas que son de aplicación inmediata o necesaria por los órganos jurisdiccionales o autoridades que conocen del asunto, aplicables a toda situación que entre dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que sea la ley aplicable al régimen económico matrimonial en virtud del presente Reglamento (artículo 30 y considerando 53 del Reglamento 2016/1103).

límites de fondo y forma previos regulados), ni que se aplique una ley extranjera determinada legalmente. Hay que valorar que estamos en un ámbito de libre disposición del matrimonio, donde debe primar tanto la autonomía de la voluntad material (los cónyuges establecen el régimen económico matrimonial que estimen conveniente), como la autonomía conflictual (los cónyuges eligen la ley, con límites, que va a regir su régimen económico matrimonial tanto pactado como el legal supletorio⁵⁶). Solo cuando se tengan que proteger intereses o valores esenciales del ordenamiento jurídico de un Estado miembro se podrán límites a la determinación de la ley aplicable, porque el órgano jurisdiccional está obligado a aplicar las normas imperativas a toda situación internacional, como a la interna, sin que la voluntad de las partes pueda prevalecer.

62. Distinto de este límite *a priori*, anterior a la determinación de la ley aplicable, es el límite *a posteriori* de la excepción de orden público, aunque con algunas similitudes. Porque, son también consideraciones de interés público, las que deben permitir a los órganos jurisdiccionales y demás autoridades competentes que conozcan de asuntos relativos al régimen económico matrimonial en los Estados miembros, no tener en cuenta, con carácter excepcional, determinadas disposiciones de la ley extranjera (elegida de común acuerdo por los cónyuges o futuros cónyuges, o determinada de manera supletoria), cuando, en un caso concreto, la aplicación de esas disposiciones sea manifiestamente incompatible con el orden público del Estado miembro de que se trate.

63. Es decir, si las partes eligen una de las leyes aplicables (o se determina de manera subsidiaria por las disposiciones del Reglamento 2016/1103) a su régimen primario matrimonial, si esta ley es un derecho material extranjero que contiene alguna disposición que vulnera de manera manifiesta el orden público internacional del foro, esta disposición extranjera no se aplicará y se regulará el fondo del asunto, en principio, por el derecho material del foro, el derecho de los órganos jurisdiccionales que conocen el asunto⁵⁷.

64. La excepción de orden público ha de invocarse de manera limitada⁵⁸, pues, además de su aplicación cuando exista incompatibilidad manifiesta, y con carácter excepcional, tiene como consecuencia que no se aplique la ley extranjera que regula el régimen económico matrimonial, pactado o legal, y se aplique la ley del órgano jurisdiccional del Estado miembro participante en la cooperación reforzada⁵⁹. Este es el sentido del artículo 9 del Reglamento 2016/1103⁶⁰, que regula la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros puedan inhibirse de conocer de los efectos patrimoniales de un matrimonio, si su derecho no contempla esa institución matrimonial (por ejemplo, en matrimonios poligámicos), para luego no tener que invocar la excepción del orden público porque la ley del foro no permite determinados matrimonios y, por tanto, no puede regular sus efectos⁶¹.

⁵⁶ El artículo 22 del Reglamento 2016/1103 solo permite la elección de determinadas leyes y con cumplimiento de determinados requisitos de forma y fondo (artículos 23, 24 y 25).

⁵⁷ El artículo 10 del Reglamento (UE) n° 1259/2010 del Consejo de 20 de diciembre de 2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, dispone que cuando la ley aplicable con arreglo a los artículos 5 u 8 no contemple el divorcio o no conceda a uno de los cónyuges, por motivos de sexo, igualdad de acceso al divorcio o a la separación judicial, se aplicará la ley del foro.

⁵⁸ Así hay que interpretar lo establecido en el considerando 54 del Reglamento 2016/1103.

⁵⁹ Como sostiene, P. QUINZÁ REDONDO, *Régimen económico matrimonial. Aspectos sustantivos y conflictuales*, cit., pp. 376-378, en los casos de disolución o liquidación del régimen económico matrimonial de matrimonios poligámicos o en los supuestos de repudio irrevocable, los órganos jurisdiccionales españoles, a pesar de tratarse de instituciones no previstas por el Derecho español, recurrirán a la aplicación del orden público atenuado al ser ésta la solución que se viene aceptando desde hace algunos años tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial, reconociendo derechos sucesorios, de alimentos, pensiones compensatorias y a la disolución del régimen económico matrimonial en estos tipos de situaciones.

⁶⁰ También en el artículo 9 del Reglamento (UE) 2016/1104 se establece que los órganos jurisdiccionales competentes en virtud de los foros de este Reglamento pueden inhibirse de conocer si considera que en su derecho no está reconocida la institución de la unión registrada. Si el órgano jurisdiccional decide inhibirse, lo hará sin dilación indebida.

⁶¹ J.M. FONTANELLAS MORELL, ob. cit., pp. 277 y 278, para este autor, parece lógico y coherente pensar que si el tribunal no se ha inhibido en un litigio referente a una institución desconocida en su ordenamiento jurídico cuando ha tenido la oportunidad de hacerlo, posteriormente ya no pueda invocar la excepción de orden público por el hecho de que la ley del foro no contempla el matrimonio o la unión en cuestión.

65. La excepción del orden público internacional, regulada en el artículo 31 del Reglamento 2016/1103, se encuentra prevista, en los mismos términos, en todos los Reglamentos europeos de ley aplicable: en el artículo 21 del Reglamento Roma I⁶², relativo a las obligaciones contractuales, en el artículo 26 del Reglamento Roma II⁶³, relativo a las obligaciones extracontractuales, en el artículo 12 del Reglamento Roma III⁶⁴, sobre la ley aplicable a la separación judicial y al divorcio, en el artículo 13 del Protocolo de La Haya de 2007 de obligaciones alimenticias (al que remite el Reglamento 4/2009)⁶⁵ y en el artículo 35 del Reglamento 650/2012, en materia sucesoria⁶⁶.

66. Pero, este artículo 31 del Reglamento 2016/1103 relativo a los regímenes económicos matrimoniales, no define qué se entiende por orden público⁶⁷, ni ninguno de los Reglamentos europeos, solo establece que la aplicación de una disposición (extranjera) designada por el Reglamento debe ser manifiestamente contraria al orden público del foro, del Estado del órgano jurisdiccional que conoce del asunto.

67. El orden público internacional se entiende como el conjunto de valores, intereses o principios esenciales del ordenamiento jurídico de un Estado, que los órganos y las autoridades del mismo pueden defender, bien mediante el respeto a las normas imperativas, bien invocando la excepción de orden público del foro para no aplicar la ley extranjera, o la disposición, determinada por la norma de conflicto; o bien, no reconociendo o ejecutando una decisión extranjera que implique vulneración de orden público del Estado de los órganos jurisdiccionales donde esa decisión se pretende reconocer o ejecutar. Por tanto, el orden público en las situaciones internacionales se puede defender de tres maneras, y como límite anterior o posterior a la aplicación de la ley determinada para regir el fondo del asunto. Son los Estados los que determinan las exigencias del orden público, pero teniendo en cuenta los límites impuestos por los objetivos de los instrumentos internacionales⁶⁸.

68. De otro modo, la excepción orden público internacional se puede entender⁶⁹, de manera general, en sentido material, cuando se vulneran, por ejemplo, principios como el de igualdad o no discrimi-

⁶² Artículo 21 del Reglamento Roma I: “Solo podrá excluirse la aplicación de una disposición de la ley de cualquier país designada por el presente Reglamento si esta aplicación es manifiestamente incompatible con el orden público del foro”.

⁶³ Artículo 26 del Reglamento Roma II: “Solo podrá excluirse la aplicación de una disposición de la ley designada por el presente Reglamento si esta aplicación es manifiestamente incompatible con el orden público del foro”.

⁶⁴ Artículo 12 del Reglamento Roma III: “Solo podrá excluirse la aplicación de una disposición de la ley designada en virtud del presente Reglamento si esta aplicación es manifiestamente incompatible con el orden público del foro”.

⁶⁵ Artículo 13 del Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias (DO L 331 de 16 de diciembre de 2009): “La aplicación de la ley determinada conforme al Protocolo sólo podrá rechazarse en la medida en que sus efectos fueran manifiestamente contrarios al orden público del foro”.

⁶⁶ Artículo 35 del Reglamento (UE) n° 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de julio de 2012 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de 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: “Solo podrá excluirse la aplicación de una disposición de la ley de cualquier Estado designada por el presente Reglamento si esa aplicación es manifiestamente incompatible con el orden público del Estado miembro del foro”.

⁶⁷ Como señala O. FERACI, “L’autonomia della volontà nel diritto internazionale privato dell’Unione Europea”, *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. XCVI, fasc. 2, 2013, p. 485.

⁶⁸ La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (STJCE), de 28 de marzo de 2000, Asunto C-7/98, *Krombach*, afirmaba que el contenido de orden público corresponde precisarlo al juez que conoce del asunto, es decir, al Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (hoy Unión Europea) corresponde fijar los límites y el alcance de ese orden público. *Vid.* R. GONZÁLEZ GONZÁLEZ, “Límites a la construcción de un orden público europeo en materia de derechos fundamentales. (A propósito de la sentencia del TJCE *Krombach c. Bamburski* de 28 de marzo de 2000)”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 8, 2000; M. GUZMÁN ZAPATER, “¿Hay avances en la construcción de una noción de orden público en el ámbito comunitario? (A propósito de las SSTJCE de 1 de junio de 1999, 28 de marzo y 11 de mayo de 2000 sobre el art. 27.1 del Convenio de Bruselas)”, *Aranzadi Civil*, núm. 5, 2001; L. CABALLERO PIÑERO, “Orden público comunitario, derechos fundamentales e interpretación del artículo 27.1 del Convenio de Bruselas. Comentario a la sentencia del TJCE de 28 de marzo de 2000, *Krombach*”, *La Ley Unión Europea*, núm. 3, 2000. También, Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE), de 6 de septiembre de 2012, Asunto C-619/10, *Trade Agency*, y STJUE, de 25 de mayo de 2016, Asunto C-559/14, *Meroni*, sobre la cláusula de orden público en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (fundamentos 33 a 35).

⁶⁹ Doctrina sobre el orden público internacional, en S. L. FELDSTEIN DE CARDENAS, “El Orden Público Internacional: una mirada desde el Derecho Internacional Privado”, *Globalización y Derecho*, Madrid, 2003; y O. FERACI, *L’ordine pubblico nel diritto internazionale privato dell’Unione europea*, Milano, 2012.

minación contenidos en las Constituciones de los distintos Estados y en los Convenios internacionales o europeos sobre los derechos humanos⁷⁰; y en sentido procesal, cuando se vulnera el principio de tutela judicial efectiva⁷¹.

69. Así, el orden público debe permitir a los órganos jurisdiccionales y demás autoridades competentes que conozcan de asuntos relativos a los regímenes económicos matrimoniales en los Estados miembros, no tener en cuenta, con carácter excepcional, determinadas disposiciones de la ley extranjera cuando, en un caso concreto, la aplicación de esas disposiciones sea manifiestamente incompatible con el orden público del Estado miembro de que se trate⁷². Sin embargo, los órganos jurisdiccionales, u otras autoridades competentes, no deben poder aplicar la excepción de orden público con el fin de descartar la ley de otro Estado⁷³ (o de negarse a reconocer o, en su caso, aceptar, o ejecutar una resolución judicial, un documento público o una transacción judicial de otro Estado miembro), cuando ello sea contrario a la Carta y, en particular, a su artículo 21 sobre el principio de no discriminación⁷⁴.

70. Las leyes de policía o normas imperativas, que intervienen como límite a las normas de conflicto antes de determinar la ley aplicable, también defienden intereses públicos esenciales de un Estado para proteger unos determinados efectos del matrimonio⁷⁵.

⁷⁰ La STJCE, de 11 de marzo de 2000, Asunto C-38/98, *Renault*, en el fundamento 30: “Para respetar la prohibición de revisión en cuanto al fondo de la resolución extranjera, el menoscabo debería constituir una violación manifiesta de una norma jurídica considerada esencial en el ordenamiento jurídico del Estado requerido o de un derecho reconocido como fundamental en este ordenamiento”.

⁷¹ La STJUE, de 2 de abril de 2009, Asunto C-394/07, *Gambazzi*, en el fundamento 28: “Por lo que se refiere al ejercicio del derecho de defensa, al que se refiere la cuestión prejudicial, el Tribunal de Justicia ha recordado que tienen una importancia destacada en la organización y el desarrollo de un proceso justo y que figura entre los derechos fundamentales que se desprenden de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y de los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos”.

⁷² Sobre esta materia se pronuncia la Resolución de la DGRN, de 20 de julio de 2016 (LA LEY 7486/2016), en el fundamento de derecho segundo: “cuando el causante presenta vínculos o posee bienes en otro Estado, cuyos principios culturales, y por ende su axiología, se diferencian de aquellos que informan el ordenamiento de la ley aplicable al supuesto puede ocurrir que principios esenciales del ordenamiento de la Autoridad que aplica la norma determinen la inaplicabilidad de las soluciones normativas a las que conduce la ley aplicable. Se trata de la aplicación de la excepción de orden público internacional que tiene una especial significación en los derechos de familia y sucesiones, de manera que la doctrina y la jurisprudencia de los países de nuestro entorno han profundizado en su aplicación y a reconocer efectos de situaciones jurídicas creadas fuera del propio ordenamiento o la doctrina de la proximidad, en que se fortalece la proyección del orden público internacional en situaciones próximas”.

⁷³ El artículo 18.2 de la Propuesta de Reglamento sobre efectos patrimoniales de las uniones registradas de 2011 (COM (2011) 127 final), (el artículo 23 de la Propuesta de Reglamento sobre Regímenes económicos matrimoniales de 2011 no incluía la misma regulación sobre la excepción de orden público), impedía el recurso a la excepción de orden público si su invocación se debía exclusivamente a que la ley del tribunal competente desconocía este tipo de unión. En la misma línea, el artículo 24 de la citada Propuesta disponía que el juez del Estado requerido tampoco podía denegar el reconocimiento o la ejecución de una resolución, ni de una parte de una resolución, relativa a los aspectos patrimoniales de una unión registrada por el hecho de que su ley interna no reconociera la unión registrada o no le atribuyera los mismos efectos patrimoniales. Los actuales Reglamentos regulan del mismo modo la excepción de orden público: artículo 31 en ambos. La explicación la encontramos en M. VINAIXA MIQUEL, “La autonomía de la voluntad en los recientes reglamentos UE en materia de regímenes económicos matrimoniales (2016/1103) y efectos patrimoniales de las uniones registradas (2016/1104)”, *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, núm. 2, 2017, p. 306: “la deducción a la que nos lleva la lectura del artículos 9.1 de ambos Reglamentos (es decir, la posibilidad de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de inhibirse si su derecho desconoce la institución matrimonial o la unión registrada), quizás ha sido el motivo por que el legislador de la UE haya optado por incluir en ambos Reglamentos una cláusula general de orden público, es decir, una cláusula que no ofrece directrices a las autoridades judiciales de cómo debe ser aplicada”.

⁷⁴ El Reglamento 2016/1103 respeta los derechos fundamentales y observa los principios reconocidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en particular sus artículos 7, 9, 17, 21 y 47, relacionados con la materia de régimen económico matrimonial, relativos, respectivamente, al respeto de la vida privada y familiar, el derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia según las leyes nacionales, el derecho a la propiedad, el principio de no discriminación y el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial. Como dispone el considerando 73, el presente Reglamento 2016/1103 debe ser aplicado por los órganos jurisdiccionales, y otras autoridades competentes de los Estados miembros, en cumplimiento de dichos derechos y principios.

⁷⁵ La excepción de orden público solo se utilizaría, no para no reconocer determinada relación familiar, sino para no aplicar los efectos patrimoniales de esa relación familiar. En este sentido A. BONOMI, en el *Informe explicativo del Protocolo de La Haya de 23 de diciembre de 2007 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias*, Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado, La Haya 2013, párrafo 177.

71. Entonces, ¿cuál es la distinción entre la excepción del orden público y las leyes de policía, para conocer cuando no se puede aplicar la ley extranjera, o una concreta disposición, para proteger el régimen matrimonial primario?

72. Empecemos con un ejemplo, ya tratado anteriormente. Así, en lo relativo al límite *a priori* de la ley aplicable, si consideramos que la protección del uso y atribución de la vivienda familiar constituye un contenido obligatorio y esencial de los efectos del matrimonio⁷⁶, en caso de los litigios en relación con la misma, el órgano jurisdiccional o autoridad competente, no aplicará la ley extranjera, determinada por la norma de conflicto del Reglamento 2016/1103. Los asuntos relativos a la vivienda habitual son protegidos por una ley de policía, que abarca esta norma imperativa del órgano jurisdiccional o autoridad del Estado que conoce del asunto (tal y como establece el considerando 53 del Reglamento 2016/1103), por razón de interés público.

73. Se observa, por tanto, que la norma imperativa, como norma directa de Derecho internacional privado⁷⁷, y que actúa como límite anterior a la determinación de la ley señalada por la norma de conflicto, es de aplicación restrictiva⁷⁸, solo opera en el ámbito de aplicación de los órganos jurisdiccionales o autoridades competentes, al igual que la excepción de orden público. En este caso, como límite posterior, solo se podrá oponer, con carácter excepcional, a la aplicación de la ley extranjera determinada por la norma de conflicto, cuando exista una contrariedad manifiesta entre los efectos de la aplicación de esta ley extranjera y la ley del foro (de los órganos jurisdiccionales o autoridades competentes), y no cuando existan regulaciones distintas.

74. No obstante, también podemos destacar las diferencias, como límites de la ley aplicable, de la norma imperativa y de la excepción de orden público, pues operan en momentos distintos y pueden conducir a diversas consecuencias en su aplicación al régimen matrimonial primario.

75. En primer lugar, como ya apuntamos, el momento de su intervención en relación con la ley aplicable: las leyes de policía o normas imperativas actúan antes de determinar la ley aplicable por las normas de conflicto, como límite a la libre elección de esta o a la determinación subsidiaria, por ser normas de aplicación directa (aplicables tanto a situaciones internas como a situaciones internacionales) y, que, además, pueden limitar la competencia judicial internacional⁷⁹. El orden público internacional, interviene cuando se aplica la ley extranjera que contiene una disposición, su contenido, que va en contra, manifiestamente, de los principios y valores que un determinado país considera esenciales en un momento histórico determinado⁸⁰.

76. Del mismo modo, las leyes de policía están fijadas en normas imperativas de cada Estado que no se pueden excluir mediante acuerdos de las partes y que obligan al órgano jurisdiccional o autoridad que conoce del asunto a su aplicación dentro de su ámbito, de oficio, sin atender a otras normas

⁷⁶ Así, en distintos ordenamientos jurídicos (artículo 1320 del Código civil, artículo 144 del *Codice Civile*; y en el Derecho francés, artículo 215.3 del *Code Civil* y en el mismo artículo en el Derecho belga), ninguno de los cónyuges puede disponer de la vivienda familiar, sin consentimiento del otro o sin autorización judicial.

⁷⁷ En este sentido, J. M. FONTANELLAS MORELL, ob. cit., p. 262, que señalaba que, es precisamente este carácter imperativo de las reglas del régimen primario el que las hace entrar dentro de la esfera de influencia de la Propuesta, hoy Reglamento, que acaba por traerlas a colación en calidad de leyes de policía.

⁷⁸ B. AÑOVEROS TERRADAS, “La autonomía de la voluntad como principio rector de las normas de Derecho internacional privado comunitario de la familia”, en J.J. FORNER DELAYGUA, C. GONZÁLEZ BEILFUSS y R. VIÑAS FARRÉ (eds.), *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado: Liber Amicorum Alegría Borrás*, Madrid, Marcial Pons, 2013, p. 131, para esta autora así lo establece el considerando 53 del Reglamento 2016/1103.

⁷⁹ Pues como vimos al estudiar esta cuestión, los cónyuges pueden elegir los órganos jurisdiccionales competentes, por su misión expresa o tácita, pero en conexión con la ley elegida (artículos 7 y 8 del Reglamento 2016/1103). Son en estos supuestos cuando las normas imperativas actúan como límite también para determinar la competencia judicial internacional.

⁸⁰ Sobre las características esenciales del orden público internacional: J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Orden público internacional y externalidades negativas”, *Boletín de información del Ministerio de Justicia*, núm. 2065, 2008, pp. 2351-2378; y A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, 16ª ed., Granada, Comares, 2016, pp. 365-370.

(como las normas de conflicto)⁸¹. El orden público internacional, son principios y valores contenidos en las Constituciones o en la Carta o Declaración de los Derechos Fundamentales o en Convenios internacionales, que obligan a los Estados miembros, o a los que la han firmado y ratificado, y que pueden excluir la aplicación de una ley extranjera determinada por la norma de conflicto cuando aquella es contraria, en un caso concreto y en un momento determinado, a esos principios y valores, con los límites que los objetivos de los instrumentos internacionales dictan.

77. En segundo lugar, y respecto a las diferencias en cuanto a las consecuencias, los órganos jurisdiccionales siempre están obligados a aplicar a la situación jurídica, sea interna o internacional, la norma imperativa del foro, si el asunto se enmarca en el supuesto de hecho contemplado por esa norma imperativa. Sin embargo, cuando la aplicación de la ley extranjera, determinada por la norma de conflicto, es contraria a los principios y valores esenciales de un Estado, interviene la excepción del orden público internacional, y los órganos jurisdiccionales o autoridades que conocen del asunto, no aplican esa concreta ley, pero si la norma de conflicto contiene otros puntos de conexión que conducen a otra ley extranjera, puede ésta serlo al fondo del asunto sin tener que aplicar siempre la ley del foro⁸².

78. Teniendo en cuenta que, las normas de conflicto en materia de régimen económico matrimonial, que incluye el régimen primario, funcionan con varios puntos de conexión: dependiendo si hay elección de ley por las partes (artículo 22 del Reglamento 2016/1103) o no, y en este último caso, los puntos de conexión son objetivos y vinculados con el matrimonio aplicándose uno en defecto de otro (artículo 26 del Reglamento 2016/1103)⁸³, la excepción del orden público a esta situación jurídica privada internacional, pues, no siempre tiene porque implicar la aplicación de la ley del foro. Puede ser aplicable una ley extranjera que no sea contraria a este orden público. Si bien, en Derecho de familia, al igual que en Derecho de sucesiones, debido a la disparidad de normas nacionales, los órganos jurisdiccionales o autoridades que conocen del asunto pueden tender a aplicar su propia ley⁸⁴, cuando la aplicación de la ley extranjera se considere que vulnera los principios o valores que defienden sus ordenamientos jurídicos en estas materias tan ligadas a los valores esenciales de cada país⁸⁵. Pero ¿y si estos principios son similares?

6. Conclusiones sobre las normas aplicables al régimen matrimonial primario

79. El considerando 18 del Reglamento 2016/1103, como señalamos, establece una apreciación autónoma para definir lo que se entiende por régimen económico matrimonial. Del mismo, estimamos la calificación autónoma que se otorgue al régimen matrimonial primario, pues puede cambiar de manera

⁸¹ En la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 9 de octubre de 2017 (BOE núm. 274, de 11 de octubre de 2017), en el recurso interpuesto contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Ceuta a la inscripción de sendas escrituras de aportación a la sociedad de gananciales y ulterior de capitulaciones matrimoniales y liquidación de sociedad conyugal, se deniega la inscripción por no aplicación de norma imperativa del ordenamiento español, con independencia de la nacionalidad de los cónyuges.

⁸² Así se regula en el artículo 14. 2 de la Ley italiana de Derecho internacional privado de 1995. En nuestro Derecho internacional privado al no establecer la solución el artículo 12.3 CC, la jurisprudencia resuelve en multitud de ocasiones que, si no se aplica la ley extranjera, por ser manifiestamente contraria al orden público en un caso concreto, se regule el fondo del asunto por la ley del foro, de tal forma que los órganos jurisdiccionales españoles apliquen la ley española. Para M.A. GANDÍA SELLENS, "Artículo 31. Orden público", en J.L. IGLESIAS BUHIGUES y G. PALAO MORENO (dirs.), *Régimen económico matrimonial y efectos patrimoniales de las uniones registradas en la Unión Europea, Comentarios a los Reglamentos (UE) n° 2016/1103 y 2016/1104*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, p. 349, la excepción de orden público lleva aparejada un efecto negativo o excluyente de la ley aplicable por la norma de carácter institucional, en aquellos aspectos que regule infringiendo los principios y valores de la ley del foro; y un efecto positivo o de aplicación de la ley del foro.

⁸³ Artículo 26.1 del Reglamento 2016/1103.

⁸⁴ La determinación de la ley del foro cuando no puede aplicarse la ley extranjera por ir en contra de los principios de no discriminación e igualdad, está prevista expresamente en el artículo 10 del Reglamento Roma III, en un supuesto especial de aplicación del orden público internacional.

⁸⁵ O. FERACI, "L'autonomia della volontà nel diritto internazionale privato dell'Unione Europea", *Rivista di Diritto Internazionale*, cit., p. 486.

absoluta el ordenamiento aplicable. Si lo consideramos como reglas imperativas del foro, de los órganos jurisdiccionales o autoridades que conocen del asunto, éstos aplicarían sus propias normas; si no todo el régimen primario lo conforman leyes de policía, sería posible aplicar las normas de conflicto del Reglamento y determinar que una ley extranjera regule aspectos de aquellos efectos patrimoniales de todo matrimonio (con independencia del régimen pactado o legal), que puede ser la ley de cualquier país, tal y como establece la aplicación universal del Reglamento en el artículo 20.

80. Nos preguntamos, en este estudio, si todo el régimen primario lo conforman normas imperativas⁸⁶, como pareciera deducirse de la definición autónoma del Reglamento. Teniendo en cuenta que éstas pueden ser aplicables tanto a situaciones internas como a las situaciones internacionales sea cual sea la ley aplicable al fondo del asunto⁸⁷, pues son de aplicación inmediata.

81. Como consecuencia, tanto si los cónyuges pactan capitulaciones, o eligen la ley de un Estado para regir su régimen económico matrimonial (artículo 22 del Reglamento 2016/1103, con los requisitos de los artículos 23, 24 y 25), o la ley aplicable se determina por los puntos de conexión objetivos y subsidiarios establecidos por el Reglamento (artículo 26), las normas del régimen matrimonial primario del foro (de los órganos jurisdiccionales o autoridades que conozcan de un asunto) deberían de aplicarse.

82. Sin embargo, dependiendo de los países, y de los jueces, tribunales o autoridades que resuelvan el litigio o conozcan del asunto, el carácter imperativo de este régimen primario puede variar: podrán ser considerados ciertos aspectos como indisponibles y, por tanto, sustraídos a la elección de ley de los cónyuges⁸⁸, o a las leyes supletorias que regula el Reglamento 2016/1103, o no⁸⁹. Por otra parte, no es descartable considerar que estas normas imperativas o leyes de policía, que protegen los intereses políticos, sociales y económicos de un Estado, son aplicables en el ámbito territorial de los órganos jurisdiccionales o autoridades que conocen del asunto, lo que puede dificultar su efectiva aplicación.

83. Además, de su carácter imperativo, o no, y de su ámbito de aplicación, está la dificultad de calificación de algunas normas del régimen matrimonial primario, como, por ejemplo, la referida a la atribución del uso de la vivienda familiar, que conllevaría aplicar a las cuestiones de competencia judicial internacional, ley aplicable, y reconocimiento o ejecución, otro instrumento jurídico: el Reglamento (CE) 4/2009⁹⁰, que en su capítulo II remite para determinar la ley aplicable a las obligaciones de alimentos entre familia, parientes y afines (cónyuges y ex cónyuges) al Protocolo sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias hecho en La Haya el 23 de noviembre de 2007. Así, la atribución del uso de la vivienda habitual tras la crisis matrimonial podría ser calificada como materia alimenticia (por ejemplo,

⁸⁶ J. BARCELÓ DOMÉNECH, "Disposiciones generales", en J. RAMS ALBESA y J.A MORENO MARTÍNEZ (coords.), *El régimen económico matrimonial. Comentarios al Código civil: especial consideración de la doctrina jurisprudencial*, Madrid, Dykinson, 2005, p. 45 (pp.41-106), siguiendo a la doctrina civilista española, que adopta la expresión de régimen primario para designar el conjunto de disposiciones contenidas en el capítulo I del Título III CC, ha señalado que si bien estas normas constituyen la base del sistema de las relaciones patrimoniales entre cónyuges, no puede decirse que su aplicabilidad a todos los regímenes matrimoniales proceda de su carácter imperativo. Para M.J. MONFORT FERRERO, *ob. cit.*, p. 26, el problema que se plantea es el de la imperatividad o no de este conjunto de normas, si todos los preceptos que contiene son imperativos o solo lo es parcialmente.

⁸⁷ Como sostiene M. VINAIXA MIQUEL, *ob. cit.*, p. 285.

⁸⁸ E. GÓMEZ CAMPELO, *ob. cit.*, p. 160, precisa que, solo ciertas materias que integran el llamado régimen primario (como la protección de la vivienda familiar o la responsabilidad frente a terceros en operaciones de naturaleza bancaria, como apertura de cuenta corriente o depósito de títulos) no pueden ser objeto de otras normas que las que imperativamente establece un ordenamiento interno. En el resto de los derechos y deberes fundamentales de los cónyuges (solo supuestos patrimoniales, no personales) a la hora de determinar la ley aplicable en un matrimonio de distinta residencia o nacionalidad sí recomienda obviar la elección de ley aplicable por los cónyuges decantándose por otros puntos de conexión como la nacionalidad o la residencia.

⁸⁹ Para E. RODRÍGUEZ PINEAU, *ob. cit.*, p. 96, esta construcción propia del ámbito interno puede provocar algunas cuestiones cuando nos situamos en el ámbito del tráfico jurídico internacional, y se pregunta si es necesario reproducir las funciones que cumplen estas normas en el ámbito interno.

⁹⁰ 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 (DO L 7 del 10 de enero de 2009).

por considerarla como pago de la prestación compensatoria entre los excónyuges)⁹¹, distinta a la que se refiere a la titularidad de esa vivienda (que se calificaría como cuestión relacionada con las consecuencias patrimoniales producidos por la liquidación del vínculo matrimonial)⁹². Como consecuencia, tendríamos que aplicar el Reglamento 4/2009 y el Protocolo de La Haya de 2007 sobre la regulación en materia de alimentos, y no el Reglamento 2016/1103⁹³. No obstante, ante esta tesis, la calificación más correcta es entender que todo lo relativo a la protección de la vivienda familiar se integra en el contenido del régimen esencial o primario del matrimonio y, por tanto, en el ámbito de aplicación del Reglamento 2016/1103. Esta es la solución que podríamos deducir del considerando 53 de este último Reglamento⁹⁴. Con lo que se concluye que, la norma del régimen matrimonial primario, que recogen la mayoría de los ordenamientos, sobre las limitaciones de la vivienda familiar, debiera ser considerada como norma imperativa, y, así, de aplicación inmediata por parte del juez o autoridad que conoce del asunto internacional⁹⁵.

84. No es discutible, que sea cual sea el modelo de régimen económico matrimonial al que nos remita el Reglamento 2016/1103, aquel estará conformado tanto por normas dispositivas como por normas imperativas, que actuaran como límites a la autonomía de voluntad, de los contrayentes o cónyuges, tanto material como conflictual. Pero, solo las normas imperativas, del foro, aplicables a las situaciones internacionales limitarían la aplicación de la ley determinada por las normas de conflicto reguladas en este Reglamento. Este es el sentido del artículo 30 del Reglamento 2016/1103, que establece como límite de las leyes aplicables a los regímenes económicos matrimoniales, las normas imperativas, como leyes de policía⁹⁶.

⁹¹ A. DOMÍNGUEZ LUELMO, “El matrimonio y su naturaleza tras la Ley 15/2005: consecuencias jurídicas de la supresión de las causas de separación y divorcio”, en S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ (ed.), *Estudios de Derecho de familia y sucesiones*, Santiago de Compostela, 2009, pp. 103 y 104, sostiene que en la práctica son abundantes los casos en que a través de la pensión del artículo 97 CC, se está encubriendo una prestación alimenticia o bien se sortea el estado de necesidad preciso para reclamar alimentos. Citando a M. P. GARCÍA RUBIO, *Alimentos entre cónyuges y entre convivientes de hecho*, Madrid, Civitas, 1995, p. 35, la pensión de alimentos entre cónyuges separados guarda una cierta relación de subsidiariedad con la pensión compensatoria: se ha de probar que no se da el desequilibrio y si no se da el mismo o se renuncia a la pensión compensatoria o si la misma no es suficiente para satisfacer un mínimo vital necesario para el cónyuge necesitado, entonces correspondería tomar en consideración el derecho de alimentos del artículo 142 CC y siguientes. Tiene también en cuenta el carácter temporal de la pensión compensatoria del artículo 97 CC tras la Ley 15/2005, en los casos de separación: una vez transcurrido el plazo de esa pensión, el cónyuge separado puede encontrarse en una situación de necesidad y puede reclamar alimentos al otro cónyuge por la vía de los artículos 142 y siguientes (hace notar que, en caso de divorcio, esta posibilidad no se da, al haber desaparecido el vínculo matrimonial).

En relación con la atribución de la vivienda familiar en concepto de alimentos que se deben al cónyuge y a los hijos mayores, se ha pronunciado la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, STS de 23 de enero de 2017 (Roj: STS 117/2017- ECLI: ES: TS: 2017:117).

⁹² S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *Crisis matrimoniales internacionales y prestaciones alimenticias entre cónyuges*, Madrid, Civitas, 1996, pp. 69 y 70.

⁹³ E. RODRÍGUEZ PINEAU, ob. cit., pp. 98 y 99, para esta autora el levantamiento de las cargas familiares se acerca mucho a la idea de alimentos entre los cónyuges, como paradigma de la comunidad de vida generada por el matrimonio; sin embargo parece que la doctrina se inclina por una lectura en clave de efecto del matrimonio, por considerar que se trata de una regla del régimen primario, sometida a la ley de los efectos del matrimonio (generados por el matrimonio, están dirigidos a asegurar la subsistencia de aquel y se predicán de todo matrimonio). No obstante, rechaza el carácter de la obligación de levantar las cargas del matrimonio como norma internacionalmente imperativa. Solo cuando este mínimo de solidaridad no se satisface por la legislación extranjera, por ir en contra del principio constitucional de igualdad, se puede imponer la ley española como resultado de activar el orden público.

⁹⁴ El considerando 53, como atendíamos en otros apartados, establece que, el interés público de un Estado miembro, deben justificar que se confiera a sus órganos jurisdiccionales o autoridades, en casos excepcionales, hacer excepciones basadas en leyes de policía que abarcan las normas de carácter imperativo, como las normas para la protección de la vivienda familiar.

⁹⁵ Para, N. CHIKOC BARREDA, ob. cit., p. 118, probablemente se consideró que la cláusula abierta a la aplicación de las normas de policía de la *lex fori* sería suficiente para salvaguardar la política legislativa de la vivienda familiar en la mayoría de los casos, y no se perjudicaría a terceros. Pues, conforme a lo dispuesto en el artículo 28 solo se permite la sustitución de la ley aplicable al régimen económico matrimonial por la *lex rei sitae* en los actos relativos a inmuebles.

⁹⁶ El artículo 30 del Reglamento 2016/1103, como establecíamos en otros apartados, dispone que las disposiciones del presente Reglamento no restringirán la aplicación de las leyes de policía de la ley del foro, y esas leyes de policía son disposiciones cuya observancia considera esencial un Estado miembro para salvaguardar sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de ser aplicables a toda situación, incluso internacional, que entre dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que sea la ley aplicable al régimen económico matrimonial en virtud del presente Reglamento.

85. Por tanto, dentro de los derechos y deberes patrimoniales contemplados en el régimen matrimonial primario, dependiendo de si los órganos jurisdiccionales o autoridades que conocen el asunto, dentro de su ámbito territorial, consideran que son esenciales o no, estarán limitados, *a priori*, para su regulación, a sus normas imperativas⁹⁷.

86. No obstante, también existen cuestiones del régimen matrimonial primario, que los jueces o autoridades que conocen del asunto, pueden considerar que no hay razones, basadas en sus normas imperativas, para excepcionar la aplicación de la ley extranjera, a la que remita las normas de conflicto que regula el Reglamento 2016/1103.

87. Pues, pudiera resultar, que los órganos jurisdiccionales o autoridades no contemplaran las normas del régimen matrimonial primario del foro como de inmediata aplicación, dada la similitud con otros ordenamientos o su dificultad de aplicación a situaciones con elemento extranjero⁹⁸. Entonces, pudiera ocurrir, que, determinada la ley aplicable conforme a las normas de conflicto del Reglamento, su contenido pudiese ser una norma extranjera manifiestamente incompatible con el ordenamiento del foro. En este caso, habría que aplicar el límite, *a posteriori*, si la aplicación de una disposición de la ley de cualquier Estado determinada por el presente Reglamento 2016/1103 es manifiestamente incompatible con el orden público del foro (artículo 31).

88. Para un sector de la doctrina⁹⁹, “el carácter imperativo tendrá poca proyección en sede conflictual, aun reconociendo los fuertes intereses que están en juego, si se realiza una lectura de las normas de conflicto que considere tanto su función de puente entre sistemas como los principios que lo inspiran y solo admite la fungibilidad de las normas si los fines que persiguen son equivalentes a los que impondría la *lex fori*, solo cuando dichos principios no resultan suficientemente asegurados, el órgano jurisdiccional o autoridad que conoce puede excluir la aplicación de la norma extranjera por contrariedad con el orden público”.

89. De tal manera que, no se aplicaría la ley extranjera que regula el régimen matrimonial primario sino la ley del foro, si considera el órgano jurisdiccional o autoridad que conoce del asunto que hay que proteger esos intereses esenciales de su Estado, sin atender al contenido de la ley extranjera. Ahora bien, si partimos que los fines de las normas que regulan el régimen primario son equivalentes en la ley del foro y en las leyes extranjeras (los ordenamientos extranjeros pueden conocer figuras similares, como vimos), nada obstaría a la aplicación de las normas de conflicto del Reglamento 2016/1103, para todas las cuestiones del régimen primario. Solo cuando los principios que recoge ese régimen no sean suficientemente asegurados, podemos excluir la aplicación de la ley extranjera (ya teniendo en cuenta su contenido) por ser contraria al orden público, en los términos del artículo 31 del Reglamento, cuando, por ejemplo, solo uno de los cónyuges soporta las cargas del matrimonio o ejercita la potestad doméstica, prohibiéndosela al otro; o se dispone, sin consentimiento o autorización, de la vivienda familiar o se priva de la misma al cónyuge necesitado.

⁹⁷ Así, S. ESPIAU ESPIAU, *La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico civil español*, Barcelona, PPU S.A., 1992, p. 20, este autor ya destacaba que la regulación establecida en torno a la vivienda familiar es ajena al régimen económico matrimonial que rija entre los cónyuges. La existencia y el régimen de la vivienda familiar derivan de la relación conyugal, por más que en ocasiones puedan trascender a situaciones de crisis matrimonial, es independiente del régimen económico específico del matrimonio. También, M. VINAIXA MIQUEL, *ob. cit.*, p. 281.

⁹⁸ Como sostiene N. CHIKOC BARREDA, *ob. cit.*, p.119, la vocación internacionalmente imperativa del régimen primario se conjuga difícilmente con la concepción amplia de la categoría “régimenes económicos matrimoniales” que se deriva del artículo 3. 1º a), del considerando 18 y del artículo 27, y con la autonomía de la voluntad que constituye la justificación predominante de la norma de conflicto en el Reglamento 2016/1103. Para B. AÑOVEROS TERRADAS, *ob. cit.*, p. 131, que no es posible excepcionar la aplicación de la ley elegida por las partes por aplicación de las normas imperativas del foro puesto que, de lo contrario, se corre el riesgo de anular toda virtualidad al principio de la autonomía de la voluntad. Además, estas limitaciones, según la autora, ya las ha contemplado el legislador de la UE al restringir el elenco de leyes susceptibles de elección. Sin embargo, debe precisarse que la ley designada aplicable por las partes sí que podrá quedar afectada cuando las disposiciones imperativas del foro son internacionalmente imperativas.

⁹⁹ E. RODRÍGUEZ PINEAU, *ob. cit.*, p. 97.

90. Concluimos que, aunque el Reglamento 2016/1103 incluya dentro de su clasificación autónoma las normas imperativas que regulan el régimen económico matrimonial, no todas se pueden predicar que conformen el régimen matrimonial primario, y, por tanto, que todos sus aspectos estén regulados por las leyes de policía de los órganos jurisdiccionales o autoridades que conozcan sobre la materia. Incluso aquellas normas del régimen matrimonial primario a las que se refiere el propio Reglamento (las que protegen la vivienda familiar) pueden no excluir la aplicación de una ley extranjera cuando ésta proporcione la misma protección que la ley del foro. Solo cuando los derechos y deberes patrimoniales esenciales del matrimonio estén regulados por distinta ley de la de los órganos jurisdiccionales o autoridades que conocen el asunto, manifiestamente contraria a esta última, no se aplicará esa ley de otro Estado y se aplicará la ley del foro; sin descartar la posible aplicación de otras leyes, cuando la norma de conflicto del Reglamento 2016/1103 regule otros puntos de conexión que conduzcan a leyes que no vulneren intereses fundamentales del Estado de los órganos jurisdiccionales o autoridades, participantes en la cooperación reforzada, que conozcan sobre régimen matrimonial primario.

DISCRIMINACIÓN DE LA MUJER EN EL DERECHO DE FAMILIA ISLÁMICO Y ORDEN PÚBLICO

DISCRIMINATION OF WOMEN IN ISLAMIC FAMILY LAW AND PUBLIC ORDER

ALEJANDRO NIETO CRUZ

*Graduado en Derecho
Universidad de Cádiz*

Recibido: 21.11.2019 / Aceptado: 19.12.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5190>

Resumen: El presente trabajo se centra en el análisis de las posibles colisiones existentes entre el orden público español y las principales instituciones del Derecho de familia islámico. No podrán integrarse aquellas instituciones que sean contrarias a valores esenciales de nuestro ordenamiento como la igualdad entre sexos o la monogamia. Sin embargo, a través de la aplicación del orden público atenuado, sería posible reconocer algunos “efectos colaterales” a estas instituciones cuando resultaren beneficiosos para la mujer. El objetivo último sería la protección de ésta como la parte más débil de la relación matrimonial.

Palabras clave: Derecho islámico, orden público, matrimonio islámico, poligamia, repudio.

Abstract: The present paper focuses on the analysis of the possible collisions between the Spanish public order and the main institutions of the Islamic Family Law. It will not be possible to integrate those institutions which are against essential values of Spanish law such as gender equality or monogamy. However, it would be possible to recognize some “collateral effects” to these institutions if they resulted beneficial for women, through the application of the attenuated public order. The main purpose would be women’s protection, as they are the weakest party of the marriage relationship.

Keywords: Islamic Law, public order, Islamic marriage, polygamy, repudiation.

Sumario: I. Introducción. II. El concepto de orden público en el ordenamiento jurídico español. III. El matrimonio islámico: precisiones iniciales. 1. Nociones básicas. 2. Naturaleza del matrimonio islámico. IV. Capacidad y requisitos para contraer matrimonio. 1. La edad núbil mínima. 2. Impedimentos de disparidad de cultos. V. El consentimiento matrimonial. 1. El matrimonio forzado (djabr). 2. El matrimonio temporal (al-mut’a). 3. La intervención del tutor matrimonial (walí). VI. La poligamia y sus efectos colaterales. 1. Cuestiones generales. 2. Los efectos colaterales de la poligamia. VII. Extinción del vínculo: repudio unilateral del marido (talak). VIII. A modo de conclusión.

I. Introducción

1. La característica multiculturalidad de las sociedades contemporáneas ocasiona el contacto entre distintos ordenamientos jurídicos a través de la entrada de los inmigrantes en los Estados de recepción. Estos extranjeros traen consigo el estatuto personal de su país, que será aplicable en el foro de llegada, entre otros casos, cuando la norma de conflicto determine como punto de conexión la naciona-

lidad. Ello puede ocasionar el choque entre distintos sistemas de valores pertenecientes a entornos con diferentes perfiles jurídicos, sociales, culturales, religiosos o ideológicos. Es en este punto donde podríamos encajar la colisión existente entre el Derecho de familia islámico y los valores constitucionales de nuestro país.

2. No cabe duda alguna de que el Derecho islámico, al partir de presupuestos distintos a los propios de los ordenamientos occidentales, contiene elementos discriminatorios contra la mujer en la relación matrimonial. Figuras como la poligamia o el repudio, entre otras, son contrarias a principios elementales de nuestro ordenamiento como la igualdad entre sexos y la monogamia. De esta manera, en este contexto se origina una pugna de intereses entre, por un lado, los extranjeros musulmanes que reclaman el respeto a su identidad cultural y religiosa y, por otro, el Estado de recepción que les exige que se adapten al esquema de valores europeos¹. Por tanto, se hace imprescindible una respuesta a nivel jurídico que equilibre a la vez la necesaria integración de los extranjeros en una sociedad democrática y plural, y el respeto a la dignidad de los ciudadanos, los derechos fundamentales y los valores esenciales, que son los que hacen posible que nuestro país se configure como un Estado social y democrático de Derecho².

3. El objetivo del presente trabajo es el análisis de las principales instituciones del Derecho de familia islámico que sean susceptibles de colisionar con el orden público español. Para ello, atenderemos a las regulaciones que han realizado las legislaciones de diferentes países musulmanes. Prestaremos especial atención a los ordenamientos jurídicos de los países del Magreb, sin que ello sea óbice para que en determinados momentos podamos hacer referencias a otras legislaciones. La específica referencia al Magreb se encuentra justificada si tenemos en cuenta que el mayor caudal de inmigrantes a España proviene efectivamente de dichos países³.

4. Con base en la jurisprudencia de los tribunales españoles, en especial el Tribunal Supremo, y las resoluciones de la Dirección General de los Registros y Notariado (en adelante, DGRN), valoraremos las respuestas que ha dado nuestro ordenamiento ante estos supuestos de choque entre las instituciones matrimoniales islámicas y nuestros valores fundamentales, tales como la igualdad entre el hombre y la mujer. A partir de dicho análisis, propondremos las que consideramos las mejores soluciones para compatibilizar la integración de los extranjeros musulmanes en nuestra sociedad, el respeto a los principios esenciales del orden público español y la protección de la mujer islámica como parte vulnerable de la relación matrimonial.

5. Por último, pese al indudable interés del estudio de la compatibilidad entre el orden público del foro español y el Derecho islámico en lo relativo a las relaciones verticales entre padres e hijos, dichas cuestiones no serán examinadas en el presente trabajo, puesto que exceden por mucho los objetivos y la extensión de lo que este estudio puede abarcar.

II. El concepto de orden público en el ordenamiento jurídico español

6. Nuestro Código Civil recoge en diferentes artículos las normas de conflicto necesarias para la determinación de la ley aplicable en los supuestos de situaciones privadas internacionales. Sirva como

¹ En este sentido, A. BORRÁS, “Europa: entre la integración y la multiculturalidad”, en Z. COMBALÍA, P. DIAGO DIAGO / A. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ (COORDS.), *Derecho islámico e interculturalidad*. Madrid, Iustel, 2011, p. 28.

² Para un análisis más detenido sobre el multiculturalismo, el asimilacionismo y la interculturalidad, *vid.* J. J. MEGÍAS QUIRÓS, “Familia, integración y modelos de integración”, en J. V. GAVIDIA SÁNCHEZ (COORD.), *Inmigración, Familia y Derecho*. Madrid, Marcial Pons, 2011, pp. 119 - 153.

³ El 14’37% de los actuales emigrantes residentes legales en España provienen de Marruecos (segundo país en aportar más emigrantes a España tras Rumanía). El siguiente país islámico que aporta más emigrantes a España es Pakistán con el 1’53% del total de emigrantes. Datos extraídos de *Extranjeros residentes en España a 30 de junio de 2019*. Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, septiembre de 2019 (disponible en http://extranjeros.mitramiss.gob.es/es/Estadisticas/operaciones/con-certificado/201906/Residentes_Principales_Resultados_30062019.pdf).

ejemplo el artículo 9.1 del mencionado texto legal, que dispone que la ley aplicable en las materias de estatuto personal es la de la nacionalidad de la persona física⁴. Asimismo, otras normas de conflicto aparecen recogidas en los artículos 9.2 (los efectos del matrimonio); 9.3 (el régimen económico matrimonial) y 107 (disolución del vínculo matrimonial) del Código Civil.

7. En este punto es necesario matizar que algunas de las normas anteriormente mencionadas han sido vaciadas de contenido al ser desplazadas por la preponderancia en su aplicación de los Reglamentos europeos u otros instrumentos internacionales a la hora de recoger las norma de conflicto en las materias específicas que conforman su ámbito de aplicación. De esta manera, la selección del Derecho aplicable aparece regulada en el Reglamento “Roma III”⁵ en relación con la ruptura del vínculo matrimonial (no así la nulidad), en el Reglamento 2016/1103⁶ en materia de régimen económico matrimonial, en el Convenio de la Haya de 1996⁷ para la protección de los menores y la regulación de la responsabilidad parental, y en el Protocolo de la Haya de 2007⁸ con respecto a las obligaciones alimenticias derivadas de vínculos familiares.

8. En cualquier caso, ya sean normas de conflicto nacionales, europeas o internacionales las que regulen la materia en cuestión, la normativa ya referida señala el Derecho que debe aplicarse a la situación privada internacional, que puede tratarse de un Derecho extranjero con una regulación diferente a la contenida en nuestro ordenamiento. Esta designación del Derecho extranjero se lleva a cabo sin procederse previamente al análisis del contenido material de dicho Derecho, produciéndose lo que en la doctrina del Derecho Internacional Privado ha venido a conocerse como un “salto en la oscuridad”⁹.

9. Precisamente, ello puede ocasionar que en determinadas ocasiones se esté seleccionando como aplicable al caso concreto una disposición normativa extranjera que es incompatible con los valores fundamentales y esenciales del ordenamiento jurídico del foro. De este modo, lo que en un principio el legislador entendió como la solución más justa para la resolución del conflicto de leyes, puede acabar produciendo en ciertos casos una serie de efectos negativos a la sociedad española¹⁰.

10. Es en este contexto donde aparece el concepto de orden público, que funcionaría como una suerte de barrera en la fase de determinación de la ley aplicable o en la de reconocimiento de actos y decisiones judiciales extranjeras, que impediría la aplicación del Derecho extranjero con el fin de proteger el conjunto de principios y valores fundamentales que configuran el ordenamiento jurídico del foro¹¹.

11. Cabe destacar que la noción de orden público aparece recogida en nuestro ordenamiento en la práctica totalidad de los proyectos del Código Civil español del siglo XIX, tomando como inspiración, entre otras fuentes, el artículo 6 del Código francés de 1804¹². Se trata, por tanto, de una figura de largo

⁴ El artículo 9.1 CC establece: “La ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad. Dicha ley regirá la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte”.

⁵ Reglamento (UE) n° 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial.

⁶ Reglamento (UE) n° 2016/1103 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales.

⁷ Instrumento de Ratificación del Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996. «BOE» núm. 291, de 2 de diciembre de 2010.

⁸ 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 (2009/941/CE).

⁹ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Orden público internacional y externalidades negativas”. *Boletín del Ministerio de Justicia*, N° 2065, 2008, p. 2352.

¹⁰ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Orden público internacional y externalidades negativas”, op. cit., p. 2353.

¹¹ A. P. ABARCA JUNCO (DIR.)/M. GÓMEZ JENE/ J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, *Derecho Internacional Privado. Volumen I*. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia Colex, 2008, pp. 208 - 209.

¹² Para un recorrido sobre los antecedentes doctrinales y legislativos del concepto de orden público en el ordenamiento español *vid.* J. A. CORRIENTE CÓRDOBA, “La excepción de Orden Público en el Derecho Internacional Privado Español”. *Anuario de derecho internacional*. II, 1975, pp. 125 - 168.

recorrido en nuestro ordenamiento jurídico y en el Derecho Internacional Privado, ya que existen numerosos textos internacionales que recogen cláusulas de orden público similares a la de nuestro Código Civil¹³.

12. En la actualidad, el principal fundamento legal de la cláusula de orden público se encuentra recogido en el artículo 12.3 del Código Civil, que dispone: “En ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público”. Cabe mencionar, igualmente, que las normas europeas o internacionales a las que anteriormente me he referido han reproducido, igualmente, en sus textos cláusulas de orden público¹⁴. No obstante, en la mayoría de los casos se tratan de cláusulas generales que se remiten a la aplicación del orden público del foro a la hora de impedir la eficacia de la norma extranjera, por lo que seguiremos centrándonos de momento en el análisis del artículo 12.3 del Código Civil.

13. Más allá de lo establecido en el precepto recién referido, no encontramos una definición expresa de dicho concepto en ningún texto positivo español. En palabras del Tribunal Supremo, el orden público podría ser definido como “el conjunto de principios jurídicos, públicos y privados, políticos, económicos, morales e incluso religiosos, que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada”¹⁵. De este modo, reiterando la idea expresada anteriormente, la cláusula de orden público se articularía como “un mecanismo de protección de instituciones jurídicas, políticas, morales, familiares, de la organización social, de un determinado ordenamiento jurídico”¹⁶.

14. En el supuesto de que la norma extranjera vulnerara el orden público, se recurriría a la aplicación del Derecho material español (o, en su caso, a la articulación de una solución *ad hoc* para el caso concreto)¹⁷. De esta manera, ante la disyuntiva entre destruir las expectativas de quienes confiaban en la aplicación de la ley de su nacionalidad extranjera y permitir determinados efectos negativos contra la generalidad de la sociedad española, la aplicación del orden público se constituye como “la solución menos mala”¹⁸.

15. Si bien no aparece denominado como tal en el artículo 12.3 del Código Civil, la doctrina al referirse a este precepto suele hablar de orden público “internacional” (adjetivo suprimido en la práctica totalidad de textos en los que se refleja dicho concepto). En realidad, con dicha denominación la doctrina ha querido indicar que la referida cláusula resulta de aplicación “en aquellos casos que presentan elementos extranjeros”¹⁹, si bien no cabe duda alguna de que la cláusula de orden público posee un “contenido nacional” conformado por los principios fundamentales del ordenamiento español y que lo diferencian del orden público de otros países²⁰.

16. Para la determinación de los principios que conformarían el orden público español se haría preciso atender, en primer lugar, al conjunto de valores supremos recogidos en nuestro texto constitucional²¹; en segundo lugar, al contenido del llamado Derecho internacional de los Derechos humanos (adquiriendo especial importancia en el contexto europeo el Convenio europeo para la protección de los

¹³ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Orden público internacional y externalidades negativas”, op. cit., p. 2354.

¹⁴ *Id.* el art. 12 del Reglamento “Roma III”, el art. 31 del Reglamento 2016/1103, el art. 22 del Convenio de la Haya de 1996 o el art. 13 del Protocolo de la Haya de 2007.

¹⁵ STS 5 de abril 1966 (RJ\1966\1684).

¹⁶ J. A. CORRIENTE CÓRDOBA, “La excepción de Orden Público en el Derecho Internacional Privado Español”, op. cit., p. 142.

¹⁷ A. P. ABARCA JUNCO (DIR.)/ M. GÓMEZ JENE & J. D. GONZÁLEZ CAMPOS. *Derecho Internacional Privado. Volumen I*, op. cit., p. 212. En J. CARRASCOSA GONZÁLEZ. “Orden público internacional y externalidades negativas”, op. cit., p. 2378, se distingue entre el sistema latino (un único punto de conexión) y el sistema subsidiario (varios puntos de conexión).

¹⁸ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ. “Orden público internacional y externalidades negativas”, op. cit., p. 2357.

¹⁹ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ. “Orden público internacional y externalidades negativas”, op. cit., p. 2365.

²⁰ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ. “Orden público internacional y externalidades negativas”, op. cit., pp. 2361 - 2362.

²¹ J. A. FERNÁNDEZ ROZAS/ S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*. Madrid, Civitas, 2016, p. 171. Cabe destacar que existe cierta polémica en la doctrina sobre si el orden público estaría conformado únicamente por los derechos fundamentales del Título I de la Constitución o si también se incluirían los principios rectores del Título III, *vid.* A. P. ABARCA JUNCO (DIR.)/M. GÓMEZ JENE / J. D. GONZÁLEZ CAMPOS. *Derecho Internacional Privado. Volumen I*, op. cit., pp. 210 - 211.

derechos humanos y de las libertades fundamentales y sus Protocolos)²²; y, en tercer lugar, habría que tomar igualmente como referencia los principios contenidos en los Tratados constitutivos de la Unión Europea en relación con el orden público económico²³.

17. De esta manera, visto su contenido, va a resultar lógico que el orden público opere con menor frecuencia en aquellas disciplinas regidas por la autonomía de la voluntad, como puede ser el Derecho contractual, y, sin embargo, se produzca una intervención mayor en aquellas otras ramas del Derecho privado conformadas mayormente por normas imperativas, como ocurre en materia matrimonial o de filiación²⁴.

18. Para el objeto del presente trabajo, resulta necesario prestar especial atención a determinados derechos fundamentales como son la dignidad de la persona (art. 10 CE)²⁵, el derecho a la igualdad y el principio de no discriminación (art. 14 CE)²⁶ o la igualdad entre hombres y mujeres, tanto fuera como dentro del matrimonio (arts. 14, 32 y 39 CE)²⁷. Igualmente, entendiendo que se trata de la única forma posible de contraer matrimonio desde la concepción española, la monogamia se constituye como otro de los elementos fundamentales del orden público al que también deberemos prestar atención en el presente estudio²⁸. Con base en numerosas Resoluciones de la DGRN, queda evidenciado “el rechazo u hostilidad del ordenamiento jurídico interno frente a la poligamia”²⁹ en tanto que atenta “contra la dignidad constitucional de la persona y contra la concepción española del matrimonio”³⁰.

19. A continuación, antes de proceder al análisis de la compatibilidad del matrimonio islámico con nuestro orden público, resulta necesario reseñar que el orden público viene caracterizado por una serie de notas³¹. La primera de ellas sería la temporalidad, lo que implica que naturalmente el paso del tiempo puede alterar la percepción de la sociedad sobre la importancia de determinados principios o valores (véase, por ejemplo, el cambio de opinión de la población española en relación con el divorcio y la

²² M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, “Matrimonio poligámico, orden público y extranjería”. *Revista Actualidad Laboral*, N.º 33, 2003, p. 585.

²³ J. A. FERNÁNDEZ ROZAS & S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, op. cit., 2016, p. 172.

²⁴ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Orden público internacional y externalidades negativas”, op. cit., p. 2362. En este sentido, vid. S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ. “Tratamiento de las leyes de policía de terceros Estados. (A propósito de la sentencia del TJUE de 18 de octubre de 2016)”. *Bitácora Millennium*, N.º 4, diciembre 2016, pp. 1 - 16, en el que se argumenta a favor de la preponderancia de la autonomía de la voluntad en un supuesto de sucesión iraní en el que la hija perjudicada por la norma extranjera se encuentra conforme con el resultado de la misma.

²⁵ Vid. RDGRN de 11 de mayo de 1994 (RJ\1994\5022) que establece “que no puede permitir que una española contraiga matrimonio con un extranjero casado, lo que atentaría contra la dignidad constitucional de la persona y contra la concepción española del matrimonio”. De igual tenor son, entre otras, las RDGRN de 3 de diciembre de 1996 (RJ\1997\7371), RDGRN de 14 de mayo de 2001 (RJ\2002\1728), RDGRN de 24 de octubre de 2005 (JUR\2006\266812) o RDGRN de 27 de abril de 2012 (JUR\2013\17322).

²⁶ Vid. SAP de Barcelona 28 octubre 2008 (JUR\2009\64243) que decide no aplicar la legislación marroquí que impide el derecho a la herencia entre un musulmán y un no musulmán porque “esta norma vulnera nuestra legalidad vigente, pues supone una discriminación por razón de religión, expresamente vetada por el artículo 14 de la Constitución Española”.

²⁷ Vid. SAP de Álava 1 febrero 2016 (JUR\2016\79114) que deniega la aplicación del Derecho camerunés por falta de prueba del mismo, pero establece en cualquier caso que no podría aplicarse porque “otorga objetivamente la guarda y custodia al padre, [y] revela que, en su caso, se trata de una norma manifiestamente discriminatoria y por ello inaplicable, al infringir los arts. 14, 32 y 39 de la Constitución Española”.

²⁸ En J. V. GAVIDIA SÁNCHEZ. “Concepto constitucional del matrimonio, Código de Familia Marroquí y orden público internacional español”, en J. V. GAVIDIA SÁNCHEZ (COORD.), *Inmigración, Familia y Derecho*. Madrid, Marcial Pons, 2011, p. 191, se aporta el siguiente concepto constitucional de matrimonio: “una unión entre dos personas, no necesariamente de sexo diferente —si lo son, con plena igualdad jurídica, tanto para contraerlo, como en la relación jurídica creada una vez contraído—, que no integran la familia nuclear, concertada libremente por los propios contrayentes, mediante la prestación de consentimiento matrimonial expreso, que genera un vínculo jurídico, consistente en la creación de una comunidad de vida de carácter familiar, dotada de un estatuto propio, al que no pueden acceder los solteros, aunque integren uniones libres, y en la que queda excluida su libre ruptura”.

²⁹ M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, “Matrimonio poligámico, orden público y extranjería”, op. cit., p. 584.

³⁰ Vid. nota 25.

³¹ A. P. ABARCA JUNCO (DIR.)/ M. GÓMEZ JENE/ J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, *Derecho Internacional Privado. Volumen I*, op. cit., pp. 211 - 212. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Orden público internacional y externalidades negativas”, op. cit., pp. 2358 y ss. J. A. FERNÁNDEZ ROZAS/ S. SÁNCHEZ LORENZO. *Derecho internacional privado*, op. cit., p. 171.

legalización del mismo), motivo por el que se valoran únicamente los principios que estén vigentes en el momento en que se debe aplicar la ley extranjera. En segundo lugar, encontraríamos como característica la territorialidad, que implica que, tal y como ya se ha indicado, se tome como referencia el orden público del foro, que está conformado por “principios nacionales”. Por último, habría que atender al elemento de la excepcionalidad, lo que se traduce en un empleo restrictivo de la cláusula de orden público y únicamente para aquellos supuestos de choque frontal con los principios fundamentales del foro.

20. Precisamente, a diferencia de las normas imperativas (que son disposiciones legales que resultan de aplicación inmediata en una materia sin entrar en la consulta del Derecho extranjero y que conformarían la dimensión positiva del orden público)³², la cláusula del artículo 12.3 del Código Civil es aplicada por el juez en el caso concreto³³. Ello permite que los jueces delimiten el ámbito del orden público, evitando los resultados que se derivarían de una aplicación excesiva del mismo y que atentaría contra las legítimas expectativas de justicia y seguridad jurídica que pudieran albergar los sujetos implicados.

21. En cualquier caso, cabe destacar que el artículo 12.3 del Código hace hincapié en que no se aplicará la ley extranjera cuando “resulte contraria al orden público”. Del tenor literal del precepto se puede deducir con claridad que lo verdaderamente importante no es si una norma extranjera, considerada en abstracto y sin tener en cuenta su aplicación material al caso específico, es contraria al orden público, sino que hay que atender a si el resultado fruto de la aplicación de dicha norma es contrario o no³⁴. Esto es así porque podría darse el supuesto de que la aplicación de una norma extranjera que, en principio, es contraria a nuestros valores esenciales no dé lugar a un resultado concreto que sea contrario a los principios básicos de nuestro ordenamiento o que produzca daño alguno a la sociedad española.

22. De hecho, si atendemos al Derecho internacional privado comparado, nos percataremos de que tanto en textos convencionales como en disposiciones legales de otros países de nuestro entorno, existe esa misma tendencia a valorar, por encima de todo, los efectos que se producen en el caso concreto a la hora de determinar la compatibilidad o no con el orden público, más allá de la posible compatibilidad en abstracto de la norma extranjera con el orden público del foro³⁵.

23. En otras palabras, para la aplicación de la cláusula de orden público lo que resulta vital es determinar que el resultado al que se llega sea contrario a los valores esenciales del ordenamiento jurídico del foro, no que la norma considerada en abstracto lo sea. Por ello, va a resultar de especial importancia atender a los datos concretos del supuesto de hecho para determinar si hay vulneración o no del orden público³⁶.

24. Precisamente, en esta línea resulta necesario tratar el concepto de orden público atenuado, que ha sido empleado por la jurisprudencia como herramienta para resolver numerosos conflictos³⁷.

³² J. A. FERNÁNDEZ ROZAS/ S. SÁNCHEZ LORENZO. *Derecho internacional privado*, op. cit., pp. 169.

³³ A. P. ABARCA JUNCO (DIR.), M. GÓMEZ JENE/J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, *Derecho Internacional Privado. Volumen I*, op. cit., p. 209.

³⁴ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ. “Orden público internacional y externalidades negativas”, op. cit., p. 2354. A. MOTILLA DE LA CALLE. “Multiculturalidad, Derecho Islámico y ordenamiento secular; los supuestos de poligamia y el repudio” en MC. BARRANCO AVILÉS, O. CELADOR ANGÓN Y F. VACAS FERNÁNDEZ (COORDS.). *Perspectivas actuales de las fuentes del derecho*. Madrid, Dykinson, 2011, p. 196.

³⁵ A. P. ABARCA JUNCO (DIR.), M. GÓMEZ JENE & J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, *Derecho Internacional Privado. Volumen I*, op. cit., pp. 216 - 217.

³⁶ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ. “Orden público internacional y externalidades negativas”, op. cit., p. 2355.

³⁷ Es preciso destacar que hay quien ha defendido que para evitar efectos fraudulentos, a la hora de aplicarse el orden público atenuado debería atenderse al grado de conexión del supuesto con el foro, *vid.* M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA. “Matrimonio poligámico, orden público y extranjería”, op. cit., p. 587, citando a su vez a A. BUCHER. *L'ordre public et le but social des lois en droit international privé*, R. des C., T. 239, 1993, pp. 49, y A. BUCHER. *La famille en droit international privé*, R. des C., t. 283, 2000, pp. 130 - 131. Sobre el orden público de proximidad, *vid.* J. CARRASCOSA GONZÁLEZ. “Orden público internacional y externalidades negativas”, op. cit., pp. 2365 y ss. J. A. FERNÁNDEZ ROZAS & S. SÁNCHEZ LORENZO. *Derecho internacional privado*, op. cit., pp. 170 - 171.

25. De esta manera, distinguiríamos, en primer lugar, entre aquellas situaciones que pretenden crearse en España de acuerdo a una norma extranjera contraria al orden público, en cuyo caso operaría el artículo 12.3 del Código Civil impidiendo su aplicación, y aquellas situaciones que ya han sido constituidas legalmente en un país extranjero y que van a producir determinados efectos en nuestro país. En este segundo caso podríamos diferenciar a su vez entre los efectos jurídicos “nucleares” que producen dichas situaciones y los efectos jurídicos “periféricos”. Pues bien, a través de la aplicación del orden público atenuado, se impide reconocer los efectos nucleares, que resultan dañinos para la sociedad española, pero sí permitiéndose dar un reconocimiento a estos efectos periféricos que no generan efectos negativos³⁸.

26. Dicha distinción va a resultar esencial posteriormente en el análisis del reconocimiento de los efectos producidos por determinadas instituciones del Derecho de familia islámico.

III. El matrimonio islámico: precisiones iniciales

27. Si el orden público va a operar en aquellos supuestos en los que el Derecho extranjero resulta incompatible con los valores esenciales del ordenamiento, se hace preciso estudiar cuáles son los elementos del matrimonio musulmán susceptibles de originar este tipo de controversias jurídicas. No obstante, antes de llevar a cabo dicho análisis, es importante realizar una serie de precisiones en torno a la institución del matrimonio islámico. Conviene recordar que la regulación de esta institución se ha realizado en un entorno cultural y socio-político completamente distinto al nuestro, al llamado “mundo occidental”, por lo que resulta imprescindible aportar un mínimo marco de referencia que pueda servirnos de contexto para comprender mejor las dinámicas propias del matrimonio islámico.

28. Sin embargo, antes de proseguir, se hace necesario realizar una precisión adicional en torno al objeto de este estudio. Nuestro objetivo consiste en el análisis de la compatibilidad con nuestro orden público de los resultados derivados de la aplicación de una ley extranjera. De este modo, pretendemos dejar fuera las cuestiones relativas al “matrimonio coránico”, entendiendo por éste el matrimonio celebrado en España bajo la forma religiosa islámica (en virtud del Acuerdo suscrito por el Estado con la Comisión Islámica de España en 1992³⁹), pero cuya regulación de fondo está sometida a nuestras normas sustantivas civiles⁴⁰.

1. Nociones básicas

29. El Islam es una religión monoteísta que forma parte de la misma familia teológica que las religiones judía y cristiana⁴¹. Sin embargo, para sus miembros el Islam no es concebido sólo como una religión, sino como una comunidad con proyección de universalidad (la Umma)⁴². Ésta se asienta sobre cinco pilares principales: “la creencia en un Dios, Alá; la oración cinco veces al día; el impuesto coránico obligatorio para los necesitados; el ayuno del Ramadán; y la peregrinación a la Meca una vez en la vida”⁴³.

³⁸ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ. “Orden público internacional y externalidades negativas”, op. cit., pp. 2369 - 2370.

³⁹ Ley 26/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España. «BOE» núm. 272, de 12 de noviembre de 1992.

⁴⁰ En M. A. CEBRIÁN SALVAT. “Derechos de inspiración islámica y celebración del matrimonio en España. Problemas de aplicación”. *Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)*, Nº. 34, 2017, p. 15, se explica claramente esa distinción entre un matrimonio islámico celebrado de acuerdo a una ley extranjera y el matrimonio religioso de tipo coránico, que es una forma de celebración del matrimonio español. Para un análisis detenido sobre el matrimonio celebrado según la forma islámica en España, vid. J. A. ALBERCA DE CASTRO. “El reconocimiento del matrimonio islámico por el ordenamiento español”. en J. V. GAVIDIA SÁNCHEZ (Coord.). *Inmigración, Familia y Derecho*. Madrid, Marcial Pons, 2011, pp. 209 - 244.

⁴¹ A. FERNÁNDEZ-CORONADO GONZÁLEZ. “Matrimonio islámico, orden público y función promocional de los derechos fundamentales”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Nº. 85, enero-abril 2009, p. 125.

⁴² A. FERNÁNDEZ-CORONADO GONZÁLEZ. “Matrimonio islámico, orden público y función promocional de los derechos fundamentales”, op. cit., p. 125.

⁴³ A. FERNÁNDEZ-CORONADO GONZÁLEZ. “Matrimonio islámico, orden público y función promocional de los derechos fundamentales”, op. cit., p. 126.

30. La *Sharía*, compuesta principalmente por el Corán y la Sunna y complementada por otra serie de fuentes menores, conforma el sistema normativo por el que se rige el Islam⁴⁴. Al configurarse como Estados teocráticos en los que no se produce una separación entre el poder civil y el religioso, los Estados musulmanes tienen la obligación de llevar a cabo una legislación que se inspira directamente en la *Sharía* (a la que puede interpretar, pero no contradecir)⁴⁵.

31. En este punto resulta necesario hacer una aclaración de vital importancia. La inspiración que todos los Estados islámicos toman de los textos sagrados no implica que la legislación de estos Estados sea uniforme. Podríamos afirmar que ello es consecuencia de dos factores. En primer lugar, la división del Islam en numerosas escuelas jurídicas que realizan interpretaciones diferentes de la *Sharía*. Las distintas escuelas son fruto de la escisión del Islam tras la muerte del profeta Mahoma en dos ramas principales: la sunní (cuya interpretación de la *Sharía* se basa en el consenso de la comunidad) y la shií (que únicamente admite como interpretación válida la realizada por los imanes)⁴⁶. El segundo factor serían las distintas influencias que han moldeado a cada Estado en particular (escuela predominante, influjo de países occidentales...)⁴⁷. La influencia de los sistemas legales extranjeros de corte romano ha provocado, entre otros efectos, la limitación de la aplicación de la *Sharía* a las cuestiones relativas al estatuto personal⁴⁸.

32. Es por ello por lo que, ante semejante diversidad legislativa, nos centraremos, tal y como apuntamos previamente, en analizar principalmente los ordenamientos jurídicos de los países del Magreb.

2. Naturaleza del matrimonio islámico

33. Frente a la concepción occidental y generalmente extendida del matrimonio como un negocio jurídico complejo o una institución jurídica⁴⁹, doctrinalmente ha solido considerarse al matrimonio islámico como un contrato⁵⁰. Podríamos definir el matrimonio islámico como un “acto por el que se

⁴⁴ S. ACUÑA, R. DOMÍNGUEZ, P. LORENZO & A. MOTILLA DE LA CALLE (COORD.). *El matrimonio islámico y su eficacia en el derecho español*. Córdoba, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, 2003, pp. 28 - 29. A. FERNÁNDEZ-CORONADO GONZÁLEZ. “Matrimonio islámico, orden público y función promocional de los derechos fundamentales”, op. cit., p. 126. S. ACUÑA GUIROLA (COORD.) & R. DOMÍNGUEZ BARTOLOMÉ. *Matrimonio religioso y Unión Europea: perspectivas comparadas*. Cádiz, OCRE, 2012, pp. 244 - 245.

⁴⁵ S. ACUÑA, R. DOMÍNGUEZ, P. LORENZO & A. MOTILLA DE LA CALLE (COORD.). *El matrimonio islámico y su eficacia en el derecho español*, op. cit., p. 27. A. FERNÁNDEZ-CORONADO GONZÁLEZ. “Matrimonio islámico, orden público y función promocional de los derechos fundamentales”, op. cit., p. 126. S. ACUÑA GUIROLA (COORD.)/ R. DOMÍNGUEZ BARTOLOMÉ. *Matrimonio religioso y Unión Europea: perspectivas comparadas*, op. cit. p. 244.

⁴⁶ S. ACUÑA GUIROLA (COORD.) & R. DOMÍNGUEZ BARTOLOMÉ. *Matrimonio religioso y Unión Europea: perspectivas comparadas*, op. cit. pp. 245 - 246. Para una breve descripción de las principales escuelas jurídicas islámicas, vid. DAWOUD S. EL ALAMI. *The Marriage Contract in Islamic Law in the Shari'ah and Personal Status Laws of Egypt and Morocco*. London: Graham and Trotman, 1992, pp. 2 - 4. JAMAL J. AHMAD NASIR. *The Islamic Law of Personal Status*. Boston, Leiden, 2009, pp. 17 -33. JAMAL J. AHMAD NASIR. *The Status of Women under Islamic Law and Modern Islamic Legislation*. Boston, Leiden, 2009, pp. 11 - 13.

⁴⁷ S. ACUÑA/R. DOMÍNGUEZ/ P. LORENZO/ A. MOTILLA DE LA CALLE (COORD.). *El matrimonio islámico y su eficacia en el derecho español*, op. cit., p. 29. S. ACUÑA GUIROLA (COORD.) & R. DOMÍNGUEZ BARTOLOMÉ. *Matrimonio religioso y Unión Europea: perspectivas comparadas*, op. cit. pp. 245 - 246.

⁴⁸ DAWOUD S. EL ALAMI. *The Marriage Contract in Islamic Law in the Shari'ah and Personal Status Laws of Egypt and Morocco*, op. cit., p. 8.

⁴⁹ Si bien continúa habiendo cierto debate doctrinal en torno a si el matrimonio es un contrato, un negocio jurídico o una institución, vid. C. LASARTE. *Derecho de Familia. Principios de Derecho Civil VI*. Madrid, Marcial Pons, 2017, pp. 23 - 25.

⁵⁰ En DAWOUD S. EL ALAMI. *The Marriage Contract in Islamic Law in the Shari'ah and Personal Status Laws of Egypt and Morocco*, op. cit., pp. 10 - 11 se explica que todas las escuelas islámicas clásicas han considerado el matrimonio como un contrato en el que se otorga al hombre un derecho sexual exclusivo sobre su mujer, si bien es cierto que la doctrina contemporánea emplea otras definiciones más amplias para referirse al matrimonio. En este mismo sentido, entre otros, vid. A. MOTILLA DE LA CALLE & P. LORENZO. *Derecho de familia islámico: problemas de adaptación al derecho español*. Madrid, Colex, 2002, pp. 31 y ss. M. D. CERVILLA GARZÓN/ I. ZURITA MARTÍN. *El Derecho de Familia Marroquí: La Mudawana 2004 desde el Derecho Español*. Madrid, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, 2010, pp. 25 y ss. I. BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ. “La celebración del matrimonio con elementos extranjeros. El caso de los ciudadanos marroquíes”, en M. MOYA ESCUDERO (DIR.), I. BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, A. LARA AGUADO, N. MARCHAL ESCALONA, A. RODRÍGUEZ BENOT, R. RUEDA & C. RUIZ SUTIL. *Familia y sucesiones en las relaciones hispano-marroquíes*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 73 y ss.

adquiere el derecho a gozar del otro cónyuge” o como un “contrato por el que un hombre y una mujer se unen para una vida conyugal común y duradera”⁵¹. Cabe destacar que la doctrina suele establecer cierta analogía entre el matrimonio islámico y la compraventa, comparación motivada por la entrega de la dote por parte del marido a su mujer al modo del pago de precio por la adquisición de un bien⁵².

34. No obstante, no cabe duda alguna de que la simetría entre la figura del contrato y la del matrimonio islámico no es total, ya que esta última presenta una serie de particularidades que la distinguen. Podríamos destacar que, entre otras cuestiones, el matrimonio presenta un contenido obligatorio (independientemente de la posibilidad de pactar aspectos económicos), además de poseer fines y perfiles morales y religiosos que lo diferencian claramente de una compraventa común⁵³.

35. En cualquier caso, podríamos afirmar que el matrimonio islámico es un contrato que presenta determinadas particularidades que provienen, precisamente, del fuerte componente religioso que impregna o inspira el contenido de dicha figura.

36. En primer lugar, conviene recordar que en el Islam el matrimonio es una obligación para todo musulmán⁵⁴, dado que se trata del estado perfecto y de la vía de legitimación de la descendencia, cumpliendo así con su misión procreadora⁵⁵. En segundo lugar, es preciso insistir en que el fuerte influjo religioso determina una legislación generalmente caracterizada por la desigualdad entre el hombre y la mujer. Esto es así porque el Islam no parte de la igualdad de los contrayentes en el matrimonio, sino de su complementariedad, lo que se deriva en los diferentes roles que ocupan el hombre y la mujer dentro de la relación conyugal⁵⁶.

37. Con el fin de equiparar las posiciones de ambas partes en la negociación de este contrato matrimonial, la mujer negocia con su virginidad, de modo que obtiene la dote y el derecho a ser mantenida (*nafaqa*) a cambio de otorgarle el derecho de intimidad exclusivo a su marido⁵⁷. Precisamente, con este ánimo de proteger a la mujer que ocupa una posición jurídica de inferioridad, las legislaciones islámicas prevén la figura de un tutor matrimonial (*walí*), rol normalmente ejercido por un pariente de la mujer, que va a representar a la futura esposa en la negociación y en la prestación del consentimiento⁵⁸.

⁵¹ Ambas definiciones están tomadas de A. MOTILLA DE LA CALLE & P. LORENZO. *Derecho de familia islámico: problemas de adaptación al derecho español*, op. cit., p. 31. Para otras definiciones del matrimonio islámico, vid. JAMAL J. AHMAD NASIR. *The Status of Women under Islamic Law and Modern Islamic Legislation*, op. cit., pp. 31 y ss..

⁵² A. MOTILLA DE LA CALLE/ P. LORENZO. *Derecho de familia islámico: problemas de adaptación al derecho español*, op. cit., p. 32. S. ACUÑA, R. DOMÍNGUEZ, P. LORENZO & A. MOTILLA DE LA CALLE (COORD.). *El matrimonio islámico y su eficacia en el derecho español*, op. cit., p. 33 y ss. S. ACUÑA GUIROLA (COORD.) / R. DOMÍNGUEZ BARTOLOMÉ. *Matrimonio religioso y Unión Europea: perspectivas comparadas*, op. cit. pp. 248 y ss.

⁵³ A. MOTILLA DE LA CALLE & P. LORENZO. *Derecho de familia islámico: problemas de adaptación al derecho español*, op. cit., pp. 32 - 33. S. ACUÑA, R. DOMÍNGUEZ, P. LORENZO & A. MOTILLA DE LA CALLE (COORD.). *El matrimonio islámico y su eficacia en el derecho español*, op. cit., pp. 32 y ss.

⁵⁴ Sura XXIV, aleya 32: “Y casad a vuestros solteros y a vuestros esclavos y esclavas que sean rectos. Si son pobres, Allah les enriquecerá con Su favor. Allah es Magnánimo, Conocedor”.

⁵⁵ S. ACUÑA GUIROLA (COORD.) & R. DOMÍNGUEZ BARTOLOMÉ. *Matrimonio religioso y Unión Europea: perspectivas comparadas*, op. cit. pp. 247 - 248. M. A. CEBRIÁN SALVAT. “Derechos de inspiración islámica y celebración del matrimonio en España. Problemas de aplicación”, op. cit., pp. 13 - 14.

⁵⁶ M. A. CEBRIÁN SALVAT. “Derechos de inspiración islámica y celebración del matrimonio en España. Problemas de aplicación”, op. cit., p. 14. M. J. CERVILLA GARZÓN. “Identidad islámica y orden público: los efectos del matrimonio polígámico en el Sistema Español de Seguridad Social”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 11, Nº. 1, 2019, p. 240. *A sensu contrario*, JAMAL J. AHMAD NASIR. *The Status of Women under Islamic Law and Modern Islamic Legislation*, op. cit., pp. 31 y ss. entiende que el matrimonio islámico implica una asociación entre iguales. De igual modo, el autor sostiene la importancia de la posición de la mujer en la sociedad musulmana, pero consideramos que, por muy relevante que estos sean, no deberíamos olvidar que en última instancia los únicos roles que se reservan para la mujer son los de madre y esposa.

⁵⁷ M. D. CERVILLA GARZÓN & I. ZURITA MARTÍN. *El Derecho de Familia Marroquí: La Mudawana 2004 desde el Derecho Español*, op. cit., pp. 26 y ss.

⁵⁸ M. D. CERVILLA GARZÓN & I. ZURITA MARTÍN. *El Derecho de Familia Marroquí: La Mudawana 2004 desde el Derecho Español*, op. cit., pp. 27 - 28.

38. En cuanto a los fines del matrimonio, podríamos hablar de la “perpetuación del individuo mediante la procreación y la legitimación de las relaciones sexuales entre los cónyuges”⁵⁹. Por otro lado, las condiciones necesarias para la validez del matrimonio islámico son la capacidad de los contrayentes, su consentimiento, el cumplimiento de determinados requisitos formales y la dote⁶⁰. A su vez, la validez del contrato generará una serie de derechos, tanto para ambas partes como en exclusiva para alguna de ellas (el derecho a la obediencia de la mujer que posee el marido o el derecho a la dote y a ser mantenida de la mujer)⁶¹.

39. Por último, es conveniente señalar que las notas más destacadas del matrimonio islámico son la poligamia y el repudio (elementos que analizaremos posteriormente). En cualquier caso, es interesante destacar que se trata de elementos cuya inclusión en el matrimonio es facultativa y que no constituyen requisitos de validez del mismo, además de las diferencias que presentan entre sí al afectar a momentos diferentes de la relación (la poligamia a la constitución del vínculo y el repudio a la extinción del mismo)⁶².

IV. Capacidad y requisitos para contraer matrimonio

40. En virtud de lo establecido en el artículo 9.1. del Código Civil, las cuestiones referidas a la capacidad matrimonial de los contrayentes se van a regir según la ley de su nacionalidad.

41. Precisamente, tal y como hemos señalado previamente, uno de los elementos necesarios para la validez del matrimonio islámico es la “habilidad de los contrayentes”, lo que se traduce, en primer lugar, en que los contrayentes gocen de las facultades mentales y posean la edad necesaria para poder contraer matrimonio, y, en segundo lugar, en la ausencia de impedimentos matrimoniales⁶³.

42. En relación a este segundo punto, tal y como ocurre en los ordenamientos jurídicos occidentales⁶⁴, la concurrencia de una determinada circunstancia en una persona puede provocar que ésta sea *h'aram* para otra, es decir, que no puede contraer matrimonio con ella, ya sea de forma absoluta o de manera relativa⁶⁵.

43. Cabe destacar que, a diferencia de lo que podría ocurrir con la regulación española, no resulta sencillo sistematizar todos los impedimentos matrimoniales previstos en los ordenamientos de inspiración islámica, dada la enorme diversidad existente en este punto entre las distintas legislaciones

⁵⁹ A. MOTILLA DE LA CALLE & P. LORENZO. *Derecho de familia islámico: problemas de adaptación al derecho español*, op. cit., p. 35. En S. ACUÑA, R. DOMÍNGUEZ, P. LORENZO & A. MOTILLA DE LA CALLE (COORD.). *El matrimonio islámico y su eficacia en el derecho español*, op. cit., pp. 35 - 36 se aporta otro listado adicional: “procreación legítima; remedio de la concupiscencia; gratificación emocional; garantía de la estabilidad emocional; consecución de alianzas interfamiliares; solidaridad del grupo; y, por último, persigue también el cumplimiento de un acto piadoso”.

⁶⁰ A. MOTILLA DE LA CALLE & P. LORENZO. *Derecho de familia islámico: problemas de adaptación al derecho español*, op. cit., p. 35. S. ACUÑA, R. DOMÍNGUEZ, P. LORENZO & A. MOTILLA DE LA CALLE (COORD.). *El matrimonio islámico y su eficacia en el derecho español*, op. cit., p. 33. A su vez, una vez que el contrato matrimonial es válido, para que éste sea vinculante se requiere que exista compatibilidad de estatus social (*kafa'ah*) y ausencia de determinados defectos físicos o psíquicos, *vid.* DAWOUD S. EL ALAMI. *The Marriage Contract in Islamic Law in the Shari'ah and Personal Status Laws of Egypt and Morocco*, op. cit., pp. 68 - 82. JAMAL J. AHMAD NASIR. *The Status of Women under Islamic Law and Modern Islamic Legislation*. Boston, Leiden, 2009, pp. 59 - 60.

⁶¹ Para una exhaustivo desarrollo de estos derechos, *vid.* DAWOUD S. EL ALAMI. *The Marriage Contract in Islamic Law in the Shari'ah and Personal Status Laws of Egypt and Morocco*, op. cit., pp. 92 - 135.

⁶² A. FERNÁNDEZ-CORONADO GONZÁLEZ. “Matrimonio islámico, orden público y función promocional de los derechos fundamentales”, op. cit., p. 141.

⁶³ A. MOTILLA DE LA CALLE & P. LORENZO. *Derecho de familia islámico: problemas de adaptación al derecho español*, op. cit., p. 35. S. ACUÑA, R. DOMÍNGUEZ, P. LORENZO/ A. MOTILLA DE LA CALLE (COORD.). *El matrimonio islámico y su eficacia en el derecho español*, op. cit., p. 33.

⁶⁴ *Vid.* a modo de ejemplo en nuestro ordenamiento, arts. 46 y 47 CC.

⁶⁵ A. MOTILLA DE LA CALLE & P. LORENZO. *Derecho de familia islámico: problemas de adaptación al derecho español*, op. cit., p. 35. S. ACUÑA, R. DOMÍNGUEZ, P. LORENZO & A. MOTILLA DE LA CALLE (COORD.). *El matrimonio islámico y su eficacia en el derecho español*, op. cit., p. 48.

y escuelas musulmanas y dado el hecho de que se trata de una cuestión donde la casuística tiene una especial incidencia⁶⁶.

44. En general, tanto las legislaciones de Estados musulmanes como la doctrina suelen referirse a los siguientes impedimentos:⁶⁷ consanguinidad, afinidad, lactancia, ligamen, retiro legal (*idda*), repudio triple, diversidad de culto...

45. El análisis de todos y cada uno de estos impedimentos desbordaría el objeto del presente trabajo, por lo que en este momento procederemos exclusivamente al análisis de aquellas dos cuestiones que encierran más posibilidades de chocar frontalmente con nuestro orden público en materia de discriminación de la mujer: los matrimonios de menores de edad y el impedimento de diversidad de culto.

46. Finalmente, antes de proceder al desgranamiento de estas dos materias, resulta necesario hacer una última precisión en relación con el impedimento de ligamen. La especial configuración de dicho impedimento matrimonial en el Derecho islámico abre la puerta al matrimonio simultáneo de un hombre con varias mujeres, lo que, sin duda, resulta de especial interés en el estudio que estamos realizando. No obstante, el análisis de la poligamia islámica y sus consecuencias en el ordenamiento español es lo suficientemente complejo como para merecer un tratamiento diferenciado y autónomo en otro epígrafe de este trabajo.

1. La edad núbil mínima

47. En el Derecho islámico clásico podían contraer matrimonio todas aquellas personas que estuvieran en pleno uso de sus facultades mentales y que hubieran alcanzado la pubertad⁶⁸.

48. No obstante, resulta necesario destacar que dicha posibilidad ha sido corregida por algunos ordenamientos islámicos que han elevado la edad mínima para contraer matrimonio.

49. En este sentido, el artículo 19 del Código de Familia de Marruecos eleva la edad para contraer matrimonio a los 18 años, tanto para el hombre como para la mujer⁶⁹. Sin embargo, los artículos 20 y sucesivos recogen la posibilidad de que se autorice el matrimonio de un menor de edad. A grandes rasgos, se prevé que el juez de familia pueda autorizarlo tras tomar declaración a los padres del menor

⁶⁶ S. ACUÑA, R. DOMÍNGUEZ, P. LORENZO & A. MOTILLA DE LA CALLE (COORD.). *El matrimonio islámico y su eficacia en el derecho español*, op. cit., pp. 47 - 48. M. A. CEBRIÁN SALVAT. "Derechos de inspiración islámica y celebración del matrimonio en España. Problemas de aplicación", op. cit., p. 16.

⁶⁷ Resulta necesario destacar que la doctrina suele hacer una clasificación entre impedimentos permanentes o temporales, en función de si la circunstancia que impide el matrimonio puede desaparecer con el paso del tiempo o no. Para más información sobre la regulación de cada uno de estos impedimentos *vid.* DAWOUD S. EL ALAMI. *The Marriage Contract in Islamic Law in the Shari'ah and Personal Status Laws of Egypt and Morocco*, op. cit., pp. 27 - 48. A. MOTILLA DE LA CALLE & P. LORENZO. *Derecho de familia islámico: problemas de adaptación al derecho español*, op. cit., pp. 35 - 37. JAMAL J. AHMAD NASIR. *The Islamic Law of Personal Status*, op. cit., pp. 62 - 70. JAMAL J. AHMAD NASIR. *The Status of Women under Islamic Law and Modern Islamic Legislation*, op. cit. pp 37 - 48.

⁶⁸ A. MOTILLA DE LA CALLE & P. LORENZO. *Derecho de familia islámico: problemas de adaptación al derecho español*, op. cit., p. 35. En S. ACUÑA, R. DOMÍNGUEZ, P. LORENZO & A. MOTILLA DE LA CALLE (COORD.). *El matrimonio islámico y su eficacia en el derecho español*, op. cit., p. 45 se indica que la edad mínima es de 15 años para el varón y 12 para la mujer, si bien matizan que para la escuela shiita la edad mínima es de 12 años para el varón y 9 para la mujer (nota 54, pág. 45). En M. A. CEBRIÁN SALVAT. "Derechos de inspiración islámica y celebración del matrimonio en España. Problemas de aplicación", op. cit., p. 15 se afirma que los jurisprudencias coinciden en fijar la edad mínima en la pubertad con base en la Sura IV, aleya 6: "Tantead a los huérfanos hasta que alcancen la nubilidad. Cuando los creáis ya maduros, pasadles sus hacienda (...)") (nota 60, pág. 15).

⁶⁹ El art. 19 CFM dispone: "La capacidad matrimonial se adquirirá, por lo que se refiere al hombre y a la mujer que gocen de plenas facultades mentales, a los dieciocho años gregorianos cumplidos". Todas las transcripciones que aparecen en este trabajo de la Mudawana han sido extraídas de *Código de la familia de Marruecos*. Madrid: Asociación de Trabajadores e Inmigrantes Marroquíes en España. Traducción de Abderrahim Abkari Azouz.

o a su representante legal y razonando el interés que justifica la celebración del mismo⁷⁰. Entre otras cuestiones, la legislación marroquí no señala, dentro de la minoría de edad, el límite inferior para poder contraer matrimonio, quedando esta cuestión al prudente arbitrio del juez, lo que suele traducirse en la posibilidad de que niñas de catorce años o menos contraigan matrimonio con hombres mucho mayores que ellas⁷¹.

50. De forma similar a la legislación marroquí y eliminando las diferencias que se establecían entre sexos, Argelia fijó con la reforma del 2005 la edad para contraer matrimonio en 19 años tanto para el hombre como para la mujer, mientras que Túnez en 2007 la estableció en 18 años para ambos sexos⁷². Sin embargo, de la misma forma que Marruecos, la legislación de ambos países sigue previendo la posibilidad de que el juez autorice el matrimonio de menores en determinados supuestos⁷³.

51. Por tanto, nos encontramos con que, incluso en los países islámicos que poseen una legislación más “avanzada”, se sigue previendo la posibilidad de que se autorice la celebración de un matrimonio de menores. En consecuencia, debemos preguntarnos si estos matrimonios pueden tener cabida en el foro español o se activaría la cláusula del artículo 12.3 del Código Civil.

52. Si bien hay quien puede preguntarse si los preceptos del Código Civil relativos a la edad núbil mínima constituyen un principio básico del ordenamiento, nos gustaría recordar que, en cualquier caso, el estado civil es una cuestión de orden público y que, además, entraría en juego una posible vulneración del artículo 39 de la Constitución, que encomienda la protección de los hijos y de los niños de acuerdo con lo establecido en los acuerdos internacionales⁷⁴.

53. El artículo 46.1 del Código Civil establece que no pueden contraer matrimonio los menores no emancipados⁷⁵. *A sensu contrario*, podemos entender que en España pueden contraer matrimonio tanto los mayores de edad como los menores que sí están emancipados. La mayoría de edad se concede en nuestro ordenamiento al alcanzar los 18 años⁷⁶, mientras que en la actualidad la emancipación sólo es posible a partir de los 16 años⁷⁷.

54. A la luz de estas normas, no debería existir problema para reconocer en el foro español la eficacia de un matrimonio contraído por personas que tuvieran, al menos, 16 años. No obstante, cabe preguntarse si, en cambio, sería posible reconocer un matrimonio cuando uno de los cónyuges tuviera una edad inferior a la anteriormente referida.

⁷⁰ Para una descripción más detallada del régimen de autorización de los matrimonios de los menores de edad *vid.* M. D. CERVILLA GARZÓN & I. ZURITA MARTÍN, *El Derecho de Familia Marroquí: La Mudawana 2004 desde el Derecho Español*, op. cit., pp. 36 - 43.

⁷¹ M. D. CERVILLA GARZÓN & I. ZURITA MARTÍN, *El Derecho de Familia Marroquí: La Mudawana 2004 desde el Derecho Español*, op. cit., pp. 37 y 40. *Vid.* “Una ley marroquí permitió casar a 25.000 menores de edad en 2018”, *Diario El Faro de Ceuta*, 22 marzo 2019, disponible en <http://elfarodeceuta.es/una-ley-marroqui-permitio-casar-a-25-000-menores-de-edad-en-2018/> (fecha última consulta: 3/11/2019).

⁷² A. MOTILLA DE LA CALLE, *La eficacia en España del Derecho de Familia Islámico: adaptación al Derecho Español de los Códigos marroquí, argelino y tunecino*. Granada, Comares, 2018, p. 25.

⁷³ Para más información de los elementos necesarios para dicha autorización, *vid.* A. MOTILLA DE LA CALLE, *La eficacia en España del Derecho de Familia Islámico: adaptación al Derecho Español de los Códigos marroquí, argelino y tunecino*, op. cit., p. 25.

⁷⁴ M. D. CERVILLA GARZÓN/I. ZURITA MARTÍN, *El Derecho de Familia Marroquí: La Mudawana 2004 desde el Derecho Español*, op. cit., p. 42. En este sentido, *vid.* Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, edad mínima para contraer matrimonio y registros de los mismos abiertos a la firma en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York el día 10 de diciembre de 1962 y adhesión de España a la misma. «BOE» núm. 128, de 29 de mayo de 1969; y el art. 2.1 Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor. «BOE» núm. 15, de 17 de enero de 1996.

⁷⁵ El art. 46 CC dispone: “No pueden contraer matrimonio: 1.º Los menores de edad no emancipados. 2.º Los que estén ligados con vínculo matrimonial”.

⁷⁶ *Vid.* art. 12 CE y art. 315 CC.

⁷⁷ *Vid.* arts. 317, 319 y 320 CC.

55. En la actualidad, la entrada en vigor de la Ley de jurisdicción voluntaria del 2015 supuso la modificación del artículo 48 del Código Civil, eliminando la posibilidad de dispensa para contraer matrimonio a los menores que tuviesen, al menos, catorce años⁷⁸. Se sigue de esta manera la tendencia actual en el Derecho comparado, que ha sido la de desechar los criterios propios del Derecho romano y del Derecho canónico clásico con el objetivo de poner fin al matrimonio de los menores⁷⁹.

56. En principio, esta reforma serviría como base para sostener que a día de hoy la edad mínima para contraer matrimonio en el ordenamiento español se ha establecido en 16 años, de tal modo que habría que denegar la inscripción de un matrimonio en el que los contrayentes no alcanzasen dicha edad en virtud de la aplicación del orden público del artículo 12.3 del Código Civil⁸⁰.

57. No obstante, pese a lo anteriormente señalado, si bien es cierto que se ha elevado la edad mínima para contraer matrimonio en el Derecho civil común, parece apropiado señalar que en el Derecho foral aragonés aún se sigue previendo la posibilidad de emanciparse a los 14 años⁸¹. Si el Código Civil establece que los menores emancipados pueden contraer matrimonio y, en virtud de las disposiciones del Derecho foral aragonés, un menor puede emanciparse a los 14 años, podríamos concluir que sería posible en nuestro ordenamiento un matrimonio de un menor de dicha edad⁸².

58. Es oportuno reseñar que la DGRN atiende a la edad mínima a la que es posible contraer matrimonio en el ordenamiento español a la hora de autorizar la inscripción de un matrimonio entre menores celebrado de acuerdo con la ley de su nacionalidad⁸³. De esta manera, si existe la posibilidad en nuestra legislación de contraer matrimonio a los 14 años, aunque sea a través de una previsión contenida en el Derecho civil aragonés, sería posible sostener que no sería contrario al orden público español la autorización de un matrimonio de un menor extranjero de dicha edad⁸⁴.

⁷⁸ C. LASARTE. *Derecho de Familia. Principios de Derecho Civil VI*, op. cit., pp. 23 - 25.

⁷⁹ C. LASARTE. *Derecho de Familia. Principios de Derecho Civil VI*, op. cit., pp. 39 - 40.

⁸⁰ Se trata de la tesis contemplada en A. MOTILLA DE LA CALLE. *La eficacia en España del Derecho de Familia Islámico: adaptación al Derecho Español de los Códigos marroquí, argelino y tunecino*, op. cit., pp. 85 - 87.

⁸¹ *Vid.* art. 30 y ss. Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas. «BOA» núm. 67, de 29 de marzo de 2011.

⁸² En M. C. BAYOD LÓPEZ/ J. DELGADO ECHEVARRÍA/ J. A. SERRANO GARCÍA (DIR.), *Comentarios al Código del Derecho Foral de Aragón*. Madrid, Dykinson, 2015, pp. 107 - 108 se establece que el Código de Derecho Foral de Aragón no emancipa a través del matrimonio, sino que concede la mayoría de edad al contrayente con una edad inferior a 18 años. Es cierto que la competencia del sistema matrimonial español le corresponde al Estado y que la antigua dispensa para menores de 14 años ha desaparecido de nuestro ordenamiento. Sin embargo, del art. 46.1º CC se desprende, *a sensu contrario*, que los menores emancipados pueden contraer matrimonio y el art. 30 del Código de Derecho Foral de Aragón permite la emancipación a los 14 años, por lo que la conjunción de ambas normas provoca que “los aragoneses a partir de los 14 años [...] por haber sido emancipados (art. 30 CDFA en relación con el art. 46-1º CC) podrán contraer matrimonio” (pág. 108).

⁸³ En este sentido, *vid.* RDGRN de de 23 febrero de 1989 (RJ\1989\1697) y RDGRN de 27 mayo 1994 (RJ\1994\5898), que autorizaban, respectivamente, un matrimonio con una chica de 12 años y otra con una de 14 años. Ello fue posible en cada caso dado que la edad mínima para contraer matrimonio en la legislación española estaba fijada en 12 años para la mujer y, posteriormente, en 14.

⁸⁴ En este sentido, M. A. CEBRIÁN SALVAT. “Derechos de inspiración islámica y celebración del matrimonio en España. Problemas de aplicación”, op. cit., pp. 34. En materia de sucesiones, I. GARROTE FERNÁNDEZ-DIEZ. “Sucesiones internacionales y orden público constitucional la sucesión “mortis causa” en España cuando la ley aplicable es la de un país de tradición jurídica islámica”. *Derecho privado y Constitución*, N° 23, 2009, pp. 149-199 y S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ. “Tratamiento de las leyes de policía de terceros Estados. (A propósito de la sentencia del TJUE de 18 de octubre de 2016)”, op. cit., pp. 1 - 16 sostienen cómo la diversidad de la regulación de la cuestión sucesoria en los distintos Derechos forales provoca que pocas previsiones normativas extranjeras puedan ser verdaderamente contrarias al orden público español (p.ej. la existencia o no de legítima no es una cuestión de orden público), salvo si son atentatorias contra los derechos fundamentales. Análogamente, podríamos entender que si uno de los ordenamientos forales prevé la posibilidad de contraer matrimonio con 14 años, el orden público español no podría impedir la eficacia de una norma extranjera que permitiera dicha posibilidad. *A sensu contrario*, R. DURÁN RIVACOBA & A. GONZÁLEZ GONZÁLEZ. “Edad, emancipación y matrimonio (con arreglo a la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria)”. *Actualidad civil n.º 1, enero 2016, Editorial Wolters Kluwer* sostienen que la posibilidad de que los aragoneses de 14 años contrajeran matrimonio no existe en nuestro ordenamiento en la medida que la competencia en materia de condiciones para contraer matrimonio corresponden exclusivamente al Estado.

59. Si consideramos que la tesis recién expuesta es válida, la única forma de que el orden público operara frente a los matrimonios en los que los contrayentes tuvieran menos de 16 años sería eliminando la posibilidad de emanciparse a los 14 años contemplada en el Derecho civil aragonés. Precisamente, tal y como reflejan las Resoluciones de la DGRN indicadas, en esta materia ya se ha producido en una ocasión la modificación de la edad mínima para contraer matrimonio (elevándose la edad de 12 años a 14), por lo que no habría obstáculo para volver a elevar dicho límite a 16 años si se procediera a hacer la modificación legislativa oportuna.

2. Impedimentos de disparidad de cultos

60. El Derecho musulmán recoge el impedimento de disparidad de cultos, que impide al hombre contraer matrimonio con una mujer que no sea de una de las tres religiones del libro (cristianismo, judaísmo o islam) y que, a su vez, imposibilita a la mujer contraer matrimonio con un varón no musulmán⁸⁵.

61. Este impedimento encuentra su fundamento en el propio Corán⁸⁶. Se parte de la idea de que los hijos deben seguir la religión del padre, por lo que en el caso de que la madre se casara con un hombre que no fuera de religión musulmana existiría un grave peligro de que su descendencia no estuviera educada en el Islam. En cambio, se permite cierta permisibilidad al hombre para contraer matrimonio con mujeres no musulmanas bajo la creencia de que éste sí ejercerá cierta influencia religiosa sobre ella, que impediría que la familia se apartara de las creencias islámicas⁸⁷.

62. De esta forma, el artículo 39 del Código de Familia de Marruecos recoge este impedimento matrimonial⁸⁸, al igual que lo hace el Código de Familia de Argelia⁸⁹. Resulta llamativo el caso de Túnez, que pese a no recoger expresamente dicha prohibición en su Código del Estatuto Personal, la jurisprudencia (Sentencia de 31 de enero de 1966 del Tribunal Supremo tunecino) y la Administración tunecina (Circular del Ministerio de Justicia de Túnez de 5 de noviembre de 1973) sí han entendido que dicho impedimento sigue vigente en su ordenamiento⁹⁰.

63. En relación con este asunto, los Estados occidentales se han mostrado reacios a admitir cualquier clase de restricción injustificada o discriminatoria al derecho a contraer matrimonio, considerando que un impedimento matrimonial *religionis causae* sería contrario al orden público⁹¹.

⁸⁵ Vid. A. MOTILLA DE LA CALLE/ P. LORENZO, *Derecho de familia islámico: problemas de adaptación al derecho español*, op. cit., p. 37. S. ACUÑA, R. DOMÍNGUEZ, P. LORENZO & A. MOTILLA DE LA CALLE (COORD.). *El matrimonio islámico y su eficacia en el derecho español*, op. cit., p. 50. JAMAL J. AHMAD NASIR. *The Islamic Law of Personal Status*, op. cit., pp. 69 - 70. JAMAL J. AHMAD NASIR. *The Status of Women under Islamic Law and Modern Islamic Legislation*, op. cit., pp. 42 - 43. En cualquier caso, cabe destacar que no todas las escuelas jurídicas islámicas coinciden en la validez de un matrimonio entre un hombre musulmán y una mujer no musulmana, vid. DAWOUD S. EL ALAMI. *The Marriage Contract in Islamic Law in the Shari'ah and Personal Status Laws of Egypt and Morocco*, op. cit., pp. 41 - 42.

⁸⁶ Sura II, aleya 221: "No os caséis con las idólatras hasta que no crean".

⁸⁷ A. MOTILLA DE LA CALLE & P. LORENZO. *Derecho de familia islámico: problemas de adaptación al derecho español*, op. cit., p. 37. M. D. CERVILLA GARZÓN/ I. ZURITA MARTÍN. *El Derecho de Familia Marroquí: La Mudawana 2004 desde el Derecho Español*, op. cit., p. 54. I. BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ. "La celebración del matrimonio con elementos extranjeros. El caso de los ciudadanos marroquíes", op. cit., p. 79, nota 14. M. A. CEBRIÁN SALVAT, "Derechos de inspiración islámica y celebración del matrimonio en España. Problemas de aplicación", op. cit., pp. 17 - 18.

⁸⁸ El art. 39.4 CFM establece: "Quedarán prohibidos el matrimonio: 4) de una musulmana con un hombre de otra confesión religiosa y el matrimonio de un musulmán con una mujer de otra confesión religiosa, excepto si ella pertenece a alguna de las religiones del Libro (cristiana o judía fundamentalmente)".

⁸⁹ A. MOTILLA DE LA CALLE. *La eficacia en España del Derecho de Familia Islámico: adaptación al Derecho Español de los Códigos marroquí, argelino y tunecino*, op. cit., pp. 24.

⁹⁰ M. A. CEBRIÁN SALVAT. "Derechos de inspiración islámica y celebración del matrimonio en España. Problemas de aplicación", op. cit., p. 18. A. MOTILLA DE LA CALLE, *La eficacia en España del Derecho de Familia Islámico: adaptación al Derecho Español de los Códigos marroquí, argelino y tunecino*, op. cit., p. 24.

⁹¹ A. MOTILLA DE LA CALLE, *La eficacia en España del Derecho de Familia Islámico: adaptación al Derecho Español de los Códigos marroquí, argelino y tunecino*, op. cit., p. 100.

64. Resulta evidente que admitir en nuestro ordenamiento un impedimento que establece diferencias discriminatorias entre el hombre y la mujer quebraría el mandato del artículo 32 de la Constitución, que dispone que el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. De igual manera, el impedimento de disparidad de cultos chocaría frontalmente con otros valores constitucionales como la libertad religiosa del artículo 16 de la Constitución o con el propio principio de igualdad entre hombres y mujeres contenido en el artículo 14 de la Constitución⁹².

65. En este sentido, en nuestro país tanto la DGRN como los tribunales españoles han afirmado en varias ocasiones lo siguiente en relación con el impedimento de disparidad de culto: “No cabe duda de que la norma marroquí que prohíbe el matrimonio de una musulmana con un varón no musulmán supone una limitación intolerable al *ius nubendi* de la mujer (artículo 32 CE), así como una discriminación infundada por razón de religión (artículo 14 CE) y una vulneración del principio constitucional de libertad religiosa (artículo 16 CE)”⁹³.

66. En conclusión, al chocar con todos los valores constitucionales mencionados, operaría necesariamente el límite del orden público frente a la aplicación del impedimento de disparidad de cultos, debido a su contenido claramente discriminatorio. Sin embargo, resulta conveniente destacar que si bien el matrimonio podría ser celebrado en España y generaría plenos efectos, la validez del mismo no sería reconocida en cualquier Estado musulmán que mantuviera en su legislación dicho impedimento matrimonial⁹⁴.

V. El consentimiento matrimonial

67. Tras haber analizado aquellas cuestiones del matrimonio islámico relativas a la capacidad de los contrayentes y a los impedimentos matrimoniales que serían más susceptibles de colisionar con nuestro orden público, es preciso detenerse en otro de los elementos fundamentales para la validez del matrimonio: el consentimiento. Al igual que ocurría con los asuntos relativos a la capacidad de los cónyuges, el consentimiento sigue siendo una materia cuya norma de conflicto viene recogida en la normativa nacional.

68. Las particularidades que presenta el Derecho islámico clásico en lo relativo a la prestación del consentimiento podrían resumirse en tres cuestiones: la posibilidad de forzar la celebración de matrimonio sin consentimiento de los contrayentes; la posibilidad de contraer un matrimonio temporal; y, por último, la intervención del *wali* como representante de la mujer en la emisión del consentimiento.

1. El matrimonio forzado (*djabr*)

69. El Derecho islámico clásico preveía la posibilidad de que el padre pudiera forzar a su hijo a contraer matrimonio sin su consentimiento o, incluso, con su clara oposición (*djabr*), especialmente si se trataba de hijas vírgenes⁹⁵. Si bien dicha posibilidad ha sido eliminada de las legislaciones de países

⁹² M. D. CERVILLA GARZÓN & I. ZURITA MARTÍN. *El Derecho de Familia Marroquí: La Mudawana 2004 desde el Derecho Español*, op. cit., pp. 54 y 188 - 189. J. V. GAVIDIA SÁNCHEZ. “Concepto constitucional del matrimonio, Código de Familia Marroquí y orden público internacional español”, op. cit., pp. 201 - 202. A. MOTILLA DE LA CALLE. *La eficacia en España del Derecho de Familia Islámico: adaptación al Derecho Español de los Códigos marroquí, argelino y tunecino*, op. cit., p. 101.

⁹³ Vid. SAP de Barcelona 17 enero 2012 (JUR\2012\94171), en la que se remite a la RDGRN de 4 de diciembre de 1991 y la RDGRN de 10 de junio de 1999.

⁹⁴ I. BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ. “La celebración del matrimonio con elementos extranjeros. El caso de los ciudadanos marroquíes”, op. cit., p. 80.

⁹⁵ S. ACUÑA, R. DOMÍNGUEZ, P. LORENZO & A. MOTILLA DE LA CALLE (COORD.). *El matrimonio islámico y su eficacia en el derecho español*, op. cit., p. 168. A. MOTILLA DE LA CALLE. *La eficacia en España del Derecho de Familia Islámico: adaptación al Derecho Español de los Códigos marroquí, argelino y tunecino*, op. cit., pp. 104 - 105.

como Marruecos, Argelia o Túnez⁹⁶, también es cierto que aún está reconocida en la de otros como Mauritania, donde es posible casar a un menor de edad que no esté en pleno uso de sus facultades mentales sin su consentimiento⁹⁷.

70. En nuestro ordenamiento, el artículo 45.1 del Código Civil es tajante al establecer que “No hay matrimonio sin consentimiento matrimonial”. Por tanto, aun cuando en virtud del artículo 9.1 del Código Civil resultara de aplicación una norma extranjera en relación con la regulación del consentimiento matrimonial, resulta lógico afirmar que no tendría cabida en ningún caso en el foro español un matrimonio en el que no existiere el consentimiento por parte de uno de los contrayentes⁹⁸.

71. Precisamente en esta línea, es conveniente recordar que el consentimiento matrimonial debe ser entendido como una declaración de voluntad de los contrayentes dirigida a constituir un matrimonio con el contenido y los fines predeterminados que éste tiene (vivir juntos, asistirse mutuamente, guardarse fidelidad, etc.)⁹⁹. De este modo, tampoco sería posible en nuestro ordenamiento el reconocimiento de los llamados “matrimonios de complacencia” o “matrimonios blancos”, donde los contrayentes llevan a cabo un acto de simulación con el objetivo de conseguir una serie de ventajas ajenas a los fines propios del matrimonio (obtención de la nacionalidad española, del permiso de residencia...) ¹⁰⁰. En la práctica han sido numerosos los casos en los que la DGRN ha impedido la inscripción de matrimonios entre español y marroquí por estos motivos ante indicios tan flagrantes como no hablar el mismo idioma o el escaso o inexistente conocimiento mutuo¹⁰¹.

2. El matrimonio temporal (*al-mut'a*)

72. Igualmente, en los inicios del Derecho islámico se preveía la posibilidad de celebrar matrimonios temporales o matrimonios de placer (*al-mut'a*), en los que la mujer carecía de derechos sucesorios y en los que los hijos no eran reconocidos como legítimos. Junto al término, las condiciones necesarias para la validez de dicho matrimonio eran la convivencia y la especificación de la dote. Sin embargo, en la actualidad dicha práctica sólo se admite en Irán¹⁰².

73. Ante la celebración de un matrimonio de estas características nuestro orden público volvería a operar como barrera. Dos serían los motivos. El primero se basaría en el artículo 45.2 del Código Civil,

⁹⁶ A. MOTILLA DE LA CALLE. *La eficacia en España del Derecho de Familia Islámico: adaptación al Derecho Español de los Códigos marroquí, argelino y tunecino*, op. cit., p. 105.

⁹⁷ M. A. CEBRIÁN SALVAT. “Derechos de inspiración islámica y celebración del matrimonio en España. Problemas de aplicación”, op. cit., p. 19.

⁹⁸ Así lo entiende igualmente S. ACUÑA, R. DOMÍNGUEZ, P. LORENZO & A. MOTILLA DE LA CALLE (COORD.). *El matrimonio islámico y su eficacia en el derecho español*, op. cit., p. 169 y A. MOTILLA DE LA CALLE. *La eficacia en España del Derecho de Familia Islámico: adaptación al Derecho Español de los Códigos marroquí, argelino y tunecino*, op. cit., p. 106. En concreto, En J. V. GAVIDIA SÁNCHEZ. “Concepto constitucional del matrimonio, Código de Familia Marroquí y orden público internacional español”, op. cit., p. 198 entiende que la no prestación de consentimiento no puede generar ningún efecto matrimonial en nuestro ordenamiento (derecho a la dote, impedimento de parentesco por afinidad...).

⁹⁹ En este sentido, C. LASARTE. *Derecho de Familia. Principios de Derecho Civil VI*, op. cit., pp. 44 y ss.

¹⁰⁰ C. LASARTE. *Derecho de Familia. Principios de Derecho Civil VI*, op. cit., p. 45.

¹⁰¹ S. ACUÑA, R. DOMÍNGUEZ, P. LORENZO & A. MOTILLA DE LA CALLE (COORD.). *El matrimonio islámico y su eficacia en el derecho español*, op. cit., pp. 170 - 171. A. MOTILLA DE LA CALLE. *La eficacia en España del Derecho de Familia Islámico: adaptación al Derecho Español de los Códigos marroquí, argelino y tunecino*, op. cit., pp. 106 - 107. A título de ejemplo de estos matrimonios de conveniencia, vid. RDGRN de 5 enero de 1999 (RJ\1999\10169), RDGRN de 3 enero 2006 (RJ\2006\6691) y RDGRN de 4 diciembre 2015 (JUR\2016\215813). Para una análisis crítico de la labor de la DGRN ante posibles supuestos de matrimonios de complacencia vid. I. BLÁZQUEZ RODRIGUEZ. “La celebración del matrimonio con elementos extranjeros. El caso de los ciudadanos marroquíes”, op. cit., pp. 89 y ss.

¹⁰² JAMAL J. AHMAD NASIR. *The Status of Women under Islamic Law and Modern Islamic Legislation*. op. cit., pp. 23 - 25. M. A. CEBRIÁN SALVAT. “Derechos de inspiración islámica y celebración del matrimonio en España. Problemas de aplicación”, op. cit., p. 20.

que impide el sometimiento del consentimiento matrimonial a un término¹⁰³. El segundo de ellos es la clara oposición de esta modalidad matrimonial con la dignidad de la mujer, dejando no sólo desprotegida a ésta, sino también a los hijos del matrimonio que se verían arrebatados de sus derechos, lo que colisiona con el artículo 39.2 de la Constitución¹⁰⁴.

74. En cualquier caso, es preciso destacar que no parece una hipótesis que pueda darse con frecuencia en el foro español, sobre todo si tenemos en cuenta que los países del Magreb también prohíben someter el consentimiento a condición o plazo¹⁰⁵.

3. La intervención del tutor matrimonial (*wali*)

75. Tal y como apuntamos previamente en un epígrafe anterior, dentro de un contexto jurídico y social marcado por la desigualdad entre hombres y mujeres, aparece la figura del tutor matrimonial para la mujer (*wali*) como un intento de equiparar las posiciones de los contrayentes en la negociación del contrato matrimonial¹⁰⁶.

76. En el Derecho islámico clásico la figura del *wali* consistía en la de un mandatario obligatorio, tratándose normalmente de un pariente cercano a ella (lo más común era que esta posición la ocupara el padre o el abuelo), cuya intervención era necesaria para la validez del vínculo. Este tutor matrimonial se encargaba de la negociación del contrato matrimonial (donde se insertan importantes elementos económicos como la dote o el derecho de la esposa a ser mantenida) y de la expresión del consentimiento en nombre de la mujer, pudiendo, incluso, en determinados casos acordar un matrimonio en contra de la voluntad de ésta¹⁰⁷. Pese a todo, es preciso destacar que para el *wali* esta facultad de negociar y acordar el matrimonio no sólo se articulaba, sino también como un deber de ejercitar esta potestad de acuerdo con los intereses de la mujer y teniendo en cuenta sus deseos¹⁰⁸.

77. No obstante, si bien es cierto que aún subsiste esta figura en numerosas legislaciones, es indudable que las sucesivas reformas legislativas han ido modificando su rol. Tal y como hemos señalado anteriormente, en los mencionados países del Magreb se ha eliminado la posibilidad legal de forzar el matrimonio de una mujer en contra de su voluntad. De este modo, en Marruecos la figura del *wali* se ha convertido en un derecho de la mujer, que podrá decidir si quiere contar o no con esta tutela matrimonial¹⁰⁹. Ahondando aún más en esta línea, en Túnez el consentimiento debe ser expresado directamente

¹⁰³ El art. 45.2 CC dispone: “La condición, término o modo del consentimiento se tendrá por no puesta”.

¹⁰⁴ El art. 39 CE preceptúa: “Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad”.

¹⁰⁵ En A. MOTILLA DE LA CALLE & P. LORENZO. *Derecho de familia islámico: problemas de adaptación al derecho español*, op. cit., p. 38 se afirma: “El consentimiento no puede estar sujeto a término ni a condición suspensiva”. A modo de ejemplo, el art. 11 CFM establece: “El consentimiento de ambas partes: 3) ser decisivo y no estar supeditado a un plazo o a una condición suspensiva o resolutoria”.

¹⁰⁶ Tal y como apunta DAWOUD S. EL ALAMI. *The Marriage Contract in Islamic Law in the Shari'ah and Personal Status Laws of Egypt and Morocco*, op. cit., p. 51 el objetivo del *wali* será proteger los intereses de la mujer en una sociedad de hombres.

¹⁰⁷ A. MOTILLA DE LA CALLE & P. LORENZO. *Derecho de familia islámico: problemas de adaptación al derecho español*, op. cit., pp. 37 - 38. S. ACUÑA, R. DOMÍNGUEZ, P. LORENZO & A. MOTILLA DE LA CALLE (COORD.). *El matrimonio islámico y su eficacia en el derecho español*, op. cit., pp. 42 - 43. M. D. CERVILLA GARZÓN & I. ZURITA MARTÍN. *El Derecho de Familia Marroquí: La Mudawana 2004 desde el Derecho Español*, op. cit., p. 28. M. A. CEBRIÁN SALVAT. “Derechos de inspiración islámica y celebración del matrimonio en España. Problemas de aplicación”, op. cit., p. 21. Pese a todo, es preciso señalar que la regla general contenida en la *Sharía* es la de que se requiere el consentimiento de una mujer con plenas facultades legales para casarla, vid. DAWOUD S. EL ALAMI. *The Marriage Contract in Islamic Law in the Shari'ah and Personal Status Laws of Egypt and Morocco*, op. cit., p. 57.

¹⁰⁸ DAWOUD S. EL ALAMI. *The Marriage Contract in Islamic Law in the Shari'ah and Personal Status Laws of Egypt and Morocco*, op. cit., pp. 52 - 53. Para más información sobre el *wali*, vid. JAMAL J. AHMAD NASIR. *The Islamic Law of Personal Status*, op. cit., pp. 186 - 196. JAMAL J. AHMAD NASIR. *The Status of Women under Islamic Law and Modern Islamic Legislation*, op. cit., pp. 49 - 52.

¹⁰⁹ El art. 25 CFM preceptúa: “La mujer mayor de edad podrá contratar personalmente su matrimonio o delegar a dichos

por los contrayentes¹¹⁰. Por su parte, Argelia se queda a medio camino entre la tradición y la reforma de la institución, estableciendo que el consentimiento matrimonial lo expresa la mujer, pero siendo obligatoria la presencia del walí como mandatario obligatorio en cualquier caso, lo que, sin duda, puede constituir en determinados casos un elemento intimidatorio para la mujer que se enfrenta a un matrimonio previamente concertado sin su consentimiento¹¹¹.

78. Se podría argumentar que la necesidad de un tutor matrimonial para la mujer como elemento de validez del matrimonio (que, a su vez, no es requerido para el varón) sería contrario al principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución o al mandato del artículo 32 de la Constitución, que prescribe que el hombre y la mujer deben contraer matrimonio en igualdad de condiciones¹¹². Además, no se nos escapa que el hecho de imponer esta representación a la futura esposa supone tratarla como si fuera una persona incapacitada, lo que, sin duda, es contrario a su propia dignidad¹¹³.

79. Sin embargo, en el presente trabajo consideramos que estos argumentos no son de la suficiente envergadura como para motivar la activación de nuestro orden público e impedir la inscripción en España de un matrimonio celebrado con la presencia de un walí.

80. En primer lugar, es preciso recordar que el artículo 55 del Código Civil recoge la posibilidad del matrimonio por apoderamiento¹¹⁴. De esta manera, podríamos establecer una cierta analogía entre este supuesto legal y la hipótesis contemplada en algunas de las legislaciones examinadas en las que la presencia del tutor matrimonial es una decisión de la mujer. En estos casos el walí no actuaría sino como un apoderado que emite el consentimiento de uno de los contrayentes.

81. En segundo lugar, no podemos negar que, en atención a la idiosincrasia de los países islámicos, la situación de la mujer musulmana es de inferioridad con respecto a la del hombre. Puede darse la circunstancia de que sea la propia mujer quien, aun consintiendo el matrimonio, desee la presencia del walí (que no olvidemos que en numerosos casos es su propio padre) como un mecanismo de garantía¹¹⁵. Si, por ejemplo, la mujer fuera quien solicitara la inscripción del matrimonio en España, no cabría duda alguna de que ésta habría consentido en contraer el mismo¹¹⁶. Entendiendo que el recurso al orden público debe ser restrictivo y que el elemento fundamental del consentimiento está presente, no parece coherente impedir la inscripción de un matrimonio por el mero hecho de que haya intervenido el walí¹¹⁷.

efectos en su padre o en uno de sus allegados”. Para un análisis más profundo de esta regulación, *vid.* M. D. CERVILLA GARZÓN & I. ZURITA MARTÍN. *El Derecho de Familia Marroquí: La Mudawana 2004 desde el Derecho Español*, op. cit., pp. 43 - 44.

¹¹⁰ A. MOTILLA DE LA CALLE. *La eficacia en España del Derecho de Familia Islámico: adaptación al Derecho Español de los Códigos marroquí, argelino y tunecino*, op. cit., p. 21.

¹¹¹ M. A. CEBRIÁN SALVAT. “Derechos de inspiración islámica y celebración del matrimonio en España. Problemas de aplicación”, op. cit., p. 21. A. MOTILLA DE LA CALLE. *La eficacia en España del Derecho de Familia Islámico: adaptación al Derecho Español de los Códigos marroquí, argelino y tunecino*, op. cit., p. 22.

¹¹² Estos argumentos se apuntan en M. A. CEBRIÁN SALVAT. “Derechos de inspiración islámica y celebración del matrimonio en España. Problemas de aplicación”, op. cit., p. 37.

¹¹³ Dicho razonamiento se recoge en M. D. CERVILLA GARZÓN & I. ZURITA MARTÍN. *El Derecho de Familia Marroquí: La Mudawana 2004 desde el Derecho Español*, op. cit., p. 190.

¹¹⁴ El art. 55.1 CC establece: “Uno de los contrayentes podrá contraer matrimonio por apoderado, a quien tendrá que haber concedido poder especial en forma auténtica, siendo siempre necesaria la asistencia personal del otro contrayente”. Para un mayor desarrollo sobre el matrimonio por apoderamiento en nuestro ordenamiento, *vid.* C. LASARTE. *Derecho de Familia. Principios de Derecho Civil VI*, op. cit., pp. 51 -52.

¹¹⁵ En M. D. CERVILLA GARZÓN & I. ZURITA MARTÍN. *El Derecho de Familia Marroquí: La Mudawana 2004 desde el Derecho Español*, op. cit., pp. 28 - 29 y 44 (nota 53) se recogen datos en los que se refleja cómo la mayoría de mujeres marroquíes siguen reticentes a contraer matrimonio sin contar con la asistencia del tutor matrimonial.

¹¹⁶ Al analizar esta misma cuestión en relación con la ausencia del walí como causa de anulabilidad del matrimonio en el Código de Familia de Marruecos, J. V. GAVIDIA SÁNCHEZ. “Concepto constitucional del matrimonio, Código de Familia Marroquí y orden público internacional español”, op. cit., p. 200 afirma que si es la mujer quien alega esta causa, puede tener garantizado su reconocimiento en el foro español, ya que la presencia del walí se configura como un derecho de la mujer. Sin embargo, también señala que se está permitiendo una diferencia de trato con respecto al hombre, que sólo tiene derecho a la representación en determinados supuestos.

¹¹⁷ Con diferentes matices, esta línea de razonamiento es la seguida en S. ACUÑA, R. DOMÍNGUEZ, P. LORENZO & A. MOTILLA DE

82. En cambio, en aquellos supuestos en los que la presencia del walí no escondiera otra cosa que una situación de coacción a la mujer para que contraiga un matrimonio para el que no ha prestado su consentimiento, es indudable que operaría la cláusula del artículo 12.3 del Código Civil.

VI. La poligamia y sus efectos colaterales

1. Cuestiones generales

83. La poligamia es la unión matrimonial de una persona con dos o más cónyuges de manera simultánea. Dos son las modalidades posibles de la poligamia: la poliandria (el matrimonio entre una mujer y varios hombres) y la poliginia (la unión del hombre con varias esposas), si bien esta última es la más extendida en aquellos países que tienen legalizado el matrimonio poligámico¹¹⁸.

84. La *Sharía* prevé la poligamia del hombre con hasta cuatro mujeres¹¹⁹, siempre y cuando el marido se encuentre en condiciones de mantener a todas sus esposas por igual¹²⁰. La previsión contenida en el texto sagrado suponía un avance de importante consideración en una época en la que los jefes de las tribus preislámicas podían llegar a tener hasta diez esposas¹²¹. Según la doctrina mayoritaria, el fundamento de la legalización de la poliginia se encuentra en la obligación de todo musulmán de atender y proteger a los huérfanos y a las viudas¹²².

85. En ningún caso se prevé la poliandria, constituyéndose el ligamen en un impedimento absoluto para la mujer, a diferencia del hombre para quien este impedimento sería sólo de carácter relativo¹²³. De igual forma, es necesario recordar que la poligamia es, en todo caso, una opción para el hombre musulmán y no una obligación¹²⁴.

86. La legalización de la poliginia contenida en la *Sharía* se ha trasladado a la práctica totalidad de las legislaciones islámicas¹²⁵, si bien en la actualidad se trata de una práctica en desuso y sometida a numerosas restricciones en varios países musulmanes¹²⁶.

LA CALLE (COORD.). *El matrimonio islámico y su eficacia en el derecho español*, op. cit., pp. 168 - 171, M. D. CERVILLA GARZÓN & I. ZURITA MARTÍN. *El Derecho de Familia Marroquí: La Mudawana 2004 desde el Derecho Español*, op. cit., p. 190. M. A. CEBRIÁN SALVAT. "Derechos de inspiración islámica y celebración del matrimonio en España. Problemas de aplicación", op. cit., p. 37.

¹¹⁸ Tanto es así que, pese a sus matices, los términos poligamia y poliginia llegan a utilizarse de manera indistinta. En este trabajo emplearemos ambos términos de forma sinónima. M. J. CERVILLA GARZÓN. "Identidad islámica y orden público: los efectos del matrimonio poligámico en el Sistema Español de Seguridad Social", op. cit., p. 239.

¹¹⁹ Sura IV, 3: "Si teméis no ser equitativos con los huérfanos, entonces, casaos con las mujeres que os gusten, dos, tres o cuatro".

¹²⁰ Sura IV, 129: "No podréis ser justos con vuestras mujeres, aun si lo deseáis. No seáis pues tan parciales que dejéis a una de ellas como en suspenso". Hay quien alega que el sometimiento de la poligamia a esta condición la convierte en prácticamente imposible en la práctica. En este sentido, *vid.* A. MOTILLA DE LA CALLE & P. LORENZO. *Derecho de familia islámico: problemas de adaptación al derecho español*, op. cit., pp. 34. P. JUÁREZ PÉREZ. "Jurisdicción española y poligamia islámica. ¿Un matrimonio forzoso?". *Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)*, N.º 23, 2012, p. 4.

¹²¹ S. ACUÑA, R. DOMÍNGUEZ, P. LORENZO & A. MOTILLA DE LA CALLE (COORD.). *El matrimonio islámico y su eficacia en el derecho español*, op. cit., p. 36. JAMAL J. AHMAD NASIR. *The Status of Women under Islamic Law and Modern Islamic Legislation*, op. cit., p. 25.

¹²² S. ACUÑA, R. DOMÍNGUEZ, P. LORENZO & A. MOTILLA DE LA CALLE (COORD.). *El matrimonio islámico y su eficacia en el derecho español*, op. cit., p. 37.

¹²³ A. MOTILLA DE LA CALLE & P. LORENZO. *Derecho de familia islámico: problemas de adaptación al derecho español*, op. cit., p. 34.

¹²⁴ A. FERNÁNDEZ-CORONADO GONZÁLEZ. "Matrimonio islámico, orden público y función promocional de los derechos fundamentales", op. cit., p. 141. JAMAL J. AHMAD NASIR. *The Status of Women under Islamic Law and Modern Islamic Legislation*, op. cit., p. 26. A. MOTILLA DE LA CALLE. *La eficacia en España del Derecho de Familia Islámico: adaptación al Derecho Español de los Códigos marroquí, argelino y tunecino*, op. cit., p. 87.

¹²⁵ 47 países admiten la poligamia, teniendo 26 de ellos una población mayoritariamente musulmana, *vid.* M. J. CERVILLA GARZÓN. "Identidad islámica y orden público: los efectos del matrimonio poligámico en el Sistema Español de Seguridad Social", op. cit., p. 239, nota 23.

¹²⁶ En A. MOTILLA DE LA CALLE & P. LORENZO. *Derecho de familia islámico: problemas de adaptación al derecho español*,

87. En Marruecos la Mudawana ha limitado en gran medida la capacidad del hombre de contraer matrimonio poligámico. Esta posibilidad se ha subordinado a la autorización del juez en un estricto procedimiento judicial regulado por este texto legal¹²⁷. En cualquier caso, además el Código de Familia de Marruecos prohíbe la poligamia tanto en el caso de que se haya incluido una cláusula en el contrato matrimonial vedando la facultad del marido de casarse con otras mujeres, como en el supuesto de que se tema que no se va a tratar de forma equitativa a todas las esposas¹²⁸.

88. Así mismo, la reforma del 2005 del Código de la Familia de Argelia siguió la misma línea que la marcada por la reforma marroquí al permitir la poliginia, pero sometida igualmente a la autorización del juez¹²⁹.

89. Por su parte, Túnez representa la excepción a la tónica general de las legislaciones musulmanas al prohibir expresamente en el artículo 18 del Código del Estatuto Personal la poligamia¹³⁰. En ningún caso la introducción de esta prohibición implicaba la ruptura del Derecho de familia tunecino con la *Sharía*, pues la justificación de la misma se fundamentó en el propio texto religioso, al entenderse que el requisito de trato equitativo a todas las esposas era de imposible cumplimiento¹³¹.

90. En relación con el foro español, dos serían las situaciones que podrían darse que guardarían relación con este tipo de unión matrimonial. En primer lugar, la celebración en nuestro país de un matrimonio en el que uno de los contrayentes ya estuviera casado, alegando para la validez de dicha unión la aplicación de la ley de la nacionalidad extranjera de uno o de ambos contrayentes (*ex. art. 9.1 CC*). En segundo lugar, la inscripción de un matrimonio poligámico en España celebrado válidamente en el extranjero. En ambos casos, nuestro orden público imposibilitaría, respectivamente, la celebración del matrimonio y la inscripción del mismo en el Registro Civil¹³².

91. No existe duda alguna de que la monogamia constituye uno de los principios básicos del orden público español. El Tribunal Supremo ha afirmado en múltiples ocasiones:¹³³

op. cit., p. 34., se razona que las reformas producidas en algunos países musulmanes en este sentido se deben al deseo del legislador de reducir los conflictos sucesorios entre las clases más adineradas y la intención de proteger a los hijos nacidos en el seno de familias más humildes. Igualmente, en M. D. CERVILLA GARZÓN & I. ZURITA MARTÍN. *El Derecho de Familia Marroquí: La Mudawana 2004 desde el Derecho Español*, op. cit., pp. 48 - 53 se explica que la reducción de los matrimonios poligámicos en Marruecos se debe a los numerosos problemas económicos que suele originar unido a cambios en los modelos educativos tanto para hombres como para mujeres. En A. ÁLVAREZ DEL CUVILLO. "Protección social de la familia e integración de los inmigrantes", en J. V. GAVIDIA SÁNCHEZ (COORD.). *Inmigración, Familia y Derecho*. Madrid, Marcial Pons, 2011, p. 426 se apunta a que dicha disminución está vinculada a transformaciones del modelo económico y productivo.

¹²⁷ Vid. arts. 41 y ss. CFM. Para un análisis más profundo de este procedimiento judicial *vid.* M. D. CERVILLA GARZÓN & I. ZURITA MARTÍN. *El Derecho de Familia Marroquí: La Mudawana 2004 desde el Derecho Español*, op. cit., pp. 48 - 53. I. ZURITA MARTÍN. "La poligamia en el derecho marroquí y sus efectos en el ordenamiento jurídico español". *Actualidad civil*, N° 1, *Quincena del 1 al 15 Enero 2012*, p. 33.

¹²⁸ Art. 40 CFM: "Estará prohibida la poligamia si cabe temer una injusticia hacia las esposas. Asimismo, quedará prohibida en el caso de existir una condición por parte de la esposa en virtud de la cual el marido se compromete a no contraer otro matrimonio más".

¹²⁹ A. MOTILLA DE LA CALLE. *La eficacia en España del Derecho de Familia Islámico: adaptación al Derecho Español de los Códigos marroquí, argelino y tunecino*, op. cit., p. 25.

¹³⁰ A. MOTILLA DE LA CALLE. *La eficacia en España del Derecho de Familia Islámico: adaptación al Derecho Español de los Códigos marroquí, argelino y tunecino*, op. cit., p. 25.

¹³¹ M. A. CEBRIÁN SALVAT. "Derechos de inspiración islámica y celebración del matrimonio en España. Problemas de aplicación", op. cit., pp. 18. A. MOTILLA DE LA CALLE. *La eficacia en España del Derecho de Familia Islámico: adaptación al Derecho Español de los Códigos marroquí, argelino y tunecino*, op. cit., pp. 25 -26.

¹³² La DGRN ha denegado la inscripción de segundas uniones matrimoniales por haber sido contraídas cuando el primer matrimonio seguía vigente, incluso aunque en la actualidad ese primer vínculo estuviera disuelto válidamente. En este sentido, *vid.* Res. RDGRN de 2 septiembre 2010 (JUR/2011/315107), que afirma: "El estado civil de los contrayentes en el momento de la celebración del matrimonio es un dato obligado en la inscripción (cfr. arts. 35 L. R. C. y 12 y 258 R. R. C) y en el Registro Civil español no puede practicarse una inscripción de matrimonio en la que conste que uno de los contrayentes, en este caso el español, está casado cuando se celebra el acto". P. JUÁREZ PÉREZ. "Jurisdicción española y poligamia islámica. ¿Un matrimonio forzoso?", op. cit., p. 18.

¹³³ *Vid.* STS 19 junio 2008 (RJ/2008/6478), STS 14 julio 2009 (RJ/2009/7068) o STS 26 febrero 2010 (RJ/2010/1571).

“[L]a poligamia no es simplemente algo contrario a la legislación española, sino algo que repugna al orden público español, que constituye siempre un límite infranqueable a la eficacia del Derecho extranjero. (...) [L]a poligamia presupone la desigualdad entre mujeres y hombres, así como la sumisión de aquéllas a éstos”.

92. En este sentido, en nuestro ordenamiento el artículo 46.2 del Código Civil recoge el impedimento de ligamen, que imposibilita la unión de una persona con varios cónyuges¹³⁴. Así mismo, ahondado aún más en esta línea de repulsa hacia la poligamia, en el orden penal se tipifica en el artículo 217 la bigamia como un delito¹³⁵.

93. Incluso, podríamos traer a colación la Resolución del Parlamento Europeo “sobre la inmigración femenina: papel y situación de las mujeres inmigrantes en la Unión Europea”¹³⁶, en la que se insta a los Estados miembros a tomar medidas contra los matrimonios forzosos, la mutilación genital o la poligamia¹³⁷ y a estudiar la posibilidad de prohibir los matrimonios polígamos¹³⁸. La Resolución entiende que la poligamia es una institución discriminatoria para la mujer y, por tanto, contraria a su dignidad, al igual que los otros fenómenos que menciona. No obstante, aun tratándose todas ellas de realidades con componentes discriminatorios, cabría preguntarse si realmente un delito contra la integridad física es verdaderamente equiparable a la poligamia.

94. Volviendo al ordenamiento español, tampoco cabría olvidar cómo la DGRN ha manifestado tajantemente en diferentes resoluciones el rechazo frontal hacia la poligamia al afirmar que atenta “contra la dignidad constitucional de la persona y contra la concepción española del matrimonio”¹³⁹.

95. No obstante, alguna crítica podría realizarse a la manida afirmación de la DGRN. Se alega reiteradamente el ataque que esta institución produce contra la dignidad de la mujer, lo que no podemos negar si tenemos en cuenta la clara discriminación que se establece al permitir al varón contraer matrimonio con varias mujeres, pero no autorizar el escenario contrario. Sin embargo, bien cabría destacar que en lo referente al matrimonio islámico, tan discriminatorio es el matrimonio monógamo como el poligámico, en la medida en que se parte de la desigualdad entre los cónyuges, lo que provoca la atribución de derechos y deberes diferentes a cada una de las partes. Ello no ha obstado, sin embargo, para que aquellas uniones que adopten la primera forma se inscriban en el Registro Civil¹⁴⁰.

96. De hecho, podríamos plantear la hipótesis de una legislación extranjera que permitiera tanto la poliginia como la poliandria y la DGRN seguiría imposibilitando, con base en los artículos ya mencionados, la inscripción de un matrimonio en el que hubiera una pluralidad de cónyuges¹⁴¹. De esta manera, lo que parece resultar verdaderamente relevante para la DGRN es el choque frontal de la poligamia con

¹³⁴ El art. 46.2 CC establece: “No pueden contraer matrimonio: 2.º Los que estén ligados con vínculo matrimonial”.

¹³⁵ El art. 217 CP dispone: “El que contrajere segundo o ulterior matrimonio, a sabiendas de que subsiste legalmente el anterior, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año”. Para un análisis de la evolución del delito de bigamia en nuestro ordenamiento, *vid.* P. JUÁREZ PÉREZ. “Jurisdicción española y poligamia islámica. ¿Un matrimonio forzoso?”, *op. cit.*, pp. 21 - 26.

¹³⁶ 2006/2010 (INI).

¹³⁷ Epígrafe 35.

¹³⁸ Epígrafe 36.

¹³⁹ *Vid.* RDGRN de 11 de mayo de 1994 (RJ\1994\5022), RDGRN de 3 de diciembre de 1996 (RJ\1997\7371), RDGRN de 14 de mayo de 2001 (RJ\2002\1728), RDGRN de 24 de octubre de 2005 (JUR\2006\266812) o RDGRN de 27 de abril de 2012 (JUR\2013\17322), entre otras. Para una reflexión sobre la inclusión del impedimento de ligamen como parte de nuestro orden público, *vid.* A. ÁLVAREZ DEL CUVILLO. “Protección social de la familia e integración de los inmigrantes”. en J. V. GAVIDIA SÁNCHEZ (COORD.). *Inmigración, Familia y Derecho*. Madrid, Marcial Pons, 2011, pp. 429 - 433.

¹⁴⁰ En ese sentido, *vid.* P. JUÁREZ PÉREZ. “Jurisdicción española y poligamia islámica. ¿Un matrimonio forzoso?”, *op. cit.*, pp. 12 - 13 y p. 19.

¹⁴¹ En esta línea, en I. ZURITA MARTÍN. “La poligamia en el derecho marroquí y sus efectos en el ordenamiento jurídico español”, *op. cit.* p. 38 se recuerda, que ante la pregunta de qué ocurriría si la norma extranjera permitiera tanto la poliandria como la poligamia, se ha contestado que “tanto una como otra institución contravendría el deber de fidelidad a un solo hombre o a una sola mujer que es contenido esencial del matrimonio que define nuestro ordenamiento”.

la concepción occidental y monógama del matrimonio, más allá del eventual componente discriminatorio que exista.

97. No obstante, también resulta adecuado señalar que se han esgrimido diversos argumentos para señalar que la poligamia (al menos tal y como está configurada hoy día) atenta contra el principio de igualdad entre hombres y mujeres, en la medida que supone una manifestación más de la relación de dominación del hombre sobre la mujer. Sin embargo, ésta no es necesariamente una característica intrínseca y exclusiva de la poligamia, en tanto que el matrimonio monógamo también puede configurarse en torno a este modelo de subordinación de la mujer al hombre¹⁴².

98. Junto al choque de la institución con los valores esenciales del orden público español, se alegan diversas razones económicas y fiscales para impedir el reconocimiento de la poligamia basadas en el incremento de gasto del erario público. No obstante, también se ha alegado que dicho incremento del gasto sería compensado por el incremento de natalidad que supondría reconocer dichos matrimonios en un continente cada vez más envejecido¹⁴³.

99. Por otro lado, parece apropiado destacar que hay quien ha argumentado a favor de la legalización de la poligamia en España¹⁴⁴. De igual manera que la heterosexualidad o la indisolubilidad del vínculo ya no son características esenciales del matrimonio español¹⁴⁵, una eventual reforma podría posibilitar el establecimiento de varios vínculos simultáneos.

100. En cualquier caso, resulta claro que ésta no es la situación actual en nuestro país, de modo que tendremos que seguir considerando la monogamia como un principio esencial de nuestro ordenamiento para el análisis de las siguientes cuestiones. Por tanto, es indudable, en definitiva, que más allá del grado de conexión, el ordenamiento español no puede reconocer la validez de un segundo vínculo conyugal mientras persista el primero, independientemente de si ese matrimonio se ha llevado a cabo en territorio nacional o en el extranjero. No obstante, en el supuesto de que el matrimonio se haya celebrado en el extranjero conforme a otra legalidad, podríamos posicionarnos a favor de la aplicación del orden público atenuado, de tal modo que el matrimonio poligámico fuese tratado como un matrimonio putativo y se reconocieran ciertos efectos que no fueren considerados dañinos para la sociedad española. En última instancia, la aplicación de este orden público atenuado vendría justificada en la protección de las partes más vulnerables, que en estos casos son las esposas y los hijos¹⁴⁶.

101. Por tanto, procederemos a examinar en qué medida la poligamia, pese a su radical nulidad en nuestra legislación, puede generar alguna clase de efecto jurídico en el foro español. Nos centraremos básicamente en tres cuestiones: la concesión o no de la nacionalidad española, el reagrupamiento familiar y el reparto de la pensión de viudedad entre las esposas del causante.

¹⁴² A. ÁLVAREZ DEL CUVILLO. "Protección social de la familia e integración de los inmigrantes". en J. V. GAVIDIA SÁNCHEZ (COORD.). *Inmigración, Familia y Derecho*. Madrid, Marcial Pons, 2011, pp. 426 - 427.

¹⁴³ A. MOTILLA DE LA CALLE. "Multiculturalidad, Derecho Islámico y ordenamiento secular; los supuestos de poligamia y el repudio", op. cit., p. 201.

¹⁴⁴ Sobre la viabilidad de una posible legalización de la poligamia en España, *vid.* P. JUÁREZ PÉREZ. "Jurisdicción española y poligamia islámica. ¿Un matrimonio forzoso?", op. cit., pp. 10 - 13. En cualquier caso, una eventual reforma del matrimonio en nuestro país en este sentido implicaría legalizar tanto la poliandria como la poliginia, de lo contrario se estaría quebrantando el principio de igualdad del art. 14 CE.

¹⁴⁵ Para un comentario de las características tradicionales del matrimonio occidental, *vid.* C. LASARTE. *Derecho de Familia. Principios de Derecho Civil VI*, op. cit., pp. 16 - 20.

¹⁴⁶ M. D. CERVILLA GARZÓN & I. ZURITA MARTÍN. *El Derecho de Familia Marroquí: La Mudawana 2004 desde el Derecho Español*, op. cit., p. 52. A. MOTILLA DE LA CALLE. "Multiculturalidad, Derecho Islámico y ordenamiento secular; los supuestos de poligamia y el repudio", op. cit., pp. 201 - 202. I. ZURITA MARTÍN. "La poligamia en el derecho marroquí y sus efectos en el ordenamiento jurídico español", op. cit. p. 36. P. JUÁREZ PÉREZ. "Jurisdicción española y poligamia islámica. ¿Un matrimonio forzoso?", op. cit., pp. 20 - 21. Así mismo, *vid.* RDGRN de 23 mayo 1994 (RJ/1994/5076) y RDGRN de 10 julio 1996 (RJ/1996/9703) que reconocen la capacidad del matrimonio islámico de generar los efectos del matrimonio putativo.

2. Los efectos colaterales de la poligamia

102. En primer lugar, con respecto a la adquisición de la nacionalidad española, el artículo 22 del Código Civil exige para la adquisición de la misma por residencia, entre otros requisitos, justificar “buena conducta cívica y suficiente grado de integración en la sociedad española”¹⁴⁷. Se trata de un complejo concepto jurídico indeterminado cuya concreción le va a corresponder a los tribunales.

103. El Tribunal Supremo se ha pronunciado en numerosas ocasiones afirmando que el mero hecho de ser polígamo implica una prueba clara de que el extranjero no reúne el suficiente grado de integración en la sociedad española. A este respecto, afirma:¹⁴⁸

[N]o hay discriminación en considerar que el polígamo no satisface el requisito del “suficiente grado de integración en la sociedad española” del art. 22.4 CC (LEG 1889, 27) , ya que no es lo mismo residir en España -algo que sólo se podría prohibir al polígamo si una ley española así lo previese- que adquirir la nacionalidad española, que comporta toda una serie de derechos, incluidos el de sufragio activo y pasivo y el de acceder a los cargos y funciones públicas. (...) Es perfectamente ajustado a derecho, por ello, que la Administración española considere que alguien cuyo estado civil es atentatorio contra el orden público español no ha acreditado un “suficiente grado de integración en la sociedad española”.

104. Incluso, en ocasiones, los Tribunales han llevado a cabo una actuación excesivamente preventiva al no otorgar la nacionalidad a una persona que vive como monógama, pero optó en el momento de contraer matrimonio por la posibilidad de poder constituir nuevos vínculos matrimoniales¹⁴⁹. Esta decisión se ha criticado por la doctrina, que además la considera innecesaria, pues el ordenamiento puede articular otras sanciones en el caso de que se materialice el matrimonio poligámico (pérdida de la nacionalidad o nulidad de la segunda unión)¹⁵⁰.

105. Resulta llamativa esta postura tan férrea del Tribunal Supremo en relación con la concesión de la nacionalidad española al polígamo. Y esto es así porque no ha mostrado esa misma dureza con respecto a otros solicitantes que, por ejemplo, no dominaban plenamente la lengua española o pertenecían a comunidades religiosas radicales, que precisamente abogan por la no integración en la sociedad occidental. En estos casos el Tribunal Supremo entendió que la concurrencia de uno de estos elementos no era suficiente por sí solo para determinar la falta de integración¹⁵¹.

106. De hecho, a diferencia del idioma o de la pertenencia a una comunidad radical, el obstáculo que representa la poligamia sería fácilmente salvable mediante la activación del orden público que anularía los matrimonios posteriores al primero. De esta manera, no parece haber un verdadero obstáculo para conceder la nacionalidad a un extranjero polígamo que acredite tener un trabajo estable, un buen conocimiento de la lengua española o una familia estable¹⁵².

107. Así mismo, hay quien ha señalado la situación tan paradójica que se puede llegar a originar con esta interpretación: el hombre que desee integrarse en un sistema jurídico que preconiza la igualdad

¹⁴⁷ El art. 22.4 CC dispone: “El interesado deberá justificar, en el expediente regulado por la legislación del Registro Civil, buena conducta cívica y suficiente grado de integración en la sociedad española”.

¹⁴⁸ STS 19 junio 2008 (RJ\2008\6478). En la misma línea, *vid.* STS 19 diciembre 2011 (RJ\2012\2876) y STS 14 diciembre 2017 (RJ\2017\5610).

¹⁴⁹ *Vid.* SAN 17 diciembre 2009 (JUR\2010\17359).

¹⁵⁰ En este sentido, *vid.* P. JUÁREZ PÉREZ. “Jurisdicción española y poligamia islámica. ¿Un matrimonio forzoso?”, *op. cit.*, pp. 29 - 30.

¹⁵¹ Para un mejor análisis de estos supuestos, *vid.* I. ZURITA MARTÍN. “La poligamia en el derecho marroquí y sus efectos en el ordenamiento jurídico español”, *op. cit.* pp. 34 -35.

¹⁵² Así lo entiende igualmente I. ZURITA MARTÍN. “La poligamia en el derecho marroquí y sus efectos en el ordenamiento jurídico español”, *op. cit.* pp. 37 - 38.

entre hombres y mujeres como uno de sus valores superiores debe abandonar a una de esas esposas, lo que, sin duda, puede llegar a resultar un escenario mucho más perjudicial para éstas¹⁵³.

108. En segundo lugar, en relación con el reagrupamiento familiar, el artículo 17 de la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social dispone que no será posible reagrupar a más de un cónyuge aunque el extranjero residente tenga varios¹⁵⁴. De este modo, la norma está reconociendo implícitamente al hombre la facultad de elegir a cuál de sus esposas quiere reagrupar, siempre y cuando no conviva ya con una de ellas en España¹⁵⁵.

109. Resulta evidente la paradoja creada por la norma en materia de extranjería. Se parte de la premisa de que la poligamia es una institución discriminatoria y, por tanto, se veda la entrada al reagrupamiento de más de un cónyuge. Sin embargo, ello implica que el varón polígamo va a decidir cuál de todas sus cónyuges va a poder solicitar la residencia, lo que, sin duda, es claramente discriminatorio y sitúa a la mujer en una posición de subordinación a su marido¹⁵⁶.

110. Sin entrar en la conveniencia o no de permitir la reagrupación de todas las esposas, parece evidente que, al menos, existe una solución menos discriminatoria (y más coherente desde un punto de vista jurídico) si sólo se va a permitir que el marido puede reagrupar a una única esposa. Consistiría en arrebatarle la posibilidad de escoger a qué cónyuge quiere traer a España, determinando que tendría que reagrupar necesariamente a la primera esposa, dado que el resto de uniones matrimoniales son nulas para el ordenamiento español.

111. En tercer lugar, en relación con la pensión de viudedad, el artículo 219 de la Ley General de Seguridad Social resulta claro al afirmar que tiene derecho a dicha prestación “el cónyuge superviviente”¹⁵⁷. En ningún momento, como resulta lógico a la luz de la regulación nacional sobre el matrimonio, se hace referencia a la posibilidad de que existan varios cónyuges. He aquí donde se suscita la polémica en torno a si la aplicación de un orden público atenuado posibilitaría el reconocimiento de la pensión de viudedad para todas las esposas supervivientes del causante por tratarse de un efecto colateral positivo para la parte más débil de la relación, aunque la unión poligámica sea radicalmente nula¹⁵⁸.

¹⁵³ A. ÁLVAREZ DEL CUVILLO. “Protección social de la familia e integración de los inmigrantes”, op. cit., pp. 432 - 433.

¹⁵⁴ El art. 17 Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. «BOE» núm. 10, de 12 de enero de 2000 preceptúa: “1. El extranjero residente tiene derecho a reagrupar con él en España a los siguientes familiares: a) El cónyuge del residente, siempre que no se encuentre separado de hecho o de derecho, y que el matrimonio no se haya celebrado en fraude de ley. En ningún caso podrá reagruparse a más de un cónyuge aunque la ley personal del extranjero admita esta modalidad matrimonial (...)”.

¹⁵⁵ P. JUÁREZ PÉREZ. “Jurisdicción española y poligamia islámica. ¿Un matrimonio forzoso?”, op. cit., p. 31. A. MOTILLA DE LA CALLE. *La eficacia en España del Derecho de Familia Islámico: adaptación al Derecho Español de los Códigos marroquí, argelino y tunecino*, op. cit., p. 94.

¹⁵⁶ En A. QUIÑONES ESCÁMEZ. *Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa*. Barcelona, Fundación La Caixa, 2000, pp. 54- 55 se propone la entrada en el territorio de todas las esposas, garantizándoles un permiso de residencia independiente para facilitar su emancipación. A. FERNÁNDEZ-CORONADO GONZÁLEZ. “Matrimonio islámico, orden público y función promocional de los derechos fundamentales”, op. cit., p. 143. A. MOTILLA DE LA CALLE. “Multiculturalidad, Derecho Islámico y ordenamiento secular; los supuestos de poligamia y el repudio”, op. cit., p. 203. En sentido contrario, en I. ZURITA MARTÍN. “La poligamia en el derecho marroquí y sus efectos en el ordenamiento jurídico español”, op. cit. p. 38 se defiende que no es viable la reagrupación de más de una esposa (al igual que no sería posible que todas ostentaran derecho a subrogarse en la vivienda arrendada), ya que supondría “otorgar refrendo legal a la convivencia poligámica”.

¹⁵⁷ El art. 219 LGSS establece: “Tendrá derecho a la pensión de viudedad, con carácter vitalicio, salvo que se produzca alguna de las causas de extinción que legal o reglamentariamente se establezcan, el cónyuge superviviente de alguna de las personas a que se refiere el artículo 217.1 (...)”.

¹⁵⁸ No parece sensato plantearse la hipótesis contrario: el hombre polígamo que se beneficie de varias pensiones de viudedad por el fallecimiento de sus esposas. Tal y como apunta A. ÁLVAREZ DEL CUVILLO. “Protección social de la familia e integración de los inmigrantes”, op. cit., p. 436, puesto que “se estaría obteniendo un beneficio de una situación prohibida por el ordenamiento”.

112. A este respecto es preciso recordar que España ha suscrito Convenios internacionales tanto con Marruecos¹⁵⁹ como con Túnez¹⁶⁰ en materia de Seguridad Social. En ambos textos se establece que en el caso de que el causante sea marroquí o tunecino la pensión de viudedad debe ser repartida por partes iguales entre todas sus viudas¹⁶¹. De este modo, la cuestión queda zanjada para aquellos supuestos en los que resulte de aplicación estos Convenios, pero no así para todos los que estén fuera de su ámbito de aplicación.

113. Ante estas situaciones que no tienen prevista una clara regulación legal, los Tribunales españoles han ido conformando una jurisprudencia caracterizada por la falta de unanimidad¹⁶². Tres han sido las líneas entre las que han optado los jueces españoles:¹⁶³ en primer lugar, la concesión de la pensión en exclusiva a la primera esposa, dado que la poligamia es contraria al ordenamiento y no puede generar efectos; en segundo lugar, el reparto de esta prestación entre las viudas en función del tiempo de convivencia con el causante; y, por último, el reparto de la pensión de viudedad por igual entre todas las esposas supervivientes. Hasta el día de hoy ningún Tribunal ha optado por reconocer la pensión íntegra a cada una de las viudas.

114. Hasta 2018 solamente se habían pronunciado al respecto los Tribunales Superiores de Justicia de diferentes Comunidades Autónomas, por lo que la Sentencia de 24 de enero de 2018¹⁶⁴ supuso la primera vez que el Tribunal Supremo resolvía una cuestión de estas características. El Alto Tribunal aplica de manera análoga el Convenio de Marruecos en un supuesto que no se encontraba dentro de su ámbito, consolidando de esta manera el reparto equitativo de la pensión de viudedad entre todas las viudas como la solución a los supuestos no previstos en la normativa internacional¹⁶⁵. El Tribunal Supremo entendió que si la solución del reparto igualitario se recogía en el Convenio con Marruecos implicaba que tal posibilidad no podía ser contraria al orden público. A partir del Convenio, el Tribunal realiza una interpretación extensiva para todos los supuestos semejantes.

115. A este respecto, resulta importante destacar que para llegar a esta solución, tal y como apunta Juárez Pérez: “No ha cambiado la ley, ha cambiado la percepción que de esta institución venían manteniendo algunos órganos judiciales, con el Tribunal Supremo a la cabeza, en nuestro país”¹⁶⁶.

¹⁵⁹ Instrumento de Ratificación de 5 de julio de 1982 del Convenio sobre Seguridad Social entre España y el Reino de Marruecos, firmado en Madrid el 8 de noviembre de 1979. BOE núm. 245, de 13 de octubre de 1982. Última modificación: 24 de noviembre de 2001

¹⁶⁰ Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República de Túnez, de 26 de febrero de 2001 (en vigor desde 1 de enero de 2002). BOE núm. 309, de 26 de diciembre de 2001.

¹⁶¹ El art. 23 del Convenio marroquí dispone: “La pensión de viudedad causada por un trabajador marroquí será distribuida en su caso, por partes iguales y definitivamente entre quienes resulten ser, conforme a la legislación marroquí, beneficiarias de dicha prestación”. Por su parte, el art. 24 del Convenio con Túnez preceptúa: “En caso de que exista más de una viuda con derecho, la pensión de supervivencia se repartirá entre ellas a partes iguales”.

¹⁶² Para un análisis más detenido de las distintas decisiones tomadas por los Tribunales españoles en esta materia, *vid.* I. ZURITA MARTÍN. “La poligamia en el derecho marroquí y sus efectos en el ordenamiento jurídico español”, *op. cit.* pp. 36 -37. P. JUÁREZ PÉREZ. “Jurisdicción española y poligamia islámica. ¿Un matrimonio forzoso?”, *op. cit.*, pp. 37 - 41. M. J. VALVERDE MARTÍNEZ & J. CARRASCOSA GONZÁLEZ. “Poligamia en Marruecos y pensión de viudedad en España. El Tribunal Supremo y el orden público internacional atenuado”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 10, N.º. 2, 2018, pp. 722 - 723. M. J. CERVILLA GARZÓN. “Identidad islámica y orden público: los efectos del matrimonio poligámico en el Sistema Español de Seguridad Social”, *op. cit.*, pp. 254 - 256.

¹⁶³ Seguimos en esta sistematización de las líneas jurisprudenciales a P. JUÁREZ PÉREZ. “Una victoria (póstuma) de las viudas de la poligamia del Sáhara español: la STSJ de Madrid de 14 de junio de 2008”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. II, N.º. 1, 2019, p. 811.

¹⁶⁴ STS de 24 enero de 2018 (RJ\2018\130).

¹⁶⁵ Para un comentario de esta Sentencia, *vid.* M. J. VALVERDE MARTÍNEZ & J. CARRASCOSA GONZÁLEZ. “Poligamia en Marruecos y pensión de viudedad en España. El Tribunal Supremo y el orden público internacional atenuado”, *op. cit.*, pp. 11 - 14. M. J. CERVILLA GARZÓN. “Identidad islámica y orden público: los efectos del matrimonio poligámico en el Sistema Español de Seguridad Social”, *op. cit.*, pp. 256 - 262.

¹⁶⁶ P. JUÁREZ PÉREZ. “Una victoria (póstuma) de las viudas de la poligamia del Sáhara español: la STSJ de Madrid de 14 de junio de 2008”, *op. cit.*, p. 812.

116. Igualmente, es necesario señalar que la Sentencia tiene un Voto Particular firmado por dos Magistrados¹⁶⁷. La argumentación de dicho Voto se basa en la idea de que la poligamia es completamente contraria a nuestro orden público y que, de hecho, es constitutiva de delito. Los Magistrados defienden que la integración de la población musulmana no debería hacerse a costa de nuestro sistema de valores constitucionales, entre los que se incluye la dignidad de la mujer. No obstante, cabría recordar que precisamente es la intención de proteger a la mujer y no dejarla en una situación de vulnerabilidad la que lleva al reconocimiento de su derecho al acceso a la pensión de viudedad, aún en supuesto de poliginia¹⁶⁸.

117. Si tenemos en cuenta que el objetivo último de la aplicación del orden público es la protección de nuestros valores constitucionales, no cabe duda de que el reparto equitativo de esta pensión entre todas las viudas del causante polígamo resulta mucho más protector para la parte débil de esta relación (que son las mujeres) que el no reconocimiento de cualquier efecto a la poliginia por tratarse de una institución discriminatoria¹⁶⁹.

118. Aún así, podría ser interesante preguntarse si realmente es protector para la mujer tener que repartirse una única pensión de viudedad entre varias personas (ya sea de forma equitativa o prorrateada). Sin embargo, es preciso recordar que si bien el ordenamiento jurídico español debe buscar la igual protección de todas las esposas del hombre polígamo, igualmente debe tratar que las soluciones articuladas no supongan ni un incremento excesivo del gasto ordinario para este tipo de casos ni un fomento de la poligamia, en tanto que es una situación no deseada por nuestro sistema jurídico¹⁷⁰. En cualquier caso, parece obvio que la solución adoptada por el Tribunal Supremo resulta más protectora para todas las viudas que dejar a alguna de éstas sin ningún tipo de ayuda económica.

119. Bien es cierto que queda una duda pendiente que no ha sido resuelta por el Tribunal Supremo: ¿Cuál debe ser la solución en los supuestos en los que el fallecido no fuera ni marroquí ni tunecino y, por tanto, no fueran de aplicación los Convenios anteriormente mencionados? Podría alegarse que en estos supuestos sólo debería reconocerse la pensión a una de las esposas, puesto que de lo contrario el Tribunal Supremo estaría llegando a suplantar la acción del legislador al llevar a cabo una interpretación excesivamente amplia¹⁷¹. Sin embargo, considero que el foco de atención debe ponerse en el carácter excepcional de la cláusula de orden público. Es difícilmente defendible alegar que el reparto de una pensión de viudedad entre las viudas del polígamo atenta contra nuestro orden público precisamente cuando dicha solución ya está prevista en nuestro ordenamiento en dos Convenios. No es lógico sostener que el reconocimiento de todas las esposas como viudas para el reparto de dicha pensión no es contrario al orden público si el fallecido es marroquí, pero sí lo es si, por ejemplo, es nacional de Gambia o Senegal. Tras la Sentencia del Alto Tribunal, la diferencia entre que el supuesto de hecho caiga o no dentro del ámbito de uno de estos Convenios radicará en el tipo de reparto que se realiza de la pensión. En aquellos supuestos en los que se aplica directa o extensivamente el Convenio de Marruecos o Túnez, la solución será el reparto por igual entre las viudas de la pensión. En cambio, en el resto de supuestos al no haber

¹⁶⁷ Voto particular que formula Don José Luis Requero Ibáñez al que se adhiere Don Jorge Rodríguez Zapata Pérez a la Sentencia dictada en el Recurso de Casación 98/2017.

¹⁶⁸ En este mismo sentido, *vid.* M. J. CERVILLA GARZÓN. “Identidad islámica y orden público: los efectos del matrimonio poligámico en el Sistema Español de Seguridad Social”, *op. cit.*, p. 259.

¹⁶⁹ En este sentido, *vid.* A. MOTILLA DE LA CALLE. La eficacia en España del Derecho de Familia Islámico: adaptación al Derecho Español de los Códigos marroquí, argelino y tunecino, *op. cit.*, pp. 87 -99. En cambio, M. J. CERVILLA GARZÓN. “Identidad islámica y orden público: los efectos del matrimonio poligámico en el Sistema Español de Seguridad Social”, *op. cit.*, pp. 260 - 262 entiende que, si bien debe reconocerse el derecho a acceder a esa prestación a todas las viudas, considera que a nivel técnico-jurídico no deja de ser dudosa la interpretación extensiva del Convenio de Marruecos y considera que debería optarse por el reparto en función del tiempo de convivencia con el causante, tal y como prevé el art. 220 LGSS para los supuestos de crisis matrimonial.

¹⁷⁰ A. ÁLVAREZ DEL CUVILLO. “Protección social de la familia e integración de los inmigrantes”, *op. cit.*, p. 436.

¹⁷¹ Así lo entiende M. J. CERVILLA GARZÓN. “Identidad islámica y orden público: los efectos del matrimonio poligámico en el Sistema Español de Seguridad Social”, *op. cit.*, pp. 260 - 262, que considera que la solución de esta problemática debe pasar necesariamente por un cambio en la legislación.

prevista una solución específica en la normativa debería procederse al prorrateo de la pensión según el tiempo de convivencia, aplicándose así analógicamente el art. 220 LGSS¹⁷².

120. Por último, es importante reseñar que, además de los ya mencionados, otros podrían ser los efectos colaterales de la poligamia que podrían ser reconocidos en el foro español si aplicáramos un orden público atenuado: reconocimiento de la filiación matrimonial de los hijos, derechos de alimentos y derechos sucesorios de las distintas esposas, etc.¹⁷³.

VII. Extinción del vínculo: repudio unilateral del marido (*talak*)

121. El Derecho islámico contempla diferentes fórmulas de disolución del vínculo matrimonial: el fallecimiento de alguno de los cónyuges, la nulidad (*batil*), la anulabilidad, los diferentes supuestos de divorcio judicial y las diversas modalidades de repudio, tanto si es ejercido por el marido, por la esposa o de mutuo acuerdo¹⁷⁴.

122. Dada la complejidad de la materia y la diversidad de efectos que se producen en función de la concreta modalidad de extinción del vínculo matrimonial a la que haya recurrido alguno de los cónyuges¹⁷⁵, nos centraremos exclusivamente en aquella que presenta perfiles más proclives a colisionar con nuestro orden público: el repudio unilateral del marido (*talak*)¹⁷⁶.

123. El repudio es la facultad que ostenta el marido musulmán de disolver el vínculo matrimonial sin necesidad de alegar justa causa. Se trata de una facultad natural del hombre que éste siempre ostenta, mientras que la mujer sólo podría adquirirla si pactara la inclusión de esta potestad en el contrato matrimonial o en el caso de que “comprara” el repudio a su marido pagándole por el ejercicio de dicha facultad una indemnización¹⁷⁷.

¹⁷² Esta solución ya venía recogida, por ejemplo, en la STJ de Galicia (Sala de lo Social), de 2 de abril de 2002 (AS\2002\899) que establecía: “No habiendo previsión al efecto, pues en el caso los dos vínculos conyugales estaban vigentes al tiempo de causarse la pensión de que se trata, sería factible la aplicación analógica –art. 4.1 del Código Civil– de las previsiones del art. 174.2 LGSS y jurisprudencia al efecto (SSTS de 10-11-1999 [RJ 1999, 9501] , 26-1-1999 [RJ 2000, 7646] y 17-7-2000 [RJ 2000, 9643]), para cuando ha mediado una separación judicial o un divorcio del causante respecto del primer cónyuge, entendiéndose que la cuantía de la pensión debe ser proporcional al tiempo de convivencia con el causante”.

¹⁷³ En S. ACUÑA, R. DOMÍNGUEZ, P. LORENZO & A. MOTILLA DE LA CALLE (COORD.). *El matrimonio islámico y su eficacia en el derecho español*, op. cit., pp. 161 - 162. I. ZURITA MARTÍN. “La poligamia en el derecho marroquí y sus efectos en el ordenamiento jurídico español”, op. cit. p. 37. A. MOTILLA DE LA CALLE. *La eficacia en España del Derecho de Familia Islámico: adaptación al Derecho Español de los Códigos marroquí, argelino y tunecino*, op. cit., pp. 98 - 99. M. J. VALVERDE & J. CARRASCOSA GONZÁLEZ. “Poligamia en Marruecos y pensión de viudedad en España. El Tribunal Supremo y el orden público internacional atenuado”, op. cit., p. 723. Cabe destacar cómo, por ejemplo, I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ. “Sucesiones internacionales y orden público constitucional la sucesión “mortis causa” en España cuando la ley aplicable es la de un país de tradición jurídica islámica”, op. cit., pp. 187 - 189 defiende la solución adoptada por la Corte de Casación francesa en el caso Bendeddoche reconociendo la igualdad de todas las viudas del causante polígamo en la sucesión del mismo y considera que sería la solución más apropiada en el caso de que se diera la misma controversia en nuestro país.

¹⁷⁴ Para una descripción más detallada de cada una de las formas de extinción del vínculo, *vid.* A. MOTILLA DE LA CALLE & P. LORENZO. *Derecho de familia islámico: problemas de adaptación al derecho español*. op. cit., pp. 39 - 43. S. ACUÑA, R. DOMÍNGUEZ, P. LORENZO & A. MOTILLA DE LA CALLE (COORD.). *El matrimonio islámico y su eficacia en el derecho español*, op. cit., pp. 52 - 65. M. D. CERVILLA GARZÓN. “La aplicabilidad de las normas del Código de Familia marroquí (la Mudawana) que regulan el divorcio en España: el filtro constitucional”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 10, N.º 1, 2018, pp. 146 - 148.

¹⁷⁵ Para una descripción de los distintos efectos que conlleva cada forma de extinción del vínculo, *vid.* M. D. CERVILLA GARZÓN. “La aplicabilidad de las normas del Código de Familia marroquí (la Mudawana) que regulan el divorcio en España: el filtro constitucional”, op. cit., pp. 149 - 152.

¹⁷⁶ Las referencias al repudio en los textos sagrados islámicos son abundantes. A modo de ejemplo baste citar Sura II, aleya 226, en relación con el repudio revocable: “Aquéllos que juren no mantener relación sexual con sus mujeres, deberán guardar un plazo de cuatro meses. Y si se vuelven atrás... Ciertamente Alá es Perdonador y Compasivo”.

¹⁷⁷ Tal y como se apunta en M. D. CERVILLA GARZÓN. “La aplicabilidad de las normas del Código de Familia marroquí (la Mudawana) que regulan el divorcio en España: el filtro constitucional”, op. cit., p. 147, se trata de una cuestión económica. Las mujeres con cierto estatus tendrán el poder suficiente de negociación para poder recurrir a estos medios de extinción, mientras que las mujeres de clases sociales más humildes sólo podrían recurrir al divorcio judicial.

124. Si bien es posible realizar otras clasificaciones¹⁷⁸, podríamos diferenciar a grandes rasgos entre el repudio irrevocable y el revocable. En el primer supuesto, a través del uso de determinadas fórmulas solemnes el marido rompería de manera definitiva y permanente el vínculo con su esposa, no pudiendo volver a contraer matrimonio con ésta hasta que vuelva a casarse con otro hombre y éste la repudie también. Sin embargo, en el caso de que el marido llevara a cabo un repudio revocable, comenzaría para la mujer el denominado período de continencia (*iddah*), cuya duración suele ser de tres meses y en los que conserva su derecho a ser mantenida. Durante este plazo de tiempo, la relación matrimonial no se extingue, sino que queda en suspenso, de tal modo que el varón siempre tiene la opción de reinstaurarla retomando la convivencia con su esposa¹⁷⁹.

125. A diferencia de la poligamia, el repudio se configura como un derecho irrenunciable del marido y como la forma natural de disolución del vínculo, por lo que resulta poco probable que se produzca su prohibición en los ordenamientos de corte islámico. En todo caso, la modernización de los ordenamientos musulmán pasa por la judicialización del repudio, la objetivación de sus causas y por la inclusión de pactos de repudio a favor de la mujer¹⁸⁰.

126. En lo concerniente al foro español, las cuestiones relativas a la disolución del matrimonio islámico podrían presentarse en nuestro ordenamiento a través de dos vías. Por un lado, la norma de conflicto puede señalar como aplicable la legislación islámica. A este respecto, tras la reforma del 2015, el artículo 107.2 del Código Civil se remite en esta materia a la normativa de la Unión Europea¹⁸¹. En este sentido, encontraríamos el Reglamento “Roma III”¹⁸², que otorga a las partes la posibilidad de elegir entre la aplicación de diversas leyes¹⁸³ y, en su defecto, establece como primera opción la aplicación de la residencia habitual¹⁸⁴. Así mismo, es necesario destacar que el Reglamento recoge su propia cláusula de orden público en el artículo 12 (una cláusula general que no aporta nada que no estuviera ya previsto en el art. 12.3 de nuestro Código Civil), así como la previsión del artículo 10 para aplicar la ley del foro en el supuesto de que la norma extranjera no permitiera a los dos cónyuges acceder al divorcio en condiciones de igualdad. En cualquier caso, cabe destacar que el mencionado Reglamento precisa ser complementado con otras normas internacionales debido al amplio abanico de temas que deja fuera de su ámbito de aplicación¹⁸⁵. En definitiva, al amparo de la regulación derivada de este entramado de normas

¹⁷⁸ En S. ACUÑA, R. DOMÍNGUEZ, P. LORENZO & A. MOTILLA DE LA CALLE (COORD.). *El matrimonio islámico y su eficacia en el derecho español*, op. cit., p. 59 se apunta a que hay más de doce modalidades de repudio, citadas por M. TAYYIBJO en *Muslim Law. The personal law of Muslims in India and Pakistan* (1968), Bombay: N. M. Tripathi, pp. 150 - 170.

¹⁷⁹ Sobre el repudio irrevocable, el revocable y el periodo de *iddah*, vid. A. MOTILLA DE LA CALLE & P. LORENZO. *Derecho de familia islámico: problemas de adaptación al derecho español*, op. cit., pp. 40 - 42. S. ACUÑA, R. DOMÍNGUEZ, P. LORENZO & A. MOTILLA DE LA CALLE (COORD.). *El matrimonio islámico y su eficacia en el derecho español*, op. cit., pp. 60 - 64. JAMAL J. AHMAD NASIR. *The Status of Women under Islamic Law and Modern Islamic Legislation*, op. cit., pp. 106 - 144.

¹⁸⁰ M. CHECA MARTÍNEZ. “Reconocimiento de la poligamia y del repudio islámicos en perspectiva comparada: a propósito de la Mudawwana marroquí”, en J. V. GAVIDIA SÁNCHEZ (COORD.). *Inmigración, Familia y Derecho*. Madrid, Marcial Pons, 2011, pp. 252.

¹⁸¹ El art. 107.2 CC establece: “La separación y el divorcio legal se regirán por las normas de la Unión Europea o españolas de Derecho internacional privado”.

¹⁸² Reglamento (UE) n° 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial.

¹⁸³ El art. 5.1 del Reglamento Roma III dispone: “Los cónyuges podrán convenir en designar la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, siempre que sea una de las siguientes leyes: a) la ley del Estado en que los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de la celebración del convenio; b) la ley del Estado del último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos aún resida allí en el momento en que se celebre el convenio; c) la ley del Estado cuya nacionalidad tenga uno de los cónyuges en el momento en que se celebre el convenio, o d) la ley del foro”.

¹⁸⁴ El art. 8 del Reglamento Roma III preceptúa: “A falta de una elección según lo establecido en el artículo 5, el divorcio y la separación judicial estarán sujetos a la ley del Estado: a) en que los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de la interposición de la demanda o, en su defecto, b) en que los cónyuges hayan tenido su última residencia habitual, siempre que el período de residencia no haya finalizado más de un año antes de la interposición de la demanda, y que uno de ellos aún resida allí en el momento de la interposición de la demanda o, en su defecto; c) de la nacionalidad de ambos cónyuges en el momento de la interposición de la demanda o, en su defecto, d) ante cuyos órganos jurisdiccionales se interponga la demanda”.

¹⁸⁵ El art. 1.2 del Reglamento Roma III dispone: “El presente Reglamento no se aplicará a los siguientes asuntos, aun cuando se planteen como mera cuestión prejudicial en el contexto de un procedimiento de divorcio o separación judicial: a) la capa-

los contrayentes podrían llegar a escoger la aplicación de una norma extranjera, así como en determinados casos ésta podría resultar de aplicación por ser la de la última residencia habitual del matrimonio o la de la nacionalidad de ambos cónyuges.

127. Por otro lado, la otra posibilidad sería la de ejecución en España de una sentencia de disolución del matrimonio dictada por un órgano judicial extranjero. En particular, si se trata de resoluciones marroquíes será de aplicación el Convenio de Cooperación Judicial en Materia Civil, Mercantil y Administrativa entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, firmado en Madrid el 30 de mayo de 1997¹⁸⁶. Entre los requisitos que exige el Convenio para reconocer la eficacia de dichas resoluciones está el de no contradecir el orden público del foro¹⁸⁷.

128. Mientras que algunas de las fórmulas de extinción islámicas no resultan problemáticas a la hora de ser integradas en nuestro ordenamiento (si bien no negamos que se podrían establecer numerosos matices a esta afirmación dado el enrevesado sistema de disolución del vínculo matrimonial diseñado por las legislaciones islámicas), el repudio unilateral del marido sí presenta algunos componentes que lo predisponen a ser una figura más conflictiva para nuestro orden público.

129. Tal y como hemos apuntado, el repudio al tratarse de una facultad exclusiva del hombre y que sólo bajo determinadas condiciones va a estar en manos de la mujer (aunque siempre condicionada al consentimiento del marido, que o bien acuerda otorgarle dicha potestad incluyéndola en el contrato matrimonial, o bien acepta el repudio retribuido) es una institución que choca frontalmente con el principio de igualdad proclamado en el artículo 14 de la Constitución.

130. Unido a este elemento de evidente discriminación entre hombres y mujeres, otros son los factores de posible conflicto que presenta el repudio unilateral del marido: el carácter revocable del repudio y el carácter de “divorcio privado” que presenta esta modalidad de disolución del vínculo¹⁸⁸.

131. Si bien parece evidente la clara contradicción entre el *talak* y nuestro orden público, resulta preciso entender que en determinadas ocasiones el no reconocimiento de esta modalidad de extinción del vínculo matrimonial podría colocar a la mujer en una situación de mayor vulnerabilidad, quien podría estar consintiendo y viéndose beneficiada por la disolución del matrimonio¹⁸⁹.

132. Por tanto, en estos supuestos a la hora de aplicar la cláusula del artículo 12.3 del Código Civil, será necesario atender a las circunstancias concretas del caso y al resultado que se está originando, pudiendo ser posible el recurso a un orden público atenuado como mejor opción para la resolución de estas controversias. Así pues, es de destacar que el Tribunal Supremo nunca ha afirmado que el repudio sea en todo caso incompatible con el ordenamiento español¹⁹⁰.

cidad jurídica de las personas físicas; b) la existencia, validez o reconocimiento de un matrimonio; c) la nulidad matrimonial; d) el nombre y apellidos de los cónyuges; e) las consecuencias del matrimonio a efectos patrimoniales; f) la responsabilidad parental; g) las obligaciones alimentarias; h) los fideicomisos o sucesiones.”

¹⁸⁶ BOE núm. 151, de 25 de junio de 1997.

¹⁸⁷ El art. 23.4 del Convenio dispone: “La resolución no contiene disposiciones contrarias al orden público del Estado en que se solicite la ejecución, ni a los principios del derecho internacional que sean aplicables en el mismo. Tampoco deberá ser contraria a una resolución judicial dictada en ese mismo Estado y que haya adquirido autoridad de cosa juzgada”.

¹⁸⁸ M. D. CERVILLA GARZÓN. “La aplicabilidad de las normas del Código de Familia marroquí (la Mudawana) que regulan el divorcio en España: el filtro constitucional”, op. cit., pp. 153 - 156. A. MOTILLA DE LA CALLE. *La eficacia en España del Derecho de Familia Islámico: adaptación al Derecho Español de los Códigos marroquí, argelino y tunecino*, op. cit., p. 111.

¹⁸⁹ En este sentido, vid. A. FERNÁNDEZ-CORONADO GONZÁLEZ. “Matrimonio islámico, orden público y función promocional de los derechos fundamentales”, op. cit., pp. 151 - 152. M. D. CERVILLA. “La aplicabilidad de las normas del Código de Familia marroquí (la Mudawana) que regulan el divorcio en España: el filtro constitucional”, op. cit., pp. 152 - 163. A. MOTILLA DE LA CALLE. *La eficacia en España del Derecho de Familia Islámico: adaptación al Derecho Español de los Códigos marroquí, argelino y tunecino*, op. cit., p. 113.

¹⁹⁰ A. MOTILLA DE LA CALLE. “Multiculturalidad, Derecho Islámico y ordenamiento secular; los supuestos de poligamia y el repudio”, op. cit., p. 215.

133. De esta manera, debemos llevar a cabo un análisis más detenido de cada uno de los elementos problemáticos del repudio con el objetivo de poder detectar o no una posible compatibilidad con una concepción más amplia de nuestro orden público.

134. En relación con la revocabilidad del talak, ésta es contraria “a la estabilidad y certeza de las situaciones que conforman el estado civil de las personas y [...] a la igualdad de derechos y deberes entre marido y mujer”¹⁹¹. La posibilidad de revocar el divorcio es, sin duda, uno de los elementos más discriminatorios del Derecho islámico.

135. Se trata de una facultad que, de nuevo, se encuentra en poder exclusivo del varón musulmán, que puede restaurar por su mera voluntad el vínculo matrimonial dentro del plazo establecido. Durante el periodo de *iddah* la mujer ocupa un rol absolutamente pasivo, donde no tiene otra posibilidad que esperar y no pudiendo negarse al restablecimiento de la relación matrimonial. De esta manera, la esposa sólo tendría la opción de acudir a un procedimiento de divorcio judicial, pero teniendo que convivir con su marido durante todo este tiempo¹⁹².

136. No obstante, siendo la revocabilidad contraria a nuestro orden público, nada obstaría para proceder al reconocimiento del repudio en el momento en que éste deviniese irrevocable, momento en el que se consagraría la permanencia de la nueva situación de los antiguos cónyuges¹⁹³.

137. Por otro lado, sobre el carácter de divorcio privado del repudio, éste puede ser contrario “al principio de la necesaria intervención de una autoridad pública en la disolución del vínculo”¹⁹⁴. Si no hay una actuación judicial articulada a través de un proceso que proporcione garantías ante las pretensiones de las partes, la esposa queda colocada en una situación de vulnerabilidad jurídica y social al poder verse arrebatada de los derechos económicos que ostenta.

138. En cualquier caso, es conveniente recordar que algunos países islámicos han operado importantes reformas en sus legislaciones en este sentido. En Marruecos el repudio unilateral del marido se ha sometido a un proceso con intervención judicial, en el que el marido debe garantizar los derechos económicos como condición para que la disolución pueda ser efectiva¹⁹⁵. En la misma línea, el Código argelino de Familia supedita el *talak* a un procedimiento judicial, donde se puede llegar a establecer una indemnización en favor de la mujer si se entiende que el marido ha abusado de su potestad para romper el vínculo¹⁹⁶. Finalmente, como hemos ido viendo a lo largo de este estudio, Túnez posee la legislación más progresista en este terreno, otorgando las mismas facultades y posibilidades a los hombres y a las mujeres¹⁹⁷.

¹⁹¹ ATS 21 abril 1998 (RJ\1998\3563).

¹⁹² M. D. CERVILLA GARZÓN & I. ZURITA MARTÍN. *El Derecho de Familia Marroquí: La Mudawana 2004 desde el Derecho Español*, op. cit., pp. 75 - 78. J. V. GAVIDIA SÁNCHEZ. “Concepto constitucional del matrimonio, Código de Familia Marroquí y orden público internacional español”, op. cit., p. 202 entiende que la prohibición de la mujer musulmana de contraer matrimonio durante el periodo de *iddah* es contraria al orden público español al tratarse de una discriminación por razón de sexo y al entender que no persigue una finalidad legítima, puesto que en la actualidad las pruebas de paternidad permiten garantizar la certeza de la filiación.

¹⁹³ Así lo entiende la DGRN en la Resolución de 24 de mayo de 2002 (RJ\2002\8983). Igualmente, *vid.* A. FERNÁNDEZ-CORONADO GONZÁLEZ. “Matrimonio islámico, orden público y función promocional de los derechos fundamentales”, op. cit., pp. 148 - 149. J. V. GAVIDIA SÁNCHEZ. “Concepto constitucional del matrimonio, Código de Familia Marroquí y orden público internacional español”, op. cit., pp. 205 - 206. M. D. CERVILLA GARZÓN. “La aplicabilidad de las normas del Código de Familia marroquí (la Mudawana) que regulan el divorcio en España: el filtro constitucional”, op. cit., p. 155.

¹⁹⁴ A. MOTILLA DE LA CALLE. “Multiculturalidad, Derecho Islámico y ordenamiento secular; los supuestos de poligamia y el repudio”, op. cit., p. 212.

¹⁹⁵ Sobre la reforma del repudio unilateral del marido en la Mudawana, *vid.* M. D. CERVILLA GARZÓN & I. ZURITA MARTÍN. *El Derecho de Familia Marroquí: La Mudawana 2004 desde el Derecho Español*, op. cit., pp. 62 - 65. J. V. GAVIDIA SÁNCHEZ. “Concepto constitucional del matrimonio, Código de Familia Marroquí y orden público internacional español”, op. cit., p. 203 afirma: “Del antiguo repudio, como acto por sí mismo disolutivo del matrimonio, sólo queda el nombre”.

¹⁹⁶ A. MOTILLA DE LA CALLE. *La eficacia en España del Derecho de Familia Islámico: adaptación al Derecho Español de los Códigos marroquí, argelino y tunecino*, op. cit., p. 29.

¹⁹⁷ A. MOTILLA DE LA CALLE. *La eficacia en España del Derecho de Familia Islámico: adaptación al Derecho Español de los Códigos marroquí, argelino y tunecino*, op. cit., p. 30.

139. En atención a lo expuesto, sería posible otorgar validez al repudio siempre y cuando se demostrase que la mujer musulmana ha podido participar y defenderse en el procedimiento llevado a cabo en el país extranjero, o si ésta consiente en el divorcio, ya que implicaría que no se han vulnerado sus derechos de defensa¹⁹⁸. En este sentido, se ha entendido como un indicio favorable de que el repudio se ha ejercido con el consentimiento de la esposa y que, por tanto, le resulta favorable cuando es ésta la que solicita el *exequatur*¹⁹⁹.

140. Si el objetivo del orden público es precisamente la protección de ciertos valores básicos de nuestro ordenamiento, como puede ser la dignidad de la mujer, ¿qué se ganaría forzando a la esposa a permanecer en un matrimonio que no desea y que puede ser contrario a sus intereses?²⁰⁰

141. Cumpliendo los requisitos necesarios para que pudiera pasar el filtro de nuestro orden público, va a ser posible tanto reconocer la eficacia de una resolución judicial extranjera en la que se declare el repudio como que éste sea ejercido de acuerdo con la ley aplicable en el foro español.

142. En este segundo supuesto, el varón va a poder instar el repudio en España en virtud de una norma extranjera cuando esta sea de aplicación, al no chocar con el orden público, siempre y cuando se cumplieran las mínimas condiciones a las que ya nos hemos referido. Esto es así porque la regulación española permite a cualquiera de los cónyuges instar el divorcio sin necesidad de alegar justa causa. No resultaría coherente impedírsele por el hecho de que no se habría otorgado la misma posibilidad a su esposa.

143. Ahora bien, aunque la ley de la nacionalidad de la esposa no le reconociera un idéntico derecho al de su marido, la mujer musulmana sí va a poder en España acceder al divorcio sin causa. Esto es así puesto que el artículo 10 del Reglamento “Roma III” dispone la aplicación de la ley del foro cuando la norma extranjera no conceda igualdad de acceso al divorcio a los dos cónyuges por razones de sexo²⁰¹. En cualquier caso, incluso aunque no existiera dicha previsión expresa, debería operar la cláusula general de orden público impidiendo la aplicación del Derecho extranjero que imposibilita el ejercicio de ese derecho y aplicándose en su lugar las normas sustantivas españolas en esta materia, ya que lo contrario sería un claro tratamiento discriminatorio, que sería intolerable para nuestro orden público²⁰².

144. En cuanto a las consecuencias de la disolución, cabe destacar que la legislación islámica contiene únicamente disposiciones dirigidas a la mujer, de tal modo que éstas podrían aplicarse siempre y cuando se cumplieran los correspondientes requisitos²⁰³. Instituciones como la dote, si bien choca con la dignidad de la mujer al tratarse de un precio pagado por su virginidad, pueden ser admitidas por nues-

¹⁹⁸ A. QUIÑONES ESCÁMEZ. *Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa*, op. cit., p. 190. A. FERNÁNDEZ-CORONADO GONZÁLEZ. “Matrimonio islámico, orden público y función promocional de los derechos fundamentales”, op. cit., p. 148. A. MOTILLA DE LA CALLE. *La eficacia en España del Derecho de Familia Islámico: adaptación al Derecho Español de los Códigos marroquí, argelino y tunecino*, op. cit., pp. 118 - 119.

¹⁹⁹ En este sentido, ATS 21 abril 1998 (RJ/1998\3563). Así mismo, *vid.* A. QUIÑONES ESCÁMEZ. *Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa*, op. cit., p. 190. A. FERNÁNDEZ-CORONADO GONZÁLEZ. “Matrimonio islámico, orden público y función promocional de los derechos fundamentales”, op. cit., p. 152. A. MOTILLA DE LA CALLE. “Multiculturalidad, Derecho Islámico y ordenamiento secular; los supuestos de poligamia y el repudio”, op. cit., p. 214. M. D. CERVILLA GARZÓN. “La aplicabilidad de las normas del Código de Familia marroquí (la Mudawana) que regulan el divorcio en España: el filtro constitucional”, op. cit., p. 154.

²⁰⁰ *Cf.* M. CHECA MARTÍNEZ. “Reconocimiento de la poligamia y del repudio islámicos en perspectiva comparada: a propósito de la Mudawwana marroquí”, op. cit., p. 276. M. D. CERVILLA GARZÓN. “La aplicabilidad de las normas del Código de Familia marroquí (la Mudawana) que regulan el divorcio en España: el filtro constitucional”, op. cit., p. 154.

²⁰¹ El art. 10 del Reglamento Roma III establece: “Cuando la ley aplicable con arreglo a los artículos 5 u 8 no contemple el divorcio o no conceda a uno de los cónyuges, por motivos de sexo, igualdad de acceso al divorcio o a la separación judicial, se aplicará la ley del foro”.

²⁰² En este sentido, *vid.* M. D. CERVILLA GARZÓN. “La aplicabilidad de las normas del Código de Familia marroquí (la Mudawana) que regulan el divorcio en España: el filtro constitucional”, op. cit., p. 158.

²⁰³ En M. D. CERVILLA GARZÓN. “La aplicabilidad de las normas del Código de Familia marroquí (la Mudawana) que regulan el divorcio en España: el filtro constitucional”, op. cit., p. 160 se afirma que incluso la mujer podría acceder a otras consecuencias económicas reguladas exclusivamente en el Derecho español, como el uso de la vivienda familiar.

tro orden público en tanto que suponen una protección adicional para quien sin duda es la parte débil en la relación²⁰⁴.

145. Por otro lado, la materia del régimen económico matrimonial vendría regulada por el Reglamento 2016/1103 (y por los artículos 9.2 y 9.3 del Código Civil para aquellos supuestos que sean anteriores a la entrada en vigor del Reglamento), que podría determinar la aplicación de una norma extranjera (p.ej.: si se recurre al criterio de la primera residencia habitual inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio)²⁰⁵. Sin embargo, dado que no hay previsiones relativas al régimen económico matrimonial o a las consecuencias económicas que pudieran beneficiar al marido, se aplicarán en este ámbito las normas sustantivas españolas²⁰⁶.

146. Mayores controversias se plantearán, sin duda, en todas las cuestiones relativas a la guarda y custodia de los hijos, donde probablemente será necesaria la activación del orden público dado el fuerte componente discriminatorio de la legislación musulmana en esta materia que establece claras preferencias en favor del padre²⁰⁷. En cualquier caso, tal y como apuntamos al inicio, estas cuestiones quedan muy por encima, tanto por su extensión como por sus objetivos, del objeto del presente estudio, que ha tratado de centrarse en todo momento en las relaciones horizontales de los cónyuges.

VIII. A modo de conclusión

147. En ocasiones, la norma de conflicto señala como ley aplicable un Derecho extranjero. Sin embargo, el orden público sirve como barrera para impedir su aplicación en el foro español cuando sea contrario a los principios y valores esenciales de nuestro ordenamiento. Pese a ello, sería posible aplicar un orden público atenuado en relación con aquellas instituciones extranjeras que, pese a ser opuestas en abstracto a determinados valores de nuestro ordenamiento, producen “efectos colaterales” en el foro español que no originan daños a la sociedad española y que resultan protectores para la parte más débil de la relación.

148. En relación con la capacidad para contraer matrimonio, nuestro orden público imposibilita que se celebren o reconozcan matrimonios entre contrayentes con una edad por debajo de la permitida en nuestro ordenamiento. En la actualidad, el examen del Derecho foral aragonés nos lleva a pensar que, aunque de manera muy residual, aún se permite en nuestro ordenamiento la celebración de los matrimonios de menores de 14 años de edad. Igualmente, aquellos impedimentos matrimoniales del Derecho islámico que presenten elementos discriminatorios (como la disparidad de cultos) no podrán ser aplicados en el foro español, aunque estén previstos en la ley personal de los contrayentes.

²⁰⁴ En este sentido, *vid.* M. D. CERVILLA GARZÓN & I. ZURITA MARTÍN. *El Derecho de Familia Marroquí: La Mudawana 2004 desde el Derecho Español*, op. cit., pp. 191 - 194. M. D. CERVILLA GARZÓN. “La aplicabilidad de las normas del Código de Familia marroquí (la Mudawana) que regulan el divorcio en España: el filtro constitucional”, op. cit., p. 162.

²⁰⁵ *Vid.* arts. 22 y 26 del Reglamento 2016/1103.

²⁰⁶ En M. D. CERVILLA GARZÓN. “La aplicabilidad de las normas del Código de Familia marroquí (la Mudawana) que regulan el divorcio en España: el filtro constitucional”, op. cit., p. 161 se razona que impedir al marido musulmán reclamar, por ejemplo, una pensión compensatoria sería contrario al orden público por discriminatorio, produciéndose esta discriminación en el hombre en lugar de la mujer, como viene siendo habitual. En A. MOTILLA DE LA CALLE. *La eficacia en España del Derecho de Familia Islámico: adaptación al Derecho Español de los Códigos marroquí, argelino y tunecino*, op. cit., p. 120 se razona a favor de complementar las previsiones de la legislación islámica con el pago de pensiones compensatorias para las esposas musulmanas en los mismos términos en los que los recibiría una mujer española.

²⁰⁷ Para mayores explicaciones relativas al régimen islámico de filiación y regulación de las relaciones verticales entre los hijos y sus progenitores, *vid.* M. D. CERVILLA GARZÓN & I. ZURITA MARTÍN. *El Derecho de Familia Marroquí: La Mudawana 2004 desde el Derecho Español*, op. cit., pp. 151 - 171. M. D. CASAS PLANES & P. GARCÍA LÓPEZ. “La igualdad en el Derecho de familia marroquí y español: estudio comparativo de la normativa jurídica de filiación y de la autoridad parental (su incidencia en la protección jurídico-civil del menor de edad durante la vida conyugal de sus padres y las crisis matrimoniales)”. *Anuario de derecho civil*, Vol. 67, N° 4, 2014, pp. 1253-1337. A. MOTILLA DE LA CALLE. *La eficacia en España del Derecho de Familia Islámico: adaptación al Derecho Español de los Códigos marroquí, argelino y tunecino*, op. cit., pp. 35 - 47 y 125 - 143.

149. Así mismo, no se va a proceder al reconocimiento o celebración de aquellos matrimonios islámicos en los que falte el consentimiento de alguno de los contrayentes. Sin embargo, con base en el orden público atenuado, sí podría admitirse la presencia del *walí* cuando ésta sea deseada por la mujer.

150. Si bien la poligamia es contraria al orden público del foro español, sería posible reconocer ciertos efectos colaterales a los matrimonios poligámicos constituidos conforme a la legalidad de otros países si dichos efectos son positivos para las mujeres. Sería el caso del reparto de la pensión de viudedad entre todas las viudas supervivientes del causante polígamo, pero no es el único, puesto que pese a que aún no se han planteado dichas cuestiones, podría ampliarse a otros efectos patrimoniales: derechos de alimentos, derechos sucesorios, etc.

151. De igual manera, el repudio como medio de disolución del vínculo matrimonial presenta elementos que podrían perjudicar a la esposa. Sin embargo, si los derechos de la mujer han quedado garantizados y ella consiente en la ruptura del vínculo, nada obstaría para proceder al reconocimiento del mismo.

152. Por todo lo expuesto, el recurso al orden público atenuado se convierte en la mejor herramienta para garantizar la protección de los valores esenciales del foro español, pero a la vez posibilitar la integración de los extranjeros musulmanes en nuestro país.

LA APLICACIÓN EN ESPAÑA DEL CONVENIO HISPANO-
MARROQUÍ DE SEGURIDAD SOCIAL A LA LUZ DEL
ACUERDO EUROMEDITERRÁNEO Y DEL REGLAMENTO (UE)
1231/2010

THE APPLICATION IN SPAIN OF THE HISPANIC-MOROCCO
SOCIAL SECURITY AGREEMENT UNDER THE LIGHT OF THE
EUROMEDITERRANEAN AGREEMENT AND REGULATION
(EU) 1231/2010

CRISTINA SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO

Catedrática de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Universidad de Sevilla

ORCID ID: 0000-0001-9780-7860

Recibido: 12.12.2019 / Aceptado: 09.01.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5191>

Resumen: El Convenio-Hispano Marroquí es el más antiguo de los 24 Convenios de Seguridad Social actualmente en vigor celebrados por España. Su ámbito de aplicación material se restringe al Régimen General y a los Regímenes Especiales españoles que expresamente se mencionan, no incluyéndose los Regímenes Especiales de Funcionarios. Sólo se aplica al nivel contributivo de Seguridad Social, excluyéndose las prestaciones por desempleo, las prestaciones por cese de actividad, y las de dependencia. Sin embargo, por aplicación del Acuerdo Euromediterráneo, que consagra la igualdad de trato en el ámbito de la Seguridad Social de los trabajadores marroquíes y sus familias, estos tienen derecho a las prestaciones españolas no contributivas de Seguridad Social españolas y a las de dependencia. Asimismo, el Reglamento (UE) 1231/2010 les permite totalizar y exportar las prestaciones de Seguridad Social contributivas y no contributivas dentro del territorio de la Unión Europea.

Palabras clave: Convenio Hispano-Marroquí, Acuerdo Euromediterráneo, Reglamento (UE) 1231/2010, Seguridad Social, dependencia.

Abstract: The Moroccan Hispanic Social Security Agreement is the oldest of the 24 Social Security Agreements concluded by Spain currently in force. Its material scope is restricted to the General Regime and to the Spanish Special Regimes that are expressly mentioned, not including the Special Regimes of Public Officials. It only applies to the Social Security contributory level, excluding unemployment benefits, benefits for cessation of activity and long-term care benefits. However, by application of the Euro-Mediterranean Agreement, which enshrines equal treatment in the field of Social Security for Moroccan workers and their families, they are entitled to non-contributory benefits and long-term care benefits. Moreover, Regulation (EU) 1231/2010 allows them to aggregate periods of insurance to be entitled to contributory and non-contributory Social Security benefits inside the territory of the European Union.

Keywords: Hispano-Moroccan Agreement, Euro-Mediterranean Agreement, Regulation (EU) 1231/2010, Social Security, long-Term Care.

Trabajo realizado en el marco del Proyecto MINECO DER2017-83040-C4-3-R “La Seguridad Social Internacional y Comunitaria: Conflictos de Leyes y Protección Social”.

Sumario: I. Introducción. II. Los pilares de la coordinación del nivel contributivo de Seguridad Social en el convenio Hispano-Marroquí. 1. El principio de igualdad de trato. 2. El principio de unicidad de legislación aplicable. 3. El principio de supresión de cláusulas de residencia. 4. El principio de totalización. III. Ámbito de aplicación personal del convenio Hispano-Marroquí. 1. Concepto “no laboral” de trabajador. 2. Los funcionarios protegidos por el Régimen General de la Seguridad Social, trabajadores a efectos del convenio. 3. El (im)prescindible requisito de la nacionalidad. 4. La aplicación del convenio Hispano-Marroquí a los nacionales de Estados de la Unión Europea por efecto de la sentencia Gottardo. IV. Ámbito de aplicación material del convenio Hispano-Marroquí. 1. Prestaciones españolas de Seguridad Social contributivas y no contributivas excluidas del convenio Hispano-Marroquí. A) Desempleo. B) Prestación por cese de actividad. C) Prestaciones no contributivas de Seguridad Social. V. El Acuerdo Euromediterráneo de Asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros y el reino de Marruecos: igualdad de trato y Seguridad Social. 1. Antecedentes históricos: el artículo 41 del Tratado de Asociación de 1976 y su interpretación por el Tribunal de Justicia de Luxemburgo. 2. Discriminación de los familiares de los trabajadores de la Unión Europea frente a los familiares de los trabajadores marroquíes. 3. El artículo 65 del Acuerdo Euromediterráneo. 4. Prestaciones familiares y Acuerdo Euromediterráneo: principio de territorialidad. 5. Igualdad de trato para nacionales magrebíes y residencia legal. 6. Acuerdo Euromediterráneo y convenios bilaterales entre Marruecos y Estados miembros: principio de norma más favorable. VI. El Reglamento (UE) 1231/2010: la extensión de las normas de coordinación del Reglamento 883/2004 a los marroquíes que residan legalmente en el territorio de la Unión Europea. VII. Derecho a la protección social de los ciudadanos magrebíes en España: zonas grises. 1. Trabajadores fronterizos y prestación por desempleo. 2. Prestaciones económicas familiares no contributivas y residencia en Marruecos: la Circular del INSS 4/2006. A) El doble requisito de residencia legal exigido por el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social. B) Convenio Hispano-Marroquí y prestaciones familiares. C) La Circular del INSS 4/2006. d) Trabajadores transfronterizos con hijos residentes en Marruecos. 3. Pensión de viudedad y poligamia: ¿“quedan jueces en Berlín”? 4. Prestaciones por dependencia, residencia y nacionalidad. A) Las prestaciones por dependencia, excluidas de la acción protectora de la Seguridad Social. B) Dependencia y extranjería. C) Ley Orgánica de Extranjería y Prestaciones por Dependencia. D) Convenio Hispano-Marroquí y prestaciones por dependencia. E) Acuerdo Euromediterráneo y dependencia. a) Las prestaciones por dependencia como prestaciones de Seguridad Social para el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. F) Dependencia y Reglamento (UE) 1231/2010. VIII. Conclusiones.

I. Introducción

1. EL 8.11.1979 se suscribió el Convenio Hispano-Marroquí de Seguridad Social¹ que entró en vigor el 1.10.1982 siendo el más antiguo de los 24 Convenios bilaterales² que España tiene actualmente en vigor. El Convenio se estructura en cuarenta y siete artículos que se distribuyen en cuatro Títulos. El Acuerdo Administrativo y Protocolo Adicional del Convenio se publicaron el 10.6.1985 en el BOE. El Convenio fue modificado por el Protocolo Adicional al Convenio de 27.1.1988 (BOE 24.11.2001).

2. Su objetivo -tal y como se infiere de su preámbulo- es coordinar las legislaciones de Seguridad de ambos países. Con ello se pretende evitar que los sujetos incluidos dentro de su ámbito de aplicación vean suprimidos o mermados sus derechos por haber estado sometidos a la normativa de varios Estados. En cuanto a su ámbito temporal, el artículo 46.1 estableció la “*vigencia por un período de cinco años a partir de la fecha de su entrada en vigor*” previéndose que se prorrogase tácitamente por períodos de un año, “*salvo denuncia que deberá ser notificada seis meses antes de la expiración de dicho período*”.

3. Además de España, otros Estados de la Unión Europea también han suscrito convenios bilaterales de Seguridad Social con Marruecos, es el caso de Alemania, Bélgica, Francia, Portugal y Suecia.

¹ Instrumento de Ratificación de 5 de julio de 1982 (BOE 13.10.1982).

² Cfr. C. FERRADANS CARAMÉS, “Los Convenios Internacionales de Seguridad Social en un contexto de migraciones laborales” en: VV.AA.; 1492-2017: *Un puente jurídico entre dos mundos*, Laborum, Murcia, 2017, pp.139-186.

II. Los pilares de la coordinación del nivel contributivo de Seguridad Social en el convenio Hispano-Marroquí

4. Aunque cuando se firmó el Convenio Hispano-Marroquí España no era miembro de la entonces Comunidad Europea -actual Unión Europea- la coordinación instaurada por el Convenio bilateral se basa en los mismos principios recogidos en el entonces vigente Reglamento 1408/71 del Consejo relativo a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena y a sus familias: principio de igualdad de trato, unicidad de legislación aplicable, supresión de cláusulas de residencia y principio de totalización³.

5. De hecho, esos mismos principios de coordinación se encuentran también incluidos en los convenios de Seguridad Social celebrados entre Estados de la UE y Marruecos. Y también en el Convenio Iberoamericano Multilateral de Seguridad Social de 2007⁴.

1. Principio de igualdad de trato

6. La igualdad de trato resulta imprescindible para evitar discriminaciones basadas en la nacionalidad y con ella se garantiza que los trabajadores migrantes no vean mermados sus derechos de Seguridad Social por no ostentar la nacionalidad del Estado cuya legislación les resulta aplicable. Este principio aparece plasmado en el Preámbulo del Convenio Hispano-Marroquí que proclama la igualdad de trato “entre los nacionales de los dos países en orden a las legislaciones de Seguridad Social de cada uno de ellos”. Y se reitera en su artículo 4, conforme al cual las personas incluidas en el ámbito de aplicación del Convenio estarán sometidas a las “legislaciones previstas en el artículo 2 del presente Convenio en las mismas condiciones que los nacionales de cada una de las Partes Contratantes”.

7. Como cualquier derecho, tampoco éste tiene un carácter absoluto y, conforme a la redacción del Convenio Hispano-Marroquí, sólo despliega eficacia por lo que respecta a los sujetos incluidos dentro de su ámbito de aplicación personal y por lo que se refiere a las prestaciones coordinadas por los regímenes de Seguridad Social incluidos dentro de su ámbito de aplicación material. La posibilidad de extender el ámbito material y personal del Convenio Hispano-marroquí está previsto en su artículo 3 que contempla la eventualidad de que el Convenio se aplique “a las disposiciones legales sobre una nueva rama de la Seguridad Social, si las dos Partes Contratantes convienen en ello. Y a las disposiciones legales que amplíen el derecho vigente a nuevos grupos de personas, siempre que una de las Partes Contratantes no haya formulado objeción alguna al respecto ante la otra Parte dentro de los tres meses siguientes a la recepción del informe prevenido en el artículo 34”.

2. El principio de unicidad de legislación aplicable

8. Dispone el artículo 5 del Convenio que “si una persona ejerce una actividad lucrativa su obligación de cotizar se determinará de acuerdo con la legislación de la Parte Contratante en cuyo territorio ejerza esa actividad: el trabajador empleado en el territorio de una Parte estará sometido a la legislación de dicha Parte”.

9. Del precepto transcrito se deduce que los trabajadores migrantes estarán sujetos a una sola legislación que será la “lex loci laboris” como regla general, salvo los casos particulares previstos en el artículo 6 del propio Convenio.

³ M.D. CARRASCOSA BERMEJO, “Coordinación de los sistemas nacionales de Seguridad Social” en: VV.AA., *Derecho Social de la Unión Europea*. Aplicación por el Tribunal de Justicia, Francis Lefebvre, Madrid, 2018, pp.533-540.

⁴ C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, “Aproximación a la coordinación de regímenes de seguridad social en el Reglamento 883/2004 y en el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social”, e-Revista Internacional de la Protección Social, nº 1/2016, pp.1-22.

3. El principio de supresión de cláusulas de residencia

10. Es conocido también como principio de exportación de prestaciones y conlleva la interdicción de reducción, suspensión, modificación, supresión o confiscación de una prestación económica de Seguridad Social por el mero hecho de que los beneficiarios tengan su residencia en un Estado miembro distinto al de la institución que la abona. La supresión de las cláusulas de residencia tiene por objetivo favorecer la libre circulación de los trabajadores protegiendo a los interesados contra los perjuicios que podrían derivarse de trasladar su residencia de uno a otro Estado miembro⁵.

11. En el Convenio Hispano-Marroquí este principio está regulado en su artículo 7 que dispone que: *“las pensiones, subsidios, rentas e indemnizaciones adquiridas en virtud de la legislación de una Parte Contratante no estarán sujetas a reducción, modificación, suspensión, retención o gravamen por el hecho de que el beneficiario resida en el territorio de la otra Parte. Las prestaciones económicas de la Seguridad Social debidas por una de las Partes Contratantes se harán efectivas a los nacionales de la otra Parte que residan en un tercer país en las mismas condiciones y con igual extensión que a los nacionales de la primera Parte que residan en el referido tercer país”*.

4. El principio de totalización

12. Si conforme el Derecho nacional el reconocimiento de una prestación de Seguridad Social está subordinado por el cumplimiento de períodos de actividad profesional o empleo (o residencia), es preciso arbitrar mecanismos que impidan que, por el simple hecho de haber ejercido una actividad en diversos Estados, los trabajadores migrantes vean mermados sus derechos en materia de Seguridad. De ahí que sea especialmente importante a efectos prácticos que todos los períodos computables acreditados bajo una pluralidad de legislaciones nacionales puedan ser tomados en consideración, de ser necesario, para el reconocimiento de la prestación de Seguridad Social solicitada.

13. El principio de totalización está regulado en el artículo 8 del Convenio Hispano-Marroquí que establece que *“para la adquisición, mantenimiento o recuperación de los derechos previstos en el presente Convenio, cuando un trabajador haya estado sujeto a las legislaciones de los dos países contratantes, los períodos de seguro cumplidos bajo las mismas serán totalizados siempre que no se superpongan”*. No está prevista, sin embargo, la posibilidad de totalizar períodos de residencia⁶.

14. No obstante, el artículo 18.1 prevé que *“si la persona interesada hubiera cumplido con sujeción a las disposiciones legales de una Parte Contratante períodos de seguro que en total no lleguen a doce meses y, a tenor de tales disposiciones, no adquiriera derecho alguno a prestación, la Institución de esta Parte no concederá prestación alguna por tal período”*.

15. En materia de pensiones de vejez, incapacidad, muerte y supervivencia el Convenio establece la totalización *a prorrata temporis* si no se cumplen los requisitos para acceder a la pensión con sólo los períodos de seguro cubiertos en el Estado competente para abonarla.

⁵ F. RUBIO VELASCO, “Movimientos transnacionales de trabajadores y derechos de Seguridad Social” en: M.D. RAMÍREZ BENDALA (Dir.), *Problemas actuales de la seguridad social en perspectiva internacional*, Laborum, Murcia, 2019, pp.133-158.

⁶ Nótese, sin embargo, que el ámbito de la aplicación del principio de totalización es más restringido en el Convenio Hispano-Marroquí que en el Reglamento (UE) 883/2004 cuyo artículo 6 extiende la totalización *“a los períodos de seguro, de empleo, de actividad por cuenta propia o de residencia”*.

III. Ámbito de aplicación personal del convenio Hispano-Marroquí

1. Concepto “no laboral” de trabajador

16. Conforme al art. 3.1 del Convenio, el mismo es aplicable a “*los trabajadores españoles o marroquíes que estén o hayan estado sujetos a las legislaciones de Seguridad Social de una o de ambas Partes Contratantes, así como a sus familiares y supervivientes*”⁷.

17. A su vez el artículo 1.6 define el concepto de trabajador a los efectos de este Convenio en los siguientes términos: “*respecto al Estado español, toda persona que como consecuencia de realizar o haber realizado una actividad por cuenta propia o ajena está sujeta a la legislación señalada en el párrafo 1 del artículo 2; respecto al Reino de Marruecos, los trabajadores por cuenta ajena o asimilados*”.

18. La primera conclusión que se infiere es que, respecto a España, el Convenio no utiliza el concepto de trabajador con el restringido alcance que a este término se le atribuye en el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores puesto que se aplica tanto a los trabajadores por cuenta ajena como por cuenta propia. Están excluidos, por tanto, las personas no activas.

19. La segunda conclusión es que lo que realmente resulta decisivo a efectos de que una persona esté incluida en el ámbito de aplicación del Convenio es que esté protegida por alguno de los regímenes de Seguridad Social incluidos en el ámbito de aplicación material del Convenio y que se listan en su artículo segundo, número 1, letra A, epígrafe 2). No estamos, pues, ante un concepto “laboral” de trabajador sino de Seguridad Social hasta el punto que CERVILLA GARZÓN afirma que existen “pronunciamientos jurisprudenciales que exigen la condición de trabajador en alta al ciudadano marroquí”⁸.

20. En tercer lugar, hay que señalar que debido a las reformas experimentadas por la legislación española de Seguridad Social la lista de regímenes especiales incluida en el Convenio -y que es lista cerrada- ha quedado claramente obsoleta y anacrónica: el Real Decreto 2621/1986 integró en el Régimen General a los regímenes especiales de Trabajadores Ferroviarios, Representantes de Comercio, Toreros y Artistas. Y el Régimen de Escritores de Libros en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos. Por lo que respecta al Régimen Especial de Empleados de Hogar, la Disposición Adicional Trigésima Novena de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, lo integró en el Régimen General de la Seguridad Social.

21. De las anteriores consideraciones se concluye que, actualmente, el Convenio Hispano-Marroquí es aplicable al Régimen General de la Seguridad Social y a los siguientes regímenes especiales: Trabajadores del Mar, Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, Minería del Carbón y Seguro Escolar.

22. Llegados a este punto es preciso destacar la opción del Estado español de no incluir en el ámbito del Convenio Hispano-Marroquí los Regímenes Especiales de Funcionarios (funcionarios civiles del Estado, de las Fuerzas Armadas y de la Administración de Justicia)⁹. También están excluidos los Regímenes Especiales españoles de Funcionarios del ámbito de aplicación del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social (2007) vigente en España. Y de los convenios internacionales de Seguridad Social suscritos por España, salvo el Convenio Hispano-Japonés que es el único que incluye a las Clases Pasivas dentro de su ámbito de aplicación.

⁷ En idénticos términos se delimita el ámbito de aplicación personal en el artículo 2 del Convenio Portugués-Marroquí.

⁸ M.J. CERVILLA GARZÓN, “Criterios jurisprudenciales relevantes sobre cuestiones relacionadas con el derecho de los nacionales del reino de marruecos a las prestaciones familiares no contributivas españolas” en: M.D. RAMÍREZ BENDALA (Dir), *Problemas Actuales de la Seguridad Social en Perspectiva internacional*, Laborum, Murcia, 2019, p.128.

⁹ Por lo que respecta al Derecho comparado se observa cómo el vigente Convenio Franco-Marroquí de Seguridad Social que entró en vigor en 2011, a diferencia del convenio al que sustituye de 1965, sí incluye a los funcionarios civiles y militares dentro de su ámbito de aplicación personal (artículo 2.1.b).

2. Los funcionarios protegidos por el Régimen General de la Seguridad Social, trabajadores a efectos del convenio

23. Aunque como se acaba de exponer los Regímenes Especiales de Funcionarios públicos no figuran listados entre los regímenes especiales coordinados por el Convenio Hispano-Marroquí, ello no implicaba que de facto, todos los funcionarios estuvieran, o estén actualmente, excluidos del ámbito de aplicación personal del Convenio y ello en base a que ya antes del 1 de enero de 2011 existían colectivos de funcionarios incluidos en el Régimen General de Seguridad Social (los pertenecientes a la Administración de la Seguridad Social o a Organismos Autónomos del Estado). Y a partir del 1.1.2011 todos los funcionarios de nuevo ingreso se incluyen en el Régimen General.

24. Por tanto, resulta evidente que los funcionarios protegidos por el Régimen General español pueden ser “trabajadores” a efectos del Convenio. Por todo lo expuesto cabe concluir que, a los efectos del Convenio, “trabajador” comprende tanto a los trabajadores por cuenta ajena como por cuenta propia, así como a los funcionarios incluidos en el Régimen General. E, incluso, a estudiantes pues el Seguro Escolar es un régimen de Seguridad Social al que el Convenio Hispano-Marroquí resulta aplicable.

3. El (im)prescindible requisito de la nacionalidad

25. La exigencia de ostentar la nacionalidad de alguna de las partes contratantes del Convenio aparece expresamente mencionada en el propio Preámbulo en el que se menciona a “*los nacionales de los dos países*”. Y se reitera en su artículo 3.1: “*las normas de este Convenio serán aplicables a los trabajadores españoles o marroquíes*”.

26. Al respecto hay que tener en cuenta que aunque cada Estado es competente para determinar cómo se adquiere la respectiva nacionalidad, el hecho de que parte del Sahara occidental fuera en el siglo XX colonia española conlleva que los naturales del Sahara puedan acceder a la nacionalidad española en virtud de diferentes títulos de atribución¹⁰.

27. Hecha esta matización, sería sin embargo erróneo afirmar que el Convenio sólo se aplica a trabajadores españoles y marroquíes porque conforme al citado artículo 3.1, in fine, éste también se aplica a “*los familiares y supervivientes*” de las personas protegidas por los regímenes de Seguridad Social coordinados por el Convenio, no exigiéndose respecto a este colectivo ningún requisito de nacionalidad.

28. A mayor abundamiento, conforme previene el artículo 3.2 del Convenio Hispano-Marroquí éste también será aplicable a las “*personas, sus familiares y supervivientes que tengan la condición jurídica de apátridas, de conformidad con el artículo 1 del Convenio de Nueva York de 26 de septiembre de 1951, o de refugiados en el sentido del artículo 1 del Convenio de Ginebra de 18 de julio de 1951 y del artículo 1 del Protocolo de 31 de enero de 1967, sobre el Estatuto Jurídico para Refugiados, y estén o hayan estado sometidos a las legislaciones de Seguridad Social de una o de ambas Partes Contratantes*”.

29. En la práctica, por tanto, el Convenio Hispano-Marroquí no se circunscribe a personas que ostentan la nacionalidad española o marroquí, sino que igualmente resulta aplicable a otros extranjeros, refugiados y apátridas.

¹⁰ Secretaría de Estado de Relaciones con las Cortes. Respuesta del Gobierno (184) pregunta escrita Congreso.184/3617.16/07/2018.95100.(http://www.congreso.es/112p/e10/e_0106338_n_000.pdf). “Derecho de opción a la nacionalidad española: adquisición de la nacionalidad española por residencia (artículo 22.2.a) del Código Civil; consolidación de la nacionalidad española (artículo 18 del Código Civil); y atribución de la nacionalidad española “iure soli” en evitación de situaciones de apatridia (artículo 17.1.c) del Código Civil”.

4. La aplicación del convenio Hispano-Marroquí a los nacionales de Estados de la Unión Europea por efecto de la sentencia *Gottardo*

30. A pesar de que el Convenio Hispano-Marroquí entró en vigor antes de que España se adhiriese a lo que hoy es la Unión Europea, a la luz de la jurisprudencia del TJUE hay que abordar la cuestión de si el Convenio Hispano-Marroquí puede ser aplicado a otros nacionales de Estados de la UE y países en los que sea de aplicación la normativa comunitaria sobre libre circulación de trabajadores y coordinación de sistemas de Seguridad Social: el Espacio Económico Europeo y Suiza. Y todo ello en virtud del principio de igualdad de trato y no discriminación por razón de la nacionalidad que se erige como un pilar del Derecho de la UE.

31. En todo caso, éste no es un debate nuevo puesto que ya en la sentencia de 2.8.1993, -23/92 (Grana-Novoa) el Tribunal de Luxemburgo tuvo que responder a la cuestión de si el Convenio Germano-Suizo de Seguridad Social -cuyo ámbito de aplicación personal se circunscribía a los nacionales de las partes firmantes- era aplicable a una trabajadora española con cotizaciones en Alemania y en Suiza. El Tribunal resolvió que a los efectos del Reglamento 1408/71 “el concepto de legislación no incluye las disposiciones de Convenios Internacionales de Seguridad Social celebrados entre un solo Estado miembro y un tercero Estado. Esta interpretación no queda debilitada por el hecho de que dichos Convenios hayan quedado integrados, con rango de Ley, en el ordenamiento jurídico interno del Estado miembro interesado”.

32. Sin embargo, años más tarde en su sentencia de 15.1.2002, -55/00 (*Gottardo*)¹¹ el Tribunal de Luxemburgo modificó radicalmente su doctrina, a pesar de que los hechos entre la cuestión prejudicial Grana-Novoa y *Gottardo* son sustancialmente idénticos y falló que: “las autoridades de Seguridad Social competentes de un primer Estado deben computar a efectos del derecho a prestaciones de vejez los períodos de seguro cubiertos en un país tercero por un nacional de un segundo Estado miembro cuando, en las mismas condiciones de cotización, dichas autoridades competentes reconocen, de conformidad con un convenio internacional bilateral celebrado entre el primer Estado miembro y el país tercero, el cómputo de dichos períodos cubiertos por sus propios nacionales”.

33. Como consecuencia de la sentencia *Gottardo*, la Comisión Administrativa para la Seguridad Social de los Trabajadores Migrantes adoptó el 12.6.2009 la Recomendación P1. Esta última tiene por finalidad que se concedan a los trabajadores nacionales de otros Estados miembros las mismas ventajas de que disfrutaban los trabajadores nacionales de un Estado miembro en virtud de un convenio bilateral de Seguridad Social que éste haya celebrado con un tercer Estado. Asimismo, entre otras cuestiones, se recomienda que los nuevos convenios bilaterales de Seguridad Social que celebren un Estado miembro y un tercer Estado deberían incluir una referencia expresa al principio de no discriminación por razón de la nacionalidad de los ciudadanos de otro Estado miembro que hayan ejercido su derecho a circular libremente en el Estado miembro parte del Convenio en cuestión.

34. A la vista de las consideraciones expuestas, no cabe ya dudar que formalmente España está obligada a aplicar el Convenio Hispano-Marroquí no solo a trabajadores españoles y marroquíes sino también a ciudadanos de Estados en los que el Derecho de la Unión Europea resulte de aplicación¹².

35. Cuestión distinta es cómo articular en la práctica esa obligación, pues como GARCÍA DE CORTÁZAR¹³ señala, la jurisprudencia del TJUE “solo vincula al Estado Miembro y no al Tercer Es-

¹¹ Cfr. A.J. ANDRIÁN ARNÁIZ, “La Contribución de la Sentencia “Gottardo” del TJCE, de 2 de Junio de 2002, a la Realización del Principio de Igualdad de Tratamiento por lo que se refiere a la Seguridad Social en la Unión Europea”, *Información laboral* nº 2/2004; pp.2-44.

¹² El vigente Convenio de Seguridad Social entre Francia y Marruecos sí incluye a los nacionales de otros Estados miembros de la Unión Europea y del Espacio Económico Europeo en el elenco de sujetos incluidos dentro de su ámbito de aplicación personal (artículo 2.1.d).

¹³ C. GARCÍA DE CORTÁZAR, “El Acuerdo de Asociación de la UE y Marruecos y sus implicaciones en el ámbito de la pro-

tado que no puede quedar afectado por un Tribunal que no tiene sobre él competencia ni al que pueden exigírsele el cumplimiento de un ordenamiento que no le es aplicable”. Es decir, que aplicar la sentencia Gottardo al Convenio Hispano-Marroquí requiere inexcusablemente de la colaboración de la Administración marroquí.

IV. Ámbito de aplicación material del convenio Hispano-Marroquí

36. Conforme al artículo 2.1.A) las contingencias protegidas tanto en el Régimen General como en los Regímenes especiales españoles coordinados por el Convenio son las siguientes:

- a) Maternidad, enfermedad común o profesional, incapacidad laboral transitoria y accidentes, sean o no de trabajo.
- b) Invalidez provisional o permanente.
- c) Vejez¹⁴.
- d) Muerte o supervivencia.
- e) Protección a la familia.
- f) Reeduación y rehabilitación de inválidos.
- g) Asistencia social y servicios sociales

37. Llama inmediatamente la atención cómo la redacción ha quedado obsoleta dada las reformas legislativas operadas en España desde la promulgación del Convenio hasta nuestros días, de ahí que las referencia a la incapacidad laboral transitoria e invalidez provisional han de entenderse efectuadas a la Incapacidad Temporal. Y la referencia a la invalidez permanente, a la Incapacidad Permanente. Tampoco encontramos en el vigente Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social regulada “la reeduación y rehabilitación de inválidos”.

38. Y, entre otros motivos, porque el Convenio es muy anterior en el tiempo a la Ley 26/1990 por la que se instaura en España un nuevo nivel no contributivo de Seguridad Social, hay que resaltar la exclusión de las prestaciones no contributivas de Seguridad Social españolas del ámbito material del Convenio. De hecho, son mayoría los convenios internacionales suscritos por España que se aplican exclusivamente al nivel contributivo de Seguridad Social.

39. Sumamente confuso resulta especialmente el último epígrafe g): “asistencia social y servicios sociales” que no figura en otros convenios bilaterales de Seguridad Social celebrados entre Estados miembros de la UE y Marruecos, como es el caso de nuestros vecinos Portugal¹⁵ y Francia¹⁶.

40. Dado que cronológicamente el Convenio Hispano-Marroquí es posterior a la Constitución, y ésta en el artículo 148.1.20 atribuye la competencia exclusiva en materia de asistencia social “externa”¹⁷ al sistema de Seguridad Social a las Comunidades Autónomas hay que concluir que las disposiciones del Convenio Hispano-Marroquí -que solo coordina prestaciones de Seguridad Social- no generan derechos respecto a las prestaciones de Asistencia Social instauradas en desarrollo del artículo 148.1.20 de la

tección social” en: M.D. RAMÍREZ BENDALA (Dir), *Problemas actuales de la seguridad social en perspectiva internacional*, Laborum, Murcia, 2019; pp. 18-20.

¹⁴ F.M. JIMENO JIMÉNEZ, “El reconocimiento de pensión de jubilación a empleados marroquíes con autorización de trabajo transfronteriza”, E-Revista Internacional de la Protección Social nº2/2018, pp.17-18.

¹⁵ El artículo 4.1.a) del Convenio celebrado entre Portugal y Marruecos describe su ámbito de aplicación material sin que se incluya la asistencia social, ni prestaciones no contributivas de Seguridad Social, ni tampoco se mencionan los servicios sociales.

¹⁶ El vigente convenio bilateral entre Francia y Marruecos data de 22 de octubre de 2007 y entró en vigor el 1 de junio de 2011. Se aplica a todas las ramas de Seguridad Social, pero ni la asistencia social ni los servicios sociales se mencionan.

¹⁷ El Tribunal Constitucional diferencia entre asistencia social interna al sistema y externa: cfr. STC 76/1986, de 9 de junio; STC 239/2002, de 11 de diciembre; STC 18/2016, de 4 de febrero, entre otras.

Constitución. Por idénticos motivos, la referencia a los servicios sociales de este Convenio internacional suscrito en 1979 ha de identificarse con los dispensados por el sistema de Seguridad Social estatal como complemento de prestaciones de Seguridad Social, nunca con los servicios sociales instaurados por las CC.AA. en desarrollo de las competencias asumidas en sus Estatutos de Autonomía.

41. A mayor abundamiento, la página web del Ministerio¹⁸ cuándo describe el ámbito de aplicación del Convenio Hispano-Marroquí reiteradamente utiliza el término de “prestaciones contributivas”, omitiendo toda referencia tanto a las prestaciones no contributivas de Seguridad Social como a las prestaciones no contributivas de Asistencia Social instauradas por las Comunidades Autónomas.

42. Por último, pero no menos relevante, hay que destacar que las prestaciones de dependencia instauradas por la Ley 39/2006 no son prestaciones del sistema de Seguridad Social por lo que no sólo están excluidas del Convenio Hispano-Marroquí sino que éste no prevé siquiera mecanismo alguno para incluir las prestaciones del sistema de Dependencia dentro de su ámbito de aplicación material.

1. Prestaciones españolas de Seguridad Social contributivas y no contributivas excluidas del convenio Hispano-Marroquí

43. Respecto a las contingencias excluidas del ámbito de aplicación del Convenio Hispano-Marroquí hay que distinguir entre prestaciones existentes a la fecha de celebración del Convenio y prestaciones instauradas con posterioridad.

A) Desempleo

A diferencia del Convenio Portugués-Marroquí que sí incluye entre las prestaciones que coordina a las prestaciones por desempleo, el Convenio Hispano-Marroquí no las menciona por lo que hay que concluir que quedan excluidas las prestaciones españolas por desempleo, tanto contributivas como asistenciales¹⁹.

B) Prestación por cese de actividad

44. Esta prestación tiene “por objeto dispensar a los trabajadores autónomos, afiliados a la Seguridad Social y en alta en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos o en el Régimen Especial de los Trabajadores del Mar, las prestaciones y medidas establecidas en esta ley ante la situación de cese total en la actividad que originó el alta en el régimen especial, no obstante poder y querer ejercer una actividad económica o profesional a título lucrativo” (327.1 TRLGSS).

45. Dado que su incorporación al sistema español de Seguridad Social es muy posterior en el tiempo al Convenio Hispano-Marroquí, unido a la inaplicación de éste último a las prestaciones por desempleo, no cabe dudar de la exclusión de la prestación por cese de actividad del ámbito de aplicación material del Convenio Hispano-Marroquí

¹⁸ <http://www.mitramiss.gob.es/es/mundo/consejerias/marruecos/pensiones/contenidos/ConvHispanoMarroqui.htm>, consultada el 11.11.2019.

¹⁹ J.C. ÁLVAREZ CORTÉS, “La escasa regulación de protección por desempleo de los trabajadores migrantes: entre los convenios bilaterales y los reglamentos comunitarios” en: M.D. Ramírez Bendala (Coord.), *Problemas actuales de la seguridad social en perspectiva internacional*, Laborum, Murcia, 2019, pp.35-64.

C) Prestaciones no contributivas de Seguridad Social

46. Respecto al nivel no contributivo de Seguridad Social instaurado por la Ley 26/1990 -y por tanto posterior en el tiempo a la entrada en vigor del Convenio Hispano-Marroquí- es evidente que tanto las prestaciones no contributivas de vejez como de invalidez están excluidas del Convenio.

47. La misma conclusión hay que predicar respecto de las prestaciones económicas familiares reguladas en el Capítulo I del Título VI del TRLGSS, todas ellas incluidas en el nivel no contributivo de Seguridad Social (artículo 109.3.b) TRLGSS). Y ello a pesar de que el artículo 2.1.e) del Convenio incluyera en la fecha en que éste entró en vigor la “protección a la familia”, pero hay que tener siempre muy presente que el Convenio Hispano-Marroquí sólo coordina prestaciones económicas contributivas de Seguridad Social.

48. Ciertamente, en nuestro sistema de Seguridad Social existieron hace décadas asignaciones económicas contributivas por hijo a cargo²⁰, pero tras la ley 52/2003, de 10 de diciembre hasta la actualidad, la única prestación familiar “contributiva” subsistente en nuestro ordenamiento jurídico es la consideración como cotizado períodos de excedencia que disfruten los trabajadores por cuenta ajena y funcionarios. No estamos, por tanto, ante una prestación en metálico²¹.

49. Las consideraciones anteriores llevan a concluir que las prestaciones económicas familiares no contributivas españolas están excluidas del ámbito de aplicación material del Convenio Hispano-Marroquí, al igual que el subsidio por maternidad regulado en los artículos 181-182 TRLGSS. Tesis que se corrobora porque en la citada página web del Ministerio²² no se menciona entre las prestaciones económicas coordinadas a ninguna prestación no contributiva de Seguridad Social. A mayor abundamiento, puesto que conforme al artículo 3 del Convenio Hispano-Marroquí para que el Convenio resulte aplicable a disposiciones “sobre una nueva rama de la Seguridad Social” las dos partes contratantes han de convenir en ello”, con mayor motivo se precisa un acuerdo expreso entre ambos Estados para incluir en el ámbito de aplicación material del convenio un nuevo nivel de Seguridad Social inexistente cuando el Convenio se negoció. Y, hasta la fecha, no consta acuerdo alguno entre ambos países respecto al nivel no contributivo de Seguridad Social español. Tal y como el Tribunal Supremo reconoció en su sentencia de 1.4.1998 (recurso 588/1997) para que una nueva rama de la Seguridad Social pueda incluirse en el Convenio Hispano-Marroquí es necesario un pacto bilateral expreso: “que la protección otorgada por las denominadas prestaciones no contributivas de la Seguridad Social constituye una nueva rama, debe deducirse con claridad, no tanto de la naturaleza de las propias prestaciones y contingencias protegidas, como de su fuente de financiación y, sobre todo, de su desvinculación como relación protectora, de la relación de prestación de servicios por cuenta ajena, en abierta diferenciación con el ámbito protector contributivo”.

V. El Acuerdo Euromediterráneo de Asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros y el reino de Marruecos: igualdad de trato y Seguridad Social

50. El Acuerdo Euromediterráneo de 24.1.2000 tiene cinco objetivos primordiales que se describen en su artículo primero:

- “Ofrecer un marco apropiado para el diálogo político entre las Partes que permita fortalecer sus relaciones en todos los ámbitos que estimen pertinentes en virtud de dicho diálogo.

²⁰ C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, *Las Prestaciones Familiares de Seguridad Social en el Ordenamiento Jurídico Español y Comunitario*, Laborum, Murcia, 2005, p. 20.

²¹ E. ROALES PANIAGUA, “Sinopsis de las prestaciones familiares en España”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* nº 32/2012, pp. 399-405.

²² <http://www.mitramiss.gob.es/es/mundo/consejerias/marruecos/pensiones/contenidos/ConvHispanoMarroqui.htm>, consultada el de 11.11.2019.

- Establecer las condiciones de la liberalización progresiva de los intercambios de bienes, servicios y capitales.
- Desarrollar los intercambios y asegurar el desarrollo de unas relaciones económicas y sociales equilibradas entre las Partes, sobre todo a través del diálogo y la cooperación, con el fin de favorecer el desarrollo y la prosperidad de Marruecos y del pueblo marroquí.
- Estimular la integración magrebí favoreciendo los intercambios y la cooperación entre Marruecos y los países de la región.
- Fomentar la cooperación en los ámbitos económico, social, cultural y financiero”.

1. Antecedentes históricos: el artículo 41 del Tratado de Asociación de 1976 y su interpretación por el Tribunal de Justicia de Luxemburgo

51. Desde el año 1976 existieron Tratados de Asociación entre la Comunidad Económica Europea y los países del Magreb: concretamente con Túnez, Argelia y Marruecos²³. En los tres se proclamaba la igualdad de trato en el ámbito de la Seguridad social para los trabajadores marroquíes y sus familiares.

52. En particular, y por lo que a Marruecos se refiere, el derecho a la igualdad de trato en el ámbito de la Seguridad Social estaba regulado en el artículo 41.1. del Acuerdo de Cooperación entre la CEE y el Reino de Marruecos. Respecto al concepto de Seguridad Social a efectos del citado artículo 41.1, el Tribunal de Luxemburgo estableció que ha de interpretarse del mismo modo que el concepto idéntico que figura en el Reglamento de coordinación de regímenes de Seguridad Social (el Reglamento 1408/71 vigente en aquella fecha). Y es que el artículo 41.1. “*establece en términos claros, precisos e incondicionales la prohibición de discriminar, por razón de la nacionalidad, a los trabajadores de nacionalidad marroquí y a los miembros de su familia que residan con ellos, en el sector de la Seguridad Social, que no está subordinada, ni en su ejecución ni en sus efectos, a ningún acto ulterior*”. A mayor abundamiento, el Tribunal dedujo que esta disposición tiene efecto directo, de modo que los justiciables a quienes se aplica tienen derecho a invocarla ante los órganos jurisdiccionales nacionales²⁴.

2. Discriminación de los familiares de los trabajadores de la Unión Europea frente a los familiares de los trabajadores marroquíes

53. Un debate que se suscitó hace décadas y que no puede considerarse definitivamente zanjado es si los familiares y derechohabientes de los trabajadores nacionales de un Estado en el que se aplique el Derecho de la Unión Europea pueden invocar el derecho a la no discriminación por razón de la nacionalidad respecto a todas las prestaciones incluidas en los Reglamentos de coordinación de sistemas de Seguridad Social (derechos propios), o solo respecto de aquellas que les sean reconocidas precisamente en su condición de familiares y derechohabientes (derechos derivados).

54. Sobre el particular, la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo ha sido totalmente errática: inicialmente se decantó por considerar irrelevante la distinción entre derechos propios y derivados²⁵. Sin embargo, a partir de la sentencia 23.11.1976,-40/76, (Kermaschek) el Tribunal dictaminó que sólo los trabajadores -y no los miembros de sus familias- podían invocar los derechos consagrados por el Reglamento como derechos propios o personales. Volvió a sus postulados iniciales con la sentencia 30.4.1996, -308/93, (Cabanis) para retomar en la sentencia de 10.10.1996, asuntos acumulados 245/94

²³ Acuerdo de Cooperación entre la Comunidad Económica Europea y el Reino de Marruecos, firmado en Rabat el 27 de abril de 1976. Cfr. A. DE ALMEIDA, “Las relaciones entre la Unión Europea y el Reino de Marruecos: el Marco General y el Acuerdo Euromediterráneo”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 10/ 2001, pp. 545-596.

²⁴ SSTJCE de 31.1.1991, -18/90, (Kziber) *Rec.*; p.I-199; y de 20.4.1994, -58/93, (Yousfi) *Rec.*; p.I-1353.

²⁵ SSTJCE de 17.6.1975, -7/75, (Fracas) *Rec.*; p.679; y de 16.12.1976, -63/75, (Inzirillo) *Rec.*; p.2057, entre otras.

y 312/94, (Hoeber y Zachow) la distinción entre derechos propios y derechos derivados, aunque matizando que “*la distinción entre derechos propios y derechos derivados no se aplica, en principio, a las prestaciones familiares*”. Tesis que se reitera en la sentencia 15.3.2001, - 85/99, (Offermanns).

55. Pero hay que resaltar que esta dicotomía entre derechos “propios” y “derivados” no se aplica a los familiares de los trabajadores marroquíes como se infiere de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. En efecto, como declaró en la sentencia de 3.10.1996, -126/95, (Hallouzi-Choho) “*la jurisprudencia que distingue entre derechos derivados y derechos propios de los miembros de la familia del trabajador migrante no puede ser aplicable en el marco del Acuerdo*”.

56. Por tanto, hoy por hoy los familiares de los migrantes ciudadanos de los Estados de la UE sólo pueden invocar el derecho a la no discriminación por razón de la nacionalidad respecto a sus “derechos derivados” como tales familiares, mientras que los familiares de los trabajadores marroquíes pueden invocar el derecho a la no discriminación con respecto a cualquier prestación de Seguridad Social, incluso respecto de aquellas que no les sean reconocidas en su calidad de miembros de la familia.

3. El artículo 65 del Acuerdo Euromediterráneo

57. En consonancia con su precedente, el artículo 41.1 del Tratado de 1976, el primer párrafo del artículo 65.1 del Acuerdo Euromediterráneo proclama la igualdad de trato de los trabajadores de nacionalidad marroquí y los miembros de sus familias que residan con ellos en el sector de la Seguridad Social, sin que puedan ser objeto de discriminación por razón de su nacionalidad con respecto a los propios nacionales de los Estados miembros donde estén empleados.

58. A estos efectos, el concepto de Seguridad Social incluye prestaciones de enfermedad y maternidad, las prestaciones de invalidez, vejez y supervivencia, las prestaciones por accidente de trabajo y enfermedad profesional, los subsidios por defunción, las prestaciones por desempleo y las prestaciones familiares (artículo 65.1, segundo párrafo). La igualdad de trato se predica tanto de las prestaciones contributivas, como no contributivas y especiales no contributivas (artículo 65.4).

59. Asimismo, en virtud del Acuerdo Euromediterráneo, los trabajadores marroquíes se benefician de la totalización de los períodos de seguro, empleo o residencia cumplidos en los diferentes Estados miembros, en lo que respecta a las pensiones y rentas de vejez, invalidez y supervivencia, las prestaciones familiares, las prestaciones por enfermedad y maternidad, así como de la asistencia sanitaria para ellos mismos y su familia residente en la actual UE.

60. Los trabajadores marroquíes tienen también reconocido en virtud del artículo 65.4 del Acuerdo Euromediterráneo el derecho a exportar a Marruecos las pensiones y rentas de vejez, supervivencia y accidente de trabajo o enfermedad profesional, así como de invalidez, en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional.

61. Nótese que el Acuerdo Euromediterráneo no contempla el derecho a totalización respecto a las prestaciones por desempleo ni tampoco la exportación de las mismas. Y, expresamente, se excluyen del principio de exportación a las prestaciones especiales de carácter no contributivo, que son las que los Estados han notificado en el Anexo X del Reglamento 883/2004²⁶.

²⁶ En dicho Anexo X España ha notificado como inexportables las siguientes prestaciones no contributivas: subsidio de garantía de ingresos mínimos; prestaciones en metálico de asistencia a personas de avanzada edad e inválidos incapacitados para el trabajo; pensiones de invalidez y jubilación, en su modalidad no contributiva; las prestaciones que complementan las anteriores pensiones, según dispone la legislación de las Comunidades Autónomas, en las que tales complementos garantizan un ingreso mínimo de subsistencia habida cuenta de la situación económica y social en las correspondientes Comunidades Autónomas; y los subsidio de movilidad y compensación por gastos de transporte.

62. En cualquier caso, y pese a que se apliquen a los trabajadores marroquíes y sus familias los principios de coordinación sobre los que se erigen los Reglamentos de coordinación 883/2004 y 987/2004, hay que tener en cuenta que están expresamente excluidos de su ámbito de aplicación personal en virtud del artículo 65.1, tercer párrafo²⁷.

4. Prestaciones familiares y acuerdo Euromediterráneo: principio de territorialidad

63. El artículo 65.4 del Tratado Euromediterráneo no incluye entre las prestaciones exportables a las prestaciones familiares porque a los trabajadores marroquíes que trabajen en Estados en los que el Derecho de la Unión Europea sea aplicable no se les reconoce derecho alguno a prestaciones familiares por los hijos que residan en Marruecos.

64. En concreto, el artículo 65.3 del Tratado de Asociación sólo prevé que los trabajadores magrebíes se beneficien de las prestaciones familiares “*para los miembros de su familia que residan en la Comunidad*”. Dicho con otras palabras, un Estado en el que se aplique el Derecho de la Unión Europea habrá de abonar prestaciones familiares a un trabajador marroquí aunque sus hijos residan legalmente en otro Estado de la UE²⁸. Sin embargo, las normas de Derecho comunitario no reconocen el derecho a cobrar prestaciones familiares por los hijos de los trabajadores marroquíes que residan en un país el que no se aplica el Derecho de la Unión Europea, tal y como con meridiana claridad expuso el TJUE en su sentencia de 20.3.2001, -33/99 (Fahmi).

5. Igualdad de trato para nacionales magrebíes y residencia legal

65. Los principios de igualdad de trato, totalización de períodos y exportación de prestaciones que el Acuerdo Euromediterráneo regula sólo se aplicarán a los trabajadores magrebíes y sus familiares que ostenten la condición de residentes legales, pues claramente proclama el artículo 66 del Tratado que “*las disposiciones del presente capítulo no serán aplicables a los nacionales de una de las Partes que residan o trabajen ilegalmente en el territorio del país de acogida*”.

6. Acuerdo Euromediterráneo y convenios bilaterales entre Marruecos y Estados miembros: principio de norma más favorable

66. La adopción del Acuerdo Euromediterráneo no conlleva la derogación de los Tratados de Seguridad Social que pudieran haber suscritos los Estados miembros con Marruecos, ni impide la celebración de nuevos Convenios de Seguridad Social bilaterales²⁹.

67. Es más, el artículo 68 del citado Acuerdo establece la aplicación del principio de norma más favorable en caso de concurrencia: “*las disposiciones adoptadas por el Consejo de asociación de conformidad con el artículo 67 no afectarán a los derechos y obligaciones que resulten de los acuerdos bilaterales existentes entre Marruecos y los Estados miembros, en la medida en que éstos prevean un régimen más favorable en beneficio de los nacionales marroquíes o de los nacionales de los Estados*”.

²⁷ Artículo 65.1, tercer párrafo: “esta disposición no podrá tener por efecto convertir en aplicables las demás normas de coordinación previstas por la normativa comunitaria basada en el artículo 51 del Tratado CE”. La referencia al artículo 51 ha de entenderse actualmente referida Artículo 48 del TFUE.

²⁸ M.A. ALMENDROS GONZÁLEZ, “La reforma de la coordinación de las prestaciones familiares de Seguridad Social como respuesta a los cambios políticos y económicos en la Unión Europea”, *Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, nº 49/2018, pp.139-147.

²⁹ L. SÁNCHEZ CARRIÓN, “Los convenios bilaterales de Seguridad Social suscritos por España y su conexión con el derecho comunitario”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 47/2003.

miembros”. Un claro ejemplo de lo anterior es el supuesto contemplado en el artículo 23 del Convenio Hispano-Marroquí, que permite el reparto de la pensión de viudedad entre varias supérstites en los casos de poligamia.

VI. el Reglamento (UE) 1231/2010: la extensión de las normas de coordinación del Reglamento 883/2004 a los marroquíes que residen legalmente en el territorio de la Unión Europea

68. El Reglamento 1231/2010 -que sustituyó al Reglamento 859/2003-, amplía la aplicación de las disposiciones de los Reglamentos 883/2004 y 987/2009 sobre coordinación de los sistemas de Seguridad Social a los nacionales de Terceros Estados que, debido únicamente a su nacionalidad, no estuvieran incluidos dentro de sus ámbitos de aplicación personal, así como a los miembros de sus familias y a sus supérstites, que estén residiendo legalmente en el territorio de un Estado Miembro. Pero siempre y cuando su situación no esté circunscrita en todos sus aspectos al interior de un solo Estado miembro.

69. Tal y como se refleja en el Considerando nº 10 del Reglamento 1231/2010, la aplicación del Reglamento 883/2004 a estas personas no les concede ningún derecho de entrada, estancia o residencia ni tampoco acceso al mercado laboral en un Estado miembro. Ni afecta, consecuentemente, a la potestad de los Estados miembros de denegar o retirar un permiso de entrada, estancia, residencia o trabajo en su territorio, o de denegar la renovación de tales permisos de conformidad con el Derecho de la Unión Europea.

70. La aplicación del Reglamento 883/2004 a este colectivo está subordinada a que la persona se encuentre previamente en situación de residencia legal en el territorio de un Estado miembro (Considerando nº11 del Reglamento 1231/2010). Y, además, es imprescindible que dicho extranjero haya estado sometido a la legislación de más de un Estado en el que el Reglamento 883/2004 resulte aplicable puesto que el Reglamento 883/2004 no se aplica a situaciones circunscritas, en todos los aspectos, a un solo Estado miembro. “En esta situación se encontraría, por ejemplo, el nacional de un tercer país que solo tiene vínculos con un tercer país y un único Estado miembro”, en palabras del Considerando nº 12 del Reglamento 1231/2010.

71. En conclusión: aunque el Acuerdo Euromediterráneo no permite la extensión a los ciudadanos marroquíes y sus familias de las disposiciones de coordinación contenidas en el Reglamento 883/2004, cabe la posibilidad de su aplicación si dichos ciudadanos y/o sus familiares han estado sujetos a más de una legislación coordinada por el Reglamento 883/2004. A sensu contrario, no pueden invocar las disposiciones del Reglamento 1231/2010 los ciudadanos marroquíes que sólo hayan trabajado y/o residido legalmente en España, pero no en otros Estados en los que se aplica el Derecho de la Unión Europea.

72. Por tanto, puesto que todas las prestaciones de desempleo españolas -contributivas y asistenciales- así como la prestación por cese de actividad son prestaciones exportables conforme al Reglamento 883/2004, aquellos trabajadores magrebíes a los que se les aplique el Reglamento 1231/2010 podrán exportar la prestación reconocida cuando se trasladen a otro Estado donde se aplique el citado Reglamento en busca de trabajo y durante un plazo máximo de seis meses (artículo 64.1.c) del Reglamento 883/2004). Y todo ello aunque ni el Acuerdo Euromediterráneo ni el Convenio Hispano-Marroquí reconozcan tal derecho.

VII. Derecho a la protección social de los ciudadanos marroquíes en España: zonas grises

1. Trabajadores transfronterizos y prestación por desempleo

73. Como ya se expuso supra, las prestaciones y subsidios por desempleo no están coordinadas por el Convenio Hispano-Marroquí ni por el Acuerdo Euromediterráneo. Y, a pesar de ello, en la actualidad

cotizan por desempleo en España los trabajadores transfronterizos. Estos últimos son los que han sido autorizados “*para desarrollar actividades lucrativas, laborales o profesionales por cuenta propia o ajena en las zonas fronterizas del territorio español, residiendo en la zona fronteriza de un Estado limítrofe al que regrese diariamente*” -artículo 182³⁰ Real Decreto 557/2011-. El concepto español de trabajador transfronterizo es, dicho sea de paso, mucho más restringido que el concepto comunitario de trabajador fronterizo³¹.

74. Para entrar en territorio español los trabajadores transfronterizos no precisarán visado “*siempre que las autorizaciones que acreditan dichos documentos hayan sido expedidas por los órganos españoles y estén vigentes en el momento de solicitar la entrada*” (artículo 7.3 del Real Decreto 557/2011).

75. Consecuencia de residir en un Tercer Estado debiera ser la exclusión de los trabajadores transfronterizos de la obligación de cotizar por desempleo, tal y como establecía la Disposición Adicional 13^a del derogado Real Decreto 2393/2004. Exclusión que se justifica por el hecho de que, conforme a la legislación española, es causa de extinción del derecho a la prestación por desempleo el traslado de la residencia al extranjero. Y en caso de los trabajadores marroquíes transfronterizos estos residen, por definición legal, en el extranjero³².

76. A mayor abundamiento, tanto en el nivel contributivo como asistencial por desempleo la residencia en España es un requisito necesario para el mantenimiento del derecho a la percepción de la prestación económica. En efecto, el artículo 272.1.f) del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social prevé como causa de extinción del derecho a la prestación por desempleo el “*traslado de residencia o estancia en el extranjero, salvo en los supuestos que sean causa de suspensión recogidos en las letras f) y g) del artículo 271.1*”. Preceptos que son aplicables, por remisión expresa del artículo 279 TRLGSS³³ a los subsidios asistenciales por desempleo.

77. A la vista de las consideraciones anteriores no se alcanza a comprender cómo el vigente Reglamento de Extranjería no excluye, como excluía el anterior Reglamento de Extranjería, a los trabajadores transfronterizos de la obligación de cotizar por desempleo³⁴. Y si los trabajadores transfronterizos cotizaran por desempleo sin poder lucrar las correspondientes prestaciones ello hubiera generado gran litigiosidad y contestación social. Como no ha sido éste el caso, la única explicación plausible es que España está de facto abonando prestaciones y subsidios asistenciales por desempleo a quienes de hecho residen en Marruecos pero cruzan a diario la frontera para trabajar en territorio nacional.

2. Prestaciones económicas familiares no contributivas y residencia en Marruecos: la Circular del INSS 4/2006

A) El doble requisito de residencia legal exigido por el TRLGSS

78. Un requisito característico y común a las prestaciones no contributivas es supeditar su reconocimiento y mantenimiento a la residencia legal en el Estado que la abona. Requisito calificado como

³⁰ En el anterior y derogado Reglamento de Extranjería (Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre) la definición estaba contenida en su artículo 84.1. Ninguna novedad resaltable se aprecia entre el Reglamento en vigor y su precedente.

³¹ M. GUTIÉRREZ PÉREZ, “La seguridad social de los trabajadores fronterizos en el marco comunitario. Incidencia de la reforma de los Reglamentos 883/2004 y 987/2009 en la acción protectora”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* n° 49/2018, pp. 201-206.

³² E. ROALES PANIAGUA (Coord.), *Buenas Prácticas Jurídico Procesales para Reducir el Gasto Social (II)*, Laborum, Murcia, 2014, pp.89-94.

³³ Artículo 279. *Suspensión y extinción del derecho al subsidio*: “1. Serán de aplicación al subsidio por desempleo las normas sobre suspensión y extinción previstas en los artículos 271 y 272”.

³⁴ Las únicas exclusiones de la cotización por desempleo están ahora contenidas en la Disposición Adicional 16^a del Real Decreto 557/2011: contrataciones de los extranjeros titulares de las autorizaciones de trabajo para actividades de duración determinada y para estudiantes.

legítimo por la sentencia del Tribunal de Luxemburgo de 14.6.2106, -308/14, (Comisión contra Reino) respecto a las prestaciones familiares inglesas no contributivas en base a la “necesidad de salvaguardar las finanzas del Estado miembro de acogida ya que tal reconocimiento puede tener consecuencias sobre el nivel global de la ayuda que pueda conceder dicho Estado”³⁵.

79. Nuestro vigente TRLGSS regula de manera separada la prestación no económica familiar “contributiva” en el capítulo XV del Título Segundo bajo el epígrafe de Protección a la Familia, mientras que las prestaciones familiares económicas no contributivas se regulan en el capítulo primero del Título Sexto que lleva por rúbrica “prestaciones no contributivas”.

80. Conforme a lo dispuesto en el artículo 352 del TRLGSS, para ser beneficiarios de prestaciones económicas familiares no contributivas se precisa residir legalmente en territorio español y tener a cargo “*hijos o menores en régimen de acogimiento familiar permanente o guarda con fines de adopción residan en territorio español*”. Dicho con otras palabras, el TRLGSS exige para el abono de las prestaciones económicas no contributivas de Seguridad Social el requisito acumulativo de la residencia legal tanto a los sujetos causantes como a los beneficiarios³⁶. Esto último podría constituir una discriminación indirecta contraria al artículo 1 del Convenio 157 de la OIT³⁷.

81. Respecto a los extranjeros de Terceros Estados que obtenga autorización de estancia por razón de sus estudios, investigación o formación, prácticas no laborales o servicios de voluntariado hay que destacar que no pueden ser beneficiarios de prestaciones familiares no contributivas. Y ello porque la autorización de estancia es jurídicamente diferente a la autorización de residencia. Sólo pueden lucrar prestaciones familiares no contributivas quienes residan legalmente en España³⁸.

B) Convenio Hispano-Marroquí y prestaciones familiares

82. En el capítulo VII del Convenio Hispano-Marroquí -artículos 31-32(bis)- se regula la coordinación de las prestaciones familiares³⁹. Hay que señalar que en la fecha en que dicho instrumento internacional entró en vigor no existía aun en España el nivel no contributivo de Seguridad Social.

83. El artículo 31 proclama que para “*la apertura del derecho a las prestaciones familiares debidas a los trabajadores por hijos a su cargo serán tenidos en cuenta, en su caso, los periodos de seguro cumplidos en ambas Partes Contratantes.*” Por su parte el artículo 32 dispone que “*las prestaciones familiares debidas a un trabajador serán determinadas de conformidad con la legislación de la Parte Contratante en cuyo territorio dicho trabajador estuviera empleado*”. Las condiciones de aplicación de ambos preceptos se realizarán conforme al Acuerdo Administrativo que ambos Estados fijen -el artículo 32 (bis)-.

³⁵ M.A. ALMENDROS GONZÁLEZ, “Régimen Jurídico de las Prestaciones Familiares en España y su coordinación en el Reglamento 883/2004” en: VV.AA, *Protección Social en España, en la Unión Europea y en el Derecho Internacional*, Laborum, Murcia, 2017, pp.439-470.

³⁶ Con anterioridad a la reforma introducida por la ley 52/2003, el Tribunal Supremo reconoció la asignación económica por hijo a cargo para un trabajador marroquí residente en España y afiliado al Régimen General de la Seguridad Social cuyos hijos residían en Marruecos pues “a falta de norma expresa ha de entenderse que el requisito de la residencia hace referencia al beneficiario a cuyo cargo están los hijos y no a la convivencia de estos en el territorio español” (STS 21.1.2003, RJ.1989). Cfr. J.J. PÉREZ-BENEYTO ABAD, “Prestaciones familiares y cláusulas de residencia: de cómo la norma va contra la jurisprudencia o el olvido de Europa”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 32/2012.

³⁷ M.J. CERVILLA GARZÓN, “Criterios jurisprudenciales relevantes sobre cuestiones relacionadas con el derecho de los nacionales del reino de marruecos a las prestaciones familiares no contributivas españolas” en: M.D. RAMÍREZ BENDALA (Dir), *Problemas actuales de la seguridad social en perspectiva internacional*, Laborum, Murcia, 2019, p.116.

³⁸ T. GUERRERO PADRÓN, “El derecho de residencia como factor limitativo del acceso a prestaciones de Seguridad Social”, *Revista General de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social* nº 49/2018, pp.276-284.

³⁹ I. BALLESTER PASTOR, “Prestaciones familiares económicas por hijos a cargo, extranjeros migrantes y residencia efectiva en España y en Europa: estudio sobre un conflicto normativo pendiente”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* nº32/2012, p.15.

84. El citado Acuerdo Administrativo y Protocolo Adicional al Convenio Hispano-Marroquí de Seguridad Social se publicó en el BOE de 10.7.1985 cuyo capítulo IV está dedicado a las prestaciones familiares (artículos 24-25). El artículo 25 del Acuerdo Administrativo es el que regula el abono de prestaciones familiares españolas cuando los hijos residan en Marruecos. En efecto, el citado precepto establece que *“el trabajador español o marroquí que esté sometido durante la duración de su empleo a la legislación de Seguridad Social de una de las Partes Contratantes tendrá derecho a las prestaciones familiares por los hijos que residan en el territorio de la otra Parte Contratante”*. El apartado quinto del artículo 25 establece que la institución deudora de la prestación económica familiar la abonará directamente a la persona designada por el trabajador que asuma el cuidado de los hijos. Caso de que ambos cónyuges trabajasen cada uno de ellos en uno de los Estados firmantes del Convenio, las prestaciones familiares se abonarán únicamente a cargo de la institución del país de residencia de los hijos (artículo 25.2 del Acuerdo Administrativo)⁴⁰.

C) La Circular del INSS 4/2006

85. La Circular se dicta, entre otros motivos, por la reforma introducida por la Ley 52/2003, por la que todas las prestaciones familiares de contenido económico pasan a ser de naturaleza no contributiva.

86. El punto 14.2 de la citada circular establece que *“las prestaciones familiares por hijo o menor acogido a cargo que se reconozcan a las personas que sean trabajadores o pensionistas, según el caso, y a las que sea aplicable alguno de los Convenios bilaterales que incluyen en su ámbito de aplicación las prestaciones familiares, se regularán por lo establecido específicamente para estas prestaciones en la norma bilateral”*.

87. Los convenios suscritos por España que coordinan prestaciones familiares son, por orden alfabético: Australia, Brasil, Canadá, Chile, República Dominicana, Marruecos, Paraguay, Perú, Rusia, Túnez, Ucrania y Uruguay.

88. Pero, a diferencia de todos los anteriores, el Convenio Hispano-Marroquí es, de todos ellos, el único Convenio en vigor anterior en el tiempo a la creación en España del nivel no contributivo de Seguridad Social por la ley 26/1990. Hay que recordar que el Convenio Hispano-Marroquí sólo coordina prestaciones contributivas, exigiendo expresamente (art. 3.2) que para que el mismo resulte aplicable a una nueva rama de Seguridad Social se precisa acuerdo expreso por ambas Partes Contratantes (algo que no ha ocurrido hasta la fecha).

89. Viene a corroborar la tesis aquí defendida de que la Circular 4/2006 infringe lo previsto en el propio Convenio de Seguridad Social para ampliar su ámbito de aplicación material el hecho de que en la página web del Ministerio⁴¹, se listen solo las prestaciones contributivas coordinadas por el Convenio Hispano-Marroquí, no haciéndose mención alguna a las prestaciones familiares no contributivas.

90. No obstante, y aun reconociendo que los Tribunales Superiores de Justicia interpretan de manera contradictoria el ámbito de aplicación material del Convenio Hispano-Marroquí a efectos de las prestaciones familiares⁴² la tesis que aquí se defiende es que desde la entrada en vigor en España de la Ley Orgánica 4/2000 -en sintonía con el Acuerdo Euromediterráneo-, los trabajadores marroquíes que

⁴⁰ M.J. CERVILLA GARZÓN; “Criterios jurisprudenciales relevantes sobre cuestiones relacionadas con el derecho de los nacionales del reino de Marruecos a las prestaciones familiares no contributivas españolas” en: M.D. RAMÍREZ BENDALA (Dir); *Problemas actuales de la seguridad social en perspectiva internacional*, Laborum, Murcia, 2019; pp.110-120.

⁴¹ <http://www.mitramiss.gob.es/es/mundo/consejerias/marruecos/pensiones/contenidos/ConvHispanoMarroqui.htm> Consultada el 11.10.2019.

⁴² C.SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, *Las Prestaciones Familiares de Seguridad Social en el Ordenamiento Jurídico Español y Comunitario*, Laborum, Murcia, 2005, p.145.

residan legalmente en España tienen derecho a prestaciones familiares no contributivas de Seguridad Social.

91. Pero desde que en 2003 “mutó” la naturaleza jurídica de todas las prestaciones económicas familiares de Seguridad Social españolas, no pueden abonarse prestaciones familiares por los hijos residentes en Marruecos porque son prestaciones no contributivas de Seguridad Social y, por tanto, excluidas del ámbito de aplicación del Convenio Hispano-Marroquí.

92. No siendo aplicable el Convenio Hispano-Marroquí, y restringiendo el Acuerdo Mediterráneo el abono de prestaciones familiares al territorio de la UE, sólo cabe aplicar el TRLGSS que exige la residencia de los hijos o menores a cargo en territorio nacional.

D) Trabajadores transfronterizos con hijos residentes en Marruecos

93. La Circular 4/2006 prevé también en el apartado 14.2.6 que *“podrán ser beneficiarios de la prestación (económica no contributiva familiar) los trabajadores transfronterizos que residan en la zona fronteriza de Marruecos, país al que regresan diariamente después de realizar actividades lucrativas en las zonas fronterizas del territorio español, respecto de los hijos que estén a su cargo y que residan también en Marruecos”*.

94. Tal previsión carece de cualquier fundamento legal ya que ni los transfronterizos, ni sus hijos o menores a cargos, residen en España por lo que no cumplen los requisitos del TRLGSS. Ni el Convenio-Hispano marroquí, ni el Acuerdo Administrativo, reconocen derecho a prestaciones familiares para los trabajadores transfronterizos. Tampoco el Reglamento 1231/2010 legitima el abono de prestaciones familiares fuera del territorio de la Unión Europea.

95. A mayor abundamiento, tampoco el eventual abono de prestaciones familiares no contributivas a este colectivo aparece mencionado en ninguna web del Ministerio, lo que resulta muy significativo.

3. Pensión de viudedad y poligamia: ¿“quedan jueces en Berlín”?

96. Ni la legislación española ni la de ningún Estado de la Unión Europea permite la celebración de matrimonios polígamos⁴³. De hecho, la bigamia está tipificada en el artículo 217 de nuestro Código Penal.

97. En el ámbito de la coordinación de sistemas de Seguridad Social, el Reglamento 1231/2010 no contempla el pago de pensiones de viudedad a más de un cónyuge superviviente en caso de poligamia de los ciudadanos de Estados de Terceros -Estados. Ni tampoco lo permite el Acuerdo Euromediterráneo. Hoy por hoy, no existe ningún pronunciamiento del TJUE que contradiga estas afirmaciones.

98. En palabras del Tribunal Supremo “la poligamia no es simplemente algo contrario a la legislación española, sino algo que repugna al orden público español, que constituye siempre un límite infranqueable a la eficacia del Derecho extranjero”⁴⁴.

99. Los tribunales españoles no han mantenido una interpretación uniforme sobre la pensión de viudedad en caso de poligamia, siendo a estos efectos clave que existiera Convenio bilateral que reconociera el derecho a pensión, o no. Respecto a Marruecos los pronunciamientos han sido favorables, puesto que el Convenio bilateral de Seguridad Social en su artículo 23 prevé que la pensión de viudedad

⁴³ I. MARÍN ALONSO Y C. SOLÍS PRIETO, “The impact of religious freedom in the Labor and Social Security framework in Spain”, *Variationi su temi di Diritto del Lavoro* (en prensa).

⁴⁴ STS de 4.7.2011 (recurso nº 5031/2008).

causada por un trabajador marroquí será distribuida, en su caso, por partes iguales y definitivamente entre quienes resulten ser, conforme a la legislación marroquí, beneficiarias de dicha prestación⁴⁵.

100. Cuando parecía pacífica la interpretación del artículo 23 del Convenio Hispano-Marroquí en España, la STS del Tribunal Supremo de 24.1.2018 (nº recurso 98/2017) ha dado un “giro de tuerca” al reconocer pensión de viudedad a la segunda esposa de un súbdito marroquí incluido en el Régimen de Clases Pasivas del Estado⁴⁶.

101. Nada habría que objetar al fallo si no fuera porque la Sala de lo Contencioso-administrativo no se limita a interpretar y aplicar el Convenio sino que procede a ampliar el ámbito de subjetivo de aplicación del mismo, y todo ello al margen de los mecanismos que el propio Convenio Hispano-Marroquí prevé para una medida de tal naturaleza.

102. En efecto, la piedra angular sobre la que la STS de 24.1.2018 pasa de “puntillas” -no así el acertadísimo voto particular⁴⁷- es que el sujeto causante no estaba protegido por ninguno de los regímenes de Seguridad Social coordinados por el Convenio Hispano-Marroquí. Y como ya se ha expuesto supra, el Convenio Hispano-Marroquí no es aplicable a cualquier persona ni a cualquier régimen de Seguridad, sino que las prestaciones contributivas que coordina, única y exclusivamente pueden ser reconocidas a los sujetos protegidos por algunos de los regímenes general o especiales al que taxativamente el Convenio Hispano-Marroquí es aplicable.

103. Resulta obvio que el paso previo y necesario antes de pronunciarse sobre si una persona tiene derecho a una prestación coordinada por el Convenio es comprobar si a esa persona le es aplicable el Convenio. Porque si no está incluida dentro de su ámbito de aplicación personal, huelga todo debate jurídico.

104. Y sucede que los Regímenes Especiales de Funcionarios no están incluidos en el Convenio Hispano-Marroquí⁴⁸. Por tanto, cuando a la primera esposa del sujeto causante polígamo se le reconoce pensión española de viudedad, ésta se le reconoce en base exclusivamente a la legislación de Clases Pasivas del Estado, no en virtud del Convenio Hispano-Marroquí y nada hay que objetar al respecto.

105. En cambio, la pretensión de la segunda esposa sólo puede pivotar sobre el artículo 23 del Convenio Hispano-Marroquí. Pero, al estar excluidos los Regímenes Especiales de Funcionarios del Convenio Hispano-Marroquí, no es aplicable el Convenio ni al sujeto causante ni a los miembros de su familia. Por tanto, ni hay identidad de situaciones ni de normativas aplicables para el reconocimiento del derecho a pensión de las dos esposas supérstites.

106. Un principio fundamental de todos los instrumentos internacionales y supranacionales en materia de coordinación de sistemas de Seguridad Social (ya sean convenios internacionales, multilaterales o Reglamentos emanados de la UE) es que sólo se aplican a los sujetos y a los riesgos sociales expresamente incluidos en su ámbito de aplicación.

⁴⁵ M.S. BENTAOUET, “El Convenio bilateral Hispano-Marroquí de Seguridad Social y su aplicación”, E-Revista Internacional de la Protección Social nº 2/2018, pp.94-101.

⁴⁶ Cfr. M.J. VALVERDE MARTÍNEZ y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ; “Poligamia en Marruecos y pensión de viudedad en España. El Tribunal Supremo y el orden público internacional atenuado”, Cuadernos de Derecho Transnacional nº 2/2018, pp. 718-731.

⁴⁷ Voto particular que formula D. José Luis Requero Ibáñez al que se adhiere D. Jorge Rodríguez Zapata Pérez, a la sentencia dictada en el recurso de casación 98/2017: “podrá decirse que ese Convenio no ha sido denunciado, pero que eso no sea así no debe llevar -como hace la sentencia mayoritaria- a aumentar, expandir una previsión puntual sólo prevista para los nacionales marroquíes y para las prestaciones propias del Régimen General de la Seguridad Social, es más, su artículo 2.1.A.2 expresamente excluye el régimen especial de Clases Pasivas”.

⁴⁸ E. ROALES PANIAGUA, “Seguridad Social internacional y poligamia. Nuevas perspectivas en la protección social”, Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, nº 52/2019, pp.410-414.

107. La exclusión de los Regímenes Especiales de Funcionarios Públicos del Convenio Hispano-Marroquí no es un “olvido” sino una expresa opción política del Estado español. A mayor abundamiento, al describir su ámbito de aplicación los Convenios bilaterales de Seguridad Social españoles especifican que se aplican a trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia⁴⁹. Y solo si un Convenio es aplicable a Clases Pasivas así se indica expresamente, tal y como hace el Convenio de Seguridad Social Hispano-Japonés (2008): “*el convenio se aplicará en relación con España, al Sistema Contributivo de Seguridad Social y al Régimen de Clases Pasivas del Estado*”.

108. Con meridiana claridad los Convenios de Seguridad Social celebrados por España con Cabo Verde (2012)⁵⁰, Perú (2003)⁵¹, República Dominicana (2004)⁵² y Ecuador (2009) al describir su ámbito de aplicación utilizan exactamente la misma cláusula de estilo: el Convenio se aplicará a la “*legislación relativa a las prestaciones contributivas del Sistema español de Seguridad Social, con excepción de los regímenes de funcionarios públicos, civiles y militares*”.

109. Al delimitar su ámbito de aplicación el Convenio Hispano-Coreano utiliza la siguiente formulación: el Convenio se aplica a “*la legislación relativa a las prestaciones contributivas del Sistema de Seguridad Social, excepto el Régimen de Clases Pasivas del Estado*” (art. 2.1.b).

110. Tampoco se aplica a los regímenes españoles especiales de funcionarios públicos el Convenio de Seguridad Social España-USA de 1986 a tenor de lo dispuesto en su art. 2.2.

111. Sin olvidar que los regímenes especiales de funcionarios están excluidos del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social (2007) -tal y como se recoge en su Anexo I⁵³- que está vigente en España.

112. Conviene también recordar que los regímenes especiales de funcionarios de los Estados miembros estuvieron excluidos de la coordinación comunitaria desde la promulgación del Reglamento 3/58 hasta que, 40 años después, se aprobó el Reglamento 1606/98, de 29 de junio. Y, aun al día de hoy, los funcionarios de la Unión Europea siguen excluidos del ámbito de aplicación personal del Reglamento de coordinación 883/2004.

113. A la vista de las consideraciones expuestas se concluye que la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo 24.1.2018 (nº recurso 98/2017) no aplicó el Convenio Hispano-Marroquí (porque no está incluido en su ámbito de aplicación personal el sujeto causante polígamo), ni la normativa sobre Clases Pasivas (que prohíbe el reparto de pensiones de viudedad en caso de matrimonios polígamos, contrario al orden público); tampoco se fundamenta la sentencia específicamente en ningún Tratado internacional ratificado por España (ninguno reconoce el derecho a la poligamia que es discriminatoria para la mujer, dicho sea de paso). Y por lo que respecta al Convenio Europeo de Derechos Humanos es significativo que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no haya dictado hasta la fecha ninguna sentencia que considere infringido el CEDH si se deniega pensión de viudedad a más de un cónyuge superviviente en caso de poligamia.

114. La sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, asimismo, infringe el derecho de propiedad -tal y como es interpretado por el TEDH- de la primera esposa a la que se le reduce el importe de su pensión cuyo reconocimiento no se funda en el Convenio-Hispano Marroquí.

⁴⁹ El texto de todos los convenios de Seguridad Social celebrados por España puede consultarse en: <http://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/93507357-fa02-4d32-a062-90a527c860ed/CONVENIOS+BILATERALES+Y+CMISS.pdf?MOD=AJPERES&CVID=>

⁵⁰ 2.1. B

⁵¹ 2.1.B

⁵² Artículo 2.1.A

⁵³ M.E. MONSALVE CUÉLLAR, “Anexo I, Regímenes a los que no se aplica el Convenio Multilateral”, *e-Revista Internacional de la Protección Social*, nº1/2017, pp.132-139.

115. Tampoco tiene en cuenta la citada STS de 24.1.2018 que en España, al igual que en el resto de Europa, no existe un único régimen de Seguridad Social aplicable a todos los trabajadores, funcionarios y residentes legales. Si no que, por razones históricas y en base a sus propias peculiaridades en cuanto p.e. a vías de financiación y prestaciones dispensadas, los derechos de los sujetos protegidos por el Régimen General no coinciden necesariamente con los reconocidos a los del Régimen Especial Autónomo o a los incluidos en los Regímenes Especiales de Funcionarios. Y estas diferencias a efectos de prestaciones de Seguridad Social que derivan de que el sujeto causante esté incluido en un régimen u otro de Seguridad Social no son discriminaciones prohibidas por el artículo 14 CE.

116. Estando en prensa este artículo se ha publicado la STS de 17.12.2019 (nº recurso 2679/2017) en la que en un supuesto de poligamia de un sujeto causante beneficiario de una pensión de Clases Pasivas la Sala concluye que “debemos llegar a la misma decisión que alcanzamos en aquella sentencia de 24 de enero de 2018, pues las razones jurídicas expuestas en el presente recurso no difieren, en lo esencial, de las que entonces valoramos”.

Exactamente las mismas críticas que en este artículo se vierten contra la sentencia de 2018 son plenamente aplicables a la sentencia de 17.12.2019 y nos llevan a concluir que los jueces de lo Contencioso-administrativo -dicho sea con el debido respeto- demuestran desconocer que con carácter general los Regímenes Especiales de Clases Pasivas están excluidos de la coordinación de los convenios internacionales de Seguridad Social firmados por España y, en particular, están excluidos del convenio Hispano-Marroquí. Como efecto colateral, la nueva jurisprudencia del Tribunal Supremo español basada en una errónea interpretación de los regímenes de Seguridad Social a los que el convenio es aplicable, vulnera el derecho de propiedad de la primera viuda al privarle de su derecho a la pensión íntegra por muerte y supervivencia, tal y como es interpretado por la reiterada jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos desde el célebre caso Gaygusuz contra Austria.

4. Prestaciones por dependencia, residencia y nacionalidad

117. Hubieron de pasar décadas desde la entrada en vigor del Convenio Hispano-Marroquí hasta que en el año 2006 se promulgó en España la ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia que regula prestaciones de servicios y económicas (artículos 15-25). Como especifica el artículo 5.1 de la Ley 39/2006, para ser beneficiarios de las prestaciones reguladas por dicha ley se exige ostentar la nacionalidad española y, además, acreditar un período previo de residencia legal en territorio nacional que, como regla general, será de al menos cinco años, de los cuales dos deberán ser inmediatamente anteriores a la fecha de presentación de la solicitud⁵⁴.

A) Las prestaciones por dependencia, excluidas de la acción protectora de la Seguridad Social

118. La doctrina científica destacó desde un primer momento que conforme a la Disposición final octava de la ley 39/2006 de Promoción de la Autonomía Personal, su título competencial no es el artículo 149.1.17 -expresamente descartado por la STC 18/2016⁵⁵- sino el artículo 149.1.1 de la Constitución. Este último precepto atribuye al Estado la competencia exclusiva para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales⁵⁶.

⁵⁴ En el caso de menores hay reglas específicas para modular el requisito de la residencia.

⁵⁵ STC 18/2016, de 4 de febrero: “la Ley 39/2006 no cabe duda de que encaja materialmente en el ámbito de la «asistencia social», lo que ha de llevarnos a descartar ya la aplicación del título competencial del art. 149.1.17 CE”.

⁵⁶ R.ROQUETA BUJ (Coord.), La situación de dependencia. Régimen jurídico aplicable tras el desarrollo reglamentario, estatal y autonómico, de la Ley de Dependencia. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

119. Resulta evidente el deseo del legislador de excluir las prestaciones de dependencia del sistema de Seguridad Social. Esto último se ratifica por el hecho de que el artículo 42 del TRLGSS no incluya a las prestaciones de dependencia dentro de su acción protectora.

120. Y todo ello pese a que RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER⁵⁷ consideró que “la inclusión de la dependencia en la Seguridad Social hubiera sido una opción constitucionalmente posible, puesto que el sistema de Seguridad Social configurado como función del Estado es de tendencia universalista y ha permitido incluir en su ámbito las prestaciones no contributivas, entre las que podría incluirse sin dificultad la atención a las situaciones de dependencia”.

121. Sobre los motivos por los cuales no se incluyeron las prestaciones de dependencia en el sistema de Seguridad Social se han barajado hipótesis varias: por ejemplo, que con ello se pretendía preservar la viabilidad del sistema de pensiones, o por evitar los problemas que derivarían de la necesidad de una estrecha cooperación entre el Estado y las Comunidades Autónomas que “podría verse dificultada de ser la competencia esencialmente estatal”⁵⁸.

B) Dependencia y extranjería

122. Es preciso resaltar que la Ley 39/2006 no reconoce el derecho a los extranjeros a las prestaciones que regula, sino que respecto a los extranjeros que reúnan los requisitos para acceder a las mismas, excepto la nacionalidad española, su artículo 5.2 se remite en primer lugar a Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social; en segundo lugar a los tratados internacionales y, en tercer lugar, a “los convenios que se establezcan con el país de origen”.

123. A parte de que este precepto sea un ejemplo de mala técnica legislativa, pues omite toda referencia a la normativa de la Unión Europea, evidencia que dada la complejidad que entraña determinar si los extranjeros pueden ser beneficiarios de las prestaciones no contributivas instauradas por el nuevo sistema de dependencia la ley 39/2006 optó por no afrontar directamente el problema, remitiéndose a la normativa nacional e internacional aplicable a los extranjeros en España. Pero sin que ello signifique que con tal remisión se esté reconociendo que tengan derecho a estas nuevas prestaciones por dependencia al amparo de otras disposiciones nacionales o internacionales.

C) Ley Orgánica de Extranjería y prestaciones por dependencia

124. La Administración y la doctrina se han venido basando en el artículo 14 de la Ley 4/2000 para reconocer el derecho de los extranjeros que residan legalmente en España a las prestaciones instauradas por la Ley 39/2006. El citado artículo 14 lleva por rúbrica: Derecho a la Seguridad Social y a los servicios sociales.

125. Ni que decir tiene que la equiparación entre españoles y extranjeros residentes legales en el ámbito de la Seguridad Social, tanto del nivel contributivo como no contributivo resulta pacífica al amparo del artículo 14.1 que proclama que “los extranjeros residentes tendrán derecho a acceder a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social en las mismas condiciones que los españoles”⁵⁹.

⁵⁷ M. RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO FERRER; “La Protección Social de la Dependencia”, Relaciones Laborales nº 23-24/2006; p. 4.

⁵⁸ A.V. SEMPERE NAVARRO Y F. CAVAS MARTÍNEZ; Ley de Dependencia. Estudio de la Ley 39/2006, sobre Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia. Thomson-Aranzadi, 2007, p.67.

⁵⁹ A diferencia del artículo 7 TRLGSS, el artículo 14.1 LOE no contiene ninguna previsión respecto a los trabajadores transfronterizos ni a los estudiantes nacionales de Terceros Estados.

126. No obstante, puesto que está fuera de toda duda que las prestaciones por dependencia no son prestaciones de Seguridad Social, igual de obvio resulta la conclusión de que no puede ser el artículo 14.1 el fundamento para reconocer tales prestaciones a los ciudadanos marroquíes.

127. Entonces, ¿puede fundarse el derecho de los ciudadanos marroquíes a las prestaciones por dependencia en los apartados segundo y tercero del citado artículo 14 Ley 4/2000? Dichos apartados reconocen el derecho de los extranjeros a los servicios sociales, diferenciándose entre servicios generales, básicos y específicos. Y estableciendo el legislador un régimen jurídico diferente entre extranjeros con residencia legal e irregulares en el acceso a estos servicios sociales.

128. La pregunta se reconduce a la cuestión de si las prestaciones y servicios instaurados por la ley 39/2006 pueden calificarse de servicios sociales a los que se aplica el artículo 14 Ley Orgánica 4/2000. Tanto la práctica administrativa como la doctrina se han venido decantando por una respuesta afirmativa, pese a la ambigua redacción del precepto. Tesis ésta última que, a efectos puramente polemizadores, no puede compartirse tras la STC 18/2016, de 4 de febrero, en la que la Generalitat defendió que el sistema de ayudas a la dependencia forma parte de la materia servicios sociales que el art. 166.1 del Estatuto catalán atribuye a la competencia exclusiva de la Generalitat. El Tribunal Constitucional, obviando en todo momento calificar las prestaciones por dependencia como servicios sociales⁶⁰, resolvió que las prestaciones de la ley de Dependencia son Asistencia Social incardinables en el artículo 148.1.120 CE, no asistencia social interna al sistema⁶¹.

129. A partir de esa calificación de las prestaciones por dependencia como Asistencia Social del artículo 148.1.20 CE quizás habría que replantearse la cuestión de si puede el legislador estatal, con competencias exclusivas en materia de extranjería, invadir competencias autonómicas extendiendo el campo de aplicación personal de la legislación autonómica en materia de Asistencia Social. Máxime cuando la igualdad de trato entre nacionales y extranjeros residentes legales en materia de Asistencia Social ni está prevista en la Ley Orgánica 4/2000 ni ha sido nunca implantada en el ámbito del Derecho de la Unión Europea: todos los Reglamentos sobre coordinación de sistemas de Seguridad Social han excluido siempre y expresamente de su ámbito de aplicación material las prestaciones de Asistencia Social.

130. A mayor abundamiento, puesto que la Ley Orgánica 4/2000 se promulga seis años antes que la ley de Dependencia, es del todo obvio que el artículo 14 de la Ley 4/2000 no incluía a la dependencia dentro de su ámbito de aplicación material⁶². Y pese haber sido dicho precepto reformado por el artículo 16 de la Ley Orgánica 2/2009 no se reconoció el derecho de los extranjeros a las prestaciones por dependencia explícitamente en dicho artículo.

131. En segundo lugar, no puede olvidarse que los servicios sociales “internos” al sistema de Seguridad Social por un lado, y “externos” regulados estos últimos por las CC.AA por otro lado, existían con anterioridad a la ley 39/2006. Por tanto, cuando la Ley Orgánica 4/2000 en su artículo 14 regula los derechos de los extranjeros a la Seguridad Social y a los servicios sociales es perfectamente

⁶⁰ J.M. ALONSO SECO Y C. ALEMÁN BRACHO; “Las prestaciones de atención a la dependencia y su consideración como derechos sociales”, *Revista de Derecho Político* nº 100/2017, p.1000: “es bastante probable que el TC no se haya referido a ellos porque no se encuentran en sede constitucional de atribución de competencias”.

⁶¹ FJ 7º: “sus prestaciones no se integran en lo que la STC 239/2002, de 11 de diciembre, FJ 5, calificó como asistencia social «interna» al sistema de Seguridad Social, ya que, por el contrario, protegen situaciones de necesidad específicas mediante técnicas que actúan extramuros del referido sistema”.

⁶² M.A. MARTÍNEZ-GLIÓN MACHUCA, “Asistencia social: Asistencia social y servicios sociales”, *Aranzadi Experto*, DOC 2003/233, p.23: “La vigente LGSS contempla como servicios sociales de la seguridad social las prestaciones en materia de formación y rehabilitación de personas con discapacidad y de asistencia a las personas mayores (42.1 e) LGSS, y que se traducen en definitiva en una serie de servicios complementarios de las prestaciones básicas correspondientes a las contingencias protegidas (art. 63 LGSS) que encuentran su fundamento constitucional en los arts. 49 y 50 CE, y cuya gestión se atribuye al IMSERSO (art. 66.1 c) LGSS)”.

plausible interpretar que se está remitiendo a los servicios sociales incluidos en el Sistema de Seguridad Social y regulados por el TRLGSS⁶³. Es decir, los servicios sociales a efectos del artículo 14 LO 4/2000 se identificarían -utilizando la misma terminología del artículo 66.1.c) TRLGSS- con “los servicios complementarios de las prestaciones del sistema de la Seguridad Social”. Lo cual resulta coherente porque si se reconoce el derecho de los extranjeros residentes legales a las prestaciones de Seguridad Social, igualmente habría que reconocerles los servicios conexos a dichas prestaciones de Seguridad Social.

132. Es decir, que de similar forma que coexisten prestaciones no contributivas de Seguridad Social y prestaciones no contributivas de Asistencia Social, igual que coexiste una Asistencia Social “interna” al sistema de Seguridad Social⁶⁴ frente a una Asistencia Social “externa” competencia de las CC.AA, existen unos servicios sociales “internos” al sistema de Seguridad Social (regulados en el TRLGSS) frente a servicios sociales “externos” competencia de las CC.AA en virtud de las competencias asumidas en sus Estatutos de Autonomía. La tesis que aquí se defiende es que solo a estos servicios “internos” incardinados en el propio sistema de Seguridad Social es a los que se refiere el artículo 14.2 y 14.2 de la Ley Orgánica 4/2000. Pero al excluir la ley 39/2006 las prestaciones de Dependencia que consistan en servicios sociales de la calificación de “servicios sociales de Seguridad Social” los está excluyendo, igualmente, del ámbito de aplicación del artículo 14 L.O. 4/2000. Es decir, que con la promulgación de la ley 39/2006 “muta” la naturaleza jurídica de los servicios sociales (de similar manera que al promulgarse la ley 52/2003 “mutó” la naturaleza de las prestaciones económicas familiares que de contributivas pasaron a ser todas no contributivas).

133. A sensu contrario, cuando las CC.AA regulan y legislan sus servicios sociales al amparo de las competencias asumidas por los Estatutos de Autonomía no estarían vinculadas por el artículo 14 Ley Orgánica de Extranjería, por ser los suyos “servicios sociales” externos al Sistema de Seguridad Social.

134. De las anteriores conclusiones derivaría la conclusión de que los extranjeros con residencia legal en España no tendrían derecho a las prestaciones del sistema de dependencia al amparo de los apartados segundo y tercero del artículo 14 Ley Orgánica 4/2000 porque:

- a) las prestaciones de Dependencia no son servicios sociales incardinables en el artículo 63 TRLGSS (de ser así, holgaría la propia existencia de la ley 39/2006)
- b) Y aunque las prestaciones por Dependencia sí son encuadrables en el concepto de Asistencia Social a los efectos del artículo 148.1.20 CE, tanto las prestaciones de asistencia social “interna” como “externa” están excluidas del artículo 14 de la Ley Orgánica 4/2000. No se aplica, pues, la equiparación entre extranjeros y españoles en el reconocimiento de prestaciones de Asistencia Social. Es más, ser una carga para la asistencia social es causa para denegar la residencia legal a un nacional de un Estado miembro de la UE, Espacio Económico Europeo o Suiza (cfr. Art. 7.1 RD 240/2007).

135. Puesto que la ley 39/2006 jamás reconoció derecho alguno a los extranjeros respecto a las prestaciones que regula, e interpretando que la Ley Orgánica 4/2000 no incluye dentro del ámbito de aplicación de su artículo 14 las prestaciones instauradas por la ley 39/2006, queda por resolver si los ciudadanos marroquíes que legamente residen en España pueden acceder a dichas prestaciones al amparo del Derecho internacional o del Derecho de la UE.

⁶³ Artículo 63 TRLGSS: “como complemento de las prestaciones correspondientes a las situaciones específicamente protegidas por la Seguridad Social, esta, con sujeción a lo dispuesto por el departamento ministerial que corresponda y en conexión con sus respectivos órganos y servicios, extenderá su acción a las prestaciones de servicios sociales, establecidas legal o reglamentariamente, de conformidad con lo previsto en el artículo 42.1.e)”.

⁶⁴ Artículo 64 TRLGSS.

D) Convenio Hispano-Marroquí y prestaciones por dependencia

136. En el ámbito del Derecho internacional, ninguno de los 24 vigentes convenios bilaterales de Seguridad Social firmados por España incluye a las prestaciones por dependencia dentro de su ámbito de aplicación, tampoco lo hace el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social.

137. Por tanto, respecto a los ciudadanos marroquíes que residan legalmente en España y reúnan los requisitos para acceder a las prestaciones por dependencia, es obvio que no podrán fundar su derecho a las misma en el Convenio Hispano-Marroquí porque éste solo se aplica a prestaciones contributivas de Seguridad Social, y el sistema de dependencia español no es ni una cosa ni otra.

E) Acuerdo Euromediterráneo y dependencia

138. Como ya se indicó supra, el Acuerdo Euromediterráneo reconoce en su artículo 65.1 que “los trabajadores de nacionalidad marroquí y los miembros de sus familias que residan con ellos se beneficiarán, en el sector de la seguridad social, de un régimen caracterizado por la ausencia de cualquier discriminación basada en la nacionalidad”.

139. A fin de determinar el concepto de Seguridad Social a los efectos de dicho precepto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha mantenido una interpretación idéntica que a los efectos de los Reglamentos de coordinación de sistemas de Seguridad Social. Por tanto, puesto que el concepto comunitario de Seguridad Social es autónomo frente a los conceptos de los Estados miembros, hemos de preguntarnos si para el Tribunal de Justicia de la Unión Europea la dependencia es un riesgo coordinado, o no, por el Reglamento 883/2004 y por su antecesor el Reglamento 1408/71.

a) Las prestaciones por dependencia como prestaciones de Seguridad Social para el Tribunal de Justicia de la Unión Europea

140. La dependencia, o prestación de cuidados de larga duración como generalmente se la denomina en Derecho comparado, no aparece como tal listada entre las otras contingencias incluidas en el ámbito de aplicación material del artículo 3 del Reglamento 883/2004.

141. Pero pese a ello, en la sentencia Molenaar⁶⁵ el Tribunal de Luxemburgo concluyó que “las prestaciones del seguro de asistencia están destinadas a completar las prestaciones del seguro de enfermedad, al que, por otra parte, están vinculadas desde el punto de vista de la organización, con el fin de mejorar el estado de salud y las condiciones de vida de las personas necesitadas de cuidados especiales. Aun cuando presenten características propias, tales prestaciones deben ser consideradas prestaciones de enfermedad”. De la sentencia Molenaar se infiere, además, que “las prestaciones destinadas a garantizar la cobertura del riesgo de vejez de un tercero que presta asistencia a una persona dependiente, también constituyen “prestación de enfermedad” de las que es beneficiaria la persona dependiente⁶⁶.”

142. En la sentencia Jauch⁶⁷ el TJUE no solo mantuvo la tesis de que la asignación por dependencia es una prestación coordinada, por cuanto que “las disposiciones relativas a la concesión de las prestaciones conferían a los beneficiarios un derecho legalmente definido”, sino que rechaza que pueda ser calificada como prestación especial no contributiva. Asimismo, el TJCE declara que “los requisitos para la concesión de la asignación de asistencia y la forma de financiación de dicha asignación no pueden tener por objeto o por efecto desnaturalizar el análisis que de dicha asignación se efectuó en la sentencia Molenaar”.

⁶⁵ STJCE de 5.3.1998, -160/96 (Molenaar) *Rec.*; p.I-843.

⁶⁶ STJCE de 8.7.2004, asuntos acumulados -502/01, y 31/02 (Gaumain-Cerri y Barth) *Rec.*; p. I-6483.

⁶⁷ STJCE de 8.3.2001, -215/99 (Jauch) *Rec.*; p.I-1933.

143. El TJUE ha continuado manteniendo la tesis de que la prestación de dependencia es prestación coordinada en los asuntos Gaumain-Cerri y Barth⁶⁸, Hosse⁶⁹, y Tolley⁷⁰, entre otros.

144. A día de hoy, el artículo 34 del Reglamento 883/2004 es aplicable a las prestaciones por dependencia, pero la propuesta de reforma de 13.12.2006 del citado Reglamento⁷¹ va más allá pues estas prestaciones se incorporarían en la letra c) del artículo 1 y en el apartado 1 del artículo 3⁷² quedando, por tanto, expresamente incluidas las prestaciones por cuidados de larga duración (dependencia) dentro del ámbito de aplicación material del Reglamento 883/2004.

145. En conclusión, que puesto que las prestaciones por dependencia instauradas por la ley 39/2006 se configuran como derechos subjetivos perfectos y a las mismas resulta de aplicación la jurisprudencia del TJUE anteriormente citada, los trabajadores marroquíes y sus familias que acrediten el grado de dependencia y los años de residencia en España exigidos por la normativa nacional, tendrán derecho a las prestaciones por dependencia en igualdad de condiciones que los españoles sin discriminación alguna por razón de su nacionalidad.

F) Dependencia y Reglamento (UE) 1231/2010

146. Partiendo de la base de que la dependencia es un riesgo coordinado por el Reglamento 883/2004, tal y como se ha expuesto supra, no cabe duda de que los nacionales de Terceros Estados incluidos en el ámbito de aplicación del Reglamento 1231/2010 podrían invocar el mismo a los efectos de solicitar prestaciones por dependencia en España.

147. En particular, el Reglamento 1231/2010 permitiría a los nacionales de Terceros Estados totalizar períodos de residencia legal acreditados en otros Estados de la UE (y del Espacio Económico Europeo y Suiza) a fin de cumplir los requisitos de residencia previa exigidos por la ley 39/2006. A los nacionales de Terceros Estados sería igualmente aplicable la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo sobre supresión de cláusulas de residencia.

VIII. Conclusiones

148. La coordinación de regímenes de Seguridad Social que articula el Convenio Hispano-Marroquí se basa en los mismos principios que los Reglamentos comunitarios de coordinación de sistemas de Seguridad Social.

149. A efectos del Convenio Hispano-Marroquí el término “trabajador” comprende tanto a los trabajadores por cuenta ajena protegidos por el Régimen General como a los trabajadores por cuenta propia incluidos en el Régimen Especial de Autónomos. Y, asimismo, a los funcionarios incluidos en el Régimen General. No estamos ante un concepto laboral de trabajador sino de Seguridad Social.

150. Actualmente, el Convenio Hispano-Marroquí es aplicable al Régimen General de la Seguridad Social y a los siguientes regímenes especiales: Trabajadores del Mar, Trabajadores por Cuenta propia o Autónomos, Minería del Carbón y Seguro Escolar.

⁶⁸ STJCE de 8.7.2004, asuntos acumulados -502/01, y 31/02 (Gaumain-Cerri y Barth) *Rec.*; p. I-6483.

⁶⁹ STJCE de 21.2.2006, -286/2003 (Hosse) *Rec.*; p. I-01771.

⁷⁰ STJUE de 1.2.2007, 430/15 (Tolley), ECLI:EU:C:2017:74.

⁷¹ COM(2016) 815 FINAL.

⁷² J.A.MALDONADO MOLINA; “La Coordinación de los cuidados de larga duración en la Unión Europea: la independencia de la dependencia”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 49/2018, pp.70-82.

151. El Convenio Hispano-Marroquí no es aplicable a los regímenes especiales de funcionarios públicos.

152. El Convenio no se circunscribe a personas que ostentan la nacionalidad española o marroquí, sino que igualmente resulta aplicable a extranjeros y apátridas y a sus familiares, cualquiera que sea su nacionalidad. Tras la sentencia Gottardo del Tribunal de Luxemburgo el Convenio Hispano-Marroquí es aplicable también a los nacionales de Estados en los que se aplique el Derecho de la Unión Europea.

153. El Convenio Hispano-Marroquí no es aplicable al nivel no contributivo de Seguridad Social, ni a las prestaciones de Asistencia Social ni a los servicios sociales de las Comunidades Autónomas.

154. El artículo 65.1 del Acuerdo Euromediterráneo por el que se crea una asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y el Reino de Marruecos, por otra, proclama la igualdad de trato de los trabajadores de nacionalidad marroquí, y los miembros de sus familias que residan con ellos, en el sector de la Seguridad Social. El Acuerdo Euromediterráneo no contempla el derecho a totalización respecto a las prestaciones por desempleo ni tampoco la exportación de las mismas. Y, expresamente, se excluyen del principio de exportación a las prestaciones especiales de carácter no contributivo. Tampoco permite el abono de prestaciones familiares en Marruecos.

155. Abonar prestaciones económicas familiares en Marruecos vulnera la legislación española y no tiene actualmente fundamento en el Convenio, pues éste no es aplicable a las prestaciones no contributivas de Seguridad Social. Por idénticos motivos se habrían de denegar estas prestaciones a los trabajadores transfronterizos cuyos hijos residen en Marruecos, porque en tal caso ni el sujeto causante ni los beneficiarios residen en España.

156. El Convenio Hispano-Marroquí permite el reparto de la pensión de viudedad entre varias cónyuges supervivientes en caso de poligamia. No se comparte el fallo de las sentencias del Tribunal Supremo 24.1.2018 y 17.12.2019 que reparte la pensión de un sujeto causante polígamo entre sus dos esposas porque la pensión era de Clases Pasivas, excluida del convenio Hispano-Marroquí. De los 24 convenios bilaterales de Seguridad Social vigentes celebrados por España sólo el suscrito con Japón incluye las Clases Pasivas. Los regímenes especiales de funcionarios están igualmente excluidos del ámbito de aplicación del vigente Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social.

157. Dado que las prestaciones por desempleo contributivas y asistenciales españolas exigen la residencia en territorio nacional del sujeto causante, los trabajadores transfronterizos no debieran cotizar por desempleo ya que, por definición legal, residen en el extranjero.

158. El Convenio Hispano-Marroquí ha de ser denunciado ya que ha quedado claramente obsoleto. Al igual que otros Estados de la UE, España debe negociar un nuevo Convenio. De *lege ferenda*, y dado los cambios jurídicos y sociales en España en las últimas décadas a favor de la igualdad real de la mujer, no se debería reconocer prestación social alguna en caso de poligamia. Abonar prestaciones familiares no contributivas españolas cuando los hijos no residan en territorio de la Unión Europea contradice la supuesta insostenibilidad financiera del sistema de Seguridad Social español.

INTERACCIÓN Y EFICACIA DE LOS MECANISMOS DE LA AUTORREGULACION CONTRA LA COMPETENCIA DESLEAL EN EL COMERCIO Y EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL

THE INTERPLAY AND EFFICACY OF THE SELF-REGULATION AND SOFT LAW MECHANISMS AGAINST THE UNFAIR COMPETITION IN THE INTERNATIONAL TRADE LAW

DR. ANNA MARÍA RUIZ MARTÍN

Abogada del ICAM

Lecturer in Law

Recibido: 17.12.2019 / Aceptado: 10.01.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5192>

Resumen: El presente artículo analiza la eficacia e interacción de los diferentes mecanismos de la autorregulación o del *Soft law* en el Comercio internacional contra las prácticas comerciales desleales y/o la competencia desleal. Mecanismos que siempre han sido controvertidos por su naturaleza no vinculante entre otros aspectos. Se trata de poner de relieve ciertos pros y contras de estos mecanismos, su relación con el *hard law* o las normas del Comercio internacional en las que se ha incluido cierta tutela contra lo que en estas instancias se entiende cómo competencia desleal en el mercado internacional (por ejemplo, el artículo 10 bis CUP incluido en el Tratado ADPIC y algunas disposiciones del Tratado GATT). Por medio de esta relación, que, a pesar de no estar todavía reconocida a nivel institucional, existe y puede mejorar la tutela contra las prácticas comerciales desleales dotándoles de mayor fuerza vinculante ante los tribunales en el ámbito de la litigación transfronteriza, tratando en el artículo la infracción de los mecanismos de la autorregulación, en especial, de lo que se conoce cómo Responsabilidad Social Corporativa y el *Compliance*, como un posible acto de competencia desleal en cuanto a poder considerarlas, obligaciones de tipo extracontractual.

Palabras clave: competencia desleal, prácticas comerciales desleales (B2B-B2C), autorregulación, Responsabilidad Social Corporativa (RSC), *compliance*, mercado internacional, *Hard law*, *Soft law*, OMC, GATT, ADPIC, artículo 10 bis CUP, códigos de conducta.

Abstract: This paper analyses the efficacy and interplay of the different mechanisms of the Self-Regulation (Soft Law) in the International Trade Law to fight against the unfair commercial practices or unfair competition. These mechanisms, as is well known, are considered as quite controversial, taking into account their non-binding legal nature. It will be emphasized, despite the above mentioned, that these mechanisms actually, have a strong relationship with certain mechanisms of hard law set out in the International Trade Law which recognize the protection, up to a certain degree, against the unfair competition in the globalized market such as the Article 10 bis PC included in the TRIPS and some provisions of the GATT. Hence, it will be analysed the infraction of soft law rules against unfair competition, namely of the Social Corporate Responsibility and Compliance as a potential act of unfair competition considered as a non-contractual obligation. In doing so, it could be reinforced these mechanisms with a more binding nature before the Courts, namely in international litigation against unfair competition.

Keywords: unfair competition, unfair commercial practices (B2B-B2C) self-regulation, compliance, Corporate Social Responsibility (CSR), international market, soft law, hard law, WTO, Article 10 bis PC, GATT, TRIPs, Codes of conduct.

Sumario: I. Introducción; II. Panorama general de las fuentes normativas contra la competencia desleal en el comercio internacional; 1. Fuentes de tipo convencional y fuentes del Comercio institucionalizado de la competencia; 2. Mecanismos de la autorregulación como “complemento” a la falta de armonización material de las fuentes de tipo convencional y su “controvertido” valor jurídico; III. Análisis de los diferentes tipos de mecanismos de la autorregulación en el marco del Derecho mercantil internacional contra la competencia desleal: 1. De organizaciones profesionales internacionales: el “Código de la CCI” en materia de publicidad y mercadotecnia; 2. Del legislador europeo: A. Contra las prácticas comerciales desleales de tipo B2C; B. Contra las prácticas comerciales de tipo B2B: el asunto TESCO como ejemplo paradigmático; C. De organizaciones profesionales de la Unión Europea; 3. Responsabilidad Social Corporativa o políticas de Compliance como instrumento de control de las prácticas comerciales desleales; IV. Implementación de estos mecanismos en el Comercio internacional: 1. Relación con los instrumentos del Comercio internacional institucionalizado: A. Relación con el artículo XX GATT; B. Relación con el artículo 10 bis CUP y el Tratado ADPIC; 3. Casos Kasky y Lidl para valorar la eficacia de la RSC contra la competencia desleal en el comercio internacional: A. Caso Kasky vs. Nike (en Estados Unidos); B. Caso Lidl (en la Unión Europea); 3. ¿Cómo pueden los mecanismos de la autorregulación relacionarse con los parámetros dados por el legislador internacional para incrementar su eficacia frente a la competencia desleal?; V. Conclusiones.

I. Introducción

1. La autorregulación como medio para controlar los comportamientos comerciales de los operadores jurídicos en el comercio internacional, emanada de la *lex mercatoria*, del ejercicio de la autonomía de la voluntad de los profesionales en sus relaciones de tipo comercial y mercantil en aquellas instituciones jurídicas donde ha llegado a convertirse en un cuerpo homogéneo de estándares comunes, interactúa, con el Derecho vinculante (*hard law*) o el Derecho que emana de la voluntad estatal¹. Este hecho permite que se analicen o deban ser analizados, también de forma actual, desde su conjunto, todos los mecanismos jurídicos que existen en el ámbito del Derecho mercantil, observando que donde la norma positiva no ha llegado, la autorregulación puede servir de complemento, siempre y cuando los legisladores le otorguen un mayor papel o fuerza vinculante ante los tribunales.

2. Sin embargo, el hecho que, este tipo de normas por su naturaleza jurídica, no tengan la misma fuerza vinculante que la norma positiva o el *hard law*, no es óbice para observar su utilidad en el conjunto de mecanismos estatales e internacionales contra las prácticas comerciales desleales. Por ejemplo, la Organización Mundial para la Protección de la Propiedad Intelectual (OMPI) ha considerado que la “autorregulación” es, no sólo necesaria allí donde la ley ha podido tener alcance para regular determinados aspectos importantes, –generando lo que se conoce como la “co-regulación” entre el Derecho objetivo y el mundo del cumplimiento voluntario (autorregulación)²–, sino que además, en numerosas ocasiones aunque no en todas, los mecanismos de resolución de controversias que emanan de la autorregulación, son más rápidos para resolver conflictos entre los profesionales, a diferencia de la vía jurisdiccional. De nuevo, siempre y cuando se otorgue a los organismos de los que emanan estos estándares de conducta, por parte de los legisladores, suficiente poder para autorregularse y controlar a los operadores jurídico-privados, que pertenecen a los mismos, dentro de los límites que exige el orden público frente a la autonomía de la voluntad de los operadores jurídico-privados³.

¹ A.-L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado* (vol. 2), 16ª ed., Granada, Comares, 2016, pp. 866-874, esp. p. 869, por ejemplo, en el ámbito del contrato de compra venta internacional de mercaderías, siendo uno de los pocos contratos mercantiles que puede mostrar cierta evolución avanzada del *Soft law* en el Derecho mercantil internacional.

² J. A. CARRILLO DONAIRE y A. MARTÍNEZ RIVERO, “La autorregulación en el mercado audiovisual”, *Rev. Der. Adm.*, nº30, 2012, pp. 1-12.

³ WIPO, *Protection against unfair competition; Analysis of the present world situation, WIPO report*, nº 725, p.12 y en su p. 81; también, v.gr., B. GOLDMAN, “Multinational Enterprises”, *IDI*, 1977, pp. 1-3, disponible en: http://www.idi-iil.org/idiE/resolutionsE/1977_oslo_02_en.pdf V. HAUFLER, *A Public Role for the Private Sector: Industry Self-Regulation in a Global Economy*, Washington D.C., Carnegie Endowment for International Peace, 2001, p. 26; COMISIÓN EUROPEA, “Informe de la Comisión al Par-

3. Esta interacción entre mecanismos de control, que aquí se analiza, así como de qué forma pueden ser más eficaces estos mecanismos del *Soft law* que, deben seguir siendo parte de un “cuerpo de usos” que se construyen en la práctica y no, por los legisladores, que además se nutren por las normas jurídicas de tipo estatal⁴.

4. Gran parte de la Doctrina alemana dedicada al análisis de la competencia desleal, considera que en esta disciplina jurídica que se analiza, la ley positiva, no es suficiente para la prevención de comportamientos comerciales desleales y, que estos mecanismos de la autorregulación están mostrando mayor eficacia en muchos supuestos, contra la lucha de la deslealtad en el comercio. Especialmente, en aquellas legislaciones donde la infracción de un mecanismo de la autorregulación se considera como una infracción de una obligación de tipo extracontractual, que puede ser sancionada, si se establecen acciones ante los tribunales de dichos Estados. Aparte, estos autores, como se explicará, han analizado la estrecha relación que existe entre los instrumentos del comercio institucionalizado y la infracción de derechos fundamentales como potenciales actos de competencia desleal.

5. También se considera que pueden llegar a ser más eficaces que los establecidos en la norma, porque su rapidez, a la hora de ayudar a disuadir (*deterrence tool*) a los operadores jurídicos privados que están vinculados a estos mecanismos, en cuanto sean sancionados por su infracción, ayuda, al menos, a la prevención de realizar todo tipo de prácticas y comportamientos comerciales desleales⁵. La rapidez de estos mecanismos, se adecúa así mismo, a una característica que acompaña al fenómeno de la deslealtad competitiva: la rapidez con la que se desarrollan las prácticas comerciales desleales como fenómeno en el mercado⁶.

6. Por último, la mayor parte de los pocos casos que se han analizado, que han llegado ante los tribunales, de infracciones a mecanismos de la autorregulación de control de prácticas comerciales desleales, parten de infracciones en materia de publicidad⁷, bien sea relacionadas con infracciones a RSC o con infracciones a “Códigos de conducta”. Siendo este dato interesante en cuanto se podría reforzar la eficacia de estos mecanismos, mediante las normas de publicidad comercial. Como ya hizo el legislador europeo, y se pondrá de relieve, en las dos Directivas que se aplican al ámbito de las prácticas comerciales desleales. Habrá que diferenciar si la práctica comercial desleal se dirige a perjudicar los intereses económicos de los consumidores y el mercado, siendo una práctica comercial de tipo *Business*

lamento Europeo y al Consejo sobre las reivindicaciones relativas a los productos basadas en criterios comunes en el ámbito de los cosméticos”, 19/09/2016, COM (2016), 580 final, pp. 4-6, esp. p. 6: “aunque la autorregulación no sustituye ni puede sustituir a la normativa, mediante la autorregulación se eleva el nivel de confianza de los participantes en el mercado, de forma más concreto, el nivel de confianza de los consumidores. Así mismo contribuye también a mejorar las lagunas legales que las normas no han podido regular; el informe hace referencia a otro Informe de la Comisión en el que se detallan los beneficios de la autorregulación en el marco de la co-regulación”; A.-L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional...*, op.cit., p. 868, entendiendo que son más un “método” que un “ordenamiento jurídico” ni un conjunto definido de normas, una habilitación ofrecida a los tribunales y / o a los árbitros para que éstos valoren distintos materiales jurídicos reguladores del comercio internacional, y extraigan “normas más adecuadas” para solventar los litigios (citando en este particular los autores a M. GÓMEZ JENE); C. KESSELIAN, “Droit commercial international et droit international privé”, *Rec. des C.*, vol.300, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, 2002, pp. 93-290, esp. pp., 163-168 y p. 165: “(...) la *lex mercatoria* ne peut à elle toute seule couvrir le champ juridique de la réglementation du commerce international, le droit issu d’autres sources étant nécessaire à son complément ou à son exclusion, notamment lorsqu’elle heurte les règles d’ordre public posées par les Etats”; P.LAGARDE, “Approche critique de la *lex mercatoria*”, *Le Droit des relations économiques internationales. Études offertes à B. Goldman*, Litec, 1982, pp. 125-150.

⁴ A.-L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional...*, op.cit., p.870.

⁵ W. FIKENTSCHER, et.al., *FairEconomy: Crisis, Culture, Competition and the Role of the Law*, MPI Studies on Intellectual Property Law and Competition Law, Munich, Springer, 2013, p. 85.

⁶ V. HAUFLER, *A Public Role for the Private Sector: Industry Self-Regulation in a Global Economy*, Washington, D.C., Carnegie, 2001, p. 8 y p. 12, que a su vez relaciona el fenómeno de la autorregulación con la globalización, cómo consecuencia de este fenómeno; R. JENKINS, “Corporate Codes of Conduct: Self-Regulation in a Global Economy”, *Technology, Business and Society*, UN Research Institute for Social Development, Paper nº 2, 2001, disponible en: https://www.researchgate.net/profile/Rhys_Jenkins2/publication/37150822_Codes_of_Conduct_Self_Regulation_in_a_Global_Economy/links/5448d2f30cf2f14fb8144837.pdf

⁷ B. PATIÑO ALVÁREZ, *La autorregulación publicitaria: Especial referencia al sistema español*, Barcelona, Bosch, 2007.

to *Consumer* (en lo sucesivo, *B2C*) o si es / fue dirigida a perjudicar los intereses económicos de los competidores *Business to Business* (en adelante, *B2B*), en cuanto a la tutela especial que se ofrece a los intereses económicos de los consumidores, como la parte débil, de las relaciones de mercado.

II. Panorama general de las fuentes normativas contra la competencia desleal en el Comercio internacional

1. Fuentes de tipo convencional y fuentes del Comercio institucionalizado de la competencia desleal

7. Las normas que existen en el comercio internacional de forma actual contra ciertos comportamientos comerciales desleales, creados por la Organización Mundial del Comercio (en lo sucesivo, OMC) están dirigidas a los operadores jurídico-públicos bien sean los Estados u organizaciones internacionales tratando que se creen en las legislaciones de sus Estados parte, estándares comunes por medio de los principios OMC, en el sistema del comercio multilateral institucionalizado⁸. Siendo estos principios, como los define la OMC, un sistema de normas consagrado al logro de una competencia libre, leal y sin distorsiones.

8. En el ámbito del Derecho convencional, sólo se cuenta con un artículo que puede ser considerado el estándar mínimo internacional⁹ común para todos aquellos Estados parte del Convenio de la Unión de París (en lo sucesivo, CUP), -el artículo 10 *bis*-¹⁰ que posteriormente la Organización Mundial para la Protección de la Propiedad Intelectual (OMPI) mejoró en sus trabajos de desarrollo¹¹. De otra parte, también para los Estados parte de la OMC debido a la inclusión ambigua, en el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (en adelante, el ADPIC) del mismo artículo 10 *bis* CUP, no queda claro su alcance, y su carácter *self or non self-executing* en muchos supuestos de competencia desleal, atendiendo al tratamiento que pueda recibir en los diferentes ordenamientos jurídicos de los Estados parte del CUP y del ADPIC¹². De hecho, el artículo 10 *bis* CUP, únicamente, es una cláusula de tipo general, que no tipifica todos los comportamientos que pueden ser considerados o reputados como desleales en el mercado internacional actualmente.

9. Sin embargo, a pesar de consagrar el “modelo profesional” de la disciplina de la competencia desleal por el momento y contexto histórico en el que se redactó (s. XIX), parte de la mejor Doctrina dedicada al análisis de la disciplina jurídica, ha considerado que puede ser aplicado, en el modelo actual de la disciplina establecido en casi todos los países de la comunidad internacional, el “modelo social” en el que se reconoce la tutela de los consumidores como parte de los intereses a tutelar con las normas contra la competencia desleal¹³, y deja de ser meramente un cuerpo de normas de Derecho privado para convertirse en un cuerpo de normas de Derecho privado institucional.

⁸ OMC, “Los principios del sistema de comercio”, disponible en: https://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/fact2_s.htm; Los principios OMC que están relacionados con el tratamiento de la competencia desleal son: (i) el fomento de una competencia leal; (ii) el principio de trato nacional y, (iii) el principio de Nación Más Favorecida (NFM) (o normas en contra de la discriminación) orientadas a impedir el *dumping* como comercio discriminatorio y desleal.

⁹ M. VIRGÓS SORIANO, *El comercio internacional y el nuevo Derecho español de la competencia desleal*, Madrid, Civitas, 1992, p. 23.

¹⁰ F. HENNING-BODEWIG, “Internationale Standards gegen unlauteren Wettbewerb“, *GRUR Int.*, vol. 62, nº1, 2013, pp. 1-21; id “Unlautere Geschäftspraktiken und der Bezug zu Art. 10bis PVÜ- Warum *unseriöse* Geschäftspraktiken keinen Sinn ergibt“, *GRUR Int.*, vol. 63, nº11, 2014, pp. 997-100.

¹¹ Se destacan las “Normas modelo para la represión de la competencia desleal” que desarrollaron el artículo 10 *bis* CUP y su lista negra, dando mayor explicación a su contenido; WIPO, *Model Provisions on protection against unfair competition: Articles and notes*, Publicación nº 823, Génova, 1996.

¹² S. RICKETSON, *The Paris Convention for the Protection of Industrial Property: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2015.

¹³ Un recorrido histórico sobre los diferentes modelos legislativos por los que la disciplina ha atravesado, A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, *La competencia desleal*, Madrid, Civitas, 1982.

Y, a diferencia del anterior modelo, que estaba enfocado sólo en la tutela de los intereses económicos de los particulares (en relación con la tutela de sus derechos de propiedad industrial como las marcas)¹⁴. Cabe añadir que, aunque mediante el artículo 10 *bis* CUP intentase uniformizar la tutela de la disciplina en el ámbito internacional para todos sus Estados parte, el legislador del CUP fue excesivamente flexible, quizás muy laxo, porque un amplio margen a estos Estados para que legislasen con criterios diferentes, siempre y cuando tuviesen medios para reprimir la competencia desleal como establece el artículo 10 *ter* del mismo CUP.

10. Es por ello bien sabido que la disciplina de la competencia desleal no es una materia armonizada a nivel global en el ámbito del Comercio internacional, ni siquiera en el ámbito del Derecho de la Unión Europea, donde los esfuerzos por armonizarla a un nivel de Derecho sustantivo han fracasado siempre, y se encuentra armonizada únicamente, de forma sectorializada¹⁵. Su falta de armonización material completa es una consecuencia de su complejidad como disciplina jurídica, pudiendo considerarla como una disciplina “poliédrica¹⁶”, que requiere un análisis holístico de las normas y usos del comercio que de una forma u otra la intentan regular, y su interacción entre todas estas fuentes. Los únicos estándares comunes o principio general que se nos ofrece, es el respeto por la buena fe en el mercado emanado de la redacción del artículo 10 *bis* CUP, así como “prácticas honestas” o “diligencia profesional”, que son los que tienen verdadera relevancia en el ámbito de la autorregulación¹⁷.

2. Mecanismos de la autorregulación como “complemento” a la falta de armonización material en las fuentes de tipo convencional y su “controvertido” valor jurídico

11. En el ámbito del Derecho mercantil internacional, lo que se considera o puede considerarse como la ética empresarial, en la que debe practicarse la “lealtad” en las relaciones comerciales, encuentra de otros mecanismos “extra” para su control, emanados principalmente, como se ha considerado en

¹⁴ Algunos autores que adoptan esta concepción son los siguientes; P. V. NORTON, “The effect of Article 10*bis* of the Paris Convention on American Unfair competition”, *Fordham L. R.*, vol. 68, 1999/2000, pp. 225-255, esp. p. 239; N. PIRES DE CARVALHO, “Current Trends in the Multilateral Evolution of Unfair Competition Law”, en J. DE WERRA (ED.) *et al. Défis du droit de la concurrence déloyale (Challenges of Unfair Competition Law)*, Génova, Schulthess (Éditions Romandes), 2014, pp. 1-29; P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “The Private International Law of Intellectual Property and of Unfair Commercial Practices: Convergence or Divergence?”, S. LEIBLE Y A. OHLY., (EDS.), *Intellectual Property and Private International Law*, Tübingen, 2009, pp. 137-190: “(...) the origin and wording of Article 10 *bis* CUP should not be an obstacle in practice to its interpretation in line with the social or institutional model”; M. VIRGÓS SORIANO, *El comercio internacional y el nuevo Derecho contra la competencia desleal ...*, op.cit., p. 23: “El hecho de que este precepto consagrara en su origen un “modelo profesional” o corporativo de la competencia desleal, y hoy desfasado, no debe impedir una lectura o comprensión jurídico social de la misma, en la que se den entrada a los intereses generales y a los de los consumidores. No cabe entender que por tener un origen convencional la norma deba estar inmune a la evolución. No representa “Derecho petrificado”, sino Derecho vivo, y como tal debe ser objeto de una interpretación ajustada a la función que en el momento actual debe cumplir en el marco del contexto jurídico-social también actual.(...)”.

¹⁵ Entre la ingente literatura que se puede encontrar sobre este problema de la falta de armonización total de la disciplina en el mercado interior europeo, pueden destacarse los siguientes autores, especialmente, de la doctrina alemana: F. HENNING-BODEWIG, “Secondary Unfair Competition Law”, en R. HILTY Y F. HENNING-BODEWIG (EDS.), *Law Against Unfair Competition Towards an European Unfair Competition Law*, MPI Studies in Intellectual Property Law, vol. 1, Munich, Springer, 2007, pp. 111-125, esp. pp. 111-113; W. SCHUHMACHER, “The Unfair Commercial Practices Directive”, en, *Law Against Unfair Competition...* pp. 127-137, que hace un resumen de la trayectoria de la misma DPCD destacando su *eventful legislative history* una de las dificultades a las que siempre se enfrenta el legislador europeo con estas normas es la “heterogeneidad” de las mismas; F. HENNING-BODEWIG, “Der Schutzzweck des UWG und die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken”, *GRUR*, vol. 115, nº3, 2013, pp. 238-244; T. MÖLLERS Y A. HEINENMANN, *The Enforcement of Competition law in Europe*, Cambridge, Cambridge University Press (The Common Core of European Private Law), 2007; H. COLLINS, “Harmonization by example: European laws against unfair competition practices”, *Modern Law Review*, vol. 72, nº1, 2010, pp. 89-118; M. LEISTNER, “Unfair Competition or Consumer Protection? The Commission’s Unfair Commercial Practices Proposal 2003”, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 6, enero 2004, pp. 141-176; J. GLÖCKNER, “Unfair Trading Practices in the Supply Chain, Disparities in Bargaining Power and the Co-ordination of European Contract, Competition and Unfair Competition Law”, *GRUR Int*, nº12, 2016, pp.1106-1120.

¹⁶ Según la REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑA (RAE), “poliédrico” en su segunda acepción significa que “posee o manifiesta varias facetas”, siendo un adjetivo adecuado para esta disciplina que manifiesta numerosos aspectos.

¹⁷ *Vid.* J.I. RUIZ PERIS, “El laberinto de la cláusula general de la Ley de competencia desleal”, *ADI*, t. 30, 2009-2010, pp. 435-454, esp. p. 448.

la Introducción, del *Soft law* o derecho no vinculante, siendo parte de la *lex mercatoria*. La mayor parte de estos estándares contra las prácticas comerciales desleales, se encontrarán en “Códigos de conducta” confeccionados por y para los profesionales o empresarios, pero que todavía carecen de la eficacia que podrían tener para poder controlar comportamientos comerciales desleales. Lo que puede entonces considerarse como ético o leal en los comportamientos comerciales que se desarrollan en el Derecho mercantil internacional, conoce del mismo problema que en ámbito del Comercio internacional. Esto es, la gran diversidad de comportamientos que, en algunos usos y prácticas profesionales en el comercio y en el mercado, pueden ser reputados por permitidos o no (leales o desleales), no tienen unos parámetros uniformes, al menos para los operadores jurídico-privados.

12. Estos mecanismos de la autorregulación son diferentes de los que se producen en el seno de organizaciones de tipo internacional como la Conferencia de las Naciones Unidas sobre comercio y desarrollo (UNCTAD) y la Organización para la cooperación y el desarrollo (OCDE) entre otras, puesto que, los que se desarrollan en el seno de estas organizaciones internacionales se dirigen a regular y orientar las conductas comerciales de los operadores jurídico-públicos siendo en principio, sólo vinculantes para estos operadores jurídico-públicos¹⁸.

13. Otros pueden ser incluso establecidos por las mismas empresas para respetar y cumplir con la normativa internacional y los buenos usos en el comercio que incluye el respeto por la competencia libre y leal o el *fair play*, en lo que se ha denominado el *Compliance* o la Responsabilidad Social Corporativa (en lo sucesivo, RSC)¹⁹. La RSC tiene como parte de su contenido que incluir los estándares o normas de conducta de la libre competencia y contra la deslealtad competitiva, de aquellos Estados donde las empresas se establezcan como normas de orden público económico. No obstante, cómo se explicará en apartados posteriores, dependerá de los Estados al no tener estándares comunes contra el fenómeno de la deslealtad competitiva y un sistema de libre competencia igualitario, la eficacia de esta RSC y el *Compliance* variará²⁰.

14. Siendo este aspecto uno de los más criticados en contra de su eficacia como mecanismo de control de conductas comerciales en el mercado, e incluso de tutela de derechos fundamentales, especialmente los de tipo social y económico. El cómo hacer valer la normativa internacional también, cuando grandes multinacionales se establecen en terceros Estados, donde se realiza gran parte de la producción y fabricación de sus mercancías que luego son distribuidas en el mercado internacional. Cuando en estos terceros Estados, los estándares de conducta son mucho más bajos que, por ejemplo, los dados por el legislador europeo. Para ello, las normas de conflicto que existan deben ofrecer puntos de conexión que estén orientados a tutelar los intereses económicos de todos los participantes en el mercado afectados por prácticas comerciales desleales, como se pretendió por ejemplo en el Reglamento Roma II, si la materia se trata y califica desde el ámbito de la obligación de tipo extracontractual, como es en el Derecho internacional privado de la UE²¹. Esto es, entendiendo que los estándares de conducta incumplidos emanan de sus deberes

¹⁸ C. DAY WALLACE, *The Multinational Enterprise and Legal Control: Host State Sovereignty in a Era of Economic Globalization*, The Hague, 2002, pp. 1086-1091; N. HORN, “International rules for Multinational enterprises: The IIC, OCDE and ILO initiatives”, *T’Amer.Univ.L’R.*, vol. 30, 1980, pp. 923-940, pp. 934-938. HORN considera que la experiencia ha demostrado que las guías que genera la OCDE, por ejemplo, aunque son destinadas a los operadores jurídico-públicos, son de efecto directo en la aplicación del *business law* a operadores jurídico-privados; E.WESTFIELD, “Globalization, Governance and Multinational Enterprise Responsibility: Corporate Codes of Conduct in the 21st Century”, *Va. J. Int. ’L.L.*, vol. 42, pp. 1075-1108, p. 1091.

¹⁹ M. HERDEGER, *Derecho económico internacional*, 9ª ed., Universidad del Rosario, 2012, p. 80; T. COTTIER Y A. JEVTC, “The Protection against Unfair Competition in WTO Law: Status, potential and prospects”, en J. DREXL (ED.), *Technology and Competition. Technologie et Concurrence: Contributions in honour of Hans Ulrich (Mélanges en l’honneur de Hans Ulrich)*, Bruselas, Larcier, 2009, pp.669-681, p. 692; A. PORTO CORTÉS, “La posible reclamación judicial, por el consumidor, ante el incumplimiento de un Código de Conducta”, *InDret*, vol. 3, Barcelona, 2010, disponible en: http://www.indret.com/pdf/759_es.pdf

²⁰ IBA, “Cross-border Transactions: a Drafting Guide for International Sales Contracts. Project of the IBA-International Sales Committee”, IBA, 2015, p. 25: “Beyond Statutory law, companies entering a new country may be subject to a variety of ethical precepts or business codes applicable to the conduct of business or marketing in this country”.

²¹ Reglamento (CE) n° 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractual (“Roma II”), DOUE, L 199/40, de 31 de julio de 2007, en concreto su artículo 6, destinado a

legales de buena fe en el mercado y la diligencia profesional.

II. Análisis de los diferentes tipos de mecanismos de la autorregulación en el marco del Derecho mercantil internacional

1. De organizaciones profesionales internacionales: el “Código de la CCI” en materia de publicidad y mercadotecnia

15. En cuanto a los “Códigos de conducta” elaborados hasta el momento, más relevantes y con mayor incidencia en el control de las prácticas comerciales desleales o la competencia desleal, se debe tener siempre en cuenta en primer lugar, el “Código CCI sobre publicidad comercial y mercadotecnia” (2011)²² (en adelante, “el Código CCI”). Merece ser destacado por numerosas razones, entre las que se encuentran las siguientes:

- (i) Es el único Código elaborado por un organismo profesional, que se ha encargado de establecer estos parámetros uniformes de *Soft law* contra ciertas prácticas comerciales de tipo desleal, especialmente en el ámbito del *marketing* y la publicidad, siendo elementos clave para el ejercicio del derecho de la libre competencia en los sistemas de economías de mercado, de los operadores jurídico- privados.
- (ii) Está redactado de forma muy sencilla. Enfocado únicamente, en el control de la deslealtad comercial, aunque en el ámbito de la publicidad. El único aspecto que puede reducir su eficacia es que sólo es vinculante y por ende, producir efectos y consecuencias jurídicas, para los profesionales que se adhieren al mismo.

Esta sencillez ha permitido que sus estándares globales sean un referente para otros “Códigos de conducta” de otras organizaciones de tipo profesional²³. Quizás, este sea uno de los aspectos más destacables, si se quiere dotar de mayor eficacia a estos “Códigos de conducta” contra la deslealtad competitiva en el mercado. Dotarlos de mayor sencillez y fuerza disuasoria (*deterrence tool*), con el fin de evitar que se realicen por estos profesionales adheridos a los mismos, prácticas comerciales de tipo desleal que contravengan la buena fe en el mercado, so pena que puedan encontrar sanciones y consecuencias jurídicas por su incumplimiento.

- (iii) Se suma una característica muy destacable. El “Código CCI”, se basó en su redacción en lo dispuesto en el artículo 10 *bis* CUP y su “lista negra”²⁴. De esta forma, incluía el concepto de buena fe en el mercado, y la represión de ciertos actos y prácticas comerciales desleales que se contienen todavía en su lista, combinando lo establecido en el ámbito de la norma

la ley aplicable en cuestiones de competencia desleal; por su parte, el Considerando 21 que establece que la norma de conflicto tutelar los intereses de todos los participantes del mercado y al mercado en sí mismo, orientando la norma hacia los intereses colectivos de los consumidores, más que los individuales.

²² “Código Consolidado de la CCI para las prácticas de Publicidad y Comunicaciones de Mercadotecnia” (última versión revisada del 2011), disponible en: [http://www.codescentre.com/media/1328/codigo%20consolidado%20icc%20\(1\).pdf](http://www.codescentre.com/media/1328/codigo%20consolidado%20icc%20(1).pdf) (última consulta: ; <http://www.iccmex.mx/documentos/mercadotecnia.php#proyectos>; F. CAFAGGI, “Chapter 13. Does Private Regulation Foster European Legal Integration?”, en K. PURNHAGEN y P. ROTT (eds.), *Varieties of European Economic Law and Regulation*, Studies in European Economic Law and Regulation, vol. 3, Munich, Springer, 2014, pp. 259-283, p. 266. No obstante, no se pueden desmerecer las labores realizadas por otros Código de conducta, como, por ejemplo, el realizado para el control de conductas comerciales en Internet mediante comercio electrónico, P. A. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho privado de Internet*, 4ªed., Madrid, Civitas (Thomson-Reuters), 2011, p. 373.

²³ A. THÜNKEN, “Multi-State Advertising Over the Internet and the Private International Law of Unfair Competition”, *ICLQ*, vol. 51, n°4, pp. 909-942, p. 926 y p. 931; Código Consolidado CCI para la publicidad, p. 12; “Comunicación de la oficina de AUTOCONTROL”, del 16 de septiembre de 2011, disponible en: http://www.autocontrol.es/pdfs/NP_Nuevo_Codigo_CCI.pdf.

²⁴ La llamada lista negra se encuentra en el apartado 3º del artículo 10 *bis* CUP: (i) actos que crean confusión; (ii) aseveraciones falsas (iii) indicaciones o aseveraciones pueden inducir al público a error (*cf.* Artículo 10 *bis* CUP).

del *hard law* con el *Soft law*.²⁵ La interpretación que ofrece el “Código de conducta” del art. 10 *bis* CUP se hace totalmente acorde con los parámetros que sigue la institución de la competencia desleal actualmente, esto es, del modelo Social ya explicado, tratándola como Derecho privado institucional y no como mero Derecho privado, aunque este mecanismo de control de conductas en el mercado sea de corte fundamentalmente privado.

- (iv) Finalmente, cabe destacar que sus disposiciones o normas de conducta, de una forma u otra, han consagrado un principio general del Derecho internacional, el “principio del país de origen” desde este ámbito del *Soft law* puesto que uno de sus objetivos es que este principio, se pueda hacer efectivo a nivel transfronterizo en cuanto a su efectividad, en defecto de armonización material de estándares de conducta. Al ser un instrumento emanado de la autorregulación, el tratamiento que recibe el “principio del país de origen”, en el que, en principio, se aplicaría sólo, para saber cuáles son las consecuencias jurídicas por el incumplimiento del Código, –la ley del establecimiento del profesional–, cuando se denuncie ante la misma CCI, sería diferente, del tratamiento que recibe en el ámbito del proceso de integración negativa a falta de armonización material en el mercado interior europeo.

16. En el “Código CCI” se considera que este aspecto lo que pretende es orientar las conductas comerciales en la publicidad de los profesionales adheridos al mismo, para que, respeten los parámetros establecidos por los legisladores de los Estados de los que son nacionales o en donde se han establecido con el fin de competir y realizar relaciones de tipo comercial. Considerando que este aspecto es el que le dota de eficacia, al menos como instrumento “disuasorio” frente a la posible infracción de sus normas de conducta para los profesionales adheridos al “Código CCI”.

2. Del legislador europeo

A. Contra las prácticas comerciales desleales de tipo B2C

17. Antes de la elaboración de la Directiva de Prácticas Comerciales Desleales (en lo sucesivo, DPCD²⁶), e incluso la Directiva de publicidad engañosa²⁷, los mecanismos de autorregulación en el mercado interior europeo eran un mero mecanismo de resolución de controversias entre consumidores y profesionales sin fuerza vinculante que cada organización de tipo profesional podía disponer o no²⁸.

²⁵ Vid. R. HOUIN Y M. PEDAMON, *Droit Commercial. Commerçants et fonds de Commerce. Concurrence et contracts du commerce*, 3ª ed., Paris, Dalloz, pp. 601-602; F. CAFAGGI, “Chapter 13. Does Private Regulation Foster European Legal Integration?”, en K. KURNHAGEN Y P. ROTT (eds.), *Varieties of European Economic Law and Regulation*, Studies in European Economic Law and Regulation, vol. 3, Munich, 2014, pp. 259-283, p. 266; del mismo autor, “Chapter 5. Private regulation in European Private Law”, en AA.VV., *Towards an European Civil Code*, The Netherlands, 2011, pp. 91-116; aunque existen otros Códigos que no pueden desmerecerse, P. A. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho privado de Internet...op.cit.*, p. 373.

²⁶ Directiva 2005/29/CE del Parlamento y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE, y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) n°2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo (“Directiva sobre las prácticas comerciales desleales”), *DOUE*, L149/22, de 11 de junio de 2005, su artículo 2 letra f, define el Código de conducta como “un acuerdo o conjunto de normas no establecidas por el legislador de un Estado miembro que controlan el comportamiento de los comerciantes que los asumen, y que los vinculan por el Código, en relación a una o más prácticas comerciales desleales”; aparte de la Lista negra final en su Anexo I, puntos 1 y 3º que también trata las infracciones a Códigos de conducta como prácticas comerciales desleales B2C en todo caso; A. BECKERS, *Enforcing Corporate Social Responsibility Codes: On Global Self Regulation and National Private Law*, Oxford, Bloomsbury, 2015, pp. 202 y ss.

²⁷ Artículo 6 de la Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 sobre publicidad engañosa y comparativa, *DOUE*, L 376/21, 27/12/2006

²⁸ C. WADLOW, “Unfair Competition in Community Law: Part.II: harmonization becomes gridlocked”, *EIPR*, vol. 9, n°28, 2006, pp. 469-473, p. 472, siendo esta otra de las numerosas diferencias para la armonización de la disciplina. Los países nórdicos y Dinamarca siempre han confiado en materia de protección de consumidores en instituciones de tipo extrajudicial, como, por ejemplo, el *Ombudsman* a diferencia de otros Estados europeos; D. FITZGERALD, “Comparative Advertising in the United Kingdom”, *EIPR*, vol. 19, n°12, 1997, pp. 709-714, esp. p. 712.

18. Tras la promulgación de la DPCD, el legislador de la Unión Europea en parte consciente del éxito que determinadas organizaciones de tipo profesional mediante la aplicación de dichos mecanismos, para la resolución alternativa de conflictos, especialmente, en el ámbito de las relaciones entre profesionales (relaciones *B2B*) en esta materia tomó muy en cuenta la inclusión de los mecanismos de autorregulación en la DPCD pero para las prácticas comerciales de tipo *B2C*²⁹.

19. En el “Libro Verde sobre la protección al consumidor en la Unión Europea” (2001³⁰) se expresaba lo siguiente³¹: “*Es posible que la acción regulatoria no sea la más idónea para muchos problemas, en cuyo caso la autorregulación puede alcanzar algunos de los objetivos de protección de los consumidores, de forma especial, en industrias que reconocen que comparten un gran interés por mantener la confianza de los consumidores y que pueden verse perjudicadas por oportunistas o comerciantes deshonestos*”. Con ello, se consolida que la violación o infracción de los estándares de conducta de los que un empresario o profesional estuviere adherido, como una práctica comercial desleal que atenta contra la buena fe en el mercado y la diligencia debida que se exige que tengan en sus relaciones *B2C*, dotando a estas infracciones de consecuencias jurídicas³².

B. Contra las prácticas comerciales de tipo *B2B*: El asunto *TESCO* como ejemplo paradigmático

20. No sólo en el ámbito de la DPCD se dota de mayor fuerza vinculante a los Códigos de conducta y mecanismos de la autorregulación. La Comisión Europea en muchos de sus últimos informes relativos al estado de las normas relativas a lo que ya se conoce como el derecho de la lealtad comercial en el mercado interior (*Lauterkeitsrecht*), ha destacado de forma fehaciente la importancia y la eficacia de la autorregulación en el ámbito de las prácticas comerciales desleales *B2B*³³.

21. La cadena de supermercados inglesa *TESCO* fue demandada en Reino Unido³⁴, por no haber respetado las normas del Código de conducta emanadas del código de conducta británico, *Groceries Supply Code of Practice* o el Código de buenas prácticas creado por la *Office of Fair Trading (OFT)* en el año 2009. Con ello, había realizado una conducta anticompetitiva habiéndose considerado como un abuso de posición dominante, en la cadena de suministro alimentario mediante la infracción de las normas del precitado Código (práctica prohibida de tipo *B2B*)³⁵. Sin embargo, no fue sancionada por el organismo autorregulador del Gobierno británico, *a priori*, por falta de competencia de este organismo, a la hora de la incoación del procedimiento administrativo investigador en la materia.

22. Este asunto marcó tendencia en el ámbito de las sanciones que se pueden llegar a establecer a los profesionales por violación o infracción de la lealtad en el mercado establecido en un Código de Conducta por organismos administrativos y no sólo de corte profesional.

²⁹ F. CAFAGGI, “Chapter 5. Private Regulation in European Private Law”, en VVAA, *Towards an European Civil Code*, The Netherlands, 2011, pp. 91-116, considera que es muy importante poder diferenciar bien entre la co-regulación y la autorregulación para evitar problemas de interpretación entre aquellos parámetros vinculantes en todos sus elementos de los que no lo son. En la autorregulación no existe la misma vinculación que en el proceso de co-regulación.

³⁰ Casi coincidiendo con la entrada en vigor del “Tratado de Niza” (2004) el cuál reforzó la protección al consumidor y consolidó la política de protección a los consumidores en el mercado interior como tarea fundamental del legislador europeo, aunque de forma compartida por los legisladores de los Estados miembros.

³¹ COMISIÓN EUROPEA, “Libro Verde sobre la protección al consumidor en la Unión Europea” (2001), p. 15.

³² *Ibid.* (CAFAGGI). El autor además establece que al haber la DPCD otorgado a los Códigos de conducta esta vinculación, muchos de los Estados miembros han escogido medios de corte público para poder otorgar mayor fuerza a los mismos y que los profesionales adheridos sean sancionados en caso de incumplimiento.

³³ COMISIÓN EUROPEA, “Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council and the Council: Better Regulation. Delivering better results from a stronger Union”, Brussels, 14/09/2016, COM (2016) 615 final).

³⁴ Puede consultarse la investigación realizada en el siguiente enlace proporcionado por el gobierno de Reino Unido y más concretamente por el *Grocery Code Adjudicator*, del 26 de enero de 2016, disponible en: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/494840/GCA_Tesco_plc_final_report_26012016_-_version_for_download.pdf

³⁵ El citado Código de conducta, puede consultarse en el siguiente enlace; <https://www.gov.uk/government/publications/groceries-supply-code-of-practice/groceries-supply-code-of-practice>;

23. El hecho destacable de este caso es que, a pesar que no se impuso una sanción económica, sí se hizo pública la investigación y con ello, se dió cierta publicidad a la importancia de respetar los Códigos de conducta entre profesionales. La respuesta dada en este asunto, como establece HERRERA, puede que sea seguido de cerca por los organismos de vigilancia de suministro alimentario de otros Estados miembros, como ejemplo, especialmente para observar la eficacia de los medios de la autorregulación en materia de prácticas comerciales desleales³⁶.

24. En estos casos, la duda que se plantea es si pueden usarse dichos Códigos de conducta para demandar también aquellos profesionales que jamás se adherieron a estos estándares. La respuesta depende del poder del organismo autorregulador y de cómo la norma positiva haya respaldado la infracción del mecanismo de *Soft law*, si dirigida a todos los profesionales o no³⁷. Si el organismo encargado de los parámetros de autorregulación dotado de mayor poder para sancionar comportamientos comerciales desleales en este nivel de actuación de las empresas podría ampliarse el ámbito personal de estos estándares de conducta, para cualquier profesional del sector en donde realiza su actividad profesional, especialmente, por la mejor tutela que los consumidores, como parte débil deben tener en el mercado.

C) De organizaciones profesionales en la Unión Europea

25. Por otro lado, La *European Advertising Standards Alliance*, –conocida como la EASA³⁸–, también tutela la protección contra la deslealtad comercial y dar mayor efectividad al cumplimiento de los “Códigos de conducta” que realiza para controlar a los profesionales que estén adheridos sus códigos y coordina de forma institucionalizada, pero en el mercado interior europeo, a diferencia del Código CCI que se aplica en un ámbito internacional, dada la naturaleza de la CCI como organismo internacional y no europeo³⁹. Entre sus principales actividades se destaca que trabaja con las diferentes organizaciones de corte profesional dedicadas al control de conductas comerciales desleales en todos los Estados miembros, como por ejemplo, la asociación más importante que se ocupa de la autorregulación en la publicidad y el comercio electrónico en España: la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial, conocida como “Autocontrol”.

³⁶ I. HERRERA ANCHUSTEGUI, “Sobre el abuso de dependencia económica y los Códigos de conducta: el caso *Tesco* (plazos de pago y *slotting allowances*)”, *Competencia y Regulación*, 2016, disponible en: <http://derechocompetencia.blogspot.com.es/2016/02/sobre-el-abuso-de-dependencia-economica.html> *id.*, en relación a la materia de Códigos de conducta para regular conductas de tipo desleal en el suministro alimenticio en el siguiente post: “Sobre el abuso de dependencia económica en la cadena alimentaria: el caso *EDEKA*”, *Competencia y Regulación*, 2015 <http://derechocompetencia.blogspot.no/2015/12/sobre-el-abuso-de-dependencia-economica.html>

³⁷ Un análisis exhausto de este particular, especialmente, en el ordenamiento jurídico español en: B. PATIÑO ALVES, “El jurado de publicidad; Medidas sancionadoras a los no asociados”, disponible en: https://www.beatrizpatino.com/wp-content/uploads/2015/05/EL-JURADO-DE-LA-PUBLICIDAD_MEDIDAS-SANCIONADORAS-A-LOS-NO-ASOCIADOS.pdf

³⁸ *Vid.* por ejemplo la página *web* de este organismo europeo : <http://www.easa-alliance.org/>. Cada tres años edita lo que se conoce como “Blue Book”. Son guías de conducta, de autorregulación que se hacen comunes para toda la comunidad empresarial. Su fuerza vinculante se hace efectiva mediante la adhesión y el compromiso voluntario de cumplimiento por parte de estos profesionales; P. A. DE MIGUEL ASENSIO “Capítulo II.- Bienes inmateriales. Derecho de la competencia...” en J. C. FERNÁNDEZ ROZAS Y R. ARENAS GARCÍA Y P. A. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho de los negocios internacionales...*, *op.cit.*, p. 143; J. MASSAGUER FUENTES, “Códigos de conducta y competencia desleal: aspectos sustantivos y procesales”, *InDret*, vol. 2/2011, pp. 1-39; un análisis observado desde la práctica sobre los “Códigos de conducta”, en BROSETA ABOGADOS, *Memento Dossier: Competencia desleal*, Madrid, Francis Lefebvre, 2011, pp.335-348; . art. 6.2.b de 29/2005/CE, el artículo encargado de introducir esta novedad para que los EM la incluyesen en sus legislaciones; N. IRÁKULIS ARREGUI Y E. LEIÑENA MENDIZÁBAL, “Publicidad lícita y ética”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, nº50, 2009, pp. 71-127, pp. 76-77, sobre la crítica que la doctrina realiza acerca de que los Códigos de conducta en la UE deben estar regulados por cada Estado miembro respetando la diversidad cultural y social y no en manos de organismos europeos.

³⁹ P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “Capítulo II- Bienes inmateriales”, J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, R. ARENAS GARCÍA Y P. A. DE MIGUEL ASENSIO en *Derecho de los negocios internacionales*, Madrid, Iustel, 2015, p. 147; *Autocontrol*, Boletín Digital, nº 195, abril 2014: Como ejemplo de lo expuesto, el Proyecto de ley que reformará la Ley 34/2002, de Comercio electrónico y Ley General de Telecomunicaciones española, *BOE*, nº 166, de 12 de julio de 2002.

26. Puede destacarse su “Código de Conducta publicitaria” (2011)⁴⁰, y el “Código Ético de Comercio Electrónico y Publicidad Interactiva de Confianza Online” (2005), entre otros muchos Códigos que ha publicado en línea con las premisas de la EASA, que controlar especialmente las buenas prácticas en el ámbito de la publicidad para el control de la publicidad engañosa y comparativa no permitida por la Directiva de publicidad⁴¹.

27. Sus resoluciones tienen trascendencia entre los profesionales, aunque los mismos pueden ser también, a la vez, demandados ante la jurisdicción ordinaria si no cumplen lo dispuesto en los Códigos de conducta de la organización tal y como establece la DPCD. Siendo este paso el más importante en cuanto a su eficacia: poder demandar a los profesionales ante la jurisdicción ordinaria en tanto no cumplan lo dispuesto en el *Soft law* establecido por las organizaciones de tipo profesional.

3. Responsabilidad Social Corporativa y las políticas de *Compliance* como instrumento de control contra las prácticas comerciales desleales:

28. La Responsabilidad Social Corporativa (RSC) se vincula a la ética en los negocios internacionales, en cuanto emanó de los usos comerciales entre profesionales, de los Códigos de conducta de elaboración propia de las empresas o los generados por organismos profesionales⁴². De hecho, se diferencia de los Códigos de conducta realizados por organizaciones de tipo profesional, porque éstos deben hacerse por un conjunto de profesionales y la RSC corresponde establecerla a cada empresa de forma individual, con su propio “Código de conducta” o no⁴³. Es ya parte intrínseca de los sistemas de autorregulación o *Soft law* en el ámbito del Derecho mercantil internacional y en cada vez mayor medida, se ha incrementado su efecto vinculante para evitar que los profesionales a pesar de que no cumplan con sus políticas de responsabilidad social, encuentren una sanción adecuada por ello⁴⁴.

29. Incluso, el hecho de no cumplir con lo establecido en sus políticas de RSC, puede ser considerado un acto de competencia desleal frente a los profesionales que sí respetan lo establecido en las mismas. De otra parte, el *Compliance* se reconoce dentro del ámbito de la RSC, en cuanto la palabra *compliance* significa en realidad: cumplimiento. Esto es, que en realidad son los mecanismos que existen en las mismas empresas para controlar y revisar que cumplen con las normas de los Estados sean de tipo vinculante o no, como pueden ser las normas ISO, y no ser sancionadas.

30. La RSC, cabe decir, se constituye en instrumentos que reflejan más cuestiones de “imagen pública” de las empresas para el cumplimiento de la normativa de corte internacional e interna donde éstas operan⁴⁵, integrando en sus conceptos alto contenido ético: esto es, conceptos de tipo filosófico y moral que las normas contra la competencia desleal han objetivado, como el de diligencia profesional

⁴⁰ Siendo este un Código basado en el de la CCI sobre mercadotecnia y publicidad, tal y como dice en su página *web*, y tomando como ejemplo los principios básicos que derivan del de la CCI: veracidad, legalidad, honestidad y lealtad. Disponible en: http://www.autocontrol.es/pdfs/Cod_conducta_publicitaria.pdf

⁴¹ P. A. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho privado de internet... op.cit.*, dice que este Código obtuvo un distintivo público de confianza según el RD 1163/2005, de 30 de septiembre por el que se regula el distintivo público de confianza en los servicios de la sociedad de información y de comercio electrónico, así como los requisitos y el procedimiento de concesión.

⁴² M. FEIGERLOVÁ Y M. PAUKNEROVÁ, “Private International Law for Corporate Social Responsibility”, *TLQ*, vol. 4, 2018, pp. 379-399.

⁴³ A. BECKERS, *Enforcing Corporate Social Responsibility Codes... op.cit.*, pp. 203-204, que explica la controversia en cuanto si la RSC tiene el mismo peso que los Códigos de conducta que el legislador europeo toma en cuenta en la redacción de la DPCD a la hora de considerar su incumplimiento también como una prácticas comercial desleal engañosa *B2C*.

⁴⁴ I.W. JONES Y M. G. POLLITT, “Ethical and Unethical Competition: Establishing the Rules of Engagement”, *Long Range Planning*, vol. 31, 1998, pp. 703-710, interesa el análisis que los autores realizan sobre este aspecto en base a seis casos reales que muestran cada uno de ellos, la eficacia o no de este tipo de responsabilidad vinculada a los Códigos de conducta.

⁴⁵ Este aspecto fue considerado tras el “Acuerdo de Cotonú”, acuerdo 2005/483/CE de Asociación entre los Estados de África, del Caribe y del Pacífico, por una parte, y la Comunidad Europea y sus Estados miembros por otra, firmado en Cotonú el 23 de junio de 2000, *DOCE*, L 137, de 15 de diciembre de 2000.

y la buena fe en el mercado (cómo ya se ha analizado con anterioridad). HENNING BODEWIG⁴⁶, diferencia dos tipos de RSC, atendiendo a que el término es excesivamente amplio: la RSC “oficial” que puede emanar de organizaciones internacionales como la OCDE o el OIT⁴⁷, para promover el “Buen Gobierno y el RSC de las empresas, que controla su “vida privada-interna”. En las RSC y el *Compliance* de las empresas no es otra cuestión que obligar a las empresas a cumplir con todos los estándares previstos en las normativas estatales y los estándares de *Soft law* de variada índole de los mercados y sectores donde operan. Existiendo un gran número de obligaciones dependiendo del sector del mercado donde la empresa opera o realiza habitualmente sus prácticas comerciales⁴⁸.

31 Algunos tratadistas de lo que puede denominarse, “ética empresarial”, consideran que su importancia en el control de las conductas comerciales desleales en el comercio internacional es cada vez mayor. Sin embargo, en aquellas legislaciones donde se permite que las empresas no tienen que respetar su RSC porque no existen consecuencias jurídicas en tanto como infracciones a deberes jurídicos emanados del principio general del *neminem laedere* si lo hace, se ha convertido en una especie de derecho que las empresas tienen para mentir (*corporate right to lie*)⁴⁹.

32. No obstante, se comprueba como en algunos supuestos analizados en el siguiente epígrafe, que las empresas que saben que el incumplimiento de sus RSC o el *non compliance* puede tener sanciones y ser considerados como actos de competencia desleal, han sido eficaces para que tengan más valor para controlar la deslealtad competitiva. Especialmente, cuando estos comportamientos de tipo desleal suponen infracciones graves a derechos de tipo fundamental como la tutela del medio ambiente, los derechos de los trabajadores y cuestiones de orden público como la seguridad pública y la sanidad⁵⁰.

IV. Implementación de estos mecanismos en el Comercio internacional

1. Relación con los instrumentos del Comercio internacional institucionalizado

33. Surge el problema de saber determinar y en su caso relacionar, si bajo lo dispuesto en el ADPIC y las normas del GATT incluidos, ambos instrumentos jurídicos en los acuerdos OMC⁵¹, –nor-

⁴⁶ F. HENNING-BODEWIG, “TRIPS and Corporate Social Responsibility: Unethical, Equals Unfair Business Practices?”, en H. ULLRICH, R. HILTY, M. LAMPING Y J. DREXL (EDS.), *TRIPS plus 20: from Trade Rules to Market Principles*, MPI Studies on Intellectual Property Law, vol. 25, Munich, Springer 2016, pp. 701-724, esp. pp. 702-703, según la autora y de acuerdo con lo establecido en el asunto *Kasky vs. Nike*, es el derecho que una compañía tiene a mentir (*corporate right to lie*) si alegan que el derecho a la libertad de expresión les permite hacer todo tipo de publicidad, y también p. 704.

⁴⁷ M. FEIGERLOVÁ Y M. PAUKNEROVÁ, “Private International Law...”, *loc.cit.*, pp. 380-381.

⁴⁸ A. BECKERS, *Enforcing Corporate Social Responsibility Codes...op.cit.*, pp. 186 et seq..

⁴⁹ *Ibid.* (HENNING-BODEWIG, “TRIPS ...”, p. 704); BECKERS.

⁵⁰ M. A. DÍAZ MIER, “Ética empresarial internacional”, *ICE*, n° 823, 2005, pp.69-86.p. 75; A. RUGMAN Y S. COLLINSON, *International Business*, 5ªed., Edinburgh, 2009; J. D. RENDTORFF, *Responsability, Ethics, and Legitimacy of Corporations*, Copenhagen, Copenhagen Business School Press, 2009; también, G. JACKSON, “A Socio-Political Perspective on Corporate Social Responsibility: Understanding Regulatory Substitution and the Persistence of Irresponsibility”, en R. HILTY Y F. HENNING-BODEWIG (EDS.), *Corporate Social Responsibility. Verbindliche Standards des Wettbewerbsrecht*, MPI Studies in Intellectual Property Law and Competition Law, vol. 21, Munich, Springer, 2014, pp. 19-31; T. COTTIER Y G. WERMELINGER, “Implementing and Enforcing Corporate Social Responsibility: The Potential of Unfair Competition...”, *loc.cit.*, en R. HILTY Y F. HENNING-BODEWIG (EDS.) *Corporate Social Responsibility... op.cit.*, pp. 81-97; A. JACQUEMIN, “Objetivos e instrumentos de la política europea de la competencia después de 1992...”, *loc.cit.*, en C. MARTÍN (coord.), *Política industrial, teoría y práctica... op.cit.*, p. 112: “Las leyes correspondientes tienen la finalidad de asegurar que los competidores compitan de manera justa y lleven a cabo sus funciones sociales de acuerdo con un código ético de conducta. El criterio de ética comercial juega un papel importante en el desarrollo de dicho código de prácticas comerciales honestas, pero viene determinado en último término por el sentido común de los tribunales”; M.J. ELVIRA BENAYAS, “¿La infracción de la responsabilidad social corporativa puede generar responsabilidad extracontractual”, *AEDIPr*, t. XI, 2011, pp. 717- 725. Sobre el adjetivo “social”, la autora pone de manifiesto que no es pacífico su uso, R. JENKINS, “Corporate Codes of Conduct. Self-regulation in a Global ...”, *loc.cit.*, p. 13; J. M. DE LA CUESTA RUTE Y E. NÚÑEZ RODRÍGUEZ, “Sobre la autorregulación de la publicidad y la competencia mercantil”, *Comunicaciones en Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia*, 2007, pp. 95-128.

⁵¹ Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1947, incluido en los Acuerdos OMC en 1994 (GATT: *General Agreement on Tariffs and Trade*).

mas destinadas a los operadores jurídico-públicos y no los privados-, la cobertura para poder sancionar a las empresas que incumplen estos estándares éticos de buena conducta que tutelan la lealtad en las transacciones comerciales. Considerando la posición que tiene el art. 10 *bis* CUP en el ADPIC, especialmente en algunos organismos de corte profesional y la relevancia de los derechos fundamentales por encima de cualquier interés económico de los operadores jurídico-privados e incluso su autonomía de la voluntad⁵².

Dicho de otra forma, si la RSC puede ser considerada “jurídicamente vinculante” en materia de actos y prácticas comerciales desleales, siendo este aspecto uno de los más controvertidos debido a que emana de la misma política de *compliance* de la empresa, pero no de un organismo profesional que ejerce el control debido sobre este *compliance* “autoimpuesto”.

34. Es decir, que ser responsable “socialmente” no sólo significa cumplir con las obligaciones jurídicas sino también con otras obligaciones, como es el respeto en las relaciones con los otros participantes del mercado (y no realizar actos de competencia desleal). Sobre todo, por el respeto a una serie de derechos fundamentales entre ellos, el cuidado del medio ambiente y la salud pública, entre otros que se encuentran tutelados por normas de tipo constitucional⁵³.

35. Por ello, se dice por los autores que en realidad, lo relevante de la RSC es que implícitamente, lo quieran o no, los operadores jurídico-privados, incluye el respeto de los derechos humanos como los derechos laborales en el tercer mundo, entre otras cuestiones de interés, la protección de los consumidores en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos del mundo (especialmente en el mercado interior europeo), la protección al medio ambiente, el fomento de la competencia libre y leal. Estos aspectos no son ajenos a las normas del comercio internacional, puesto que la tutela que se realiza al mercado en conjunto abarca estas cuestiones (de forma directa o indirecta, como puede ser la tutela que se hace en la OMC hacia los aspectos de seguridad alimentaria, entre otros)⁵⁴.

36. De otro lado, es cierto que en muchas ocasiones es difícil para las empresas determinar dónde recaen sus competencias con respecto a las legislaciones nacionales y como asegurar que sus redes de suministro y socios comerciales también cumplen con los derechos humanos. De esta forma se ha solicitado que los legisladores nacionales e internacionales refuercen los mecanismos de tutela y aplicabilidad en materia de autorregulación y, sobre todo, en cuestiones de RSC, complementando y fomentando con ello, la introducción de niveles de protección más elevados⁵⁵.

⁵² *Ibid* (HENNING BODEWIG, “TRIPS and...”), vuelve a recordarse que las normas de orden público, normas imperativas, son de obligado cumplimiento incluso en el ámbito donde los operadores jurídico privados pueden ejercer en su plenitud su “autonomía de la voluntad”; M.FEIGERLOVÁ Y M. PAUKNEROVÁ, “Private International Law...”, *loc.cit.*, pp. 387-388.

⁵³ C. OTERO GARCÍA CASTRILLÓN, “El DIPr de la UE en la determinación de la responsabilidad civil por daños al medio ambiente”, *IHLADI*, 2013, pp. 367-400, pp. 6-7 (versión ucprints), resaltando también, la importancia cada vez mayor de la RSC, especialmente por el cuidado que deben tener con las cuestiones del medio ambiente; G. JACKSON, “A Social-Political Perspective on Corporate Social Responsibility...”, *loc.cit.*, en R. HILTY Y F. HENNING-BODEWIG, *Corporate Social Responsibility...*, *op.cit.*, p. 27, si se le otorga mayor relevancia se evitarían determinadas conductas como el *greenwashing*.

⁵⁴ *Vid.* R. JENKINS, “Corporate Codes of Conduct. Self-regulation in a Global...”, *loc.cit.* 1-47; E. U. PETERSMANN, “Human Rights and the Law of the World Trade Organization”, *Journal of World Trade*, vol. 37, 2003, pp. 241-281; COMISIÓN EUROPEA, “Libro Verde: fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas”, COM (2001), 366 final, Bruselas, 18/07/2001, ya definía que incluso la RSC de las empresas tiene un valor económico directo en la economía globalizada. Siendo parte de la estrategia de inversión en el núcleo de la estrategia empresarial y su gestión y actividades. Y, como medio para demostrar que las empresas realizan prácticas “socialmente responsables”. Sobre la relación con los derechos humanos, el Libro Verde destaca que esta relación se encuentra también en las relaciones de suministro mundiales (p. 14) por la relación con la Declaración Tripartita de la OIT y las *Guidelines* de la OCDE.

⁵⁵ COMISIÓN EUROPEA, “Libro Verde: Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas”, Bruselas, 18.07.2001, COM (2001) 366 final, pp.13-15, párrafo 52: “Una de las dimensiones de la responsabilidad social de las empresas está estrechamente vinculada a los derechos humanos, sobre todo por lo que respecta a las actividades internacionales y las cadenas de suministro mundiales. Esto se reconoce en instrumentos internacionales (...). Los derechos humanos son una cuestión muy compleja que plantea problemas políticos, jurídicos y éticos” y párrafo 56.

A. Relación con el artículo XX GATT

37. Existe mucha controversia en el ámbito OMC si las normas de no discriminación (principios de NMF y el de trato nacional) los Estados parte están capacitados para legislar sobre determinados aspectos del art. XX GATT, con las excepciones que ofrece, al resto de disposiciones para que los Estados parte puedan incluir en sus legislaciones y tener en cuenta, la protección del medio ambiente y el cumplimiento de condiciones sobre estándares de tipo laboral que protegen derechos fundamentales –que persiguen impedir la realización de *dumping* social o competencia desleal– siempre y cuando ello no sea una forma de discriminación o restricción encubierta al comercio para adquirir ventajas competitivas en sus legislaciones atrayendo a su foro a inversores privados de otros Estados que además se relacionan con la debida protección a otros derechos fundamentales⁵⁶.

38. Tampoco la relación entre el comercio y los derechos humanos está limitada para que pueda llegar a ser una de las excepciones del artículo XX GATT, en el sentido de buscar la responsabilidad por incumplimiento en la aplicación del artículo 10 *bis* CUP y su relación con el cumplimiento forzoso de los Códigos de conducta como complemento a las legislaciones nacionales⁵⁷. Este aspecto depende de los Estados puesto que los operadores jurídico-privados no tienen acceso al mecanismo de resolución de controversias de la OMC, aunque la OMC de forma indirecta, podría ayudar a mejorar el rol de los tribunales a la hora de hacer cumplir y respetar estos estándares de conducta de los operadores jurídico-privados. El problema de nuevo reside en la controversia sobre la aplicación directa o no del artículo 10 *bis* CUP por los tribunales nacionales⁵⁸.

39. En este particular, los Códigos de conducta y la RSC de las empresas puede ser de gran valor, si se considera que complementan las lagunas que pueden existir en la normativa del comercio multilateral⁵⁹. No obstante, por el lado negativo, está empezando todavía a desarrollarse en totalidad en el ámbito de la competencia desleal que abordamos⁶⁰.

⁵⁶ T. COTTIER Y G. WERMELINGER, “Implementing and Enforcing Corporate Social Responsibility: The Potential of Unfair Competition Rules in International Law”, en R. HILTY Y F. HENNING-BODEWIG *Corporate Social Responsibility...*, *op.cit.*, pp. 81-97, p. 82; E.U. PETERSMANN, “Human Rights and the Law of the World Trade ...”, *loc.cit.;id.* “Time for integrating Human Rights into the Law of Worldwide Organizations: Lessons from European Integration Law for Global Integration Law”, *Jean Monnet Working Paper*, n°7/01, 2002; P.CUSTER, “Disciplining Private Food Standards Through WTO Law? An Attempt to go Beyond the SPS and TBT Agreement Debate”, *NCCR Working Paper* n° 45, 2013.

⁵⁷ *Ibid.* (COTTIER Y WERMELINGER), p. 95; el art. XX GATT reza así: “*Excepciones generales.* A reserva de que no se apliquen las medidas enumeradas a continuación en forma que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los países en que prevalearan las mismas condiciones, o una restricción encubierta al comercio internacional, ninguna disposición del presente Acuerdo será interpretada en el sentido de impedir que toda parte contratante adopte o aplique las medidas: a) necesarias para proteger la moral pública; b) necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales; d) necesarias para lograr la observancia de las leyes y de los reglamentos que no sean incompatibles con las disposiciones del presente Acuerdo, tales como las leyes y reglamentos relativos a la aplicación de medidas aduaneras, el mantenimiento en vigor de los monopolios administrados de conformidad con el párrafo 4 del art. II y con el artículo XVII, (...); i) que impliquen restricciones impuestas a la exportación de materias primas nacionales, que sean necesarias para asegurar a una industria nacional de transformación de suministro (...) y de que no vayan en contra de las disposiciones del presente Acuerdo relativas a la no discriminación

⁵⁸ *Ibid.* p. 95, dando fuerza en concreto al artículo 10 *bis* párrafo 3.

⁵⁹ *Ibid.* (COTTIER Y WERMELINGER), p. 87; “*Recourse to unfair competition law in the context of CSR responsibility is still in its infancy*”. De hecho, los autores consideran que este sector y la relación con la competencia desleal es un campo bastante interesante y poco explotado como posibilidad. Así, por ejemplo, el caso *Kasky v. Nike* de nuevo muestra las debilidades en esta relación todavía naciente; P. CUSTER, “Disciplining Private Food Standards Through WTO Law? An Attempt to go Beyond the SPS and TBT Agreement Debate”, *NCCR Working Paper* n1 2013/45, 2013, la autora también pone de relieve la falta de tratamiento del artículo 10 *bis* CUP en el ámbito OMC. Su desarrollo podría favorecer a reforzar la lucha contra las prácticas comerciales desleales en la OMC a través de un reforzamiento de los estándares privados que se encuentran tutelados también por las normas materiales nacionales de competencia desleal.

⁶⁰ Aunque en cada vez mayor medida existen páginas *web* en donde se informa sobre esta relación a los consumidores, profesionales y firmas de abogados, *v. gr.*: el portal del Derecho de la competencia de *CONSULEGIS* (realizado por diferentes firmas de abogados de Francia, Alemania y Polonia), disponible en <http://uclp.eu/about-the-project>

B. Relación con el artículo 10 bis CUP – Tratado ADPIC

40. Siendo un instrumento eficaz en la represión de conductas comerciales desleales si se dotase de mayor fuerza vinculante a la RSC y a los Códigos de Conducta no pueden dejarse de explorar las posibilidades que a través de la correcta aplicación del artículo 10 bis CUP, para exigir el cumplimiento de los estándares de conducta de estos códigos y de la RSC. Como se ha puesto de relieve, CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ, la autorregulación se nutre de las normas positivas, las estatales, por lo que esta relación tiene sentido⁶¹.

41 El hecho es que el artículo 10 bis CUP tal y como está incluido en el ADPIC, COTTIER y WERMELINGER⁶², ofrece un punto valioso de partida en el desarrollo de estándares del *Soft law* y ley aplicable que puede hacer salvaguardar la laguna que existe en este particular para controlar que las empresas en el mercado internacional no cumplen con sus compromisos voluntarios, que se analiza en el apartado siguiente con mayor detalle.

2. Casos *Kasky* y *Lidl* para valorar los impedimentos de la eficacia de la RSC contra la competencia desleal en el comercio internacional

42. Lo anterior, se puede valorar, a través de los pocos casos y jurisprudencia con los que contamos a nivel transnacional y nacional, en cuanto se hayan podido demandar infracciones a las RSC y, a los Códigos de conducta entendidos como actos de competencia desleal⁶³, más la violación de infracciones a normas de corte internacional y de corte interno.

Algunos ejemplos relevantes, con soluciones diferentes, son el asunto *Kasky vs. Nike* en Estados Unidos, que implicó demasiados intereses⁶⁴, que todavía a día de hoy genera interrogantes en la respuesta ofrecida por los tribunales sobre el particular. De otro lado en la UE, el asunto *Lidl*⁶⁵. En ambos supuestos, dos multinacionales fueron demandadas por competencia desleal y a la vez por incumplimiento de su RSC y Códigos de conducta.

A. Caso *Kasky vs. Nike* (en Estados Unidos)

43. *Resumen de los hechos.* La empresa norteamericana *Nike* fue demandada por un particular, un activista antiglobalización, –el sr. Kasky (residente en Estados Unidos)–, mediante acción pública (invocando lo establecido en el *Business Fraud Statute*⁶⁶), en 1998 ante los tribunales de California⁶⁷. Se le acu-

⁶¹ A.-L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional*, *op.cit.*,...

⁶² COTTIER y WERMELINGER, p.95.

⁶³ J. STUYCK, “Corporate Social Responsibility-Standards...”, *loc.cit.*, en R. HILTY Y F. HENNING-BODEWIG, *Corporate Social Responsibility...*, *op.cit.*, p. 227, al menos en los dos países que analiza, Francia y Bélgica.

⁶⁴ Atendiendo a cómo está estructurado el sistema de justicia norteamericano y sus parámetros, una de las cuestiones que más preocupaba, era que sí se ofrecía demasiadas herramientas a los particulares que estaban atentos a las infracciones de estas multinacionales, podrían ser demandadas todas las multinacionales en Estados Unidos mediante acciones públicas sin posibilidad de poder defenderse. De hecho, la empresa Nike recibió el apoyo de otras multinacionales y representantes de anunciantes, así como del gobierno de G. W. Bush en aquellos momentos; *Adlatina*, “Un fallo no decisivo de EE.UU. deja en el aire el caso *Nike*”, disponible en: <https://www.adlatina.com/articulo.php?slug=/publicidad/un-fallo-no-decisivo-de-la-corte-de-eeuu-deja-en-el-aire-el-caso-nike>

⁶⁵ Asunto *Kasky vs. Nike* (27Cal.4th 939 2002), el tribunal de California entendió en primera instancia que no existió publicidad engañosa por parte de *Nike*, puesto que el mero hecho de tener su “Código de conducta” y no cumplirlo siempre, no podía considerarse desleal. El asunto *Kasky vs. Nike* está disponible en: <http://scocal.stanford.edu/opinion/kasky-v-nike-inc-32202J>. FISCHER, “Free Speech to have sweatshops? How *Kasky v. Nike* might provide a useful tool to improve sweatshop conditions”, *Boston College Third World Law Journal*, vol. 26, nº2, 2006, pp. 267-310.

⁶⁶ R. PARKER, “*Nike vs. Kasky* (2003)”, *The First Amendment Encyclopedia*, disponible en: <https://www.mtsu.edu/first-amendment/article/261/nike-v-kasky>

⁶⁷ Referencia de la sentencia ante el Tribunal de Primera Instancia de California en 1999, *Kasky v. Nike, Inc.*, 79 Cal. App. 4th 165, 93 Cal. Rptr. 2d 854 (Cal.App. 2000), la que rechaza los argumentos de *Nike* de ampararse en su libertad expression

saba de estar incumpliendo sus propios estándares de RSC reflejados en el Código de conducta redactado por la compañía *Nike*. Esto es, que el sr. Kasky alegó que *Nike* había realizado afirmaciones falsas y engañosas (*negligent, intentional and reckless misrepresentation*) o publicidad engañosa (*false advertising*), prácticas comerciales prohibidas (*unlawful business practices*) siendo un acto de competencia desleal según la Ley californiana de competencia desleal y su Derecho de consumo⁶⁸, al decir que cumplía con los máximos estándares éticos en la realización de sus productos y que sus trabajadores en terceros Estados gozaban del respeto de sus derechos laborales de acuerdo con las normas de estos Estados.

44. El sr. Kasky demandó que *Nike*, estaba engañando a sus consumidores y, con ello, adquiriendo ventaja competitiva, dado que había creado una suerte de “talleres clandestinos” (*sweated labours/sweat shops*) generando lo que se conoce desde las normas del GATT⁶⁹, *dumping* social en Indonesia, China y Vietnam donde la empresa americana manufactura gran parte de sus productos. Con ello, estaba violando derechos fundamentales laborales (explotación de trabajadores y en condiciones no permitidas en la normativa internacional y en los Códigos de la OIT), normas del comercio internacional y estándares éticos contemplados en su Código de *compliance* o conducta. Estas normas y estándares éticos son normas contra la competencia desleal del Estado de California en cuanto consideran que la violación de los Códigos de conducta de una empresa deben ser reputados como actos de competencia desleal contra los consumidores⁷⁰.

45. Por su parte, *Nike* basó su defensa en que tenía libertad de expresión y estaba amparada por este derecho fundamental sin que, por ello, estuviese engañando a los consumidores (amparándose también en la Primera Enmienda constitucional de los Estados Unidos)⁷¹. No obstante, se trató el asunto desde el ámbito de la publicidad ilícita, en donde la relación con las prácticas comerciales desleales es absoluta y no cabían dudas⁷². El Tribunal Supremo de los Estados Unidos rechazó la apelación de *Nike*, en cuanto acogerse a la Primera Enmienda para defender su libertad de expresión (*freedom of commercial speech*)⁷³, pero remitió de nuevo la cuestión a los tribunales de rango inferior, de donde provenía el asunto, en concreto al Tribunal de Apelación del Estado de California. Quedó relegada a una

tutelado por la Primera Enmienda de la Constitución norteamericana. En el mismo año, el Tribunal Supremo del Estado de California, cambió el argumento de la sentencia de primera instancia y aceptó

⁶⁸ *Business and Professions Code-BPC, Division 7. General Business Regulation, Section 17200 et seq.*

⁶⁹ Artículo VI del Código antidumping. El *dumping* social está muy relacionado a su vez con la infracción de estándares de tipo laboral y el cumplimiento de normas administrativas como las obligaciones para los empresarios emanadas de las normas de la Seguridad Social e incluso también normas de extranjería a nivel internacional. Siendo estas normas imperativas y en su mayoría contienen orden público económico. Así, por ejemplo, en España, se considera un acto de competencia desleal contra el mercado mismo, en el mismo artículo 15.3 LCD española lo regula como la obtención de ventaja competitiva en el mercado por violación de normas: “Igualmente, en el marco de lo dispuesto en el artículo 2, se considera desleal la contratación de extranjeros sin autorización para trabajar obtenida de conformidad con lo previsto en la legislación sobre extranjería”.

⁷⁰ M.FEIGERLOVÁ y M. PAUKNEROVÁ, “Private International Law...”, *loc.cit.* p. 395 *in fine*: “(...) with respect to consumer protection law, a false declaration by an entrepreneur about its commitment to follow ethical rules or a code of conduct represents an unfair trade practice forbidden and sanctioned by law.”

⁷¹ R. PARKER, “Nike vs. Kasky (2003)”, *The First Amendment Encyclopedia*, disponible en: <https://www.mtsu.edu/first-amendment/article/261/nike-v-kasky>

⁷² Es el TEDH el que incluso considera que sean los tribunales nacionales los que establezcan las valoraciones, T.COTTIER y A. JETVIC, “The Protection Against Unfair Competition in WTO Law...”, *loc.cit.*, en J. DREXL, *Technology and Competition. Technologie et concurrence...*, *op.cit.*, p. 694; E.U. PETERSMANN, “Time for integrating Human Rights into the Law of Worldwide Organizations...”, *loc.cit.*: “Apart from a few exceptions (notable in ILO, UNESCO, and WHO rules), human rights were not effectively integrated into the law of most worldwide organizations so as to facilitate functional international integration (such as liberalization of trade and payments) notwithstanding different views of governments on human rights and domestic policies (such as communism)”.

⁷³ Especialmente, en materia de publicidad engañosa, J. ÁLVAREZ RUBIO, “Nike vs. Kasky como referente en la evolución del concepto legal de publicidad comercial”, en C. ARRANZ DE ANDRÉS y M. SERNA VALLEJO (COORDS.), *Estudios de Derecho español y europeo (Libro conmemorativo de los primeros 25 años de la Facultad de Derecho de la Universidad de Cantabria, Parlamento de Cantabria, Universidad de Cantabria, 2009*, pp. 39-53, esp. p. 44: “lo cierto es que en este caso la polémica no se circunscribe al hecho que las actuaciones empresariales hayan sido o no “comunicaciones”, lo que resulta claro desde cualquier punto de vista, no es en la relación comercial de las mismas o no de las mismas; sobre el error de ampararse en la libertad de expresión y no en la libertad de expresión comercial en el ámbito de la publicidad, J.V.BERGEN, “Nike v. Kasky: Corporations are not Persons”, *Global Policy Forum*, 2003, disponible en: <https://www.globalpolicy.org/component/content/article/221/46923.html>

cuestión todavía abierta, en donde se deberán dilucidar en otros casos, entre la libertad de expresión y el cumplimiento de la RSC y los Códigos de conducta entre otros comportamientos que son considerados competencia desleal en el comercio multilateral y en muchos de los Estados de Estados Unidos, como es en el Estado de California.

46. Hay que tener en cuenta que, en Estados Unidos, la publicidad comparativa como acto de competencia desleal, está regulada de forma diferente que en la Unión Europea, en donde sí se puede considerar un acto o práctica comercial desleal. No obstante, en estas líneas lo que se intenta resaltar es que, al menos, se tuvo en cuenta la norma estatal de competencia desleal, para valorar todas las infracciones a la RSC que realizaba *Nike* y violaciones de derechos de tipo fundamental.

B. Caso *Lidl* (en la Unión Europea)

47. *Resumen de los hechos.* En el asunto *Lidl*⁷⁴, se demandó a esta empresa alemana de supermercados por el Centro Constitucional de Derechos Humanos (*Center for Constitutional and Human Rights*), la *Clean Clothes Campaign*, y la Agencia de Hamburgo para la protección de los consumidores (*Hamburg Consumer Protection Agency*) por haber incumplido los estándares de protección del Código de la asociación profesional que había creado basándose en el Código de conducta no vinculante para sus profesionales del *Business Social Compliance Initiative (BSCI)*, que intenta mejorar las condiciones de los trabajadores en toda su cadena global de distribuidores y proveedores.⁷⁵ Establecía además que sus proveedores cumplieran con estos estándares que eran obligatorios y si no cumplieran con su RSC no eran contratados por *Lidl*.

Tal Código de conducta lo desarrolló la empresa de conformidad con los estándares uniformizados en el ámbito internacional por la OIT en el respeto de derechos laborales de tipo fundamental. Éste era el aspecto que lo hacía realmente vinculante. Como el caso *Kasky*, el incumplimiento de estos derechos fundamentales de tipo laboral⁷⁶, puede dar lugar a sanciones por haber realizado las empresas con esta actividad, una suerte de *dumping* social, para adquirir ventaja competitiva mediante la infracción de normas imperativas, y el orden público, especialmente el económico.

48. A pesar de que los miembros de este Código no están obligados o vinculados a garantizar estos principios contenidos en el mismo, *Lidl* fue obligada a respetarlos en su página *web*, dado que la campaña que *Lidl* estaba realizando se podía considerar una práctica comercial engañosa para los consumidores, de acuerdo a la ley de competencia desleal alemana (como consecuencia de la transposición de la DPCD), una infracción a varios Códigos de conducta de los cuales está adherido, cuando les hacía creer que las condiciones laborales de sus fábricas en Bangladesh sobre textiles cumplían los requisitos de la OIT, anunciándolo en su página *web* y, de esta forma, cumplían con la RSC⁷⁷.

C. ¿Cómo pueden los mecanismos de la autorregulación relacionarse con los parámetros dados por el legislador internacional para incrementar su eficacia contra la competencia desleal?

49. Si el artículo 10 *bis* CUP conlleva en sí mismo la tutela contra “toda conducta contraria a la buena fe” y la infracción de un Código de conducta o de la misma RSC de la empresa se considera

⁷⁴ Asunto “Agencia para la protección del consumidor de Hamburgo”, *Clean Clothes Campaign* y Centro Europeo de Derechos humanos y constitucionales c. *Lidl*, 2010. Toda la información del caso disponible en: https://www.ecchr.eu/en/our_work/business-and-human-rights/working-conditions-in-south-asia/bangladesh-lidl.html ; F. HENNING BODEWIG, “TRIPS and Corporate Social Responsibility: Unethical Equals Unfair Business ...”, *loc.cit.*, en *TRIPS plus 20...*, *op.cit.*, pp. 707-708.

⁷⁵ A. BECKERS, *Enforcing Corporate Social Responsibility...*, *op.cit.*, pp. 194-196.

⁷⁶ DW, “OXFAM slams German supermarkets over “unfair practices””, disponible en: <https://www.dw.com/en/oxfam-slams-german-supermarkets-over-unfair-practices/a-44332501>

⁷⁷ *Vid.* C. MÜLLER-HOFF Y M. SAAGE MAAS, “Fair Competition; Complaint Filed by Consumers in Germany in Defense of Workers’ Rights in South East Asia”, *ECCHR*, 2010.

mediante interpretación extensiva del artículo 10 *bis* en el ADPIC como un acto en contra de la buena fe, podría mejorarse la fuerza vinculante de estos mecanismos en el Derecho mercantil internacional desde los mecanismos legislativos del comercio internacional⁷⁸.

50. No existe argumento en contra hasta el presente momento que impida aplicar el artículo 10 *bis* CUP para controlar desde los medios de la autorregulación analizados las prácticas comerciales desleales o actos de competencia desleal. Cómo se realiza desde el Código Consolidado de la CCI, la misma CCI basa sus estándares contra la publicidad ilícita en el contenido del art. 10 *bis* CUP. Esta solución ha sido propuesta por COTTIER y WERMELINGER que se use este resorte para cubrir las lagunas que existen en las legislaciones nacionales en relación con el mandato a las empresas de cumplir con sus compromisos RSC y con ello, los Códigos de conducta a los que estén adscritos o hayan elaborado, especialmente, cumpliendo en el comercio internacional con los parámetros dados por el legislador GATT/OMC en cuanto a la protección del medio ambiente, los derechos fundamentales de los trabajadores de la OIT y con ello el control sobre el *dumping* de tipo social en países de economías emergentes⁷⁹.

51. En relación con el punto anterior, el problema que se encuentra es la relación intrínseca que existe con la protección de los derechos humanos como se ha afirmado con anterioridad, en concreto con la libertad de expresión que se encuentra en una posición todavía sin resolver en cuanto a la competencia desleal⁸⁰, así como también, la falta de eficacia cuándo se intentan hacer cumplir a las empresas ante los tribunales. Algunos autores son claros, la libertad de expresión se encuentra en una posición superior en el ordenamiento jurídico como derecho fundamental, en cuanto, la libre competencia es un derecho económico también fundamental, pero la libertad de expresión es un derecho de la personalidad. No obstante, este debate es complicado de resolver en estas líneas. Otros autores⁸¹, vuelven a proponer que si se pudiese presentar ante un panel de la OMC y determinar por el mismo que los Estados partes que no implementan debidamente el artículo 10 *bis* CUP como obligación del Tratado ADPIC, especialmente su apartado 3º, deben ser sancionados para obligar a las empresas, –nacionales o de terceros Estados– a cumplir con los estándares mínimos de competencia desleal, no permitiendo que especialmente en actos de publicidad engañosa, se puedan amparar en derechos fundamentales como el de la libertad de expresión (cómo en caso *Nike*), puesto que en el ámbito comercial lo que existe es más bien la libertad de competencia con libre expresión en la publicidad, siempre y cuando ésta cumpla con la lealtad debida respecto a otros competidores y a los consumidores⁸². Que el cumplimiento de los derechos fundamentales no se limita únicamente a las excepciones del Artículo XX del GATT sino también juega un papel fundamental como obligación del ADPIC, la interpretación correcta de la obligación nacida del artículo 10 *bis* CUP.

V. Conclusiones

52. Cómo se puede observar, los mecanismos de la autorregulación para la tutela contra la competencia desleal o prácticas comerciales desleales son bastante variados en los ámbitos del comer-

⁷⁸ T.COTTIER Y A. JETVIC, “The Protection Against Unfair Competition in WTO Law...”, *loc.cit.*, en J. DREXL (ED.) *et al.*, *Technology and Competition. Technologie et Concurrence...*, *op.cit.*, pp. 692-693: “Any act of intentional deviation from operating in the manner that was promoted and should therefore, be considered as deceptive. Such conduct goes to the heart of dishonest practice and consumer deception as addressed by Article 10 *bis* of the Paris Convention. Companies should not be allowed to adopt codes of conduct purely for marketing reasons”.

⁷⁹ T. COTTIER/G. WERMELINGER, “Implementing and Enforcing Corporate Social Responsibility...”, *loc.cit.*, en *Corporate Social Responsibility...*, *op.cit.*, p. 94. Incluso poder llevar ante el órgano de controversias de la OMC a estos Estados que han fallado en su obligación de introducir estos parámetros en sus legislaciones: “A WTO Member that is not providing principles and rules suitable to enforce CSR commitments made by private companies may be challenged and called upon to defend its legislation before a panel and the Appellate Body, both of which are mandated to assess compatibility of domestic legislation with Obligations under WTO Law”; Defendiendo la posición del art. 10 *bis* CUP en el ADPIC mediante el analizado art. 2.1 ADPIC.

⁸⁰ T.COTTIER Y A. JETVIC, “The Protection Against Unfair...”, *loc.cit.*, p. 94.

⁸¹ T.COTTIER Y A. JETVIC, “The Protection Against Unfair...”, *loc.cit.*, p. 94.

⁸² H.RANDALL, “Commercial Speech under the European Convention on Human Rights: Subordinate or Equal?”, *Human Rights Law Review*, vol. 6, nº1, 2006, pp. 53-86.

cio internacional, el Derecho mercantil internacional y el Derecho de la UE en la materia. Todos ellos persiguen la misma finalidad que es, de una forma u otra, tutelar al mercado contra lo que han podido considerar como prácticas contrarias a la competencia leal. O, los comportamientos no éticos en el mercado, intentando orientarlos hacia las prácticas honestas y el fomento de la competencia leal como principio del sistema del comercio multilateral de la OMC.

53. No obstante, cada uno puede tener y tiene, una forma diferente de ser eficaz y también diferente tratamiento, atendiendo además a la diferencia importante, especialmente en el mercado interior europeo entre prácticas comerciales desleales de tipo *B2C* y prácticas comerciales de tipo *B2B* por la tutela diferenciada que se hace a cada uno de los destinatarios de la práctica comercial desleal y sus intereses económicos. Así como también, observando la organización de tipo profesional o, incluso institucional de dónde hayan emanado. No salvándose estos mecanismos a la hora de ser implementados del análisis casuístico (*case by case approach*) que debe darse ante los tribunales en todas o casi todas las disciplinas jurídicas y la eficacia de sus fuentes, considerando que en el comercio multilateral existen numerosos ordenamientos jurídicos y las empresas no operan sólo en un mercado sino mercados con estándares de conducta muy variados y de diversa naturaleza jurídica.

54. Una de las conclusiones más interesantes que se desprenden del análisis es que los mecanismos del *Soft law* como fuente del Derecho de la competencia desleal en el ámbito internacional y el Derecho de la UE, pueden ser más que eficaces, allí donde la norma no alcanza, pero como instrumento disuasorio (*deterrence tool*) más que sancionador, dado su falta de naturaleza vinculante en muchos supuestos. El refuerzo o *back up* del legislador a estos instrumentos del *Soft law*, que se ha podido analizar en los instrumentos del mercado interior europeo, permitiendo a las partes afectadas por las prácticas comerciales desleales de someter a un empresario o profesional que ha incumplido los mecanismos de la autorregulación a la jurisdicción ordinaria, demuestra ser una de las soluciones que no impide que el *Soft law* siga siendo *Soft law* amparado por las normas contra la competencia desleal, que al fin y al cabo, representan numerosos principios de corte ético y moral, no armonizados todavía pero sí objetivados por los legisladores. Precisamente, son aquellos ordenamientos jurídicos donde no reciben el mismo refuerzo del legislador en donde se muestra que no son tan eficaces, avalando la postura de su refuerzo legislativo. Y un Código de conducta sólo puede ser invocable ante los tribunales también cuando está codificado y puede ser considerado un uso del comercio, cómo el “Código CCI en materia de publicidad”.

55. De otra parte, no se olvida que al ser un instrumento jurídico que emana de la voluntad de los profesionales, especialmente la RSC y su debido *compliance*, necesita también del control del legislador, dado que los profesionales que los confeccionan pueden obviar el orden público de las normas de aplicación necesaria, especialmente, de control de conductas en el mercado y de protección de los derechos fundamentales. Por ello, el éxito de la eficacia reside en el equilibrio entre la autonomía de la voluntad que debe seguir dándose a los operadores jurídico-privados en el ámbito del Derecho privado, con los intereses públicos de tipo económico y social que deben seguir siendo tutelados por los legisladores de cualquier instancia, mediante lo que se considera en este artículo, más tutela ante la jurisdicción ordinaria.

56. Y, una buena forma de dotarlos de mayor eficacia, a pesar de este carácter voluntario que tienen en su mayoría, es entender que la infracción de los Códigos de conducta y las políticas de RSC de las empresas pueden ser entendidas como una obligación de tipo extracontractual emanada especialmente del cumplimiento de las prácticas honestas y el *neminem laedere*, que genere consecuencias jurídicas a los profesionales en caso de su incumplimiento. Depende también de los legisladores estatales que sean parte del sistema de comercio multilateral de la OMC, para hacer cumplir los estándares y principios de este sistema en países de economías emergentes, a través de los compromisos voluntarios que adquieren los operadores jurídico-privados en su autonomía de la voluntad que deben incluir estos parámetros.

LA ENTRADA E INTERVENCIÓN DE TERCEROS EN EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL *

JOINDER AND INTERVENTION OF ADDITIONAL PARTIES IN INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION

M^a VICTORIA SÁNCHEZ POS

*Profesora Contratada doctora de derecho procesal
Universidad de Navarra*

Recibido: 15.12.2019 / Aceptado: 10.01.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5193>

Resumen: En el marco del arbitraje multiparte, la entrada e intervención de terceros es definida como la incorporación de partes adicionales a un arbitraje ya iniciado. Este mecanismo procesal presenta, sin embargo, multitud de dificultades que derivan de la naturaleza eminentemente consensual de la institución arbitral. Así, entre otras, la constancia de la voluntad -expresa o tácita- de todas las partes involucradas en el arbitraje a la entrada del tercero o la salvaguarda de su derecho esencial de participar de manera directa y equitativa en la constitución del tribunal arbitral y de las garantías de privacidad y confidencialidad del arbitraje. Partiendo de estas someras premisas, este trabajo tiene como objetivo el análisis crítico de las disposiciones específicas sobre la admisibilidad y presupuestos de la entrada e intervención de nuevas partes en el arbitraje que las instituciones arbitrales internacionales de mayor relevancia han regulado en los últimos años.

Palabras clave: entrada, intervención, terceros, partes adicionales, arbitraje multiparte, tribunal arbitral.

Abstract: One of the major challenges that international arbitration has faced in the last decades is the regulation of multiparty arbitrations, which involve a confrontation between more than two parties with opposing interests. In this context, joinder and intervention deals with the need, in terms of justice and efficiency, to bring an additional party into the proceedings when the arbitration may already be in progress. However, the main characteristic of arbitration is its consensual nature. For this reason, mechanisms for joinder or intervention present considerable difficulties related to the principle of party autonomy, the right to equally participate in the nomination of the arbitrators and the protection of privacy and confidentiality in arbitration proceedings. Apart from dealing with these difficulties, the author discusses in this article the latest joinder provisions contained in leading arbitral rules.

Keywords: joinder, intervention, third parties, additional parties, multiparty arbitration, arbitral tribunal.

Sumario: I. Introducción: los tipos y problemas de la incorporación de nuevas partes en el arbitraje multiparte. II. Las primeras propuestas: el Reglamento de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres en 1998 y las “Reglas Suizas” de 2004. III. El punto de inflexión: la revisión de las reglas de la UNCITRAL de 2010. IV. El modelo conservador a la luz del Reglamento de la ICC de 2012.

* El presente trabajo forma parte del Proyecto de Investigación «Proceso, métodos complementarios o alternativos y nuevas tecnologías para una justicia más garantista: los retos pendientes en la tutela jurisdiccional» (DER2017-85675-R), financiado por MINECO/AEI/FEDER, UE, integrante de la Red Temática «Justicia civil: análisis y prospectiva» (DER2016-81752-REDT).

1. El Centro Belga de Arbitraje y Mediación (CEPANI). 2. El Centro de Arbitraje Internacional de Viena (VIAC) V. El sistema abierto del Centro de Arbitraje Internacional de Hong Kong (HKIAC).
1. El Centro de Arbitraje Internacional de Singapur (SIAC). 2. El Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo. VI. A modo de conclusión.

I. Introducción: los tipos y problemas de la incorporación de nuevas partes en el arbitraje multiparte

1. El fenómeno del arbitraje multiparte no es novedoso para la ciencia jurídica. Hace ya 25 años, en 1995, la Cámara de Comercio Internacional publicó su *Final Report on Multi-party Arbitrations*¹, que constituye un documento de referencia para las instituciones, los árbitros y los autores que se han aproximado, durante todo este tiempo, al estudio de una materia que presenta numerosas cuestiones problemáticas. En el informe, la Cámara de Comercio Internacional definió este tipo de arbitrajes como aquellos en los que se enfrentan más de dos partes con intereses contrapuestos. Desde entonces, los números no han dejado de crecer, alumbrando un fenómeno que no es, como decimos, reciente, ni resulta insignificante: el 37% de las disputas que ingresaron en la Corte de Arbitraje de la ICC en el año 2017 involucraban a una pluralidad de partes. De estas, el 13% enfrentó a más de cinco partes y el 3% a más de diez². En cuanto a la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (en lo que sigue, LCIA), el 29 % de los arbitrajes iniciados en aplicación de sus reglas en el año 2018 fueron arbitrajes multiparte; en el 2% de estos se vieron implicadas más de 10 partes³. En un ámbito doméstico, según los datos ofrecidos por la Corte de Arbitraje de Madrid y referentes a los años 2014-2016, el 18% de los más de doscientos arbitrajes pendientes ante esta institución constituyen arbitrajes multiparte⁴.

2. El fundamento del arbitraje multiparte radica en la necesidad de dar una respuesta procesal a la complejidad cada vez mayor de las relaciones comerciales como consecuencia de la intensificación de la globalización de las últimas décadas del siglo pasado. Hablamos de grandes entramados contractuales integrados por una pluralidad de operadores que se encuentran, a su vez, vinculados por uno o, más frecuentemente, por varios contratos independientes y con contenido autónomo, pero con una finalidad compartida: la consecución de un proyecto⁵. Son un ejemplo paradigmático de lo que decimos los arbitrajes iniciados para la resolución de los conflictos surgidos en grandes proyectos industriales y de la construcción. Volviendo a los números, el 23% de los nuevos arbitrajes iniciados en 2017 ante la Corte de Arbitraje de la ICC (en total, 186 asuntos) son disputas derivadas de la construcción y de la industria; en el caso de la Corte de Arbitraje de Madrid, el porcentaje es del 14%.

3. En este contexto histórico y jurídico, la noción del arbitraje con pluralidad de partes es la de un procedimiento en el que sea posible discutir múltiples pretensiones y en el que actúen como parte todos aquellos sujetos a los que, dada su participación en una misma operación comercial, haya de afectar la decisión del árbitro o tribunal arbitral. Con ello, lo que se busca, además de la reducción de los costes y de la duración del conflicto, es evitar la emisión de resoluciones –arbitrales o judiciales- contradictorias sobre unos mismos hechos o sobre hechos íntimamente conectados, cuestión que resulta ciertamente problemática en el ámbito arbitral, habida cuenta de la imposibilidad de revisar el fondo de los laudos.

4. El arbitraje multiparte plantea, no obstante, diversas dificultades que afloran al intentar compaginar la búsqueda de la eficiencia consustancial a este tipo de arbitrajes con el principio de voluntariedad que informa la institución arbitral y conforme al cual el válido desarrollo del arbitraje queda inexo-

¹ 6 ICC International Court Arbitration Bulletin, 26-27 (1995).

² <https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2018/07/2017-icc-dispute-resolution-statistics.pdf>.

³ <https://www.lcia.org/News/2018-annual-casework-report.aspx>.

⁴ <http://www.arbitramadrid.com/documents/20181/22694/2016+%282014-2016%29+Estad%C3%ADsticas+Corte+de+Arbitraje+de+Madrid.pdf/9a8ce1b3-8aae-4db0-be92-2584c372bec2>.

⁵ cfr., F. VOLLBRECHT SPERANDIO, “The Reach of the Arbitration Agreement to Parties involved in the Same Legal Relationship”, *Rev. e-mercatoria*, vol. 11, nº 1 (enero-junio 2011), pp. 167-170.

rablemente supeditado a que las partes enfrentadas hayan consentido someter sus disputas a la decisión de los árbitros en el convenio arbitral, motor y fundamento primero del arbitraje⁶. La primera de aquellas es determinar cómo atraer o unificar, en un solo arbitraje, a los diversos sujetos afectados por unos mismos hechos, dada la complejidad de las relaciones jurídicas de las que derivan los conflictos. Pues bien, salvando los supuestos de pluralidad originaria de partes o, podríamos decir, litisconsorcio inicial, en los que varios demandantes instan un procedimiento arbitral de manera conjunta o en los que la demanda se dirige frente a varios demandados -por ser todos ellos, *prima facie*, parte del convenio arbitral-, son dos los mecanismos procesales que dan lugar a este tipo de arbitrajes: la acumulación –o consolidación- de varios procedimientos arbitrales ante un mismo tribunal arbitral⁷ y la entrada e intervención de terceros en un arbitraje pendiente, a cuyo análisis se dedica este trabajo.

5. En un sentido amplio, puede definirse la intervención de terceros como la incorporación de nuevas partes a un arbitraje ya iniciado y que es resultado, según explica la doctrina, de la interposición de nuevas acciones por el demandante o demandado originarios o del interés directo y legítimo en la decisión del conflicto que el tercero alegue y pruebe al tribunal⁸. Este concepto, sin duda genérico, encierra los dos tipos de actuación de terceros en el procedimiento arbitral que algunos autores e instituciones arbitrales contemplan y que manejaremos a lo largo de este trabajo: se trata de la distinción, en inglés, entre “*joinder*” e “*intervention*”. Siguiendo a BORN⁹, el término “*joinder*” hace referencia a la solicitud de una de las partes existentes en el arbitraje consistente en incorporar a una nueva parte. La expresión “*intervention*”, en cambio, alude a la circunstancia en la que el propio tercero es quien se postula ante el tribunal arbitral para ingresar como parte en el arbitraje ya iniciado entre las originarias¹⁰. Como se aprecia, la diferencia entre ambas figuras radica, esencialmente y sin entrar, por ahora, a plantear otras implicaciones, en el sujeto del que surge la iniciativa: si de las partes –demandante o demandado- existentes en el procedimiento arbitral en trámite o del tercero que pretende incorporarse como nueva parte. Nosotros nos referiremos a ambas realidades con los términos “entrada” e “intervención” de terceros en el arbitraje, respectivamente.

6. La entrada o intervención de nuevas partes en un procedimiento pendiente no es un fenómeno exclusivo del arbitraje, pues, muy al contrario, como es sabido, constituye un mecanismo tradicional del proceso judicial regulado por las leyes nacionales. Nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, por ejemplo, acoge la denominada intervención procesal, en virtud de la cual sujetos originariamente ajenos al proceso pendiente ingresan como parte debido a la circunstancia de tener un derecho o interés coincidente con aquel inicialmente ejercitado por el actor o defendido por el demandado. Esta entrada en el proceso puede incluso configurarse como una carga para el tercero cuando las partes originarias realizan la llamada en determinados casos previstos en la Ley; se trata de la denominada intervención procesal provocada, que extiende los efectos de la sentencia al tercero convocado, con independencia de que haya o no comparecido en el proceso y cuya justificación radica en la protección y la garantía de la audiencia de aquellos sujetos que tienen un interés directo o legítimo en el resultado de aquél. Pero este instituto procesal no puede, sin embargo, extrapolarse completamente al arbitraje, habida cuenta de la naturaleza esencial y eminentemente consensual de esta institución.

7. Como señalábamos en un momento anterior, el arbitraje, en cuanto que constituye una excepción a la exclusividad de la jurisdicción de los tribunales nacionales, encuentra en el principio de volunta-

⁶ Cfr. A. REDFERN/J. HUNTER, et al., *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford University Press, 2009, p. 84.

⁷ Cfr. M. PLATTE, “When Should an Arbitrator Join Cases?”, *Arbitration International*, Kluwer Law International, 2002, vol. 18, n° 1, p. 68. Esta figura fue ampliamente estudiada en nuestros anteriores trabajos: “La Consolidación de Procesos en el Arbitraje Comercial Internacional. Las Nuevas Normas Reglamentarias a la Luz de la Doctrina y la Jurisprudencia», *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, tomo 26, núm. 3, 2014, pp. 1 a 40; y “La Constitución del tribunal Arbitral en el Arbitraje con pluralidad de partes”, *Arbitraje, Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. 8, núm. 1, 2015, pp. 97 a 121.

⁸ N. VOSER, “Multi-party Disputes and Joinder of Third Parties”, A. J. VAN DEN BERG, *50 Years of the New York Convention: ICCA International Conference*, ICCA Congress Series, Kluwer Arbitration 2009, n° 14, p. 346.

⁹ G. B. BORN, *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, Vol. II-2014, pp. 2565 y ss.

¹⁰ S. L. BREKOUKAKIS, *Third parties in International Commercial Arbitration*, Oxford 2010, pp. 108-109.

riedad su rasgo más característico. En la institución arbitral, según señaló MERINO MERCHÁN¹¹, el principio *res inter alios acta* brilla en todo su esplendor, de ahí que no pueda plantearse un proceso arbitral respecto de quienes no han sido parte en la convención de arbitraje. Si bien los tribunales de la jurisdicción ordinaria ostentan potestad para ordenar la participación de sujetos en el proceso judicial e incluso, en ciertos casos, extender los efectos de la sentencia pese a su incomparecencia, queda claro que no ocurre así en el arbitraje; en este sentido y siguiendo, entre otros, a MISTELIS¹², la idea de una intervención obligatoria de terceros (en inglés, “*mandatory*” o “*compulsory joinder*”) entra en conflicto con el carácter esencialmente consensual de la institución arbitral¹³.

8. Al hilo de lo que acabamos de exponer, una de las cuestiones importantes que plantea la entrada e intervención de partes adicionales en un procedimiento arbitral es, precisamente, la posibilidad de que esta pueda verificarse más allá del consentimiento de todas las partes involucradas –partes originarias y terceros-. Es decir, concretar si la incorporación de nuevas partes se supedita a que exista voluntad expresa manifestada por todas aquellas implicadas o si, por el contrario, el consentimiento puede inferirse de los términos en que se hayan redactado sus contratos o de la sumisión a una institución cuyas reglas prevean y regulen esta figura procesal. Pero, a tal fin, ha de tenerse en cuenta que, en el marco de la contratación internacional, las partes no suelen negociar reglas específicas para adaptar el arbitraje a las particularidades del conflicto, pues, como en esta línea ha señalado HANOTIAU¹⁴, los problemas que presentan los arbitrajes con pluralidad de partes no son advertidos al momento de celebrarse los respectivos contratos¹⁵ e, incluso, las partes pueden no tener interés en este tipo de arbitrajes debido a razones tácticas para su defensa o por la voluntad en garantizar la confidencialidad de determinadas informaciones. De ahí que la doctrina considere que hay que analizar la verdadera intención de las partes en el momento de concluir sus contratos para determinar si cabe inferir un consentimiento tácito de las partes a un arbitraje multiparte a través, en su caso, de la entrada de nuevas partes en el arbitraje pendiente¹⁶. Y es en este contexto en el que se plantea, además, la problemática relativa a la extensión del convenio arbitral y, por tanto, del arbitraje pendiente a quienes, pese a no haber suscrito el acuerdo arbitral, pueden considerarse vinculados por sus efectos. Ciertamente, la extensión del convenio arbitral a terceros *stricto sensu* constituye una excepción a la relatividad del acuerdo arbitral difícilmente compatible con la naturaleza voluntaria del arbitraje, de ahí que las distintas teorías a las que puede recurrirse para justificar aquella extensión se basen, como ha señalado FONSECA GONZÁLEZ¹⁷,

¹¹ J. F. MERINO MERCHÁN/J. M. CHILLÓN MEDINA, *Tratado de Derecho Arbitral*, Thomson-Civitas, Pamplona 2006, p. 288. Así lo había manifestado también nuestro Tribunal Constitucional en su Sentencia de 23 noviembre de 1995 [RTC 1995,174], “la autonomía de la voluntad de las partes -de todas las partes- constituye la esencia y el fundamento de la institución arbitral, por cuanto que el arbitraje conlleva la exclusión de la vía judicial”.

¹² J. LEW/L. MISTELIS/S. KRÖLL, “Multiparty and Multicontract Arbitration”, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International 2003, pp. 388.

¹³ En el mismo sentido, P. LEBOULANGER, “Multi-Contract Arbitration”, *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International 1996, Vol. 13 Issue 4, p. 43, y más recientemente, J. E. CASTELLO, y R. DIGÓN, “Maximizing Possibilities for joinder in International Arbitration”, *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers* (ROVINE, A. W.), Fordham University 2011, p. 105.

¹⁴ B. HANOTIAU, “Complex – Multicontract – Multiparty – Arbitrations”, *Arbitration International*, Kluwer Law International 1998, Vol. 4, n° 4, pp. 371 a 375. En la misma dirección, C. BÜHRING-UHLE, L. KIRCHHOFF, et al., *Arbitration and Mediation in International Business*, Kluwer Law International, 2006, p. 38.

¹⁵ Como en este mismo sentido apunta P. FRIEDLAND, *Arbitration Clauses for International Contracts*, Juris 2007, pp. 129 y 130, resulta ciertamente complejo prever, con anterioridad al surgimiento del conflicto, el número y la identidad de los sujetos que podrán ser parte del arbitraje -debido a las diferentes pretensiones que pueden dar lugar a un arbitraje multiparte-, así como el momento en el que se producirá la pluralidad de partes -al comienzo o pendiente el proceso.

¹⁶ Así, por ejemplo, P. LEBOULANGER, “Multi-Contract Arbitration”, *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International 1996, Vol. 13 Issue 4, pp. 65-67, quien defiende que no es siempre es correcto interpretar la voluntad de las partes tomando en consideración exclusivamente la redacción de la cláusula arbitral, sino que es importante tener en cuenta las motivaciones que llevaron a las partes a someter sus disputas a arbitraje: evitar los retrasos así como las formalidades y complicaciones técnicas de los tribunales optando por una solución definitiva más ágil y justa, y por un sistema mejor adaptado a la realidad comercial, capaz de solventar cualquier discrepancia de manera seria y al menor coste posible. En este sentido, continúa el autor, no puede defenderse que la intención de las partes no sea la de recurrir a un mecanismo que contribuye a lograr resultados consistentes a partir de decisiones no contradictorias.

¹⁷ S. FONSECA GONZÁLEZ, “Intervención de terceros en el arbitraje. Comentarios a la revisión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI”, *Revista del Club Español del Arbitraje*, Wolters Kluwer España 2010, vol. 2010, n° 9, pp. 105-106.

en la existencia de elementos que permitan a los árbitros considerar que el tercero, pese a no constar como parte formal del convenio, tuvo la intención de quedar vinculado por el mismo¹⁸.

9. Junto con la constatación de la voluntad –explícita o implícita- para constituir un arbitraje multiparte a través, por ser el caso que nos ocupa, de la incorporación de nuevas partes, esta figura procesal supone también un desafío para los derechos esenciales que toda parte ostenta en el arbitraje, sobre todo en relación con el nombramiento del tribunal, la privacidad y confidencialidad del procedimiento y la ulterior ejecución del laudo arbitral.

10. En cuanto a la constitución del tribunal arbitral, aspecto que ya tratamos ampliamente en un trabajo anterior¹⁹, hay que señalar, como punto de partida, que la participación directa en este nombramiento es considerada una de las manifestaciones más relevantes de la autonomía de la voluntad de las partes en el arbitraje que ha de estar guiada por la observancia estricta del principio de equidad²⁰. Se trata, en definitiva, de garantizar que todas las partes disponen de plena oportunidad de participar en igual grado en el nombramiento de los árbitros, excluyéndose cualquier situación de privilegio o ventaja que pueda mermar la neutralidad del tribunal²¹.

11. Siendo ello así, es evidente que no sirven al arbitraje multiparte las reglas de constitución del tribunal conformado por tres árbitros que recogen, con carácter general, los reglamentos de las instituciones arbitrales y que establecen un sistema en el que, salvo pacto entre las partes, cada una de ellas nombra a un árbitro, siendo el tercero –que de ordinario ejercerá de presidente del colegio arbitral- nombrado por la propia Corte²² o por acuerdo de los dos co-árbitros previamente nominados por las partes²³. Como ha sido advertido por la doctrina de manera reiterada, en el arbitraje multiparte no es posible garantizar este pretendido derecho de cada una de las partes a nombrar a un árbitro: ello originaría tribunales con un elevadísimo número de árbitros, lo que, a su vez, conllevaría no solo un aumento considerable de los costes, sino un reto para eficiencia del procedimiento y el consenso a la hora de adoptar una decisión sobre el fondo²⁴, toda vez que la posición jurídica conformada por un número más limitado de partes tendría una menor influencia en el tribunal²⁵. Las instituciones arbitrales fueron conscientes de esta problemática y, fuertemente influenciadas por la doctrina del Tribunal Supremo francés en el famo-

¹⁸ Sobre las teorías para la extensión del arbitraje a terceras partes no signatarias del acuerdo, cfr. B. HANOTIAU, “Complex – Multicontract – Multiparty – Arbitrations”, *Arbitration International*, Kluwer Law International 1998, vol. 4, n° 4; T. ZUBER-BÜHLER, “Non-signatories and the Consensus to Arbitrate”, *ASA Bulletin*, Kluwer Law International 2008, vol. 26, n° 1; PARK, W. W., “Non signatories and International Contracts: An Arbitrator’s Dilemma”, *Multiple Party Actions in International Arbitration (Permanent Court of Arbitration)*, Oxford University Press 2009; R. BAMFORTH/K. MAIDMENT, “All join or not? How well does international arbitration cater for disputes involving multiple parties or related claims?”, *Swiss Arbitration Association Journal*, Kluwer Law International 2009, vol. 27, n° 1; N. VOSER, “Multi-party Disputes and Joinder of Third Parties”, A. J. VAN DEN BERG, 50 Years of the New York Convention: ICCA International Conference, *ICCA Congress Series*, Kluwer Arbitration 2009, n° 14; J. M. VULLIEMIN, “La extensión de la cláusula arbitral a terceros: ¿cláusula arbitral v. convenio arbitral?”, *Spain Arbitration Review/Revista del Club Español del Arbitraje*, Wolters Kluwer España 2009, n° 5. B. HANOTIAU, “Consent to arbitration: Do we share a Common Vision?”, *Arbitration International* 2011, vol. 27, n° 4 y, recientemente, C. MATHEUS LÓPEZ, *La extensión del convenio arbitral a las partes no signatarias*, Instituto Vasco de Derecho Procesal 2018.

¹⁹ M. V. SÁNCHEZ POS, “La constitución del Tribunal arbitral en el Arbitraje con pluralidad de partes”, *Arbitraje: Revista de Arbitraje comercial y de inversiones*, enero 2015/1, pp. 97 a 121.

²⁰ Así, por ejemplo, la Ley de Arbitraje española señala en su artículo 15 que las partes podrán acordar libremente el procedimiento para la designación de los árbitros, siempre que no se vulnere el principio de igualdad.

²¹ Sobre la constitución del tribunal arbitral y la imparcialidad en el arbitraje, *vid.* S. MATTI/KURKELA/SANTTU TURUNEN, *Due Process in International Commercial Arbitration*, Oxford University Press, 2010, pp. 107-127.

²² Por ejemplo, el artículo 12 (4) y (5) del Reglamento de la ICC de 2017, artículo 11 (2) y (3) de las Reglas del SIAC de 2016 y el artículo 15 (3) de las normas del CEPANI de 2013.

²³ Artículo 8 (2) del Reglamento de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Suiza de 2012 (reglas suizas) y artículo 17 (5) del Reglamento del Centro de Arbitraje Internacional de Viena de 2018 (VIAC).

²⁴ K. P. BERGER, “International Economic Arbitration”, *Studies in Transnational Economic Law*, vol. 9, Kluwer 1993, p. 314 y P. LEBOULANGER, “Multi-Contract Arbitration”, *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International 1996, vol. 13, n° 4, pp. 43.

²⁵ J. LEW/L. MISTELIS/S. KRÖLL, “Multiparty and Multicontract Arbitration”, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International 2003, pp. 379-380.

so caso DUTCO²⁶, incluyeron en sus reglamentos normas específicas para la constitución del tribunal en los arbitrajes con pluralidad de partes. En estas reglas se estableció, de manera casi generalizada y siguiendo el Reglamento de la ICC de 1998, la designación conjunta de un co-árbitro por los integrantes de cada posición jurídica, quedando la propia Corte facultada para nombrar a todos los miembros del tribunal arbitral en caso de que no existiera consenso entre las partes para la designación común²⁷.

12. No hay que obviar, sin embargo, otras regulaciones que no siguieron este criterio y que prevén que la Corte nombre únicamente al árbitro no designado por la posición con pluralidad de partes, manteniendo la designación realizada por la otra parte²⁸. Son, en cualquier caso, normas promulgadas a la luz del caso DUTCO en las que se refleja un claro propósito de velar por la equidad en el procedimiento de designación del tribunal; como en esta línea puso de manifiesto PLATTE²⁹, a todas las partes se les trata de manera equitativa, pues todas nombrarán a un árbitro –aunque sea de manera conjunta- o ninguna lo hará. El problema es que ninguna de estas normas, pese a estar especialmente diseñadas para hacer frente a las especialidades de los arbitrajes multiparte, pueden ser extrapoladas a los supuestos en los que la pluralidad de sujetos no se produce en el momento inicial del arbitraje, antes de la constitución del tribunal arbitral, sino de forma sobrevenida, como es el caso de la entrada de nuevas partes en el arbitraje. Para estos casos, se plantea la difícil cuestión de cómo preservar el derecho de las nuevas partes a participar en el nombramiento de árbitros si el tribunal arbitral o alguno de sus miembros había sido ya designado con anterioridad a su incorporación al proceso. En definitiva, surge en esta situación la cuestión de si es posible la incorporación de nuevas partes en un arbitraje con posterioridad a la confirmación del tribunal arbitral y, en tal caso, si procede la revocación de este tribunal en orden a constituir uno nuevo en cuya selección pueda concurrir la parte sobrevenida o ha de considerarse que esta renuncia, con su entrada, a la participación en el diseño del tribunal.

13. En relación con la privacidad y la confidencialidad del arbitraje, ha de recalcarse, primeramente, que, si bien es ampliamente debatido tanto el contenido como la extensión de cada una de estas notas características, no se duda, en cambio, de que ambas constituyen grandes atractivos que ofrece la institución arbitral. La privacidad en el arbitraje suele explicarse en contradicción con el principio de publicidad que informa los procesos judiciales; el procedimiento arbitral es privado, pues sus actuaciones únicamente están abiertas a las partes y a los árbitros, sin que, salvo acuerdo en contrario, terceros ajenos al conflicto tengan acceso a aquéllas. Esta privacidad incluye, consecuentemente, la del laudo arbitral, que únicamente se hará público si así lo deciden las partes. La confidencialidad, en cambio, se define como el compromiso de guardar secreto sobre la información y la documentación que hubieran sido conocidas con ocasión de la tramitación del arbitraje, si bien no existe unanimidad sobre si nos encontramos ante un deber implícito al convenio arbitral y, por ende, al arbitraje, y a quiénes se extiende tal obligación. Pese a lo somero de esta aproximación, pueden intuirse ciertas dificultades para garantizar la

²⁶ Siemens AG & Industrienlagen GMBH v. Dutco Consortium Constr. Co. Jan. 7, 1992, French Cour de Cassation. Pueden consultarse comentarios al caso “Dutco” en P. BELLET, *Revue de l'arbitrage*, 1992, n° 3, pp. 470-483; Ch. JARROSSON, *Journal de Droit International*, 1992, n° 3, pp. 707-736 y E. SCHWARTZ, “Multi-Party Arbitration and the ICC. In the Wake of Dutco”, *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International 1993, vol. 10, n° 3, pp. 5-20.

²⁷ A las reglas de la ICC del año 1998, siguieron el Reglamento de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres del mismo año 1998 y las normas de la Cámara Suiza de Arbitraje de 2004 y del Centro Belga de Arbitraje y Mediación de 2005. Por el contrario, ni el Centro de Arbitraje Internacional de Singapur en sus normas de 1997, ni la Asociación Americana de Arbitraje en su Reglamento de 2000, acogieron tal sistema de nombramiento común de un árbitro por las múltiples partes de una misma posición jurídica, sino que, a menos que las partes hubiesen acordado otro procedimiento, concurriendo en el arbitraje varios demandantes o varios demandados sería el Presidente o el Administrador de la Corte, respectivamente, quienes nombrasen a todos los árbitros integrantes del tribunal.

²⁸ Así, las reglas del Centro de Arbitraje Internacional de Viena de los años 2006 (artículo 15) y 2013 (artículo 18). En la nueva versión de estas normas, en vigor desde el 1 de enero de 2018, se abre la vía a que la Corte pueda, en casos excepcionales y habiendo prestado audiencia a las partes, revocar los nombramientos ya efectuados y designar nuevos co-árbitros o a todo el tribunal arbitral. También la regulación de Centro de Arbitraje y Mediación de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual de 2014 (artículo 18).

²⁹ M. PLATTE, “When Should an Arbitrator Join Cases?”, *Arbitration International*, Kluwer Law International, 2002, vol. 18, n° 1, p. 67-82.

confidencialidad en el caso de incorporación de nuevas partes, que puede dar lugar, en una o en ambas posiciones jurídicas, a una pluralidad de partes sobrevenida que no habían celebrado el mismo convenio arbitral y cuyos intereses no sean, necesariamente, coincidentes. Esto es, que partes originarias y sobrevenidas se encuentren actuando, en un mismo proceso, junto con o frente a quienes no les vincula ningún contrato ni, en consecuencia, acuerdo arbitral, sino únicamente la participación en una misma operación jurídica y el verse involucradas en disputas conexas. En definitiva, que, en contra de las exigencias de privacidad y confidencialidad propias del arbitraje, las audiencias, actuaciones procesales y la práctica de la prueba queden abiertas y sean conocidas por sus colitigantes –sobrevenidos–, que, estrictamente, no son sino terceros ajenos al convenio arbitral que aquellas celebraron³⁰.

14. La importancia de salvaguardar estas garantías -la directa y equitativa participación en el nombramiento del tribunal arbitral, así como la confidencialidad de las actuaciones- tiene además reflejo en una eventual impugnación ulterior del laudo arbitral, en el sentido de que cualquier actuación que, como consecuencia de la de la intervención de nuevas partes o la acumulación de arbitrajes, exceda de lo previsto por las partes en el convenio arbitral podría ser alegada por la parte condenada para impugnar o para oponerse al reconocimiento o ejecución de aquel con base en algunos de los motivos previstos en el artículo 5 del Convenio de Nueva York. Y, a partir de ahí, la decisión sobre la validez y ejecutabilidad del laudo arbitral resultante del arbitraje multiparte quedaría en manos de los tribunales estatales.

15. Pues bien, la difícil relación entre la señalada base contractual del arbitraje y la incorporación de nuevas partes al procedimiento supuso que, en décadas anteriores, el fomento de esta institución fuera muy limitado, a salvo de algunas excepciones que vamos a exponer. No obstante, puede apreciarse que son cada vez más las instituciones arbitrales internacionales que han regulado pormenorizadamente la entrada e intervención de terceros. Partiendo de todas estas premisas, el trabajo tiene como objetivo el análisis crítico de las reglas específicas sobre la admisibilidad y presupuestos de la entrada sobrevenida de partes adicionales en el arbitraje pendiente que las instituciones arbitrales internacionales más relevantes han incluido los últimos años.

II. Las primeras propuestas: el Reglamento de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres en 1998 y las “Reglas Suizas” de 2004

16. La Corte de Arbitraje Internacional de Londres fue –hasta donde nos consta- la primera institución en incluir una norma expresa sobre la entrada de terceros en el procedimiento arbitral en la revisión de sus reglas del año 1998. La regulación de la acumulación de arbitrajes ante un mismo tribunal tuvo que esperar, sin embargo, hasta la versión de octubre de 2014. Ambos mecanismos están previstos en el artículo 22, en el marco de las potestades adicionales atribuidas al tribunal arbitral a lo largo del arbitraje. En lo referido a la incorporación de nuevas partes, el artículo 22.1 (h), que no sufrió ninguna modificación en el año 2014, dispone:

“Salvo acuerdo por escrito en contrario de las partes, en cualquier momento el Tribunal Arbitral, de oficio o a instancia de parte, y, en cualquier caso, previa audiencia de las partes, estará facultado para: (h) solo a solicitud de una de las partes, autorizar que uno o varios terceros sean parte del arbitraje, siempre que cualquier tercero y la parte solicitante de su inclusión en el arbitraje hayan expresado su conformidad a este respecto por escrito y su consentimiento para la emisión de un sólo laudo arbitral conjunto o de tantos laudos como partes estén implicadas en el arbitraje”.

17. El primero de los dos aspectos relevantes que hay que destacar es que este precepto concede al tribunal arbitral la potestad de autorizar la entrada solo si hay solicitud de, al menos, una de las partes del procedimiento y siempre que el tercero acepte entrar como nueva parte en el arbitraje. Ello supone, y

³⁰ En este sentido, cfr., J. LEW/L. MISTELIS/S. KRÖLL, “Multiparty and Multicontract Arbitration”, op. cit., pp. 400-401, y P. LÉBOULANGER, “Multi-Contract Arbitration”, op. cit., pp. 64-65.

así lo han puesto de manifiesto algunos autores, cierta ruptura con la naturaleza consensual del arbitraje, pues, al no exigir estas reglas el consentimiento de la parte o partes no solicitantes de la incorporación, el tribunal podría autorizarla mediando incluso oposición de estas³¹. Parte de la doctrina considera, sin embargo, que este óbice queda salvado por la circunstancia de haberse sometido todas las partes a las reglas de la LCIA, que acogen, en los términos expuestos, esta figura³².

18. En segundo lugar, se observa que la norma no exige como requisito para la entrada de los terceros que estos sean parte de convenio arbitral. Con ello, las reglas de la LCIA acogen una eventual entrada como parte de quienes no suscribieron un mismo contrato multiparte, sino, quizá, otro contrato o contratos independientes, pero vinculados por la circunstancia de participar en una misma operación comercial³³. Se trata de una cuestión enormemente controvertida, pero cuya virtualidad en la práctica es escasa. Como han señalado algunos comentaristas, es difícil que un tribunal arbitral acepte su jurisdicción sobre quienes no mostraron, de manera explícita o implícita, su consentimiento a un mismo acuerdo arbitral³⁴. Y, en esta línea, ya señalábamos en la introducción a este trabajo que la extensión del convenio arbitral a terceros *stricto sensu* constituye una excepción a la relatividad del acuerdo arbitral difícilmente compatible con la naturaleza voluntaria del arbitraje, de ahí que los árbitros deban examinar exhaustivamente si el tercero, pese a no parte formal del convenio, tuvo la intención de quedar vinculado por el mismo, de forma que no puedan plantearse problemas en sede de reconocimiento y ejecución del laudo arbitral ante los tribunales estatales por aplicación del Convenio de Nueva York³⁵.

19. Seis años después de la aprobación del Reglamento de la LCIA, las Cámaras de Comercio e Industria de Suiza³⁶ unificaron en 2004 sus distintas reglas de arbitraje internacional con el fin de crear un marco institucional conjunto para la administración de todos los procedimientos³⁷. Estas “Reglas Suizas” se basaron esencialmente en las normas de la UNCITRAL de 1976, si bien incluyeron algunas modificaciones y mejoras para adaptar el arbitraje en Suiza, reconocido foro neutral, flexible e independiente de arbitraje, al crecimiento y a la evolución que la institución arbitral había experimentado en las dos últimas décadas del siglo XX³⁸. Dentro de estas innovaciones se encuentra la previsión de normas sobre la acumulación de procedimientos arbitrales y la entrada e intervención de terceras partes en un arbitraje pendiente. En lo referido a esta última cuestión, las “Reglas Suizas” de 2004 no fueron solo pioneras –junto con la LCIA–, sino que, yendo más allá, configuraron un marco muy favorable para la entrada de nuevas

³¹ P. TURNER y R. MOHTASHAMI, *A Guide to the LCIA Rules*, Oxford University Press 2009, 6.44 y 6.45, quienes sitúan, además, el origen de esta regla en el proceso judicial inglés, que permite al demandado incorporar nuevas partes y estas, a su vez, a otras subsecuentes en interés de una eficiente administración de justicia.

³² J. E. CASTELLO y R. DIGÓN, “Maximizing Possibilities for joinder in International Arbitration”, *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers* (ROVINE, A. W.), Fordham University 2011, p. 111. Siguiendo a P. TURNER y R. MOHTASHAMI, *Guide to the LCIA Rules*, Oxford University Press 2009, 6.54, esta previsión de entrada de nuevas partes en el arbitraje pendiente fue usada hasta en 21 casos desde el año 1998 hasta el año 2007; en ninguno de ellos se acordó la entrada en contra de la voluntad de ninguna de las partes originarias.

³³ Cfr. J. KOEPP, D. FARAH, y P. WEBSTER, “Arbitration in London”, *International Commercial Arbitration: Different Forms and Their Features*, (CORDERO-MOSS, G), Cambridge University Press 2013, p. 257.

³⁴ P. TURNER, y R. A. MOHTASHAMI, *Guide to the LCIA Rules*, Oxford University Press 2009, 6.48.

³⁵ Conforme a los datos ofrecidos por la LCIA, en 2018 fueron planteadas 24 solicitudes de entrada de una tercera parte en el arbitraje, de las cuales 20 fueron aceptadas y 2 denegadas (sobre las 2 peticiones restantes no había habido pronunciamiento al finalizar el año). La propia Corte hace constar que estas decisiones fueron tomadas con el fin de garantizar la efectividad del laudo arbitral, así como los derechos y obligaciones del tercero que podría verse potencialmente afectado por la consecución del arbitraje (fuente: <https://www.lcia.org/News/2018-annual-casework-report.aspx>).

³⁶ Zúrich, Ginebra, Basilea, Berna, Vaud y Tesino.

³⁷ El contexto histórico de las Cámaras de Comercio de Suiza puede analizarse en SCHERER, M., “Review of the Swiss Rules of International Arbitration and Commercial Mediation”, *International Commercial Arbitration Practice: 21st Century Perspectives* (H. A. GRIGERA NAÓN y P. E. MASON,), Lexis nexis 2010, 50.02-50.03.

³⁸ Cfr. H. FREY y J. AHRENS, “New Arbitration Rules Reflect Modern Trends”, *International Financial Law Review*, vol. 23 (2004), p. 58. Pese a su denominación, las partes que deciden regir su arbitraje por las “Reglas Suizas” pueden elegir como sede otro país que no sea Suiza, y no están tampoco obligadas ni a nombrar árbitros de nacionalidad suiza, ni a designar la Ley suiza como ley aplicable al arbitraje (cfr. D. WEHRLI, y M. STACHER, “Arbitration under Swiss Rules”, *International Commercial Arbitration: Different Forms and Their Features*, (G. CORDERO-MOSS, Cambridge University Press 2013, pp. 346.

partes, al conceder amplios poderes al tribunal arbitral para autorizar la incorporación³⁹. El artículo 4 (2) lo regula en los siguientes términos:

“Si, iniciado un procedimiento arbitral, un tercero solicita participar en el mismo o si una de las partes en un procedimiento arbitral regido por este Reglamento solicita que un tercero participe en él, el tribunal arbitral decidirá sobre tal solicitud tras consultar con las partes, y teniendo en cuenta todas las circunstancias que considere pertinentes para el caso concreto”.

20. Pese a la aparente similitud de esta norma con el artículo 22.1 (h) de las reglas de la LCIA que acabamos de comentar, hay dos aspectos que se separan de este y que han de ser destacados.

21. En primer lugar, una cuestión puramente procesal: la entrada puede ser solicitada no solo por alguna de las partes originarias, sino también por el tercero. Y, en cualquier caso, el tribunal decidirá sobre esta incorporación tras haber prestado audiencia a las partes y teniendo en cuenta todas las circunstancias relevantes. Vuelve a suceder, pues, que la entrada de una nueva parte, aun cuando lo sea a instancia del mismo tercero, no queda supeditada al consentimiento de ninguna de las partes involucradas en el arbitraje, entendiéndose, con carácter general, que tal aprobación se encuentra implícita en la sumisión de las partes a estas reglas de las Cámaras de Comercio e Industria de Suiza⁴⁰.

22. Muy en relación con esta excusable constancia del consentimiento de las partes, radica el segundo aspecto a comentar de estas reglas: la posible entrada como parte de quien no figura como signatario del acuerdo arbitral. Efectivamente, al igual que las normas de la LCIA, las “Reglas Suizas” de 2004 no exigen que el tercero sea parte del convenio para que el tribunal pueda autorizar su entrada en el arbitraje. Y, en esta sede, además de considerarse, igual que hemos visto al comentar las reglas de Londres, que los árbitros han de hacer –y la práctica ha demostrado que hacen– una interpretación y aplicación muy cautelosa de esta facultad⁴¹, se ha planteado cuál es el alcance de la participación en el arbitraje del tercero no firmante del convenio. Sobre este particular, parte de la doctrina coincide al interpretar que el tercero que es parte del convenio arbitral o, en otro caso, cuya entrada haya sido solicitada por él mismo y consentida expresamente por las partes originarias, se convierte en parte formal del procedimiento arbitral pendiente a todos los efectos, quedando vinculado por el laudo arbitral⁴². Pero, en caso contrario, cuando el tercero no es parte del convenio, se ha entendido que la entrada acogida por estas reglas solo es permitida con la única finalidad de apoyar a una de las partes formales del arbitraje en lo que constituiría una suerte de “intervención accesoria” (“*Neben Intervention*” o “*Side Intervention*”) regulada en algunos ordenamientos jurídicos –si bien no el español-⁴³.

23. Por lo demás, para finalizar este apartado, hay que señalar que ninguno de los dos Reglamentos comentados incluyó normas específicas para hacer frente a las dificultades que pueden surgir

³⁹ G. NATER-BASS, “How to work with the Swiss Rules: The Counsel’s Perspective”, *The Swiss Rules of International Arbitration: Five Years of Experience*, Basel 2009, p. 61 y 62, definió esta regulación como una innovación muy importante y una ventaja distintiva comparada con las reglas de otras instituciones arbitrales.

⁴⁰ Cfr. X. FAVRE-BULLE, “The Swiss Rules of International Arbitration (Swiss Rules’): From 2004 to the (light) 2012 Revisión”, *International Business Law Journal*, Vol. 2013, Issue 1 (2013), p. 26; y J. BURDA “The Participation of Third Parties to Arbitration under Swiss Law”, *International Business Law Journal*, Vol. 2011, Issue 5 (2011), pp. 524 y 525.

⁴¹ Cfr. J. BURDA “The Participation of Third Parties to Arbitration under Swiss Law”, *International Business Law Journal*, Vol. 2011, Issue 5 (2011); D. WEHRLI, y M. STACHER, “Arbitration under Swiss Rules”, *International Commercial Arbitration: Different Forms and Their Features*, (CORDERO-MOSS, G), Cambridge University Press 2013, pp. 369 y G. NATER-BASS, “How to work with the Swiss Rules: The Counsel’s Perspective”, *The Swiss Rules of International Arbitration: Five Years of Experience*, Basel 2009, p. 69.

⁴² D. WEHRLI y M. STACHER, “Arbitration under Swiss Rules”, *International Commercial Arbitration: Different Forms and Their Features*, (CORDERO-MOSS, G), Cambridge University Press 2013, p. 368.

⁴³ X. FAVRE-BULLE, “The Swiss Rules of International Arbitration (Swiss Rules’): From 2004 to the (light) 2012 Revisión”, *International Business Law Journal*, Vol. 2013, Issue 1 (2013), pp. 26 y 27 y D. WEHRLI, y M. STACHER “Arbitration under Swiss Rules”, *International Commercial Arbitration: Different Forms and Their Features*, (CORDERO-MOSS, G), Cambridge University Press 2013, p. 368.

en sede de constitución del tribunal arbitral cuando un tercero se incorpora al procedimiento pendiente, habiéndose procedido -o no-, en el momento de su entrada, al nombramiento de alguno o de todos los miembros del tribunal. Sí incluyeron ya ambas normas regulación sobre la constitución del tribunal en casos de arbitraje multiparte –a la luz del caso DUTCO, someramente reseñado en el apartado introductorio-, pero no, como decimos, previsión expresa que establezca el modo de proceder para la designación del tribunal cuando se incorpora un tercero en un estadio avanzado del procedimiento. Se pone con ello de manifiesto, una vez más, las dificultades que surgen para armonizar la figura de la intervención de terceros en el arbitraje no solo con la base contractual de la propia institución, sino con las garantías del debido proceso que las partes ostentan, también, en el arbitraje⁴⁴.

24. Pues bien, en el caso de las reglas de la LCIA, puede interpretarse que, requiriéndose el consentimiento del tercero para su entrada, este, en caso de prestarlo, acepta la jurisdicción del tribunal arbitral que las partes originarias pudieran haber constituido y que, por ello, renuncia a participar en la designación de sus miembros⁴⁵.

25. Las “Reglas Suizas” de 2004, sin embargo, plantean mayores interrogantes. En primer lugar, por no requerir, tal y como hemos visto en un momento anterior, el consentimiento del tercero en orden a su incorporación al proceso. En segundo lugar, por la regulación sobre la constitución del tribunal arbitral en los casos de acumulación de arbitrajes. Al respecto, el artículo 4 (1) presume la renuncia de las partes a su derecho a nombrar a un árbitro en el caso de que el procedimiento que hayan iniciado vaya a acumularse a uno anterior con el tribunal ya constituido, lo que puede verificarse incluso sin el consentimiento de las partes involucradas en los diversos procedimientos a unificar⁴⁶. Si bien esta presunción de renuncia no es aplicable a la incorporación de nuevas partes en el arbitraje, puesto que no lo dispone el Reglamento Suizo en el artículo 4 (2), opinamos que es interesante tener en cuenta esta previsión, en la medida en que pone de manifiesto cómo Suiza se aparta de la regulación de la mayoría de las instituciones arbitrales que, siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo Francés en DUTCO, subordinan la acumulación de procedimientos arbitrales al mantenimiento de los árbitros que hubieran sido nominados por las partes con carácter previo con el fin de garantizar su participación en la designación. Se trata, en nuestra opinión, de una previsión discutible que puede plantear problemas en aquellos supuestos en que las múltiples partes de una misma posición jurídico procesal presenten intereses contrapuestos y cuya validez, en cualquier caso, dependerá de la *lex arbitri*⁴⁷. Los tribunales suizos, sin embargo, llevan años defendiendo tesis opuestas a las del Alto Tribunal francés⁴⁸. Con lo expuesto, queríamos únicamente

⁴⁴ Sobre la constitución del tribunal arbitral y las garantías del debido proceso en el arbitraje, *vid.* S. MATTI/KURKELA/SANTTU TURUNEN, *Due Process in International Commercial Arbitration*, Oxford University Press, 2010, pp. 107-127.

⁴⁵ En el mismo sentido, P. TURNER y R. MOHTASHAMI, *A Guide to the LCIA Rules*, Oxford University Press 2009, 6.52.

⁴⁶ Artículo 4 (1) Reglas Suizas de 2004: “Cuando se presente una Notificación de arbitraje que implique a partes ya involucradas en otro procedimiento arbitral pendiente y regido por el presente Reglamento, las Cámaras, tras consultar a todas las partes implicadas en dichos procedimientos y al Comité especial, decidirán si este nuevo caso ha de ser remitido al tribunal arbitral ya constituido para el procedimiento arbitral pendiente. Las Cámaras procederán del mismo modo cuando se presente la Notificación del arbitraje entre partes distintas a las que se hallen participando en el procedimiento arbitral ya pendiente. Para decidir, las Cámaras tendrán en cuenta todas las circunstancias, incluyendo el vínculo entre los dos expedientes y el momento procesal en que se halle el procedimiento pendiente. En los casos en que las Cámaras decidan remitir el nuevo caso a un tribunal arbitral ya constituido, se presumirá que las partes en el nuevo caso renuncian al derecho que les corresponde de nombrar un árbitro”

⁴⁷ En este sentido, *cfr.* F. NICKLISCH, “Multi-Party Arbitration and Dispute Resolution in Major Industrial Projects”, *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International 1994, vol. 11, n° 4, pp. 426-428.

⁴⁸ Si bien existen varios pronunciamientos, destacaremos la resolución por la Corte de Justicia de Ginebra en el también paradigmático caso “Westland”. En él, un demandante planteó demanda de arbitraje ante la ICC frente a seis demandados, que se vieron obligados a nombrar a un árbitro de común acuerdo. Uno de los codemandados impugnó la composición del tribunal por quiebra del principio de equidad, al considerar que el demandante había tenido una mayor influencia en el colegio arbitral. Al contrario que el tribunal francés, la Corte de Justicia de Ginebra rechazó esta impugnación en una decisión posteriormente confirmada por el Tribunal Federal, entendiendo, en primer lugar, que la designación conjunta de un árbitro por los múltiples demandados no viola ninguna norma de orden público y, en segundo lugar, que la designación del árbitro por el demandante no le atribuye una mayor influencia en el tribunal si en ningún momento se pone en entredicho la independencia y la imparcialidad de dicho árbitro.

Sobre las normas suizas para la constitución del tribunal en caso de acumulación de arbitrajes, *cfr.* P. HABEGGER, “The Revised Swiss Rules of International Arbitration: An Overview of the Major Changes”, *ASA Bulletin*, Kluwer Law International

poner de manifiesto cómo una interpretación global de las Reglas Suizas y de su aplicación por los tribunales abren una **vía para que los árbitros** puedan eventualmente ordenar la entrada de un tercero sin su consentimiento e, incluso, sin que sea garantizado su derecho a influir en el diseño del tribunal arbitral.

III. El punto de inflexión: la revisión de las reglas de la UNCITRAL de 2010

26. En el marco de los instrumentos redactados por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL) en el ámbito del arbitraje internacional y la mediación, el Reglamento de la UNCITRAL ha adquirido, junto con el Convenio de Nueva York de 1958 sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias arbitrales extranjeras⁴⁹ y la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional en sus versiones original y revisada de 1985 y 2006, respectivamente, una vital trascendencia en la consecución de uno de los fines prioritarios de la Comisión: la facilitación del comercio y de la inversión internacionales a través de la armonización y modernización progresivas del derecho del comercio internacional.

27. El Reglamento de la UNCITRAL, cuya primera versión fue aprobada en el año 1976, constituye un conjunto de normas procesales —cláusula modelo, nombramiento de árbitros, sustanciación de actuaciones y reglas sobre la forma, los efectos y la interpretación del laudo arbitral— puestas a disposición de las partes para regir la sustanciación de aquellos procedimientos arbitrales que se inicien a raíz de sus relaciones comerciales y que han sido ampliamente utilizadas en arbitrajes *ad hoc*, así como en arbitrajes administrados por instituciones arbitrales e, incluso, en arbitrajes surgidos de controversias entre inversionistas y Estados⁵⁰. La última revisión de estas reglas fue acometida en el año 2013 con el fin, precisamente, de incorporar al clausulado el Reglamento de la UNCITRAL sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado⁵¹.

28. En 2006, 30 años después de aprobarse el Reglamento UNCITRAL y tras la revisión de la Ley Modelo en ese mismo año, la Comisión decidió acometer la actualización y modernización de sus reglas. Dado el éxito y el reconocimiento que el Reglamento UNCITRAL había experimentado, la intención fue acomodarlo a la evolución y a los cambios que se habían producido en la práctica arbitral de las últimas décadas y dotar de una mayor eficiencia y justicia al procedimiento arbitral, pero manteniendo el espíritu, el estilo y la estructura de la norma⁵². En este contexto, una de las modificaciones importantes del texto revisado de 2010 fue la introducción de previsiones específicas sobre “arbitrajes multiparte” y sobre la “entrada de nuevas partes” en el procedimiento pendiente. Sobre esta última cuestión que nos ocupa, las reglas de la UNCITRAL de 2010 establecieron dos momentos o circunstancias en las que podría darse la entrada de nuevas partes en el arbitraje.

2012, vol. 30, n° 2, pp. 269-311 y T. ZUBERBÜHLER./K. MULLER, et al., “Composition of the Arbitral Tribunal: Appointment of Arbitrators in Bi-Party or Multi-Party Proceedings (Art. 8)”, *Swiss Rules of International Arbitration: Commentary*, Kluwer Law International 2005, pp. 72-88.

⁴⁹ Pese a que la Convención de Nueva York fue aprobada con anterioridad al establecimiento de la UNCITRAL en 1966, su promoción es parte integral del programa de la Comisión. Una visión general de los textos de la UNCITRAL en el marco de la solución de las disputas puede encontrarse en C. MONTINERI, “The UNCITRAL Arbitration Rules and their use in ad hoc arbitration”, *International Commercial Arbitration: Different Forms and Their Features*, (CORDERO-MOSS, G), Cambridge University Press 2013, pp. 82-89.

⁵⁰ <https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/contractualtexts/arbitration>.

⁵¹ Aplicable a los arbitrajes enclavados en virtud de tratados de inversiones celebrados a partir del 1 de abril de 2014. La versión de las Reglas de la UNCITRAL de 2013 introduce un nuevo apartado 4º en el artículo 1, estableciendo el máximo de claridad en la aplicación del Reglamento sobre la Transparencia a los arbitrajes entre inversionistas y Estados enclavados con arreglo al Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL. Por lo demás, el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI de 2013 se mantiene sin variaciones con respecto de la versión revisada en 2010 (Cfr. <https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/contractualtexts/arbitration> y <https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/arb-rules-2013/UNCITRAL-Arbitration-Rules-2013-S.pdf>).

⁵² Cfr. C. MONTINERI, “The UNCITRAL Arbitration Rules and their use in ad hoc arbitration”, *International Commercial Arbitration: Different Forms and Their Features*, (CORDERO-MOSS, G), Cambridge University Press 2013, pp. 89-93 y A. W. ROVINE, “The 2010 Revision of the UNCITRAL Arbitration Rules”, *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers* (A. W. ROVINE), Fordham University 2011, pp. 231-232.

29. En primer lugar, se incluyó un nuevo artículo 4, regulador de la contestación a la notificación del arbitraje por el demandado en el plazo de 30 días desde su recepción. El apartado 2 (f) de este precepto establece, como posible contenido de la respuesta del demandado, una nueva demanda contra persona distinta del demandante, siempre que sea parte del acuerdo de arbitraje. La norma, por tanto, articula la entrada de nuevas partes –firmantes del convenio– en el arbitraje a instancia del demandado en un estadio inicial del procedimiento, por cuyas razones no parece que puedan plantearse problemas respecto del consentimiento, ni en relación con la constitución del tribunal arbitral, en la que deberá participar la nueva parte –lo sea en calidad de demandante o de demandada–, conforme a las reglas sobre designación en casos de arbitraje multiparte que el propio reglamento dispone⁵³.

30. Sí contempla una verdadera incorporación de nuevas partes en un arbitraje ya avanzado el artículo 17.5 de las Reglas UNCITRAL, en el contexto de las facultades atribuidas al tribunal arbitral para la conducción del procedimiento. Conforme al precepto: “*El tribunal arbitral podrá, a instancia de cualquier parte, permitir que uno o más terceros intervengan como partes en el arbitraje, siempre que el tercero invitado sea parte en el acuerdo de arbitraje, salvo que el tribunal arbitral entienda, tras oír a las partes y al tercero invitado a sumarse a las actuaciones, que esa intervención no debe ser permitida por poder resultar perjudicial para alguna de ellas. El tribunal arbitral podrá dictar uno o más laudos respecto de todas las partes que intervengan en el arbitraje*”.

31. Sin duda, se trata de una disposición más cautelosa sobre la entrada de terceros que las normas anteriormente analizadas de Londres y de Suiza, de las que la UNCITRAL se separa en un aspecto sustancial: la exigencia de que el tercero sea parte del acuerdo arbitral, salvaguardando, con ello, la base consensual del arbitraje. Fue, de hecho, una cuestión minuciosamente discutida por el grupo de trabajo, que, tras el análisis de aquellas normas previamente aprobadas, optó finalmente por una regulación más conservadora, pero que limita los riesgos y dificultades en una eventual sede de reconocimiento y ejecución del laudo arbitral⁵⁴. La exigencia de que el tercero sea parte del convenio arbitral lleva aparejadas dos implicaciones relevantes. La primera de ellas es que no se requiere el consentimiento expreso del tercero para su efectiva entrada en el arbitraje –solicitada por alguna de las partes originarias⁵⁵, evitándose así que aquel, pese a ser parte del convenio, pueda oponerse a participar en el procedimiento, lastrando, con ello, su efectividad. Una segunda implicación es que el tercero que entra en el arbitraje lo hace con la plena condición de parte, pudiendo formular las pretensiones que le competan, defenderse de las que puedan ser ejercitadas frente a él, y quedando, desde luego, vinculado por el laudo arbitral⁵⁶.

32. Ahora bien, aun cumpliéndose los presupuestos señalados y según señala el artículo 17.5, el tribunal podrá excepcionar esta facultad cuando, tras haber prestado audiencia a las partes y al tercero, la entrada pueda causar perjuicio a alguna de ellas. Así, por ejemplo, han sido señalados: el estado de las actuaciones, el riesgo de que se dicten laudos inconsistentes en caso de que no se proceda a la entrada del tercero y, en lo que en mayor medida nos interesa, las objeciones que el tercero pueda aportar respecto del tribunal arbitral ya constituido⁵⁷.

⁵³ Cfr. J. E. CASTELLO y DIGÓN, R., “Maximizing Possibilities for joinder in International Arbitration”, *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers* (ROVINE, A. W.), Fordham University 2011, p. 109.

⁵⁴ Sobre el contenido de los debates del grupo de trabajo, cfr. C. MONTINERI., “The UNCITRAL Arbitration Rules and their use in ad hoc arbitration”, *International Commercial Arbitration: Different Forms and Their Features*, (G. CORDERO-MOSS), Cambridge University Press 2013, p. 89 y C. CROFT, C. KEE, y WAICYMER, J., *A Guide to the UNCITRAL Arbitration Rules*, Cambridge University Press 2013, pp. 185-191.

⁵⁵ A juicio de algunos comentaristas, nada obsta a que el tercero pueda solicitar su intervención como parte con base en la previsión del artículo 15.1: “el tribunal arbitral podrá dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado, siempre que se trate a las partes con igualdad y que en una etapa apropiada del procedimiento se dé a cada una de las partes una oportunidad razonable de hacer valer sus derechos. En el ejercicio de su discrecionalidad, el tribunal arbitral dirigirá las actuaciones con miras a evitar demoras y gastos innecesarios y a llegar a una solución justa y eficaz del litigio entre las partes”. Así, por ejemplo, C. CROFT, C. KEE y J. A. WAICYMER., *A Guide to the UNCITRAL Arbitration Rules*, Cambridge University Press 2013, p. 192.

⁵⁶ Cfr. J. E. CASTELLO, y R. DIGÓN, “Maximizing Possibilities for joinder in International Arbitration”, *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers* (A. W. ROVINE), Fordham University 2011, pp. 116-117.

⁵⁷ C. CROFT, C. KEE y WAICYMER, J., *A Guide to the UNCITRAL Arbitration Rules*, Cambridge University Press 2013, p.

IV. Un modelo conservador a la luz del Reglamento de la ICC de 2012

33. La Corte de Arbitraje de la ICC afrontó la regulación de la entrada de terceros en la revisión de las reglas de 1998 que vio la luz en el año 2012. Esta revisión surgió con el objetivo de actualizar, reglamentando las prácticas y soluciones que la Secretaría y la Corte habían seguido, aquellas normas de 1998, habida cuenta de que estas, según criterio general, habían funcionado adecuadamente. Buena parte de las nuevas reglas fueron, de hecho, redactadas para dotar de una mayor eficiencia al procedimiento de arbitraje, y, entre ellas, destacan la regulación completa y sistematizada de los arbitrajes multiparte, incluyendo ya disposiciones sobre la consolidación y la entrada de nuevas partes, así como la codificación de los procedimientos para designar a árbitros de emergencia en el ámbito de las medidas cautelares⁵⁸. Más recientemente, en el mes de marzo de 2017, entraron en vigor las nuevas reglas de la ICC, diseñadas también para lograr procedimientos más eficientes, transparentes y económicos. El gran logro de estas nuevas normas ha sido la regulación, en línea con otras instituciones arbitrales, de los procedimientos expeditivos para la solución de aquellos asuntos cuya cuantía no sea elevada —el límite queda fijado en dos millones de dólares—, o para aquellos casos en que las partes así lo acuerden. No presentan estas nuevas reglas, sin embargo, modificaciones relevantes en relación con los arbitrajes multiparte, por lo que en las siguientes líneas se aborda el análisis de las normas sobre la entrada de terceros en el arbitraje tal y como fueron incluidas, *ex novo*, en la versión del Reglamento de la ICC del año 2012⁵⁹.

34. Bajo la rúbrica “Incorporación de partes adicionales”, el artículo 7 dispone:

“1) La parte que desee incorporar una parte adicional al arbitraje deberá presentar su solicitud de arbitraje en contra de la parte adicional (la “Solicitud de Incorporación”) a la Secretaría. Para todos los efectos, la fecha en la que la Solicitud de Incorporación sea recibida por la Secretaría será considerada como la fecha de inicio del arbitraje contra la parte adicional. Toda incorporación estará sujeta a las disposiciones de los Artículos 6(3)–6(7) y 9. Ninguna parte adicional podrá ser incorporada después de la confirmación o nombramiento de un árbitro, salvo que todas las partes, incluyendo la parte adicional, acuerden lo contrario. La Secretaría podrá fijar un plazo para la presentación de la Solicitud de Incorporación.

2) La Solicitud de Incorporación contendrá la siguiente información: a) la referencia del arbitraje existente; b) el nombre completo, descripción, dirección y otra información de contacto de cada una de las partes, incluyendo la parte adicional; y c) la información especificada en el Artículo 4(3) subpárrafos c), d), e) y f). La parte que presente la Solicitud de Incorporación podrá presentar junto con ella cualquier documento o información que considere apropiado o que pueda contribuir a la solución eficiente de la controversia.

3) Las disposiciones de los Artículos 4(4) y 4(5) se aplicarán, *mutatis mutandi*, a la Solicitud de Incorporación.

4) La parte adicional deberá presentar una Contestación de conformidad, *mutatis mutandi*, con las disposiciones de los Artículos 5(1)-5(4). La parte adicional podrá formular demandas en contra de cualquier otra parte de conformidad con las disposiciones del Artículo 8”.

35. Son varios los aspectos de esta regulación que deben ser objeto de comentario, pues se apartan, además, de manera clara, de las reglas antecedentes de la LCIA, de Suiza y, aunque en menor medida, del Reglamento de la UNCITRAL de 2010.

36. El artículo 7 permite que tanto la parte o partes demandantes, como cualquier demandado dirijan, en plena posición de igualdad, la solicitud de incorporación a la Secretaría. No cabe, pues, que

192, y J. E. CASTELLO y R. DIGÓN, “Maximizing Possibilities for joinder in International Arbitration”, *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers* (ROVINE, A. W.), Fordham University 2011, p. 118.

⁵⁸ Cfr. N. VOSER, “Overview of the Most Important Changes in the Revised ICC Arbitration Rules”, *29 ASA Bulletin*, 4/2011, pp. 785-786.

⁵⁹ Pese a que, tal y como hemos señalado, estas normas fueron incluidas por primera vez en el año 2012, vienen a regular lo que desde hacía años había sido práctica de la ICC, que en algunos asuntos y situaciones excepcionales había tramitado la entrada de nuevas partes bajo las reglas de 1998. Cfr., J. FRY, S. GREENBERG y F. MAZZA, *The Secretariat’s Guide to ICC Arbitration*, International Chamber of Commerce 2012, p. 95.

el tercero que no es parte del arbitraje inste su intervención⁶⁰. Ahora bien, en relación con el régimen de presentación y efectos de la solicitud, cabe destacar las siguientes cuestiones.

37. En primer lugar, de la dicción de la norma se desprende que la solicitud de incorporación, una vez presentada, tiene los mismos efectos que la solicitud o demanda de arbitraje, lo que conlleva que el tercero frente a quien se dirige se convierte en parte de pleno derecho del arbitraje una vez la Secretaría le notifica la petición de su incorporación –pudiendo, a partir de ese momento, dirigir él mismo nuevas solicitudes de incorporación frente a terceros⁶¹-. A tales efectos, además, no se requiere autorización específica de la Secretaría para la entrada, sino un mero control “*prima facie*” de su jurisdicción respecto de la parte adicional. Esto se colige de la remisión que el precepto incluye a los artículos 4 (3), 5 (1) a 5 (4) y 6 (3) a 6 (7), de cuya interpretación conjunta se desprende, sin ningún atisbo de duda, que la permanencia de la nueva parte en el arbitraje una vez cumplido aquel control preliminar de jurisdicción, queda supeditada, si es que ha habido oposición en la contestación a la solicitud de incorporación, a que la parte adicional lo sea, también, del acuerdo o acuerdos arbitrales que dan origen al procedimiento arbitral⁶².

38. En segundo lugar, la ICC exige que la solicitud de incorporación sea presentada con anterioridad al nombramiento o confirmación de alguno de los árbitros, eludiéndose de este modo los problemas que pueden surgir por no permitir a la nueva parte participar en la selección de los miembros del tribunal arbitral. Esta regla podrá, no obstante, ser excepcionada por cuando todas las partes –incluida la parte entrante-, muestren su conformidad con la entrada y con el tribunal ya designado.

39. En definitiva: la imposibilidad de que el tercero solicite su incorporación al arbitraje, la necesidad de que la nueva parte sea firmante del convenio arbitral y la prohibición –salvo acuerdo- de que se produzca la entrada de la parte adicional una vez se ha configurado el tribunal, pone de manifiesto, a nuestro juicio de manera palmaria, la diferente dirección que asume, respecto de las instituciones arbitrales ya estudiadas, la ICC con esta regulación, más cautelosa y, sin duda, con mayores limitaciones prácticas⁶³. La ICC se separa, pues, de sus predecesoras y a ella le siguen, según vamos a analizar a continuación, algunas de las instituciones arbitrales que, en aquellos mismos años, modificaron sus normas para acoger regulación específica sobre este fenómeno. Sin ánimo de exhaustividad, nos centraremos en el Centro Belga de Arbitraje y Mediación y en el Centro de Arbitraje Internacional de Viena.

1. El Centro Belga de Arbitraje y Mediación (CEPANI)

40. El Centro Belga de Arbitraje y Mediación, creado en el año 1969 por iniciativa de la Federación Belga de Empresas y la Comisión Nacional Belga de la Cámara de Comercio Internacional⁶⁴, modificó de manera sustancial su Reglamento en el año 2013. Esta revisión de las anteriores normas de 2005 estuvo fuertemente inspirada por el nuevo Reglamento de la ICC de 2012, que había sido aprobado solo un año antes, tal y como acabamos de analizar. Pues bien, en el marco de las disposiciones más reseñables se encuentra, precisamente, la inclusión de un nuevo capítulo dedicado a la multiplicidad de partes y de contratos, la intervención y la consolidación (artículos 9 a 14), en orden a facilitar la admi-

⁶⁰ Por razones de confidencialidad, es práctica de la Corte no proporcionar ningún tipo de información a terceros sobre la pendencia de cualquier arbitraje ni, consecuentemente, aceptar solicitudes de incorporación a estos. Cfr., J. FRY, S. GREENBERG y F. MAZZA, *The Secretariat's Guide to ICC Arbitration*, International Chamber of Commerce 2012, p. 97.

⁶¹ Cfr., H. VERBIST, E. SCHÄFER, C. IMHOOS, *ICC Arbitration in Practice*, Kluwer Law International, 2016, p. 53.

⁶² El artículo 9 permite dirigir pretensiones frente a la parte adicional que provengan de distintos contratos, siempre que, en aplicación del artículo 6 (4), además de superarse el control *prima facie* de jurisdicción, la Corte considere que los acuerdos arbitrales son compatibles y que las partes han consentido que las disputas derivadas de estos puedan ser discutidas en un único procedimiento arbitral.

⁶³ En el mismo sentido, J. E. CASTELLO y R. DIGÓN, “Maximizing Possibilities for joinder in International Arbitration”, *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers* (ROVINE, A. W.), Fordham University 2011, p. 119.

⁶⁴ Para más información, cfr. <https://www.cepani.be/>.

nistración del arbitraje y conceder a las partes involucradas en este tipo de disputas la oportunidad de solucionar las diversas controversias en un único procedimiento arbitral ante el CEPANI⁶⁵.

41. El artículo 11 regula la “Intervención”, en los siguientes términos⁶⁶:

“1. Un tercero puede solicitar ser incorporada en un procedimiento y cualquier parte de un procedimiento puede solicitar la incorporación de una parte adicional.

La incorporación será admitida cuando el tercero y las partes en litigio hayan acordado recurrir a arbitraje conforme al Reglamento del CEPANI.

2. No procederá ninguna incorporación después de que el Comité de Designación o el Presidente haya nombrado o confirmado a cada uno de los miembros del tribunal arbitral, a menos que todas las partes, incluyendo al tercero, hayan previsto lo contrario.

3. La solicitud de incorporación deberá dirigirse a la Secretaría y, si ya ha sido constituido, al tribunal arbitral. La parte o tercero solicitante deberá adjuntar a su solicitud la prueba de la notificación de la solicitud de incorporación a las partes en el procedimiento y, de ser el caso, al tercero cuya intervención sea solicitada y, de encontrarse ya constituido, al tribunal arbitral.

4. (...).

A la solicitud de incorporación deberán ser acompañarse, además de los documentos necesarios para justificar la información requerida como contenido de la solicitud de incorporación, copia de los contratos y, en todo caso, del convenio arbitral que vincule a las partes y al tercero.

5. La parte adicional podrá formular demandas contra cualquier otra parte, en los límites del artículo 23, parágrafo 8, del Reglamento.

42. Basta la mera lectura del precepto para comprobar lo que señalábamos en un momento anterior: cómo el CEPANI, al igual que otras instituciones arbitrales, basa la mayor parte de su regulación sobre la incorporación de nuevas partes en el Reglamento de la ICC de 2012, por lo que nos remitimos a su comentario. Al igual que en estas reglas, el CEPANI requiere, entre las cuestiones de mayor relevancia, que el tercero sea parte del acuerdo arbitral, y, con el mismo fin de evitar problemas en la designación de los árbitros, la solicitud de intervención debe ser presentada con anterioridad al nombramiento de los miembros del tribunal, salvo acuerdo en contrario de todas las partes (originarias y parte adicional). Quizá una de las pocas diferencias reseñables, también, por ejemplo, en relación con las normas de la LCIA, es que las reglas del CEPANI extienden la legitimación para solicitar la incorporación al propio tercero. Al respecto, no se exige explícitamente que las partes originarias presten su consentimiento a la solicitud de intervención presentada por aquél, aunque sí dispone expresamente el primer apartado del artículo 7 que la admisión de la intervención –con independencia de qué parte la inste– queda supeditada a que todas las partes en litigio –incluida la nueva parte adicional– hubieran acordado recurrir a arbitraje conforme al Reglamento del CEPANI.

2. El Centro de Arbitraje Internacional de Viena (VIAC)

43. El Centro de Arbitraje Internacional de la Cámara Económica Federal Austriaca, con base en Viena (en adelante, VIAC), inició su andadura en el año 1975, asumiendo un papel preponderante en la solución de disputas entre empresas de países del Este y del Oeste durante la guerra fría. En la actualidad, constituye una institución de referencia en la Europa Central⁶⁷. En el año 2006, el VIAC acometió una importante reforma de su Reglamento, incluyendo ya un precepto genérico con normas sobre la admisión de los arbitrajes multiparte, la designación de los árbitros y la consolidación de procesos,

⁶⁵ Un comentario breve sobre las modificaciones de las Reglas del CEPANI de 2013, puede consultarse en H. VERBIST, “New CEPANI Rules of Arbitration in Force as from 1 January 2013”, (2012) TIJDSCHRIFT@IPR.BE (GENT). 4. p.51-60, y en D. DE MEULEMEESTER, “The New Arbitration Rules of CEPANI”, Kluwer Arbitration Blog (<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2013/08/05/the-new-arbitration-rules-of-cepani/>).

⁶⁶ Reproducimos el precepto solo parcialmente (la traducción es nuestra).

⁶⁷ Más información sobre la historia de la institución puede encontrarse en <https://www.viac.eu/en/about-us/quality-standards-and-mission-statement>.

quedando esta última condicionada a la constancia del consentimiento de todas las partes y del tribunal arbitral, conformado necesariamente por los mismos árbitros en todos los arbitrajes a acumular. Esta regulación fue pronto objeto de crítica, pues la imposición de tan estrictos presupuestos hacía la acumulación prácticamente inoperable en la práctica⁶⁸. Siete años después, con la aprobación del Reglamento del VIAC de 2013, se modificó en parte esta regulación, contemplándose, además, la incorporación de terceras partes en una disposición autónoma que no ha sufrido alteraciones sustanciales tras la entrada en vigor de su nueva versión de enero de 2018⁶⁹.

Conforme al artículo 14 del Reglamento del VIAC 2013:

1. *El tribunal arbitral decidirá, a solicitud de una parte o de una tercera persona, sobre la incorporación de una tercera persona al arbitraje y sobre la manera de su participación, previa consulta con todas las partes y con la tercera persona a ser incorporada y teniendo en cuenta todas las circunstancias pertinentes.*

2. *La Solicitud de Incorporación contendrá la siguiente información: (2.1) el nombre completo, la dirección y demás datos de contacto de la tercera persona; (2.2) los motivos en que se funda la Solicitud de Incorporación; y (2.3) la manera de la participación de la tercera persona.*

3. *Si se solicita la incorporación de una tercera persona con una Solicitud de Arbitraje, (3.1) esta solicitud deberá presentarse a la Secretaría. Las disposiciones de los Artículos 7 y siguientes se aplicarán por analogía. El Secretario General transmitirá esta Solicitud de Arbitraje a la tercera persona a ser incorporada al arbitraje y a las otras partes para que presenten su posición. Si la incorporación se solicita por la tercera persona, la solicitud se transmitirá a las partes del arbitraje pendiente para que presenten su posición. (3.2) La tercera persona podrá participar en la constitución del tribunal arbitral conforme al Artículo 18, si ningún árbitro ha sido nombrado todavía. (3.3) El tribunal arbitral podrá devolver la Solicitud de Arbitraje sobre la incorporación de una tercera persona a la Secretaría para tratarla en un procedimiento por separado. En este caso el Consejo podrá revocar las confirmaciones de la designación o de los nombramientos ya realizados de los árbitros y ordenar la reconstitución del tribunal arbitral o de los tribunales arbitrales conforme al Artículo 17 y siguientes”.*

44. Como se aprecia, esta norma sobre la entrada e intervención de terceras partes prevista *ex novo* en el Reglamento de 2013, sigue, en buena medida, la estela de las reglas de la ICC de 2012 y del CEPANI de 2013, en cuanto que permite, como esta última institución, que la incorporación sea instada por el propio tercero, si bien, en cualquier caso, el tribunal arbitral decidirá sobre la cuestión una vez prestada audiencia a todas las partes y teniendo en cuenta las circunstancias relevantes. La exigencia de que la parte adicional lo sea también del convenio arbitral puede deducirse, creemos, de la remisión que el propio precepto realiza al artículo 7, sobre la presentación de la solicitud de arbitraje en la Secretaría de la Corte y que incluye, necesariamente, cualesquiera alegaciones sobre el acuerdo arbitral y su contenido.

45. Quizá un aspecto particular del precepto que se comenta sea la regulación de la incorporación del tercero en relación con el nombramiento del tribunal arbitral. El VIAC no obvia esta cuestión y tampoco prohíbe, como sí hacen la ICC o el CEPANI, la entrada una vez el tribunal ha sido constituido. Al contrario, estas reglas distinguen dos momentos para la incorporación del tercero, garantizando en ambos la participación de la nueva parte en la designación de los árbitros. Así, de admitirse la entrada en un estadio inicial del procedimiento en el que todavía no se ha procedido al nombramiento de ningún árbitro, la nueva parte podrá participar en la constitución del tribunal conforme a lo establecido en el artículo 18, que prevé el nombramiento conjunto de cada árbitro por todas las partes de una misma posición procesal. En otro caso, previa entrega por el Tribunal arbitral de la solicitud de incorporación a la Secretaría, el Consejo podrá revocar las confirmaciones de designación o nombramientos ya realizados y ordenar un nuevo nombramiento conforme a las reglas del artículo 17.

⁶⁸ Vid. F. SCHWARZ Y CH. KONRAD, *The Vienna Rules. A Commentary on International Arbitration in Austria*, Wolters Kluwer 2009, pp. 335-338.

⁶⁹ Sobre las novedades del Reglamento de 2018, vid. <https://www.viac.eu/en/arbitration/content/alle-vienna-rules-read-more>.

V. El sistema más abierto del Centro de Arbitraje Internacional de Hong Kong y otras instituciones arbitrales con regulación reciente

46. El Centro de Arbitraje Internacional de Hong Kong (en lo que sigue, HKIAC), fue fundado en el año 1985 como una institución independiente y sin ánimo de lucro. En la actualidad, constituye una de las cinco instituciones arbitrales mejor posicionadas en el arbitraje mundial⁷⁰, caracterizada, además, por haber desarrollado una de las regulaciones más modernas y completas en 2013. Estas reglas incluyen, en lo que a efectos de nuestro estudio interesa, una íntegra y detallada reglamentación de los mecanismos para administrar los arbitrajes complejos: disposiciones sobre la entrada e intervención de nuevas partes, la consolidación y la facultad de iniciar un solo arbitraje con base en múltiples contratos permiten al HKIAC regir con efectividad y eficiencia económica arbitrajes que implican a una multiplicidad de partes o de contratos⁷¹. Si bien el HKIAC ha revisado recientemente sus normas (la última revisión entró en vigor en noviembre de 2018), las nuevas disposiciones no modifican ninguna de los apartados contenidos en los artículos 27 y 28, reguladores de la incorporación de partes adicionales y de la consolidación de arbitrajes, respectivamente. En las líneas, reproducimos parcialmente el artículo 27 tal y como fue incluido en el Reglamento de 2013 para su posterior comentario:

27.1 “El tribunal arbitral estará facultado para admitir la incorporación de cualquier parte adicional al arbitraje, siempre que, prima facie, dicha parte adicional estuviera obligada por un convenio arbitral bajo este Reglamento que diera lugar al arbitraje, incluyendo cualquier arbitraje bajo el Artículo 28 o 29.

27.2. La decisión del tribunal arbitral de conformidad con el Artículo 27.1 se entenderá sin perjuicio de su facultad de decidir posteriormente cualquier cuestión sobre su propia competencia derivada de dicha decisión.

27.3. La parte que desee incorporar a una parte adicional al arbitraje deberá presentar una Solicitud de Incorporación a la HKIAC (...).

(...)

27.6. Un tercero que pretendiera ser incorporado como parte adicional al arbitraje deberá presentar una Solicitud de Incorporación a la HKIAC (...)

27.7. Dentro de los 15 días siguientes a la recepción de la Solicitud de Incorporación de conformidad con lo dispuesto en los Artículos 27.3 o 27.6, las partes deberán presentar sus comentarios sobre la Solicitud de Incorporación ante la HKIAC. Tales observaciones podrán incluir (sin carácter limitativo) los siguientes aspectos: (a) cualquier objeción de que el tribunal arbitral carece de competencia sobre la parte adicional (...)

27.8. Cuando la HKIAC reciba una Solicitud de Incorporación antes de la fecha en que el tribunal arbitral sea confirmado, la HKIAC podrá determinar si, prima facie, la parte adicional está obligada por un convenio arbitral bajo el presente Reglamento que diera lugar al arbitraje, incluyendo cualquier arbitraje bajo el Artículo 28 o 29. Si así fuera, la HKIAC podrá incorporar la parte adicional al arbitraje. Cualquier cuestión relativa a la competencia del tribunal arbitral que derive de la decisión adoptada por la HKIAC en virtud del Artículo 27.8 será decidida por el tribunal arbitral, una vez confirmado, de conformidad con el Artículo 19.1.

27.9. La decisión de la HKIAC conforme al artículo 27.8 se entenderá sin perjuicio de la admisibilidad o los fundamentos de las alegaciones de cualquier parte.

27.10. Cuando una parte adicional sea incorporada al arbitraje, la fecha en la que la Solicitud de Incorporación hubiera sido recibida por la HKIAC será considerada la fecha en la que comienza el arbitraje respecto de la parte adicional.

27.11. Cuando una parte sea incorporada al arbitraje antes de la fecha en la que el tribunal arbitral sea confirmado, se entenderá que todas las partes renuncian a su derecho a designar árbitro, y la HKIAC podrá revocar el nombramiento de cualesquiera árbitros que ya hubieran sido designados o confirmados. En tal caso, la HKIAC nombrará al tribunal arbitral.

27.12. La revocación del nombramiento de un árbitro bajo el artículo 27.11 se entenderá sin perjuicio de: (a) la validez de cualquier actuación realizada u orden dictada por dicho árbitro antes de que su

⁷⁰ [http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey---The-Evolution-of-International-Arbitration-\(2\)](http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey---The-Evolution-of-International-Arbitration-(2)).

⁷¹ Más información en <https://www.hkiac.org/arbitration/why-choose-hkiac>.

nombramiento fuera revocado; y (b) el derecho de dicho árbitro a percibir sus honorarios y gastos con sujeción, según sea aplicable, a lo dispuesto en el Anexo 2 o 3.

27.13. *Las partes renuncian a cualquier objeción, sobre la base de una decisión de incorporar a cualquier parte adicional al arbitraje, pudiera corresponderles sobre la validez y/o la ejecución de cualquier laudo dictado por el tribunal arbitral en el arbitraje, en la medida en que dicha renuncia pudiera ser efectuada válidamente.*

(...)"

47. Son varios los aspectos que llaman la atención en estas reglas. En primer lugar, el precepto admite la entrada o intervención de una nueva parte en el arbitraje cuando el tercero, *prima facie*, esté vinculado por un acuerdo arbitral bajo las reglas de la HKIAC que pueda dar lugar a un arbitraje, incluyendo los previstos en el artículo 28 o 29. Tomando en consideración que el artículo 28 regula, en la misma forma extensa y minuciosa, la consolidación de arbitrajes con posible origen en diversos convenios arbitrales y que el artículo 29 permite iniciar un único arbitraje con base en múltiples contratos, cabe inferir que el artículo 27.1 admite la entrada de un tercero en una situación multiparte o multicontrato, pudiendo verse el tercero incorporado a un arbitraje derivado de un convenio del que él no es parte sin su consentimiento o en contra de la voluntad de la parte contraria de aquella que solicitó la entrada. Por la misma razón, el tercero podrá solicitar su intervención y la Corte admitirla incluso mediando oposición de las partes originarias del arbitraje, que pueden serlo, además, de un contrato autónomo e independiente de aquel en el que es parte el tercero. Esta regulación recuerda a las analizadas de la LCIA y de las reglas Suizas de 2004, en cuanto que supone, como ya tuvimos ocasión de señalar respecto de estas, cierta ruptura del principio de la autonomía de las partes, aunque pueda considerarse salvado por la circunstancia de haberse sometido todas las partes, en uno o en varios contratos, a las reglas del HKIAC⁷².

48. El segundo aspecto relevante es que esta norma prevé dos renunciaciones cuya validez, entendemos, podría ser discutida en función de la *lex arbitrii* aplicable al arbitraje –de forma similar a lo que se hemos comentado al analizar las reglas de la Corte de Arbitraje de Suiza-. Así, en primer lugar, se establece que, aprobada la incorporación de una nueva parte, se entenderá que las partes renuncian a su derecho a nombrar a un árbitro, pudiendo la Corte revocar la designación o confirmación de árbitros que se hubiera verificado antes de la entrada del tercero y nombrar seguidamente, en sustitución de aquellos, al tribunal arbitral. Al excluir expresamente el derecho de las partes de participar en la elección de los miembros del tribunal, esta norma pone de manifiesto que no todas las instituciones arbitrales han asumido la doctrina del Tribunal Supremo francés en el caso “Dutco” en línea con la ICC. Reglas como esta del HKIAC o las Reglas Suizas evidencian la complejidad de armonizar la incorporación de nuevas partes como fórmula para lograr un proceso más eficiente que acoja a las múltiples partes que puedan verse afectadas por la decisión arbitral con el derecho de cada una de ellas de participar, de manera equitativa, en la elección de los miembros del tribunal, y que, precisamente de la concepción que del contenido y extensión de este derecho tenga la institución arbitral partirán las distintas soluciones que cada una de las nuevas normas proponen. A nuestro juicio, sin embargo, resulta francamente discutible la imposición por la Corte de un árbitro común o de todos los miembros del colegio arbitral, sobre todo en aquellos supuestos en los que las múltiples partes de una misma posición jurídico procesal presenten intereses contrapuestos⁷³.

49. Por último, el artículo 32 contempla la renuncia previa de las partes a plantear cualquier objeción sobre la validez o ejecución del laudo resultante del arbitraje al que se incorporó una parte adicional, “siempre que tal renuncia pueda ser válidamente realizada”. Ciertamente, la entrada o intervención de partes adicionales podría plantear problemas en sede de impugnación o ejecución del laudo arbitral cuando, como permiten las reglas del HKIAC, no habiendo existido consentimiento expreso de las par-

⁷² G. SMITH, “Comparative Analysis of Joinder and Consolidation Provisions Under Leading Arbitral Rules”, *Journal of International Arbitration*, 35, no 2 (2018), p. 186.

⁷³ En este sentido, cfr. F. NICKLISCH, “Multi-Party Arbitration and Dispute Resolution in Major Industrial Projects,” *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International 1994, vol. 11, n° 4, pp. 426-428.

tes a la entrada, una de ellas alegue la inexistencia de acuerdo arbitral. Con el fin de evitar estos futuros obstáculos a la validez y ejecutabilidad del laudo arbitral que decide el arbitraje, el HKIAC impone a las partes esta renuncia previa. En términos generales, la renuncia a las facultades de impugnación de un laudo arbitral puede tener esencialmente dos orígenes: bien un pacto expreso estipulado por las partes en el que las mismas acuerdan renunciar a sus derechos de impugnación de la resolución o en el que se limiten los motivos con base en los cuales puede solicitarse la anulación de aquél, bien, como es el caso que nos ocupa, en el sometimiento de las partes a una institución arbitral cuyas reglas la incluyan. En ambos casos, la renuncia previa por las partes a sus derechos de impugnación del laudo arbitral es controvertida para la doctrina y la jurisprudencia y, con carácter general, solo se considera válida si la ley aplicable al arbitraje la regula expresamente.

1. El Centro de Arbitraje Internacional de Singapur (SIAC)

50. Con motivo de la celebración de los 25 años desde su creación, el Centro de Arbitraje Internacional de Singapur elaboró, en el año 2016, unas nuevas reglas con el fin de adecuarse a las demandas de la comunidad empresarial mundial y a la naturaleza dinámica y cambiante del arbitraje y de las instituciones arbitrales⁷⁴. Entre las innovaciones más relevantes, se encuentra la incorporación de una amplia y minuciosa regulación de las disputas multiparte en los artículos 7 y 8, que sigue muy de cerca las reglas del HKIAC que acabamos de analizar.

51. En lo que a la incorporación de nuevas partes se refiere, el cambio ha sido sustancial. En las reglas de 2013, el SIAC únicamente preveía, dentro de las potestades adicionales del Tribunal para la administración del arbitraje, la posibilidad de ordenar, a instancia de cualquiera de las partes originarias, la entrada de una o más partes, siempre que estas fueran signatarias del convenio arbitral y mostraran su consentimiento por escrito (artículo 24.b). Las reglas de 2016 amplían muy notablemente esta regulación, así como las disposiciones sobre la consolidación de arbitrajes. En lo que a nuestro estudio interesa, el artículo 7 regula la entrada e intervención de nuevas partes en los siguientes términos (reproducimos el precepto solo parcialmente):

“7.1. Con anterioridad a la constitución del tribunal, una parte o un tercero podrá presentar solicitud para la intervención de una o más partes adicionales en un arbitraje pendiente bajo estas reglas, como demandante o demandado, siempre que se cumplan los siguientes criterios: a. que la parte adicional se encuentre, prima facie, vinculada por el acuerdo arbitral; o b. que todas las partes, incluida la parte adicional, muestran su consentimiento a la incorporación.

(...)

7.4. La Corte decidirá sobre la admisión total o parcial de la solicitud de incorporación tras considerar las alegaciones hechas por todas las partes –incluida la parte adicional, y teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso. Esta decisión de la Corte no prejuzga la ulterior decisión del tribunal sobre su jurisdicción. La inadmisión de la Corte de una solicitud de intervención no excluye el derecho de las partes o del tercero de volver a plantearla ante el tribunal conforme al artículo 7.8.

7.5 Cuando la solicitud de intervención es admitida según la regla 7.4, la fecha de recepción de la completa solicitud será considerada la fecha de inicio del arbitraje respecto de la parte adicional.

7.6 Cuando la solicitud de intervención es admitida según la regla 7.4, la Corte podrá revocar el nombramiento de cualquier árbitro que hubiera sido designado con anterioridad a la decisión sobre la intervención. Salvo acuerdo en contrario de las partes, incluida la parte adicional, se aplicarán las reglas 9 a 12, y los plazos comenzarán a computarse desde la fecha de recepción de la admisión de intervención por la Corte.

7.7. La decisión de la Corte de revocar el nombramiento de algún árbitro según la Regla 7.6 no excluye la validez de cualquier actuación, orden o laudo emitido por el árbitro con anterioridad a la revocación de su nombramiento.

7.8 Después de la constitución del tribunal arbitral, una parte o un tercero podrá presentar solicitud para la entrada de una o más partes adicionales en un arbitraje pendiente bajo estas reglas, como

⁷⁴ Más información en <https://www.siac.org.sg/2014-11-03-13-33-43/about-us>.

demandante o demandado, siempre que se cumplan los siguientes criterios: a. que la parte adicional se encuentre, prima facie, vinculada por el acuerdo arbitral; o b. que todas las partes, incluida la parte adicional, muestren su consentimiento a la incorporación.

(...)

7.10: *El Tribunal decidirá, tras haber dado oportunidad a todas las partes –incluida la parte adicional–, y teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, sobre la admisión total o parcial de la solicitud de intervención según la regla 7.8. La admisión de la petición por el Tribunal se entiende sin perjuicio de su potestad para resolver cualquier cuestión relativa a su jurisdicción que derive de tal decisión.*

7.11 *Cuando la solicitud de intervención es admitida según la regla 7.10, la fecha de recepción de la completa solicitud por el tribunal o el Registro será considerada la fecha de inicio del arbitraje respecto de la parte adicional.*

7.12. *Cuando la solicitud de intervención es admitida según la regla 7.4 o 7.10, se considerará que cualquier parte que no haya nombrado a un árbitro o participado de alguna forma en la constitución del tribunal arbitral renuncia a su derecho a nombrar a un árbitro o a participar en la constitución de tribunal, sin perjuicio de su derecho a recusar a un árbitro conforme al artículo 14.*

(...)”.

52. Quizá la nota más característica de esta detallada regulación es la distinción de dos momentos para la presentación de la solicitud de entrada o intervención de la nueva parte: con anterioridad a la constitución del tribunal arbitral, en cuyo caso la decisión se atribuye a la propia Corte, sin perjuicio de la posibilidad de volver a instarla ante el tribunal en caso de inadmisión; o después de la designación de los árbitros. En cualquier de estos casos, la efectiva incorporación –que puede ser instada tanto por las partes del arbitraje como por el tercero– queda supeditada a que se cumplan los mismos presupuestos: a saber, que la parte adicional esté, *prima facie*, vinculada por el convenio arbitral que da origen al arbitraje o, en su defecto, que todas las partes –también el tercero– muestren su conformidad a la incorporación. Pero destacan, sobre todo, las reglas específicas sobre la participación de la nueva parte en la constitución del tribunal arbitral. Así, cuando la entrada o intervención de la parte adicional sea aprobada con anterioridad a aquella, la Corte podrá revocar cualquier nombramiento que se hubiera efectuado, de forma que se proceda a nombrar a un nuevo tribunal conforme a las reglas previstas en el artículo 12 para los arbitrajes con pluralidad de partes, en cuya designación pueda participar la nueva parte. Sin embargo, cuando la solicitud es admitida una vez han sido confirmados los miembros del tribunal, la regla del SIAC es, a nuestro juicio, más controvertida, puesto que, en la línea del HKIAC y de las Reglas Suizas, presume la renuncia de la nueva parte a su derecho a nombrar a un árbitro, limitando, a nuestro juicio de manera discutible, su derecho a influir en la composición del tribunal.

2. El Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo

53. El Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (CCE) modificó sus reglas en 2017, incorporando, *ex novo*, regulación sobre la incorporación de partes adicionales (artículo 13):

(1) *Un parte litigante puede solicitar que el Consejo incorpore al arbitraje una o las partes adicionales.*

(2) *La Solicitud de Incorporación deberá presentarse lo antes posible. Una Solicitud de Incorporación hecha después de la presentación de la Respuesta no será considerada, salvo que el Consejo decida lo contrario. Los Artículos 6 y 7 se aplicarán mutatis mutandis a la Solicitud de Incorporación.*

(3) *La fecha de recepción por parte de la CCE de la Solicitud de Incorporación será considerada como la fecha de inicio del arbitraje en contra de la parte adicional.*

(4) *La Secretaría fijará un plazo dentro del cual la parte adicional deberá presentar una Respuesta a la Solicitud de Incorporación. El Artículo 9 se aplicará mutatis mutandi a la Respuesta a la Solicitud de Incorporación. El Consejo podrá decidir incorporar una o más partes adicionales siempre que la CCE no carezca manifiestamente de jurisdicción sobre la disputa entre las partes, entre las que se incluye cualquier parte adicional cuya incorporación se hubiere solicitado, de conformidad con el Artículo 12 (i).*

(5) *El Consejo podrá decidir incorporar una o más partes adicionales siempre que la CCE no carezca manifiestamente de jurisdicción sobre la disputa entre las partes, entre las que se incluye cualquier parte adicional cuya incorporación se hubiere solicitado, de conformidad con el Artículo 12 (i).*

(6) *Al de decidir si acoger la Solicitud de Incorporación cuando haya demandas formuladas bajo más de un acuerdo arbitral, el Consejo deberá consultar a las partes y deberá tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 14 (3) (i) (iv).*

(7) *Toda vez que el Consejo decida acoger una Solicitud de Incorporación, cualquier decisión sobre la jurisdicción del Tribunal Arbitral sobre cualquier parte incorporada al arbitraje deberá tomarse por el Tribunal Arbitral.*

(8) *Cuando el Consejo acoja la Solicitud de Incorporación, y la parte adicional no acepte ningún árbitro que ya hubiere sido nombrado, el Consejo podrá dejar sin efecto el nombramiento de los árbitros y nombrar a todo el Tribunal Arbitral, a menos que todas las partes, incluyendo la parte adicional, acuerden un procedimiento diferente para el nombramiento del Tribunal Arbitral.*

54. Como puede apreciarse, esta norma sigue la línea iniciada por el HKIAC, en la medida en que contempla un posible escenario en el que el tercero – a quien no se permite instar su intervención en el arbitraje- se vea compelido a entrar en el arbitraje pendiente sin su consentimiento o sin el consentimiento de la parte contraria. Y, también a la luz de la regulación del HKIAC, si bien no dispone esta institución renuncias de ningún tipo, el precepto dispone la posible revocación por el Consejo de los árbitros que hubieran sido designados con anterioridad a la admisión de la solicitud de entrada y el consecuente nombramiento, también por el Consejo, del tribunal arbitral.

VI. A modo de conclusión

55. La entrada e intervención de nuevas partes en el arbitraje pendiente es considerada por las instituciones arbitrales como un valioso mecanismo para reducir el tiempo y los costes en la decisión definitiva de los conflictos que afectan a una multiplicidad de partes y para evitar que puedan dictarse resoluciones arbitrales contradictorias sobre materias estrechamente vinculadas.

56. El estudio de las disposiciones específicas de las instituciones arbitrales pone de manifiesto la absoluta disparidad en el modo de entender y regular la entrada e intervención de nuevas partes en el arbitraje, así como la complejidad de armonizar este mecanismo como fórmula para lograr un proceso más eficiente que acoja a las múltiples partes que puedan verse afectadas por la decisión arbitral con la naturaleza eminentemente consensual de la institución y los derechos más esenciales que las partes ostentan en el arbitraje.

57. Estas diferencias abarcan cuestiones tan esenciales como la exigencia o no del consentimiento de todas las partes afectadas por la entrada de la parte adicional, la legitimación de las partes o del tercero para solicitar la incorporación, la regulación de mecanismos que permitan a esta nueva parte participar en la constitución del tribunal o, incluso, la previsión de la renuncia de las partes al nombramiento de árbitros.

58. A pesar de la inexistencia de consenso sobre el modo de regular las distintas y complejas situaciones que pueden producirse en el ámbito de los arbitrajes multiparte y, en concreto, en el marco de los mecanismos de entrada e intervención de terceros, ha de reconocerse el esfuerzo que desde hace años vienen realizando las instituciones arbitrales más relevantes para dar respuesta, de la forma más detallada posible, a esta necesidad.

THE IMPLEMENTATION AT THE NATIONAL LEVEL OF THE BANK ACCOUNT INFORMATION MECHANISM UNDER THE EAPO REGULATION: A COMPARATIVE ANALYSIS

LA IMPLEMENTACIÓN DEL MECANISMO DE INFORMACIÓN SOBRE LAS CUENTAS BANCARIAS DE LA ORDEN EUROPEA DE RETENCIÓN DE CUENTAS: UN ANÁLISIS COMPARADO

CARLOS SANTALÓ GORIS

Research Fellow at the Max Planck Institute Luxembourg

Supported by the Luxembourg National Research Fund (FNR) - 10965388

Recibido: 15.12.2019 / Aceptado: 10.01.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5194>

Abstract: One of the most praised aspects of the Regulation n° 655/2015 establishing a European Account Preservation Order is its mechanism to gather information about debtor's bank accounts (Article 14). Situations in which creditors ignore the debtors' banking details are not unusual. Through Article 14 tool creditors who have already obtained a title (enforceable or not) are entitled to request that information. However, the EAPO Regulation only lays down the skeleton and the main features of this instrument, conferring Member States a wide margin of manoeuvre to decide how to accommodate it in their respective domestic legal systems. Member States are allowed to select the authorities in charge of collecting the information and they can decide on how the information is gathered. This freedom is a source of divergence. The objective of this paper is to provide a comparative analysis on the information mechanism.

Keywords: debtors, creditor, assets' transparency, pecuniary claims, EAPO Regulation, bank accounts, European Civil Procedural Law.

Resumen: Uno de los aspectos más alabados del reglamento n° 655/2014 por el que se establece el procedimiento relativo a la orden europea de retención de cuentas, es su mecanismo para obtener información sobre las cuentas bancarias del deudor (artículo 14). No es inusual que los acreedores ignoren dicha información. A través de este nuevo mecanismo, aquellos acreedores que ya disponen de un título, pueden solicitar búsqueda de la información sobre las cuentas bancarias del deudor. Sin embargo, el reglamento únicamente establece las líneas generales del mecanismo, dejando a los estados miembros un amplio margen de maniobra para implementarlo en sus respectivos ordenamientos jurídicos. Cada estado puede elegir no solo las autoridades encargadas de realizar la búsqueda de información, también los medios a través de los que se obtiene la información. Esta libertad de la que disponen los estados miembros se ha convertido una fuente de divergencias a la hora de implementar el reglamento. El objetivo de este artículo es ofrecer un análisis comparado sobre el mecanismo de información.

Palabras clave: deudores, creditors, transparencia patrimonial, crédito pecuniario, Reglamento OERC, cuentas bancarias, Derecho Procesal Civil Europeo.

Summary: I. Introduction. II. Breviary of the EAPO Regulation. 1. Material and Territorial Scope. 2. Application. 3. Decision on the application. 4. Enforcement. III. Article 14 - Information Mechanism. 1. Rationale 2. Creditors' request to investigate debtors' bank accounts. A) Moment

of the request. B) Form. C) Limitations. D) Prerequisites. a) For all the creditors. b) For creditors without an enforceable title. 3. Issuance of the order to investigate. A) Form. B) Language. C) Access to the information authority. 4. Procedure in the state of enforcement. A) Information authorities. B) Verification of the origin of the information request. C) Mechanism to gather the information on the bank account. D) Time limits. E) Costs procedure. F) Information gathered on the bank accounts. G) Informing the court of origin about the results of the investigation. H) Notification to the debtor about the disclosure of his personal data. 5. Eventual assistance to the banks. 6. The information mechanism in numbers. IV. Conclusions and policymaking recommendations. V. Annex – Questionnaire for information authorities.

I. Introduction

1. On 17 January 2017, Regulation 655/2014, establishing a European account preservation order entered into force.¹ In broad terms, this instrument has established the first uniform provisional measure at the European level. It affords creditors a mechanism for the provisional attachment of bank accounts in pecuniary cross-border claims. For bank accounts to be frozen, creditors have to identify the bank accounts they want to attach. A problem emerges in those cases in which creditors do not supply such information and are unsure about the existence of bank accounts. The European lawmaker, aware of this potential barrier, has introduced a specific mechanism within the EAPO Regulation that allows certain creditors to obtain such information. Although it is one of the most praised elements of the EAPO Regulation, it is also one of the most controversial, since it affects two major sensitive subjects: data protection and bank secrecy.² It might be for these reasons, among others, that the European lawmaker has decided to leave a broad margin of discretion for its implementation in Member States (“MSs”).

2. The aim of this article is to offer a coherent and extensive overview of the main features and functioning of the EAPO Regulation information mechanism. On the one hand, the article will provide a comparative theoretical analysis of the EAPO Regulation normative framework, including specific implementing legislation at national level. At this point, academic and doctrinal contributions on the topic will be also considered. On the other hand, the paper will also reflect on existing practical issues with the application of the information mechanism. These first hand experiences were collected from several sources: domestic case law gathered in several MSs (Germany, Lithuania, Luxembourg, the Netherlands, Poland and Spain); issues reported by legal practitioners (judges and judicial clerks) involved in the application of the information mechanism;³ and the answers given by the information

¹ Regulation (EU) No 655/2014 of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 establishing a European Account Preservation Order procedure to facilitate cross-border debt recovery in civil and commercial matters, OJ L 189, 27 June 2014, p. 59 (“EAPO Regulation”).

² These concerns were reflected in the comments made by the MSs’ delegations during preparation of the EAPO Regulation. See: Comments from the delegation of Czech Republic, 13140/12 ADD 1, p. 5; Comments from the delegation of Austria, 13140/12 ADD 2; Comments from the delegation of the Netherlands, 13140/12 ADD 3, p. 7; Comments from the German delegation 13140/12 ADD 6, p. 15; Comments from the delegation of Romania, 13140/12 ADD 7, p. 4; Comments from the Delegation of Finland, 13140/12 ADD 11, p. 6; Comments from the delegation of France, 13140/12 ADD 13, p. 14; Comments from the delegation of Lithuania, 13140/12 ADD 14, p. 4; Comments from the delegation Belgium, 13140/12 ADD 15, p. 4; Comments from the delegation of United Kingdom, 13140/12, p. 12.

³ Part of the interviews took place in the context of the IC²BE project. In broad terms, this project funded by the European Commission aimed at assessing the functioning of several European regulations focused on facilitating cross-border debt recovery (European Enforcement Order, European Payment Order, European Small Claims Procedure, and the European Account Preservation Order) from the perspective of domestic practice. Seven academic institutions from seven MSs participated in the project covering eight MSs (University of Antwerp – Belgium; Max Planck Institute for Procedural law (“MPI Luxembourg”)– France, Luxembourg and the CJEU decisions; University of Freiburg – Germany; University of Milan – Italy; University of Wrocław – Poland; Erasmus University Rotterdam – the Netherlands; University Complutense of Madrid – Spain). Each project partner had to conduct interviews with different practitioners and entities involved in the application of the instruments in their respective countries, as well as collecting Court of Justice of the European Union (“CJEU”) and domestic judgments concerning the application of the instruments. Summaries of all CJEU judgments and the most relevant domestic decisions are available in a public database created by the University of Antwerp for that purpose. A collective work with all the national reports will be published in 2020. For a detail overview on the project and database, see: <https://www.uantwerpen.be/en/projects/ic2be/about-the-project/> (accessed on 9 December 2019).

authorities in 6 MSs (Belgium, Germany, Estonia, Ireland, Luxembourg and Poland) to a questionnaire prepared for that purpose.⁴

3. The last part of the paper will address a group of policymaking suggestions intended to improve the information mechanism under its current framework, as well as potential amendments.

II. Overview of the EAPO Regulation

4. The EAPO Regulation was the result of almost two decades work⁵ and is the partial response to a pressing economic reality insufficiently addressed by the Brussels System rules on provisional measures.⁶

5. The EAPO Regulation has established the very first uniform provisional measure at the European level.⁷ It allows creditors the provisional seizure of defendants' bank accounts in cross-border pecuniary claims.⁸ Without any intention of being exhaustive, this section aims at offering a very general overview of the main features of the EAPO Regulation.

⁴ Annex with the questionnaire.

⁵ The very first and distant reference to a European preservation order appeared in 1998, on the "Commission communication to the Council and the European Parliament 'towards greater efficiency in obtaining and enforcing judgments in the European Union'" OJ C 33, 31 January 1998, p. 3. Back in those days, there were also several embryonic academic works exploring the possibility of establishing a specific provisional measure for bank accounts. See among other authors: R. PERROT, "L'efficacité des Procédures Judiciaires au sein de L'Union Européenne et les Garanties des Droits de la Défense", in M.T. CAUPAIN, G. LEVAL (eds.), *L'Efficacité de la Justice Civile en Europe*, Bruxelles, Larcier, 2000, pp. 417-437; E. JEULAND, "Les Garanties de la Saisie-Européenne de Créances Bancaires", in J. ISNARD, J. NORMAND (eds.), *Nouveaux droits dans un espace européen de justice Le droit processuel et le droit de l'exécution*, Paris, Passerelle, 2002, pp. 395-406; N. ANDREWS, "Towards an European protective order in civil matters" in M. STORME (ed.), *Procedural Laws in Europe. Towards Harmonisation*, Antwerp, Maklu, 2003, pp. 267-304. On 2006, the European Commission published "Green Paper on improving the efficiency of the enforcement of judgments in the European Union: the attachment of bank accounts" (SEC(2006) 1341, COM/2006/0618 final). It was not until 2011 that the European Commission released the "Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council Creating a European Account Preservation Order to facilitate cross-border debt recovery in civil and commercial matters, COM/2011/0445 final - 2011/0204 (COD)" ("EAPO Commission Proposal"). This first text was the object of a substantial review by the European lawmaker. The final version of the text appeared in 2014, and it entered into force two and half years later, on 17 January 2017. On the development of the EAPO Regulation, see: D. VILAS ÁLVAREZ, "El Reglamento por el que se crea una Orden Europea de Retención de Cuentas y Mercantiles: claves de su elaboración" *La Ley mercantil*, n° 6, September 2014, p. 1.

⁶ In this sense, see: Commission Staff Working Document, - Annex to the Green Paper on improving the efficiency of the enforcement of judgments in the European Union: the attachment of bank accounts (COM(2006) 618 final) SEC/ 2006/1341.

⁷ Despite its uniformity, there are many aspects left to domestic procedural law. At. This has been acknowledged by several authors. See among other authors: G. PAYAN, "La nouvelle procédure européenne de saisie conservatoire des comptes bancaires", *Lamy Droit de l'exécution forcée*, n° 85, September 2014, p. 2; S. PIEDELIÈVRE, "La saisie européenne des comptes bancaires: à propos de la proposition de règlement européen", in J. ATTARD, M. DUPUIS, M. LAUGIER, V. SAGAERT, J. VOINOT (eds.), *Un recouvrement de créances sans frontières?*, Brussels, Larcier, 2012, p.18.

⁸ For a more detailed overview on the EAPO Regulation, see among other authors: I. ANTÓN JUÁREZ, *Litigación Internacional en la Unión Europea III. La Orden Europea de retención de Cuentas*, Pamplona, Aranzadi, 2018; G. CUNIBERTI, S. MIGLIORINI, *The European Account Preservation Order Regulation. A Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018; G. CUNIBERTI, "La procédure d'ordonnance européenne de saisie conservatoire des comptes bancaires établie par le règlement UE n° 655/2014. Aspects de droit international privé", *Revue critique de droit international privé*, 2018, pp. 31-62; J. COVELO DE ABREU "O Regulamento n.º 655/2014 que estabelece um procedimento de decisão europeia de arresto de contas: direitos à ação e de defesa em tensão reflexiva no contexto de uma integração judiciária em matéria civil – uma precoce antevisão", in A. SILVEIRA (ed.), *UNIO E-book Volume I Workshops CEDU 2016*, Braga, Centro de Estudos em Direito da União Europeia, 2016, pp. 253-277; P. FRANZINA, A. LEANDRO, *Il sequestro europeo di conti bancari. Regolamento (UE) N. 655/2014 del 15 maggio 2014*, Milano, Giuffrè, 2014; B. HESS, K. RAFFELSIEPER, "Die Europäische Kontenpfändungsverordnung: Eine überfällige Reform zur Effektivierung grenzüberschreitender Vollstreckung im Europäischen Justizraum", *IPRax*, 2014, pp. 46-52; E. JEULAND, "La clef de voûte de l'espace judiciaire européen : le règlement n° 655/2014 du 15 mai 2014 créant une procédure d'ordonnance européenne de saisie conservatoire des comptes bancaires (OESC)", *Revue internationale de droit processuel*, n° 2, 2016, pp. 282-293; F. MOHR, *Die vorläufige Kontenpfändung: EuKoPffVO*, Vienna, LexisNexis, 2014; N. RITZ, *Vorläufige Kontenpfändung in Europa*, Berlin, Peter Lang, 2019; L. SANDRINI, "Nuove prospettive per una più efficace cooperazione giudiziaria in materia civile: il regolamento", *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, n° 2, 2017, pp.283-355; C. SENÉS MOTILLA, *La orden europea de retención de cuentas. Aplicación en derecho español del reglamento (UE) n.º 655*, Pamplona, Aranzadi, 2015; T.L. SIKORSKI, *Vorläufige Kontopfändungen. Europäisches, deutsches und polnisches Recht im Vergleich*, Frankfurt a.M, Peter Lang, 2018; H. SCHUMACHER, "Artikle 14", in B. KÖLLENSPERGER, H. SCHUMACHER, M. TRENKER, *EuKoPffVO. Kommentar zur EU-Kontenpfändungsverordnung (UE) n. 655/2014*, Vienna, MANZ, 2017.

1. Material and territorial scope

6. Materially, the EAPO Regulation is only applicable to pecuniary claims in civil and commercial matters.⁹ Certain matters are expressly excluded from the scope of application of the EAPO,¹⁰ such as arbitration,¹¹ or wills and succession.¹²

7. Territorially, the EAPO Regulation is applicable in all MSs except the United Kingdom and Denmark.¹³ At least the bank account and the creditors' domicile have to be located in MSs where the EAPO Regulation applies.¹⁴ Furthermore, the EAPO Regulation only applies in cross-border claims. Again, the creditor's domicile and the location of the bank account are determinant to establish the cross-border element: one of them has to be located in a different MS from the one of the court which might grant the preservation order.¹⁵

2. Application stage

8. The preservation order is granted by a court. Creditors can apply for an EAPO before the initiation of a procedure on the substance of the matter; during the procedure; or even after, when creditors have already an enforceable title, which can be a judgment, but also a court agreement or an authentic title.¹⁶ If they apply before the initiation of the procedure on the substance of the matter, jurisdiction is determined on the basis of the rules governing jurisdiction in the main proceedings. In such cases, we should observe the rules of the Brussels I bis Regulation; the Maintenance Regulation;¹⁷ or the Insolvency Regulation,¹⁸ depending on the nature of the main claim. If the procedure on the substance of the case has already been initiated, then the competent court to grant a preservation order will be found in the MSs where the court which is hearing the main case is located. If the creditor obtains preservation order on the basis of an authentic instrument then jurisdiction corresponds to the courts of the MSs where the authentic instrument has been obtained.¹⁹ There is one exception. If one of the parties is a consumer, then jurisdiction lies with the courts of the country of the consumers' domicile.²⁰

9. Creditors also need to satisfy certain minimum material prerequisites.²¹ All creditors have to prove the existence of a risk to recovering the amount of the claim (the so-called *periculum in mora*).

⁹ Article 2(1) EAPO Regulation.

¹⁰ Article 2(2) EAPO Regulation.

¹¹ Article 2(2)(e). Nonetheless, this might not be an absolute exclusion if we observe this provision in the light of CJEU, 17 November 1998, *Van Uden*, 391/95, ECLI:EU:C:1998:543. In that decision the CJEU acknowledged the possibility of applying the Brussels Convention to a provisional measure granted by a court while the main proceedings were substantiated before an arbitration court. The rationale was the nature of the claim fell within the material scope of the Brussels Convention. In Poland, a regional court that confronted a similar problem concerning the EAPO Regulation decided to follow the *Van Uden* doctrine. See: G. POBOZNIAK, P. SIKORA, "The Admissibility of a European Account Preservation Order in the Event of an Arbitration Clause", *Czech and Central Europe Yearbook of Arbitration*, 2018, pp. 221-233.

¹² Article 2(2)(b) EAPO Regulation.

¹³ Recitals 50 and 51 EAPO Regulation. Nonetheless, in the Netherlands, a creditor tried to use it against bank accounts in the United Kingdom. See: *Rechtbank Noord-Nederland*, 22-05-2019/C/17/166749/KGZA19-118, ECLI:NL:RBNNE:2019:2267.

¹⁴ Article 4(4)(6) EAPO Regulation.

¹⁵ Article 3 EAPO Regulation. This means that we might have cases in which the court, which issues the preservation and the bank account, are located in the same MS. In those occasions, the whole procedure takes place in the same jurisdiction. In this sense: M. A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, "La Orden Europea de Retención de Cuentas", *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, n° 38, September – December 2015, p. 150.

¹⁶ Article 5 EAPO Regulation.

¹⁷ Council Regulation (EC) No 4/2009 of 18 December 2008 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations, OJ L 7, 10 January 2009, p.1 ("Maintenance Regulation").

¹⁸ Regulation (EU) 2015/848 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2015 on insolvency proceedings, OJ L 141, 5 June 2015, p. 19.

¹⁹ Article 6(4) EAPO Regulation.

²⁰ Article 6(2) EAPO Regulation.

²¹ Cf. SENÉS MOTILLA (n 8), pp. 71-95.

Creditors who have not yet obtained an enforceable title²² have to prove the existence of a likelihood of success relating to the substance of the claim (the so-called *fumus boni iuris*). Creditors have to submit evidence to prove the existence of these prerequisites. Besides these two elements, creditors who have not obtained a title will also have to provide a security. Nonetheless, according to the ‘circumstances of the case’ they could be exempted from the security, just as creditors who have already obtained a title might be requested to provide to one.²³

3. Decision on the application

10. Once the court receives the application, it proceeds to the examination of the application, assessing if all the prerequisites, formal and material, are duly satisfied. If national law allows it, judges can request additional evidence.²⁴ The procedure incurs *inaudita parte debitoris*, meaning that a debtor is not summoned to appear before the court.²⁵ The purpose is to guarantee the ‘surprise effect’ of a proceeding.²⁶ The time limits depend on whether a creditor already has an enforceable title or not. If the creditor has an enforceable title, the judge has to deliver the decision within the next 5 days. If the creditor has not yet obtained a title, or the title is not yet enforceable, then the judge has 10 days to deliver the decision on the application. Eventually, if the judge decides not to grant the preservation order (e.g. the claimant could not prove the existence of a risk), the applicant has the possibility to lodge an appeal against that decision.²⁷ If the preservation order is granted, it will be referred to the enforcement authority in the MS where the bank account is held.

4. Enforcement

11. The enforcement authority will notify the bank of the EAPO. Depending on the law of the MS of enforcement, the bank will simply freeze the monies in the account,²⁸ or transfer the balance to an account dedicated for preservation purposes.²⁹ There are certain amounts which cannot be attached, in order to ensure the debtor’s minimum standard of living.³⁰ Once the attachment happens, the bank will issue a declaration concerning the attachment of the bank accounts.³¹ The declaration is sent to the enforcement authority, which transmits it to the court of origin and to the creditor.³² Nonetheless, if the bank and the court of origin are in the same MS, then the bank will inform the court and the creditor directly.³³

12. If the amount attached surpasses the amount of the claim, the creditor shall request the release of the surplus.³⁴ If not, they might be found liable for damage caused to the debtor.³⁵

²² The EAPO Regulation does not specify if the title has to be enforceable or not. Nonetheless, in the recent CJEU, 7 November 2019, *K.H.K.*, 555/18, ECLI:EU:C:2019:937, the court determined that despite the lack of an express reference to the enforceability, titles have to be enforceable if creditors want to access to the most lenient regime of the EAPO Regulation. See: C. SANTALÓ GORIS, “The CJEU renders its first decision on the EAPO Regulation – Case C-555/18” available at: <http://conflictoflaws.net/2019/the-cjeu-renders-its-first-decision-on-the-eapo-regulation-case-c-555-18/> (accessed on 4 December 2019).

²³ Article 12(1)(2) EAPO Regulation.

²⁴ Article 9(1) EAPO Regulation.

²⁵ Article 11 EAPO Regulation.

²⁶ This contrasts with the regime of the Brussels I *bis* Regulation, in which *ex parte* provisional measures are banned from benefiting from the simplified scheme of recognition and enforcement since the famous CJEU, 21 May 1980, *Denilauler*, 125/79, ECLI:EU:C:1980:130, para. 17.

²⁷ Article 21 EAPO Regulation.

²⁸ Article 24(2)(a) EAPO Regulation.

²⁹ Article 24(2)(b) EAPO Regulation.

³⁰ Article 31 EAPO Regulation.

³¹ Article 25 EAPO Regulation.

³² Article 25(3) EAPO Regulation.

³³ Article 25(2) EAPO Regulation.

³⁴ Article 27 EAPO Regulation.

³⁵ Article 13 EAPO Regulation.

13. Once the court of origin receives the declaration on the attachment of the funds, it informs the debtor about the preservation order. At this stage, debtors have four options. One, the debtor can do nothing and await the possible later enforcement of the creditor's title. Two, if the debtor considers that the EAPO Regulation was not properly issued, they could apply for remedy before the court of origin. Three, in certain cases, they could even lodge a remedy before the court of the MS of enforcement.³⁶ Four, if the creditor has expressly allowed it, the debtor could also pay the amount due, by requesting the bank to transfer the attached funds to the creditor's bank account.³⁷ Debtors can request the release of the amount attached if they provide to that court or authority, a security in the amount preserved by the EAPO granted.³⁸

14. The preservation order will last until the enforcement is terminated, or revoked, or the measure of enforcement of title takes effect.³⁹

III. Article 14 - Information Mechanism

1. Rationale

15. The inclusion of an information mechanism was not envisaged in the first *travaux préparatoires* of the EAPO Regulation. The 2006 Commission Green Paper on attachment of bank accounts did not mention anything regarding the information mechanism.⁴⁰ Instead, the Commission was planning to create an autonomous instrument strictly related to a defendant's assets transparency. This project was much more ambitious and explored, among other things, the possibility of creating a European Assets Declaration.⁴¹ Only when the latter was indefinitely postponed, did the Commission consider the possibility of including a tool to gather information on bank accounts within the EAPO Regulation.⁴² Nonetheless, the idea was not new. The Maintenance Regulation envisaged a similar tool, although not in such detail.⁴³ Under this Regulation, central authorities are entitled to gather information on a defendant's assets.⁴⁴ The central authorities have to, among other functions, find the location of the debtor's assets.⁴⁵ At the domestic level, most of MSs to a certain extent have tools to gather information on a debtor's assets.⁴⁶ Nevertheless, the non-inclusion of a specific tool to gather information on a defendant's bank accounts would have precluded many potential users from using the EAPO Regulation.

2. Creditors' request to investigate defendants' bank accounts

A) Moment of the request

16. Creditors must request information on the bank accounts when they submit the application for the preservation order. The information request is made in the same standard form as the application

³⁶ Article 34 EAPO Regulation.

³⁷ Article 19(2)(j) and Article 24(3) EAPO Regulation.

³⁸ Article 38(1) EAPO Regulation.

³⁹ Article 20 EAPO Regulation.

⁴⁰ European Commission, "Improving the efficiency of the enforcement of judgments in the European Union: the attachment of bank accounts" (Green Paper) COM/2006/0618 final.

⁴¹ European Commission, "Effective enforcement of judgments in the EU: transparency of debtors' assets" (Green Paper) COM (2008) 128 final. p. 11. This paper was the result of a more extensive study directed by Prof. Hess, from the University of Heidelberg. See: B. HESS, *Making More Efficient the Enforcement of Judicial Decisions Within the EU* (Study No. JAI/A3/2002/02, 2004).

⁴² Cf. CUNIBERTI, MIGLIORINI (n 8) pp. 176 – 177.

⁴³ Article 61(2)(d)(e) Maintenance Regulation.

⁴⁴ Article 35 of the Commission Proposal of the Maintenance Regulation (European Commission, "Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations" (COM (2005)0649 final)) foresaw the creating of an "order for temporary freezing of a bank account" similar to the EAPO Regulation.

⁴⁵ Article 51 Maintenance Regulation.

⁴⁶ Cf. HESS (n 41), pp. 26-47.

for the preservation order.⁴⁷ It is unclear whether a creditor can request information on the bank account after submission of the application for the preservation order. Sometimes, a creditor discovers certain information that leads him to suspect that there might be another bank account in another MS. This may occur after the creditor has made the application for a preservation order. Since the EAPO Regulation specifies that the information request has to be made using the standard application form, it is doubtful that a further application for information could be made at a later time.

B) Form

17. The information request is to be made by means of the same standard form as the application for the preservation order.⁴⁸

C) Limitations

18. Not all kinds of creditors have access to the information mechanism. Article 14 is restricted to those creditors who have a title (a judgment, a public document, or a transaction). The title does not have to be enforceable. Nonetheless, as will be explained, creditors who request the information based on a non-enforceable title have to fulfil more prerequisites than creditors who have an enforceable title.⁴⁹ The Commission Proposal did not contain such limitation - any kind of creditor could request information on the defendants' bank accounts.⁵⁰ Nonetheless, during the review of the first draft, several MSs advocated for a more restrictive approach.⁵¹ In their view, the draft of the Commission Proposal could lead to potential abuses.

D) Prerequisites

19. Those creditors who request information on the debtors' bank accounts have to satisfy certain prerequisites which vary depending on if creditors have an enforceable title or a non-enforceable title.⁵²

a) For all creditors

Lack of information of information on debtor's bank accounts

20. A literal reading of Article 8 seems to indicate that the bank account could be identified with the IBAN, the BIC, or the name and address of the bank. Any of the three would be enough to identify the bank account. Nonetheless, this is not always crystal clear. For example, in Spain a court refused to grant an EAPO when the creditors indicated the IBAN only. That court considered that the IBAN was

⁴⁷ Point 7, Annex I of Commission Implementing Regulation (EU) 2016/1823 of 10 October 2016 establishing the forms referred to in Regulation (EU) No 655/2014 of the European Parliament and of the Council establishing a European Account Preservation Order procedure to facilitate cross-border debt recovery in civil and commercial matters, OJ L 283, 19 October 2016, p. 1 ("EAPO Commission Implementing Regulation").

⁴⁸ Point 7, Annex I EAPO Commission Implementing Regulation.

⁴⁹ Article 14(1) EAPO Regulation.

⁵⁰ Article 17 EAPO Commission Proposal.

⁵¹ In this regard, France was particularly forthright. The French delegation stated: "Accordingly, in French law, access to information is only given if the creditor possesses an enforceable title. This restriction on access to information is justified by the fact that until a court has formally issued a judgment against a debtor, there is no reason to issue information" (Comments from the delegation of France, 13140/12 ADD 13, p. 14). Less explicitly, other delegations have also expressed their concerns. See: Comments from the delegation of Latvia, 13140/12 ADD 12, p. 8. Several authors are also of the same opinion, see among others: Cf. SIRKOSKI (n 8), p. 379; and I. ANTÓN JUÁREZ, "La orden europea de retención de cuentas: ¿adiós a la dificultad que plantea el cobro de la deuda transfronteriza en la UE?", Cuadernos de Derecho Transnacional, (Marzo 2017), Vol. 9, N° 1, p. 20.

⁵² Cf. SCHUMACHER (n 8), p. 157.

not enough to identify the bank account. The decision was reserved on appeal.⁵³ It is unclear if the national identification number of the bank account is sufficient to identify the debtor's bank. Article 8 says that it has to be provided only if the creditor knows it. While the IBAN, the BIC, or the bank and address of the bank are mandatory, the other number is optional. Nevertheless, Article 14(1) states that the creditor may request information on the bank account if he does know "the name and/or address of the bank nor the IBAN, BIC or another bank number allowing the bank to be identified". Does this mean that if I have the bank account number but not the IBAN, nor the BIC, nor the name and address of the bank account I can request a preservation order? If we look at Article 8 no, but if we observe Article 14, yes.

21. From the wording of the EAPO Regulation, It is also unclear whether a creditor could request information on the bank accounts if the creditor has already identified one of the bank accounts in a MS. For example, a creditor domiciled in Spain knows that the debtor, a German company, has a bank account in France; but for obvious reasons, the creditor suspects that the debtor might also have a bank account in Germany. Could the creditor request the attachment of the French bank account, and simultaneously, the investigation of the debtor's bank accounts in Germany? Although the EAPO Regulation is silent in this regard, the EAPO Implementation Regulation expressly allows it.⁵⁴ It is not evident either whether it is possible to request information on bank accounts simultaneously in more than one MS. Taking up the previous example, let us imagine that the creditor suspects that the debtor might have bank accounts in Germany and Poland, but not the details or the bank in which these accounts are held. Could the creditor request information in both MSs? As in the previous case, the EAPO Regulation does not say anything, but the EAPO Implementation Regulation allows this practice⁵⁵.

Generic prerequisites of the EAPO

22. If creditors want to request information on bank accounts, they have to satisfy most of the general prerequisites to obtain a preservation order.⁵⁶ Thus, they have to provide the court with all the information under Article 8, except, for obvious reasons, the identification of the bank account; and with evidence to prove the urgency and the *periculum in mora* under Article 7(1). Creditors with a non-enforceable title will have to prove also the existence of the *fumus boni iuris*. Whereas according to the text of the EAPO Regulation only creditors without a title have to satisfy this prerequisite, the CJEU understood that creditors with a non-enforceable title are under the same regime as creditors without any kind of title.⁵⁷ The sole prerequisite expressly excluded is the security.⁵⁸

Reasons to believe that the debtor holds one or more accounts with a bank in a specific MS

23. All creditors who request information on bank accounts must explain why they believe there might be bank accounts in a specific MS.⁵⁹ The preamble of the Regulation offers, as example, some of the grounds that could be invoked to substantiate this prerequisite. Recital 20 provides two indicators: "the debtor works or exercises a professional activity in that MSs" or "has property there". In the standard form, these two prerequisite fields are pre-established. Creditors have to tick a box corresponding

⁵³ Auto AP Valencia, 5 October 2017, no 358/2017, ES:APV:2017:3302; and Auto AP Valencia, 9 June 2018, no 192/2018, ES:APV:2018:2434.

⁵⁴ Point 6, annex I Commission Implementing Regulation: "Where you already know the details of one or more of the debtor's bank accounts but you have reason to believe that the debtor also holds one or more other accounts in a specific MS and you do not know the details of the latter account(s), you can — in the same application for a Preservation Order — give details of the debtor's bank account you do know (in this case, please fill in section 6) and, at the same time, lodge a request to obtain account information for other account(s) in a specific MS (in this case, please also fill in section 7)".

⁵⁵ Point 7, Annex I, EAPO Commission Implementation Regulation: "If you want to preserve accounts in more than one MS, please provide the information below for each MS concerned (when filling in the form on paper, please use separate sheets and number each page)".

⁵⁶ Cf. MOHR (n 8), p. 81.

⁵⁷ CJEU, *K.H.K.*, ECLI:EU:C:2019:937, paras. 30 – 45.

⁵⁸ Article 14(3) EAPO Regulation.

⁵⁹ Article 14(2) EAPO Regulation.

to the reason they would to invoke the EAPO and “give relevant details”.⁶⁰ The judge will assess if the information provided is sufficient or not. Besides these two indicators, the standard form features an additional one: the debtor’s habitual residence in the MS that creditors suspect the account is located.⁶¹ The list of indicators in the standard form is not *numerus clausus*. Any other reason could be invoked as long as the creditor can explain it. Unlike for the Article 7 material prerequisites, here creditors are not required to provide evidence to justify the reasons invoked.⁶²

b. Specific prerequisites for creditors without an enforceable title

24. Creditors who have not yet obtained an enforceable title must prove additional prerequisites.

The amount to be preserved is substantial

25. The EAPO Regulation does not fix any specific amount.⁶³ It will correspond to the judge to decide if the amount is substantial or not in the specific circumstances of the case and the claimants’ financial situation.⁶⁴ This is a subjective element that have to be observe jointly with the prerequisite of the substantial deterioration of the creditors financial situation.⁶⁵

Risk to jeopardize the subsequent enforcement

26. This is a stricter version of Article 7’s *periculum in mora*. Article 7 states that there must be a risk that the subsequent enforcement “will be impeded or made substantially more difficult”. For the purposes of Article 14 mere aggravation of the enforcement is not enough,⁶⁶ “the enforcement is likely to be jeopardized”. Has a creditor, who has already proven that there is justification that the enforcement will be impeded for the purposes of Article 7, to prove that the enforcement is likely to be jeopardized? In fact, in the standard form both appear separately, which might indicate that creditors are required to fulfil both parts of the standard form. Nonetheless, in practice, the creditor might invoke the same reasons to satisfy both prerequisites.⁶⁷

27. The EAPO Regulation does not provide any clue as to what should be understood by “likely to be jeopardized”.⁶⁸ Recital 14 of the Preamble contains certain indicators to determine Article 7’s *periculum in mora* that might also apply to Article 14’s notion risk.⁶⁹ Nonetheless, case law at domestic level, shows that courts and creditors have been struggled to determine the substantive content to this concept.⁷⁰ This might be the reason EAPO Regulation show that judges rely on their own national “concepts” to determine Article 7 material prerequisites.⁷¹

⁶⁰ Point 7(3) of the Annex I of the EAPO Commission Implementing Regulation.

⁶¹ Point 7(3) of the Annex I of the EAPO Commission Implementing Regulation.

⁶² Cf. SCHUMACHER (n 8), p. 157.

⁶³ Cf. SENÉS MOTILLA (n 8), p. 120.

⁶⁴ Conversely, one author affirmed that below 1000 euros it could not be considered a substantial amount. Cf. MOHR (n 8), p. 81.

⁶⁵ Cf. SCHUMACHER (n 8), p. 161 – 162.

⁶⁶ Cf. SCHUMACHER (n 8), p. 164.

⁶⁷ Cf. MOHR (n 8), p. 84.

⁶⁸ Article 14(1) EAPO Regulation.

⁶⁹ Recital 14 EAPO Regulation: “the debtor’s conduct in respect of the creditor’s claim or in a previous dispute between the parties, to the debtor’s credit history, to the nature of the debtor’s assets and to any recent action taken by the debtor with regard to his assets”.

⁷⁰ **Lithuania:** Lietuvos apeliacinis teismas (Appeal Court), Byla E2-1516-370/2018, 8/11/2018; Šiaulių apygardos teismas (District Court), Case 2S-170-357 / 2019, 29/1/2018; Šiaulių apygardos teismas (District Court), E2-15962-650 / 2018, 11/11/2018; Kauno apygardos teismas (Regional Court), E2-2120-555 / 2018, 8/7/2018 * **Luxembourg:** Tribunal d’Arrondissement de Luxembourg (District Court), Ordonnance, 17/11/2017; Tribunal d’Arrondissement de Luxembourg (District Court), Ordonnance, 26/01/2018; Tribunal d’Arrondissement de Luxembourg (District Court), Ordonnance, 30/08/2018; Tribunal d’Arrondissement de Luxembourg, Ordonnance n. dossier 5/2018, 14/12/2018 * **Poland:** Sad Rejonowy (District Court) in Bydgoszcz, XII Co 1446/17; Sad Apelacyjny (Appeal Court) in Katowice, V AGz 317/18.

⁷¹ **Germany:** OLG Hamm, 14.01.2019 – I-8 W 51/18, ECLI:DE:OLGHAM:2019:0114.8W51.18.00 * **Lithuania:** Klaipėda

Substantial deterioration of the creditor's financial situation

28. The potential failure to recover the claim must have also an impact on the creditor's financial situation. National judges might understand it in their own way, according to the specific circumstances of each case.⁷² The non-recovery of the debt has to hinder creditor's financial situation

Urgent need of the information

29. Apart from risk, there shall be an "urgent" need for the information.⁷³ The "urgency" will be evaluated by the court on the basis of the risk,⁷⁴ and as it happens for the risk, courts might rely on their own national understanding of urgency.

Evidence

30. The creditor must provide "sufficient evidence" to prove all these prerequisites.⁷⁵ The evidence is submitted with the application standard form.⁷⁶ Where national law so allows, courts might be entitled to request for further evidence than the one provided by the creditor.⁷⁷

3. Issuance of the Request to investigate the bank accounts

31. Once the court verifies that all the necessary conditions have been duly satisfied, it will send the request for information to the information authority in the MS of enforcement, which could be its own MS or a different one.⁷⁸

A) Form

32. The EAPO Regulation has established an almost entirely written procedure,⁷⁹ which operates through standard forms. Nevertheless, unlike in the majority of procedural steps of the Regulation,⁸⁰ there is no specific standard for requesting the information on the bank account, nor for the information authority to reply. During a meeting of the European Judicial Network on 20 and 21 June 2019, the

City Court, CASE E2VP-3571-793 / 2019, 27/02/2018 * **Portugal**: Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, 22649/17.2T8L-SB.L1—7, 11/28/2017. This was adverted by some authors: J. LAGUS, "Freezing Europe: The European Account Preservation Order and Forum Shopping in the European Judicial Area", JFT, 2018, p. 251; J. WOLBER, "Die Europäische Kontenpfändungsverordnung Eine Analyse unter Einbeziehung des deutschen Durchführungsgesetzes", Zeitschrift für Internationales Wirtschaftsrecht, 2018, p. 7.

⁷² Cf. MOHR (n 8), p. 81.

⁷³ Article 14(1) EAPO Regulation.

⁷⁴ Cf. SCHUMACHER (n 8), p. 164.

⁷⁵ Article 14(1) EAPO Regulation.

⁷⁶ EAPO Commission Implementing Regulation.

⁷⁷ Article 9(1) EAPO Regulation.

⁷⁸ The EAPO Regulation only applies in cross-border cases (Article 3 EAPO Regulation). The cross-border element is determined in the following manner: the creditors' domicile or the bank account have to be located in a different MS from the court of origin. It might happen that the court of origin and the bank account are in the same MS. If so, the national judge could submit the information request to its own information authority.

⁷⁹ According to Article 11(2) EAPO Regulation, if national law allows it, there could be a hearing of the creditor or witnesses for evidence purposes.

⁸⁰ The EAPO Commission Implementing Regulation comprises 9 standard forms: one for the application of the preservation order (Annex I); one for the preservation order as such (Annex II); one for the revocation of the preservation order (Annex III); one for the declaration concerning the preservation order funds (Annex IV); one to request the release of over-preserved amounts (Annex V); one general for the acknowledgement of reception of the documents (Annex VI); one for the application for remedies (Annex VII); one for the transmission on a remedy to the Member State of enforcement (Annex VIII); and one for the appeal against the decision of the remedy (Annex IX).

Commission recommended the creation of a working group to establish standard forms for the information mechanism.⁸¹ At the domestic level, judges in Luxembourg have created a standard letter in French and German, to request information from the information authorities in other MSs.⁸²

B) Language

33. A further question arises over the language in which the judge can make the request. In most cases, the judge might have to make the request to another MS which might not have the same official language of his own MS.

34. The EAPO Regulation contains a general provision concerning the languages in which the documents should be addressed to courts and competent authorities. Article 49(1) states that “any documents to be addressed under this Regulation to a court or competent authority may also be in any other official language of the institutions of the Union, if the MS concerned has indicated that it can accept such other language”. Each MS had to inform the Commission by 17 July 2016 of the languages they would accept besides their own official language/s. The information given to the Commission shows that very few MSs indicated that they would accept any other official languages than their own. Cyprus, Estonia, Sweden, Malta, Slovakia and Finland accept information requests in English.⁸³ Slovakia and the Czech Republic accept each other’s official languages. Finland accepts Swedish.⁸⁴ Nonetheless, based on the answers provided by those contacted, the information authorities seem to have adopted a more flexible approach. For example, in Poland and Spain, they accept requests in French and English. In Belgium, besides French and Dutch, they also accept information requests in English. Luxembourg welcomes petitions in Italian, Spanish, Portuguese and English. In those cases in which there is no central body, it is harder to say. Some French bailiffs accept documents in other languages besides French,⁸⁵ and in the Netherlands, it might be difficult to find a bailiff that accepts requests only in English. Nonetheless, this information is not available from the *ejustice* portal.⁸⁶ Judges might discover if the information authority accepts other languages when they submit the information request, depending on whether the information authority accepts the information request or requests a translation.

C) Access to the information authority

35. Is there a specific channel of communication to transmit the information request? This is one of the questions that a judge might ask himself when requesting information on the bank accounts. The EAPO Regulation has established a special rule for the transmission of documents. This regime, more flexible than that of the information Service Regulation,⁸⁷ allows the transmission of documents “by any appropriate means, provided that the content of the document received is true and faithful to that of the document transmitted and that all information contained in it is easily legible”.⁸⁸ Thus, any means of transmission is permitted as long as it guarantees the faithfulness and the legibility of the documents. This

⁸¹ Reported by the Polish information authority in the standard questionnaire elaborated for this study (received on 23 August 2018). Notes on file with Author.

⁸² Interview with a Judge from Luxembourg (4 February 2019) (notes on file with Author).

⁸³ Cf. CUNIBERTI, MIGLIORINI (n 8), p. 344.

⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁵ E. ALINA ONȚANU, *Cross-Border Debt Recovery in the EU. A Comparative and Empirical Study on the Use of the European Uniform Procedures*, Antwerp, Intersentia, 2017, p.176.

⁸⁶ National information and online forms concerning Regulation No. 655/2014, available in: https://e-justice.europa.eu/content_european_account_preservation_order-379-en.do (accessed on 27 October 2019).

⁸⁷ Regulation (EC) No 1393/2007 of the European Parliament and of the Council of 13 November 2007 on the service in the Member States of judicial and extrajudicial documents in civil or commercial matters (service of documents), and repealing Council Regulation (EC) No 1348/2000, OJ L 324, 10 December 2007, p. 79. In this sense: Cf. CUNIBERTI, MIGLIORINI (n 8), p. 262.

⁸⁸ Article 29 EAPO Regulation.

rule applies to communications between the judge of the MS of origin and the information authority.⁸⁹ Therefore, it is up to the information authority to establish how the information requests can be submitted.

36. Some MSs have provided this information in the *ejustice* portal.⁹⁰ The large majority of MSs provide an address (we assume judges can request information by ordinary mail)⁹¹ or an email account address.⁹² Some MSs provide a telephone number, which might serve as a fax or to provide certain kinds of “technical” assistance. There are also some MSs which have not provided any information at all, apart from the name of the domestic body appointed as information authority.⁹³

37. Among the MSs where the EAPO Regulation applies, Germany has been particularly active in publicizing the existence of its information authority and how to contact it. Besides the information on the *ejustice* portal, there is a more detailed description available on the website of the Federal Office of Justice (*Bundesamt für Justiz*) in five different languages (English, Spanish, Czech, Polish and Italian).⁹⁴

4. Procedure in the MS of enforcement

38. Once the information authority in the MS of enforcement receives the information request, it will proceed to search for the bank accounts. This is perhaps the part of the procedure to obtain information on the bank accounts where the differences among MSs are more accentuated.

A) Information authorities

39. In the MSs of enforcement, information authorities are in charge of gathering information on the defendant’s bank accounts. Article 2(2) of the EAPO Regulation states that: “*information authority*” means the authority which a Member State has designated as competent for the purposes of obtaining the necessary information on the debtor’s account or accounts pursuant to Article 14. Based on that provision, MSs have freedom to establish which entity is appointed as the information authority.⁹⁵ Some countries have relied on pre-existing bodies with similar functions at the domestic level (e.g. France or the Netherlands); others have instead decided to appoint specific bodies with this function, though it did not belong to their normal tasks (e.g. Spain or Germany). According to Article 50(1)(b), by 17 July 2016, each MS should have communicated to the Commission “the authority designated as competent to obtain account information.” Up until November 2019, all MSs except Romania have appointed their respective national information authorities.⁹⁶ On 10 October 2019 the

⁸⁹ Article 14(3) EAPO Regulation.

⁹⁰ National information and online forms concerning Regulation No. 655/2014: https://e-justice.europa.eu/content_european_account_preservation_order-379-en.do (accessed on 27 October 2019).

⁹¹ See: Bulgaria, Germany, Estonia, Ireland, Cyprus, Lithuania, Luxembourg, Hungary, Poland, Portugal, Slovakia, Finland, Sweden, Malta.

⁹² See: Germany, Greece, Ireland, Estonia, Croatia, Cyprus, Lithuania, Luxembourg, Hungary, Poland, Portugal, Finland, Sweden, Malta.

⁹³ See: the Czech Republic, Italy, Austria, Latvia, Belgium, the Netherlands, Finland, Slovenia. Some of these States contain a hyperlink to the website of the information authority: Latvia, Belgium, France.

⁹⁴ Central Information Authority for the Obtaining of Account Information in Germany, see: https://www.bundesjustizamt.de/EN/Topics/Courts_Authorities/CAAI/CAAI_node.html (accessed on 27 October 2019).

⁹⁵ Nonetheless, during the *travaux préparatoires* two MSs requested to introduce a more specific definition of the concept of authority. Romania sought “clarification of the concept of competent authority” (Comments from the delegation of Romania, 13140/12 ADD 7, p. 4); whereas Latvia suggested that, only a court in the MS of enforcement could give the order to search for information in that MS (Comments from the delegation of Latvia, 13140/12 ADD 12, p. 9).

⁹⁶ F. J. FORCADA MIRANDA, “Circulation and enforcement of decisions; a view from the Spanish courts” (Workshop: Circulation and enforcement of foreign decisions involving pecuniary debts: the Spanish experience, University Complutense of Madrid, Spain, 10 October 2019). This information does not appear either in the *ejustice* page for the implementation of

European Commission initiated an infringement procedure against Romania for failing to appoint an information authority.⁹⁷ It is expected that the Romanian National Chamber of Bailiffs will be appointed as information authority by 2020.⁹⁸

40. The large margin of manoeuvre left to MSs is reflected by the different nature of the bodies designated as information authorities across the European landscape. Most MSs have chosen courts as their information authority. This is the case for Italy,⁹⁹ Austria,¹⁰⁰ Latvia,¹⁰¹ the Czech Republic,¹⁰² Malta,¹⁰³ Slovenia,¹⁰⁴ and Slovakia.¹⁰⁵ The second most popular bodies are Ministries of Justice (Bulgaria,¹⁰⁶ Ireland,¹⁰⁷ Germany,¹⁰⁸ Poland,¹⁰⁹ and Spain¹¹⁰), followed by the National Chamber of Bailiffs (Portugal,¹¹¹ Belgium,¹¹² Estonia,¹¹³ Hungary,¹¹⁴ and Romania¹¹⁵). A fourth group of MSs has relied on bailiffs (France,¹¹⁶ Finland,¹¹⁷ and the Netherlands)¹¹⁸. Luxembourg¹¹⁹ and Croatia¹²⁰ have opted for their national financial authorities, whereas Sweden has opted for its national enforcement authority.¹²¹

the EAPO in Romania. See: https://e-justice.europa.eu/content_european_account_preservation_order-379-ro-en.do?clang=ro (accessed on 26 October 2019).

⁹⁷ European Commission, Press release: October infringements package: key decisions. See: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/inf_19_5950 (accessed on 21 October 2019).

⁹⁸ Cf. FORCADA MIRANDA (n 96).

⁹⁹ European Account Preservation Order – Italy, Article 50(1)(b) Authority designated as competent to obtain account information, available at: https://e-justice.europa.eu/content_european_account_preservation_order-379-it-en.do?member=1 (accessed on 5 December 2019).

¹⁰⁰ Article 424(1) Austrian Enforcement Code (*Exekutionsordnung*).

¹⁰¹ Article 644(25)(7) Latvian Code of Civil Procedure (*Civilprocesa likumā*).

¹⁰² The Czech Republic was one of two MSs that did not approve any implementing legislative measure of the EAPO Regulation at the domestic level. According to the general provisions of the Czech Code of Civil Procedure (Articles 84, 85 and 86), courts would be in charge of gathering the information on the defendants' bank accounts. See: Evropský příkaz k obstavení účtů - Česká republika, čl. 50 odst. 1 písm. b) – orgán určený jako příslušný pro získání informací o účtu, available at: https://e-justice.europa.eu/content_european_account_preservation_order-379-cz-en.do?clang=cs (accessed on 5 December 2019).

¹⁰³ Section 4 Subsidiary Legislation 460.33 - European Account Preservation Order Procedure Order.

¹⁰⁴ Article 279(c) Enforcement and Insurance Act (*Zakon o izvršbi in zavarovanju*).

¹⁰⁵ Section 2(4) Act no. 54/2017 Coll. on the European Account Preservation Order and on the amendment of Act of the Slovak National Council No. 71/1992 Coll. on Court Fees and Fees for Excerpts from the Criminal Register, as amended (*Zákon č. 54/2017 Z. z. Zákon o európskom príkaze na zablokovanie účtov a o doplnení zákona Slovenskej národnej rady č. 71/1992 Zb. o súdnych poplatkoch a poplatku za výpis z registra trestov v znení neskorších predpisov*).

¹⁰⁶ Article 618(c)(2) Bulgarian Code of Civil Procedure (Граждански Процесуален Кодекс).

¹⁰⁷ Article 14(1) Statutory Instrument No. 645/2016 - European Union (European Account Preservation Order) Regulations 2016.

¹⁰⁸ Article 948 German Code of Civil Procedure (*Zivilprozessordnung*).

¹⁰⁹ Article 1144(6)(1) Polish Code of Civil Procedure (*Kodeks postępowania cywilnego*).

¹¹⁰ Final Disposition 27 Spanish Code of Civil Procedure (*Ley de Enjuiciamiento Civil*).

¹¹¹ Portugal was one of the few MSs which did not approve any implementing legislation concerning the EAPO Regulation. Nonetheless, the body appointed as information authority (*Ordem dos Solicitadores e dos Agentes de Execução*) approved an internal resolution acknowledging its role as information authority. See: Boletim da OSAE n.º14 de 2018, p. 34, available at: https://issuu.com/camara_dos_solicitadores/docs/boletim_14_de_2018 (accessed on 5 December 2019).

¹¹² Article 196 Belgian Judiciary Code (*Code Judiciaire*).

¹¹³ Section 78(23) of the Estonian Bailiffs Act (*Kohtuaituri seadus*).

¹¹⁴ Article 7(6) Act LIII of 1994 Law on Judicial Enforcement (1994. évi LIII. Törvény a bírósági végrehajtásról).

¹¹⁵ Although Romania does not yet have an information authority, in a communication between the Spanish and Romanian contact points for the European Judicial Network, the latter informed that the information authority would be the Romanian National Chamber of Bailiffs (*Uniunea Națională a Executorilor Judecătorești*).

¹¹⁶ Article L. 151 A of French Tax Procedure Code (*Livre des procédures fiscales*).

¹¹⁷ Section 4 Act 17/2017 on the European Account Preservation Order Procedure (*Laki 17/2017 eurooppalaisesta tilvarojen turvaamismääräysmenettelystä*).

¹¹⁸ Article 5(1) Dutch Act Implementing the EAPO Regulation (*Uitvoeringswet verordening Europees bevel tot conservatoir beslag op bankrekening*).

¹¹⁹ Article 2(6) of the Amended Law of 23 December 1998 establishing a Financial Sector Supervisory Commission (*Loi modifiée du 23 décembre 1998 portant création d'une commission de surveillance du secteur financier*).

¹²⁰ Article 364(b)(d) Croatian Enforcement Law (*Ovršni zakon*). Nonetheless, the Croatian Financial Agency (*Financijska agencija*) is also in charge of the enforcement of pecuniary claims.

¹²¹ Section 3 Law (2016: 757) on the attachment of bank funds within the EU (*Lag (2016:757) om kvarstad på bankmedel inom EU*).

Greece¹²² and Lithuania¹²³ have designated their respective Ministries of Finance. Finally, we find the unique case of Cyprus, which has appointed its national central bank as the information authority. Such designation was not without controversy. The Cypriot government requested the European Central Bank (“ECB”) to assess whether a central bank could be appointed as an information authority.¹²⁴ Despite the ECB suggesting that such task would fall out of the scope of the typical tasks of a central bank, the Cypriot government decided to proceed with the appointment.¹²⁵

Courts	Ministry of Justice	National financial authority	Bailiffs	National chamber of bailiffs	Ministry of Finance	Central bank	National enforcement authority
Austria Italy Latvia Czech Republic Malta Slovenia Slovakia	Germany Spain Ireland Poland Bulgaria	Luxembourg Croatia	France Netherlands Finland	Portugal Belgium Estonia Romania* Estonia Hungary	Greece Lithuania*	Cyprus	Sweden

Table 1. Classification of MSs according to the nature of their information authorities

41. From a different perspective, we could also distinguish between centralized and decentralized information authorities. Most MSs have opted for a sole central body to handle the information requests received in their respective countries. Nonetheless, in six MSs there is more than one single body which can search for information on the bank accounts. The major question with regards to decentralized authorities is whether foreign judges could contact, indifferently, any of the decentralized authorities or whether each has a delimited territorial scope and thus a judge who requests information has to contact the “correct” one. In France and the Netherlands, there is no specific geographical circumscription. Any bailiff in those MSs can obtain information on the bank accounts. A foreign judge could contact a *huissier* in Rouen or in Perpignan or a *gerechtsdeurwaarder* in Amsterdam or in Rotterdam. In Finland, foreign judges have the option to make the application to a central body, currently the Finnish national prosecutor¹²⁶ who forwards the application to the bailiff, who in turn then gathers the information on the bank accounts.¹²⁷ In Slovenia and Latvia, where district courts are the information authority, there is no mention in national law or the *ejustice* portal as to whether foreign judges must contact any specific court¹²⁸ so we assume that any would be competent. Conversely, the Czech Republic, which also relies on

¹²² European Account Preservation Order – Greece, Article 50(1)(c) – Methods of obtaining account information, available at: https://e-justice.europa.eu/content_european_account_preservation_order-379-el-en.do?member=1 (accessed on 5 December 2019).

¹²³ The specific provision of the transposing legislation of the EAPO Regulation at the domestic level states that the Lithuanian government will appoint the information authority. See: Act on the Implementation of the European Union and International Law Regarding Civil Procedure of the Republic of Lithuania, 2008 November 13 No. X-1809 (*Lietuvos Respublikos civilinį procesą reglamentuojančių Europos Sąjungos ir tarptautinės teisės aktų įgyvendinimo įstatymas, 2008 m. lapkričio 13 d. Nr. X-1809*). On the basis of the information available in the *ejustice* portal, the Lithuanian government appointed the State Tax Inspectorate (*Valstybinė mokesčių inspekcija*) which is part of the Lithuanian Ministry of Finance. See: Europinis sąskaitos blokavimo įsakymas – Lietuva, 50 straipsnio 1 dalies c punktą – informacijos apie sąskaitą gavimo metoda, available at: https://e-justice.europa.eu/content_european_account_preservation_order-379-lt-en.do?clang=lt (accessed on 5 December 2019).

¹²⁴ Opinion of the European Central Bank of 21 August 2017 on the designation of the Central Bank of Cyprus as the information authority and inclusion of relevant exception to bank secrecy requirement (CON/2017/32).

¹²⁵ *Ibid.*, p. 6.

¹²⁶ Nonetheless, from 1 January 2020, this task will pass to the Central Administration of Bailiffs (*Ulosottolaitoksen keskushallinnolle*). See: Section 4 Act 781/2019 amending the European Account Preservation Order Act (*Laki 781/2019 eurooppalaisesta tilivarojen turvaamismääräysmenettelystä annetun lain muuttamisesta*).

¹²⁷ Section 4 Act 17/2017 on the European Account Preservation Order Procedure (*Laki eurooppalaisesta tilivarojen turvaamismääräysmenettelystä*).

¹²⁸ **Latvia:** Eiropas kontu apķīlāšanas rīkojums – Latvija, 50. panta 1. punkta b) apakšpunkts — Iestāde, kas norādīta kā kompetenta iegūt informāciju par kontu, available at: https://e-justice.europa.eu/content_european_account_preservation_order-379-lv-en.do?clang=lv (accessed on 25 October 2019). Also: Article 644(25)(7) of the Latvian Code of Civil Procedure. **Slovenia:**

district courts as information authorities, addresses this specific issue. If the defendant is domiciled in the Czech Republic, the competent information authority is the district court of the debtor's domicile.¹²⁹ If the debtor's domicile is in another country, it would be the district court of the bank location.¹³⁰ This does not make sense, since if the creditor requests information on the bank, it is because the creditor is ignorant of any information on the debtors' bank account, including the name and the address of the bank. Thus, if the defendant's domicile is abroad, it is unclear which district court would be the competent authority.

42. Austria and Italy are two MSs which have adopted a hybrid solution with both centralized and decentralized authorities. If the debtor is domiciled in these MSs, the information authority will be the court of first instance jurisdictionally competent for the debtor's domicile.¹³¹ However, if the debtor is domiciled in another country, the competent authority will be the first instance court of Vienna,¹³² or the president of the first instance court of Rome, respectively.¹³³

Central authorities		Decentralized authorities	Mixed systems
Germany	Croatia	France	Austria
Luxembourg	Romania*	Latvia	Italy
Belgium	Slovakia	The Netherlands	
Spain		Slovenia	
Portugal		Czech Republic	
Ireland			
Sweden			
Poland			
Finland			
Estonia			
Lithuania			
Hungary			
Bulgaria			
Malta			
Greece			
Cyprus			

Table 2. Classification of MSs attending to the nature of the information authority (centralized/decentralized).

B) Verification of the origin of the information request

43. The first thing that an information authority should do once it receives an information request is to check that the request comes from a court of a MS where the EAPO Regulation applies. Although the EAPO Regulation does not state anything in this regard, it is necessary in order to avoid potential abuses. Information authorities have to be sure that the source of the request is an entitled judicial authority. Some creditors might feel tempted to obtain information on bank accounts directly from the information authorities. The Spanish information authority reported having received information requests from creditors' lawyers.¹³⁴ Three of the authorities participating in the questionnaire (Estonia, Belgium

European Account Preservation Order – Slovenia. Article 50(1)(b) – Authority designated as competent to obtain account information, available at: https://e-justice.europa.eu/content_european_account_preservation_order-379-si-en.do?member=1 (accessed on 4 December 2019). See also: Article 279(c) Slovenian Law on enforcement and security of claims (*Zakon o izvršbi in zavarovanju*).

¹²⁹ Evropský příkaz k obstavení účtů - Česká republika, available at: https://e-justice.europa.eu/content_european_account_preservation_order-379-cz-en.do?clang=cs (accessed on 25 October 2019).

¹³⁰ Ibid.

¹³¹ Italy: European Account Preservation Order - Italy, Article 50(1)(b) – Authority designated as competent to obtain account information, available at: https://e-justice.europa.eu/content_european_account_preservation_order-379-it-it.do?init=true&member=1 (accessed on 26 October 2019); Austria: Section 424(1) Austrian Enforcement Code (*Exekutionsordnung*).

¹³² Section 424(1) Austrian Enforcement Code (*Exekutionsordnung*).

¹³³ European Account Preservation Order - Italy, Article 50(1)(b) – Authority designated as competent to obtain account information, available at: https://e-justice.europa.eu/content_european_account_preservation_order-379-it-it.do?init=true&member=1 (accessed on 26 October 2019).

¹³⁴ Cf. FORCADA MIRANDA (n 96).

and Spain), said that they conduct a *prima facie* examination of the origin of the request. This superficial examination involves, if they have received the petition by email, corroborating that this email address belongs to a court; if they receive it by ordinary mail, they verify that the address corresponds to a court.

C) Mechanism to gather information on bank accounts

44. MSs also have the freedom to determine which method to employ to gather information on bank accounts.¹³⁵ The Commission Proposal established two methods that MSs could opt for:¹³⁶ “obliging all banks in their territory to disclose whether the defendant holds an account with them”; or allowing “access by the competent authority to the information where that information is held by public authorities or administrations in registers or otherwise”. Simultaneously, the Commission Proposal also affirmed that “the competent authority shall use all appropriate and reasonable means available in the MS of enforcement to obtain the information”.¹³⁷ It was not clear whether the MSs could only choose one of the two methods or whether they could opt for a third one as long as it was “appropriate and reasonable”. In that regard, the European Data Protection Supervisor (“EDPS”) affirmed that such provision should be deleted, and the methods of investigation should be strictly restricted to two mentioned above.¹³⁸ Some MSs have also expressed their concerns about the Commission Proposal.¹³⁹ Austria, for instance, affirmed that none of those mechanisms was available at the domestic level for creditors and that “national Austrian law provides no possibility to break banking secrecy to enforce civil-law claims”.¹⁴⁰ The Netherlands understood that such limited approach would oblige MSs to “set up a system to provide account information”.¹⁴¹ Germany recommended that “the possibility of defendants providing information about themselves to be included as an option for obtaining information”.¹⁴²

45. Based on the MSs’ comments, the European legislator decided to introduce a third method consisting of “obliging the debtor to disclose with which bank or banks in its territory he holds one or more accounts where such an obligation is accompanied by an *in personam* order by the court prohibiting the withdrawal or transfer by him of funds held in his account or accounts up to the amount to be preserved by the Preservation Order”.¹⁴³ Some authors considered it as a concession to common law systems where such mechanisms exist.¹⁴⁴ Nevertheless, requesting information from the debtor might defeat the “surprise” effect of the EAPO. The disappearance of the surprise effect in a specific MS might have unwelcomed collateral effects in other MSs. The following example is quite illustrative of potential adverse complications. A creditor domiciled in France requests an EAPO before the German courts, where the debtor, a consumer, is domiciled. The creditor suspects that the debtor might have bank accounts in Malta and Luxembourg. Since he is not certain about that, when he applies for the

¹³⁵ Article 14(5) EAPO Regulation.

¹³⁶ Article 17(5) EAPO Commission Proposal.

¹³⁷ Article 17(4) EAPO Commission Proposal.

¹³⁸ Opinion of the European Data Protection Supervisor on a proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council creating a European account preservation order to facilitate cross-border debt recovery in civil and commercial matters, OJ C 373, 21 December 2011, para. 22.

¹³⁹ In this sense: Cf. VILAS ÁLVAREZ (n 5), p. 5. Conversely, other MSs found it adequate. Sweden affirmed “that the two different methods both are effective in the sense that they do not require the debtor’s participation, and therefore do not compromise the surprise effect (Comments from the delegation of Sweden, 13140/12 ADD 5, p. 4). Lithuania stated that “the possible mechanisms for obtaining the information about debtors’ accounts does not seem to raise any problems for Lithuania as national legal acts” (Comments from the delegation of Lithuania, 13140/12 ADD 14, p. 5).

¹⁴⁰ Comments from the delegation of Austria, 13140/12 ADD 2, pp. 8 – 9.

¹⁴¹ Comments from the delegation of the Netherlands, 13140/12 ADD 3, p. 7.

¹⁴² Comments from the delegation of Germany, 13140/12 ADD 6, p. 15.

¹⁴³ Article 15(5)(c) EAPO Regulation.

¹⁴⁴ Cf. CUNIBERTI, MIGLIORINI (n 7), p. 344. Indeed, the United Kingdom, though it ultimately did not participate in the EAPO Regulation, made comments on the Commission Proposal (Comments from the delegation of United Kingdom, 13140/12). One of them, suggesting the introduction of a debtor’s assets declaration, similar to the ones accompanying the Common law in *personam* freezing orders.

preservation order, he also requests for an investigation of the debtors' bank accounts in those MSs. The Maltese information authority sends the debtor an order of disclosure accompanied by an *in personam* restraining order prohibiting the transfer of funds into or out of any Maltese bank accounts. The Maltese restraining order will make the debtor aware of the existence of an EAPO procedure. He might use this "alert" as an opportunity to remove the assets from the Luxembourg bank accounts - unaffected by the Maltese restraining order - to a third State where the EAPO Regulation does not apply

46. Whereas MSs' suggestions were taken into consideration and even shaped the final text of the EAPO Regulation, the EDPS advice was not heeded.¹⁴⁵ The European legislator even adopted a more relaxed approach, allowing MSs to opt for "any other methods which are effective and efficient for the purposes of obtaining the relevant information, provided that they are not disproportionately costly or time-consuming".¹⁴⁶

47. In practice, most MSs have opted exclusively for a procedure requesting banks to provide information on bank accounts. For example, in Luxembourg and Estonia, the information authority sends a general request by email to all the banking institutions located in these countries. Banks have a deadline to inform the authority whether they hold the debtor's bank accounts or not. The situation is similar in Ireland,¹⁴⁷ Greece,¹⁴⁸ Cyprus,¹⁴⁹ Latvia,¹⁵⁰ the Netherlands,¹⁵¹ Finland,¹⁵² Sweden,¹⁵³ and the Czech Republic.¹⁵⁴

48. The second most popular choice is to access the information through public authorities or administrations in registers or otherwise. In many of these cases, the information authorities obtain the information through pre-existing national registers of bank accounts in the MS concerned. They are usually controlled by the tax authority. Such is the case for France,¹⁵⁵ or Germany.¹⁵⁶ Other MSs in this group are Bulgaria,¹⁵⁷ Croatia,¹⁵⁸ Italy,¹⁵⁹ Lithuania,¹⁶⁰ and Poland.¹⁶¹

¹⁴⁵ Ibid.

¹⁴⁶ Article 14(5)(d) EAPO Regulation,

¹⁴⁷ Section 15 Statutory Instrument No. 645/2016 - European Union (European Account Preservation Order) Regulations 2016.

¹⁴⁸ European Account Preservation Order – Greece, Article 50(1)(c) - Methods of obtaining account information, available in: https://e-justice.europa.eu/content_european_account_preservation_order-379-el-en.do?member=1 (accessed on 3 December 2019).

¹⁴⁹ Article 6(2A) of the Central Bank of Cyprus Laws of 2002 to 2017.

¹⁵⁰ Article 644(3) Latvian Code of Civil Procedure (*Civilprocesa likumā*).

¹⁵¹ Article 5(3) Dutch Act Implementing the EAPO Regulation (*Uitvoeringswet verordening Europees bevel tot conservatoir beslag op bankrekeningen*).

¹⁵² Sections 64 to 68 Finnish Enforcement Act (*Ulosottoaari*).

¹⁵³ Section 4 Law (2016:757) on the attachment of bank funds within the EU (*Lag (2016:757) om kvarstad på bankmedel inom EU*).

¹⁵⁴ Section 128 Czech Code of Civil Procedure (*Zákona č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, ve znění pozdějších předpisů*).

¹⁵⁵ In France, bailiffs obtain this information throughout the FICOBA, a national register of the bank accounts held in France, maintained by the French Tax Authority. The French law was modified on purpose in order to allow bailiffs to obtain information on the bank accounts through the FICOBA. See: Article L. 151 A of French Tax Procedure Code (*Livre des procédures fiscales*).

¹⁵⁶ Article 948(2) German Code of Civil Procedure (*Zivilprozessordnung*).

¹⁵⁷ European Account Preservation Order – Bulgaria, Article 50(1)(c) – Methods of obtaining account information, in https://e-justice.europa.eu/content_european_account_preservation_order-379-bg-en.do?clang=bg (accessed on 3 December 2019).

¹⁵⁸ European Account Preservation Order – Croatia, Article 50(1)(c) - Methods of obtaining account information, available at: https://e-justice.europa.eu/content_european_account_preservation_order-379-hr-en.do?member=1 (accessed on 3 December 2019).

¹⁵⁹ Italy approved in October 2019 an enabling law for the government that eventually will allow courts to obtain the information on the bank accounts telematically. See. European delegation act 2018, A.C. 1201-B (S. 944. - "*Delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione europea - Legge di delegazione europea 2018*" (approvato dalla Camera e modificato dal Senato) (1201-B)), p. 51. For a detail overview on the act and its travaux préparatoires, see: <https://www.camera.it/leg18/126?tab=1&leg=18&idDocumento=1201-b&sede=&tipo=> (accessed on 3 December 2019).

¹⁶⁰ European Account Preservation Order – Lithuania, Article 50(1)(c) - Methods of obtaining account information, available at: https://e-justice.europa.eu/content_european_account_preservation_order-379-lt-en.do?clang=lt (accessed on 3 December 2019).

¹⁶¹ Article 1144(6)(2) Polish Code of Civil Procedure (*Kodeks postępowania cywilnego*).

49. Only two MSs have chosen the third option. The first one was Austria which, in light of the amendments to the Commission Proposal, was very concerned about the compatibility of the two other mechanisms to obtain the information with its internal law.¹⁶² This might have been the reason why it opted for the request of disclosure by the debtor.¹⁶³ The other MS was Malta, one of the three common law systems where the EAPO Regulation applies.¹⁶⁴ Malta reported that this would be the method employed by its information authority.¹⁶⁵ Nonetheless, the Maltese implementation of the EAPO Regulation states that “for the purposes of Article 14 of the EU Regulation, banks are obliged to disclose, upon request by the information authority, whether a person holds an account with them”.¹⁶⁶ Therefore, there might be several means of obtaining information on bank accounts in Malta.

Request to the banks (Article 14.5.a)	Access to national authorities and registers (Article 14.5.b)	Request to the debtor (Article 14.5.c)	Combined Articles 14(5)(a) and 14(5)(b)	Combined Articles 14(5)(a) and Article 14(5)(c)	The three mechanisms
Estonia Ireland Greece Cyprus Latvia Luxembourg The Netherlands Finland Sweden Czech Republic	Bulgaria France Croatia Italy Lithuania Poland Germany	Austria	Portugal Spain Belgium Hungary	Slovakia Malta	Slovenia

Table 3. Classification of the MSs attending to the method to gather information on the bank accounts.

50. Unlike in the Commission Proposal, MSs can opt for more than one method.¹⁶⁷ We have already seen the case of Malta, but there are other countries which have opted for various methods too. In Spain,¹⁶⁸ Belgium,¹⁶⁹ Hungary,¹⁷⁰ and Portugal,¹⁷¹ authorities can request banks to provide the information or obtain information from other national authorities. In Slovakia, authorities can obtain information from banks “by electronic communication in an automated manner through a specific information system”.¹⁷² If this does not function, the Slovakian information authority would be able to

¹⁶² Comments from the delegation of Austria (13140/12 ADD 2) pp. 8-9.

¹⁶³ Cf. MOHR (n 8), pp. 84-85.

¹⁶⁴ The other two common law jurisdictions, Ireland and Cyprus, have opted for requesting the information on the bank accounts directly to the banks.

¹⁶⁵ European Account Preservation Order – Malta, available at: https://e-justice.europa.eu/content_european_account_preservation_order-379-mt_en.do?member=1&fbclid=IwAR0xic14FUzvVkJPrtih7TmsqO-kvWt0_DcZK43sfU4-bNgYJparvWkVjg (accessed on 27 October 2019).

¹⁶⁶ Article 6, Subsidiary legislation 460.33, European Account Preservation Order, 18 January 2017.

¹⁶⁷ During the *travaux préparatoires*, the Swedish delegation suggested “that those MSs whose national legal systems provide for the opportunity to use both methods can choose freely between them” (Comments from the Delegation of Sweden, 13140/1 ADD 5, p. 4).

¹⁶⁸ Article 749 Portuguese Code of Civil Procedure (*Código de Processo Civil*).

¹⁶⁹ Article 1391 Belgian Judicial Code (*Code Judiciaire*).

¹⁷⁰ Article 47(1) Act LIII of 1994 Law on Judicial Enforcement (1994. évi LIII. Törvény a bírósági végrehajtásról).

¹⁷¹ The EAPO *ejustice* page for Spain (https://e-justice.europa.eu/content_european_account_preservation_order-379-es-en.do?member=1 (accessed on 4 December 2019)), states that the information authority will have access to the relevant information where that information is held by public authorities or administrations in registers or otherwise. This corresponds to the second method of the EAPO Regulation (Article 14(5)(b)). Nonetheless, if we observe the specific provision implementing the EAPO Regulation in the Spanish Civil Procedural Code, we may understand that the Spanish authority could also obtain information from banks. Final Disposition 27 of the Spanish Code of Civil Procedure (*Ley de Enjuiciamiento Civil*) states that the Spanish information authority can gather information from public and private entities. This means that they could also obtain information directly from banking entities. In that sense: Cf. ANTÓN JUÁREZ (f 8), p.86.

¹⁷² Section 4 Act no. 54/2017 Coll. on the European Account Preservation Order and on the amendment of Act of the Slovak National Council No. 71/1992 Coll. on Court Fees and Fees for Excerpts from the Criminal Register, as amended (*Zákon č. 54/2017 Z. z. Zákon o európskom prikaze na zablokovanie účtov a o doplnení zákona Slovenskej národnej rady č. 71/1992 Zb. o súdnych poplatkoch a poplatku za výpis z registra trestov v znení neskorších predpisov*).

obtain the information directly from the debtor.¹⁷³ In Slovenia, the three options are formally available.¹⁷⁴ Nonetheless, in practice, requesting debtors to disclose information about their assets is barely applied.

51. Since the entry into force of the EAPO Regulation, problems have already appeared. In Romania, because an information authority has not yet been appointed, there is no information mechanism to gather information on bank accounts. Nonetheless, Romanian authorities have proposed an *ad hoc* solution for information requests while there is no information mechanism. Judges can request the information directly from the bank where the account is held (this is absurd - if the creditor knows in which bank the account is held, he does not need to request information on the bank accounts). Judges can also request the information through a rogatory letter to the Romanian tax authority.¹⁷⁵ Nonetheless, Romania is not the only “problematic” country. In Belgium, the information mechanism is still inoperative. It is expected that the method to gather information on bank accounts will be operative by 2020.¹⁷⁶ All the applications received so far have been rejected.¹⁷⁷ In Spain, for instance, for the information authority to obtain bank account information from the Spanish tax authority, the latter requires the national identification number of the debtor. This could be a problem if the debtor is not a Spanish national. If the debtor is a foreigner, the Spanish information authority obtains the national identification number with assistance from Interpol.

D) Time limits

52. Unlike in other procedural steps in the EAPO Regulation,¹⁷⁸ the information authority does not have a fixed time limit to provide the court with the outcome of the investigation. Article 14(5) states that information authorities have to act “expeditiously”. Considering the strong divergences at the domestic level, this vague term might be a reflection of the difficulties to establish a precise time limit.

53. Some of the authorities consulted supplied the “average” time they need to obtain the information. Germany seems to be the most efficient. Its information authority reported that it can obtain information on bank accounts in less than 48 hours. This fact has been corroborated by a Luxembourgish judge who requested information on bank accounts from the German information authority.¹⁷⁹ Most of the MSs consulted (Estonia, France, Poland, Ireland) need between 3 and 7 days. Some others require more time. In the case of Luxembourg, the information authority stated that it needs about a month to gather information. This happens because banks have a 20-day deadline to respond to a request made by the information authority. In Spain, it also takes about one month.

54. Nonetheless, if the authorities are unfamiliar with the procedure or if the prior payment of a fee is required it could take more time. This was the situation experienced by a Luxembourgish judge who requested information from a bailiff in France.¹⁸⁰ The bailiff ignored the existence of the EAPO Regulation. Furthermore, the bailiff requested the payment of a fee before collecting the information on the bank accounts. The judge had to explain the EAPO Regulation and then she had to ask the creditor

¹⁷³ Ibid.

¹⁷⁴ European Account Preservation Order – Slovenia, Article 50(1)(c) - Methods of obtaining account information, available at: https://e-justice.europa.eu/content_european_account_preservation_order-379-si-en.do?member=1 (accessed on 4 December 2019).

¹⁷⁵ Cf. FORCADA MIRANDA (n 96).

¹⁷⁶ Answers given by the Belgian Information Authority in the standard questionnaire (13 June 2019).

¹⁷⁷ Ibid.

¹⁷⁸ There are 11 specific deadlines in the EAPO Regulation. See: Article 10(1); Article 14(8); Article 18; Article 21(2); Article 25(1) and (3); Article 27(2); Article 28(2) and (3); Article 36(4). Nonetheless, the EAPO Regulation does not establish a specific sanction when these deadlines are not respected. Article 45 establishes that “where, in exceptional circumstances, it is not possible for the court or the authority involved to respect the time frames (...) the court or authority shall take the steps required by those provisions as soon as possible”.

¹⁷⁹ Interview with a Judge from Luxembourg (4 February 2019) (notes on file with Author).

¹⁸⁰ Ibid.

to pay the fee to the bailiff. Only then did the bailiff search for the information on the bank accounts. This case shows that judges might be confronted with unexpected delays due to lack of knowledge of the instrument or the payment of fees.

E) Costs

55. It is also up to MSs to determine if their information authorities charge fees or not.¹⁸¹ MSs were not obliged to forward this information to the European Commission.¹⁸² Authorities in Spain, Germany, Luxembourg and Ireland do not charge any fees for their services. Conversely, in France, Belgium, Estonia and Poland, authorities request the prior payment of a fee for their services.

56. Apart from any fees charged by the information authorities, banks could also charge a fee. This might happen in those MSs which have opted for gathering information on bank accounts by requesting it from the banks.¹⁸³ This information is publicly available in the *ejustice* portal. So far, only Belgium¹⁸⁴ and Slovakia,¹⁸⁵ have explicitly stated that banks are entitled to charge. Another two MSs (Greece and Portugal) have not “excluded” this possibility, but without saying clearly if banks will charge fees or not.

F) “Information” gathered by the information authority

57. The EAPO Regulation does not mention specifically which information has to be gathered by the information authority. The Commission Proposal established that the information collected would be limited to “the defendant's address, the bank or banks holding the defendant's account or accounts, the defendant's account number or numbers”.¹⁸⁶ Several MSs advocated for a more restrictive approach.¹⁸⁷ The final text of the EAPO Regulation did not contain any reference to the information that shall be provided. Nevertheless, in terms of data protection, this information “shall be adequate, relevant and not excessive in relation to the purpose for which they were obtained, processed or transmitted, and shall be used only for that purpose”.¹⁸⁸ Attending to the wording of Article 14(1), read jointly, in principle, the BIC, the IBAN, the name and address of the bank or the bank account number, would be separately sufficient to identify a defendants’ bank account.

58. The lack of provision specifying which information shall be transmitted by the information authorities means that, in practice, information authorities in different MSs do not provide the same information to identify a debtors’ bank accounts. This was reflected in the answers given by the information authorities to the questionnaire. Belgium, Ireland, Estonia and Spain reported that they provide the IBAN, the BIC and the bank’s address. Luxembourg provides the IBAN and the bank’s address, whereas Poland only the bank’s address. Additionally, in Estonia, the information authority also provides the balance amount of the accounts. In Spain, the information authority also obtains the balance amount from the tax authorities, though it does not forward them to the judge of origin.

¹⁸¹ Article 44 EAPO Regulation.

¹⁸² Article 50 only requires MSs to provide information about court fees. Nothing is mentioned about fees charged by the information authorities.

¹⁸³ Article 14(5)(a) EAPO Regulation.

¹⁸⁴ Email from the Belgian National Chamber of Bailiffs (*Chambre nationale des huissiers de justice*) to Author (13 June 2019).

¹⁸⁵ Európsky príkaz na zablokovanie účtov – Slovensko <https://e-justice.europa.eu/content_european_account_preservation_order-379-sk-en.do?clang=sk> (accessed on 27 October 2019).

¹⁸⁶ Article 17(6) Commission Proposal.

¹⁸⁷ For instance, France specifically proposed “deleting the reference to the defendant's address” (Comments from the delegation of Austria, 13140/12 ADD 2, p. 15).

¹⁸⁸ Article 47(1) EAPO Regulation.

59. Another issue is the storage of data gathered by the information authority.¹⁸⁹ Article 47(2) establishes that information authorities can keep the data gathered for no longer than six months. Two MSs have addressed this matter in the implementing legislation of the EAPO Regulation. In Belgium, where a specific register was created for the EAPO Regulation information mechanism,¹⁹⁰ domestic law expressly states that the data contained in the register is kept for a maximum period of six months.¹⁹¹ Germany has introduced a stricter regime than the one of Article 47(2) and the information authority has to delete the data gathered immediately after it is transmitted to the court which made the request.¹⁹²

G) Results of the investigation

60. Once the search for bank accounts concludes, the information authority forwards the results to the court of origin. Even if the search is unsuccessful, the result must be forwarded to the court of origin.¹⁹³ Here again we are confronted with the same language, form and transmission issues that the court of origin confronts when applying for information on a bank account.¹⁹⁴ The information can only be transmitted to the court of origin and in no case to the creditor. Recital 22 of the Preamble expressly states that “the information obtained regarding the identification of the debtor’s bank account or accounts should not be provided to the creditor”. Again, this was the result of pressure from several MSs,¹⁹⁵ which insisted creditors should never receive information about the debtors’ bank accounts. This is also a way to avoid creditors from using the EAPO Regulation with the sole purpose of obtaining information on a defendants’ bank accounts.

H) Notification to the debtor about the disclosure of his personal data

61. Information authorities might be obliged inform debtors’ about the collection of the information on their bank accounts.¹⁹⁶ Nonetheless, the disclosure is deferred 30 days, in order to protect the surprise effect of the EAPO Regulation. This is the case of Germany. In occasion, the German information authority refused to provide information on the bank accounts because the Lithuanian court which made the request did not provide defendants’ address.¹⁹⁷ The German authority replied that without the address it could not inform the debtor about the disclosure of the personal data.

5. Eventual assistance to the banks

62. The involvement of the information authorities might not end with the discovery of a bank account. The EAPO Regulation establishes that when banks have to implement a preservation order, and they only have the name and other details of a debtor, but no information on the bank account (e.g. IBAN or BIC), they can request the assistance of the information authorities to identify the bank account.¹⁹⁸ We understand that this “assistance” might have been considered for those cases in which the bank does not participate in the collection of the information on the bank accounts. Consequently, for those cases in which the authority obtains the information directly from the banks,¹⁹⁹ the latter might not need help to identify the bank accounts.

¹⁸⁹ Cf. ANTÓN JUÁREZ (n 8), pp. 98 – 99.

¹⁹⁰ Articles 1391 Belgian Judicial Code (*Code Judiciaire*).

¹⁹¹ Article 1391(5) Belgian Judicial Code (*Code Judiciaire*).

¹⁹² Article 948(3) German Code of Civil Procedure (*Zivilprozessordnung*).

¹⁹³ Cf. SCHUMACHER (n 8), p. 171.

¹⁹⁴ *Supra*, pp. 12 – 13.

¹⁹⁵ See: Comments from the delegation of Czech Republic, 13140/12 ADD 1, p. 5; Comments from the Delegation of Finland, 13140/12 ADD 11, p. 6.

¹⁹⁶ Article 14(8) EAPO Regulation.

¹⁹⁷ Marijampolės apylinkės teismas (District court) E2SP-741-985 / 2018, 12/9/2018.

¹⁹⁸ Article 24(4)(a) EAPO Regulation.

¹⁹⁹ Article 14(5)(a) EAPO Regulation.

63. The questionnaire given to the information authorities asked if they received any request for assistance from banks.²⁰⁰ So far, none of the authorities that replied that question (Belgium, Luxembourg, Ireland, Estonia, and Poland), have received any request for assistance.

6. The information mechanism in numbers

64. The following data was directly provided by the information authorities. In the questionnaire submitted to them, information authorities were asked to give the number of requests received, specifying the number per year and the country of origin.²⁰¹ The EAPO Regulation requires MSs to supply the Commission with quantitative data on the application of this instrument.²⁰² Nonetheless, none of this data concerns Article 14.²⁰³ Notwithstanding this, in those MSs with a central information authority, the MS knows, for obvious reasons, all the information requests in that specific country. Therefore, in such countries, the number of information requests as discussed above is easily traceable. Conversely, in MSs in which there is no central authority, collecting such data could become a herculean task.

65. The authorities of Belgium, Estonia, Ireland, Germany, Luxembourg and Poland have kindly provided these numbers, which would otherwise not have been collected.

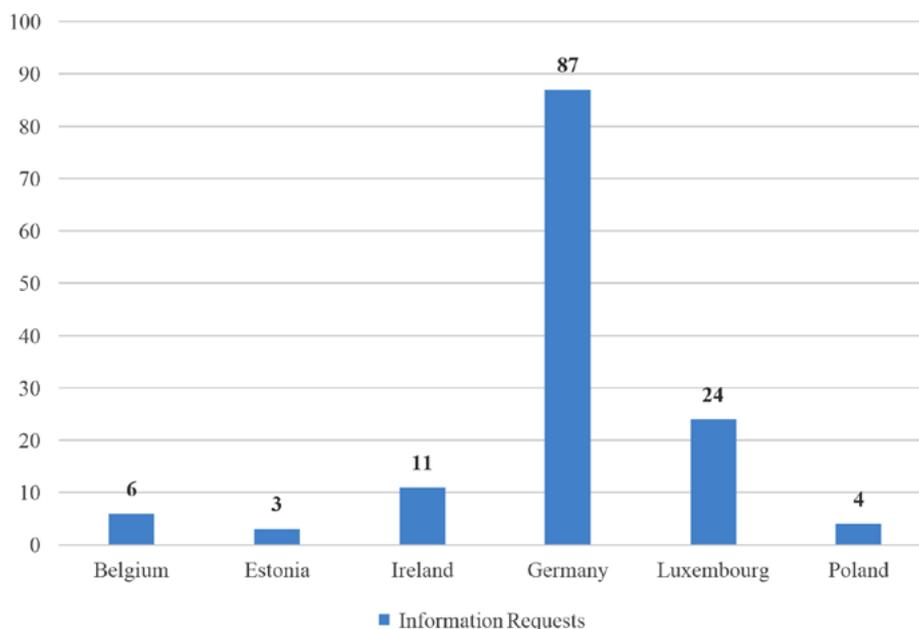


Figure 1. Number of information requests between January 2017 and June 2019

66. This first figure represents the total number of information requests between January 2017 and June 2019. In general, the numbers are low. Germany has been, by far, the country that has received the most information requests. Although it does not appear in the chart, the second was Spain. By October 2019, the Spanish authority reported having received between 50 and 60, without specifying the number.²⁰⁴

²⁰⁰ See Annex I, question 12.

²⁰¹ See Annex I.

²⁰² Article 50(2) EAPO Regulation.

²⁰³ According to Article 50(2) EAPO Regulation, MSs shall provide information about: (1) the number of applications for a Preservation Order and (2) the number of cases in which the Order was issued; (3) the number of applications for a remedy pursuant to Articles 33 and 34 and, if possible, (4) the number of cases in which the remedy was granted; and (5) the number of appeals lodged pursuant to Article 37 and, if possible, (6) the number of cases in which such an appeal was successful.

²⁰⁴ P. MONGÉ ROYO, "Circulation and enforcement of decisions: the role of international cooperation" (Workshop: Circulation and enforcement of foreign decisions involving pecuniary debts: the Spanish experience, University Complutense of Madrid, Spain, 10 October 2019).

The third country was Luxembourg. Proportionally to its size, Luxembourg has received a significant number of information requests. Nonetheless, its geographical location and its economic importance (one of the major financial centres) might explain this relatively high density of requests. The low number of information requests in Poland is also noteworthy, as the country is a relatively big economy in Europe.

67. To explain these numbers beyond the economic reality other factors should be taken into consideration, such as the existence of a more efficient tool to gather information on bank accounts at a domestic level. Other relevant aspects such as the general awareness about the existence of this instrument, or accessibility to the information authority might play an important role. Nonetheless, solely based on this data, any definite conclusions cannot be arrived at. A complete assessment of this issue necessarily involves interviewing creditors behind the information requests.

68. Besides these general data, some information authorities have provided further details concerning the number of applications per year and the origins of the information requests:

	Years		
	2017	2018	2019
Belgium	0	4	2
Estonia	1	1	1
Ireland	2	8	1
Luxembourg	7	11	6
Poland	0	3	1

Table 4. Number of information requests per year received by Belgium, Estonia, Ireland, Luxembourg and Poland. Numbers in 2019 are until June.

Data provided by each of these information authorities in their response to the standard questionnaire.

69. Except for Estonia, there is clearly an increase from 2017 to 2018: this is the case especially in Poland and Belgium, where there were no information requests during the first year. It would be interesting to have data for the whole of 2019 in order to see if this trend continues.

70. These authorities have also provided information about the origin of the requests:

		MSs of Enforcement				
		Belgium	Estonia	Ireland	Luxembourg	Poland
MSs of Origin	Belgium	2			3	
	Czech Republic			1		2
	Finland		1			
	France				7	1
	Germany				11	
	Greece	1			1	
	Latvia		1	1		
	Lithuania			9		
	Netherlands	1			2	
	Spain					1
	Sweden		1			
Unknown	2					

Table 5. Number of information requests per MS of origin received by Belgium, Estonia, Ireland, Luxembourg and Poland between January 2017 and June 2019.

Data provided by each of these information authorities in their response to the standard questionnaire.

71. Except for Ireland, and other isolated cases, these MSs have received information requests mostly from neighbouring MSs. Belgium is perhaps the most peculiar case. In two occasions, judges

in other MSs addressed the Belgian Ministry of Justice instead of the correct information authority, the Belgian national chamber of bailiffs (*Chambre nationale des huissiers de justice*). The Ministry of justice referred the information requests to the latter, but without indicating the origin of the requests. On another occasion, the information request came from Belgium itself. As has already been explained, this is possible when the bank account is located in the same MS of the court of origin and the creditor is domiciled in another MS.²⁰⁵ In that particular case, the creditor was domiciled in Germany. Therefore, the Belgian court which submitted the request was entitled to seek information on the bank accounts from the Belgium information authority.

7. Conclusions

72. The very first impression after this extensive overview on the information mechanism is that this tool is still in its infant stages. Despite the limited existing practice, the experiences gathered so far already provide some valuable insights into its functioning. Another very general (and noticeable) remark is the substantive differences existing from one MS to another on the functioning of the information mechanism. Whereas in Germany it is functioning efficiently in terms of cost and time, creditors seeking information on bank accounts in Belgium or Romania might still have to wait.

73. Now, focusing on potential improvements, I have divided them into two sets, from the easiest to achieve to those which would imply a recast of the current text of the regulation:

- **74. Under the current framework.** Firstly, there should be a general update of the *ejustice* portal. There are still pages of some MSs which have not been translated into English.²⁰⁶ Furthermore, more detailed information on the information authorities would be also welcome, such as the languages accepted by the information authorities, the allowed channels of communication, or if they charge a fee. It is urgent to introduce a standard form for the information request. This would save time and money (in necessary translation), since in the *ejustice* portal, once you have filled in the form, you can obtain it immediately in another official language. Apparently, the European Commission is already aware of this inconvenience and it has taken action in this respect. The sooner there is a standard form, the better. Although Article 50 does not oblige MSs to collect information on the application of the information mechanism, the European Commission should also consider doing so in order to assess properly the real utility that this tool has.
- **75. Looking forward to a potential recast.** This might happen sooner or later and it will depend mainly on how “successful” the current version on the EAPO Regulation is. Firstly, concerning creditors, it would be interesting to expand the regulation to all kinds of creditors, as contained in the EAPO Commission Proposal. In order to prevent potential abuses, creditors who do not have a title might be expected to provide some security before courts proceeded to request information on bank accounts. Authorities should also provide the bank balances. This will avoid the issuance of a preservation order against an empty bank account. From an institutional perspective, more “uniformity” would be welcome. In this sense, it would be interesting to require MSs to establish a central authority responsible for all information requests, as is already the case in the majority of countries where the EAPO Regulation applies. This would help in terms of accessibility and specialization (despite the reported problems with some central authorities). Regarding the mechanism to gather information on bank accounts, there is also too great a margin of manoeuvre left to MSs. It would be preferable to require all MSs to establish a central register with all bank accounts, to which the central authority might have direct access. In order to prevent abuses, it would

²⁰⁵ *Supra*, n 31.

²⁰⁶ This is the case of Belgium, Bulgaria, the Czech Republic, Latvia, Lithuania, Luxembourg, Hungary, the Netherlands, Poland, Romania, Slovakia, Finland and Sweden.

also be necessary to set up a general register of all national judicial authorities from which the information authority could easily verify that the person who forwarded the information request is indeed a legitimate judicial authority.

76. Albeit not free from setbacks and criticism, it has to be acknowledged that the information mechanism is the very first instrument to seriously tackle the issue with transparency of debtors' bank accounts at the European level. Hopefully, the information mechanism will become a useful tool for creditors, and not a mere "procedural" anecdote.

ANNEX I – STANDARD QUESTIONNAIRE

A. General questions

1. How many bank account information requests have you received since the entry into force of Regulation 655/2014 on January 18th 2017?

1.1. Could you specify how many requests you have received per year?

2017:

2018:

2019:

1.2. Could you specify from which countries you have received the information requests (number per country)?

Austria:

Belgium:

Bulgaria:

Croatia:

Cyprus:

Czech Republic:

Estonia:

Finland:

France:

Greece:

Hungary:

Ireland:

Italy:

Latvia:

Lithuania:

Luxembourg:

Malta:

Netherlands:

Poland:

Portugal:

Romania:

Slovakia:

Slovenia:

Spain:

Sweden:

2. Has there been any occasion in which you could not obtain information on the bank accounts?
 - 2.1. If yes, in how many occasions was gathering the information unsuccessful?
3. Have you received any particular training regarding the European Account Preservation Order (“EAPO”)?

B. Specific questions

4. The Regulation establishes that the transmission of documents regarding the information mechanism is made according to Article 29. That provision says the service could be made ‘by any appropriate means, provided that the content of the document received is true and faithful to that of the document transmitted and that all information contained in it is easily legible’ (Article 29.2). By which of the following means have you received the information requests?
 - Email.
 - Ordinary mail.
 - Fax.
 - Other (specify):
5. The Regulation does not make any mention to the language in which the information request has to be made. In which languages have you received the information requests?
 - 5.1. Have you experienced any issue in this respect? If the answer is yes, which kind of problems have you experienced?
 - 5.2. Do you accept information requests in languages other than German? If the answer is yes; in which languages?
 - 5.3. Have you requested the translation of the documents to the judicial authority of the member state of origin?
6. Commission Regulation (UE) 2016/1823 establishes the standard forms of the EAPO. Notwithstanding, there is no standard form to request information on the bank accounts. Would you be in favour of elaborating a standard form for the bank information request mechanism?
 - Strongly in favour.
 - In favour.
 - Indifferent.
 - Against.
 - Strongly against.
7. The Regulation only says that ‘all authorities involved in obtaining the information shall act expeditiously’ (Article 14.5). How much time do you need to obtain the information on the bank accounts?
 - 1 to 2 days.
 - 3 to 7 days.
 - 1 to 2 weeks.
 - 2 weeks to 1 month.
 - More than one month.
8. The Regulation allows information authorities to request the payment of their services (Article 44). In your Member State, do creditors have to pay a fee in order to obtain information on the bank accounts?

- Yes.
- No.

8.1. If yes, is it a fixed fee or is the fee determined on the basis of the amount of the EAPO?

- Fixed fee.
- Amount of the EAPO.

9. Only creditors who have a title (enforceable or not) can request information on the bank accounts (Article 14.1). Would you be in favour of extending this to creditors without a title?

- Strongly in favour
- In favour.
- Indifferent.
- Against.
- Strongly against.

10. The Regulation establishes that creditors can opt between indicating the BIC, the IBAN or the bank address (Article 8.2.d.). Which information do you provide?

- IBAN.
- BIC.
- Name and address of the bank.
- All of them.

11. Each Member State has freedom to choose the method to gather the bank account information (Article 14.5). Germany opted for allowing ‘access for the information authority to the relevant information where that information is held by public authorities or administrations in registers or otherwise’ (Article 14.5.b). Could you explain more specifically how you obtain information on the bank accounts?

11.1. Would you be in favour of employing any other method of those suggested by Article 14?

11.2. If yes, which of them would you opt for?

12. During the implementation of the EAPO, banks can request the assistance of the information authorities to identify the bank accounts (Article 24.4.a). Have you been contacted by any bank?

12.1. If yes, how many petitions from banks have you received?

C. Others

13. Besides the above questions, would you like to report any other issue/ problem that you might have confronted?

14. Do you have any suggestions that might help to improve the information mechanism?

SOSTENIBILIDAD SOCIAL EN LA INDUSTRIA 4.0. DESAFÍO PARA LA UE-2030*

SOCIAL SUSTAINABILITY IN INDUSTRY 4.0. CHALLENGE FOR THE EU-2030

ESPERANZA MACARENA SIERRA BENÍTEZ

*Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla*

ORCID ID: 0000-0001-5335-0360

Recibido: 02.10.2019 / Aceptado: 04.11.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5195>

Resumen: Para 2030, el año en que la Industria 4.0 se establecerá plenamente en la sociedad europea, Europa debe superar grandes desafíos si no quiere perder esa combinación de democracia, derechos sociales y un estado avanzado de bienestar que de alguna manera se ha convertido en su marca registrada. La UE cuenta con dos ámbitos de actuación para afrontar dichos retos: el internacional (acuerdos comerciales, Alianza UE-África, Agenda 2030), y el propio ámbito de la UE (pilar europeo de derechos sociales). Entendemos que es fundamental que los acuerdos comerciales no sólo incluyan cláusulas que aseguren el cumplimiento de unos estándares determinados en materia de medio ambiente y ámbito laboral, sino que así mismo garanticen su efectividad (por ejemplo, mediante la supervisión de la OIT). Igualmente, para asegurar la efectiva aplicación del pilar europeo de derechos sociales, es necesario dotarlo de instrumentos normativos suficientes que garanticen su cumplimiento.

Palabras clave: protección social, acuerdos internacionales, pilar europeo de derechos sociales, sostenibilidad social, industria 4.0.

Abstract: By 2030, the year in which Industry 4.0 will be fully established in European society, Europe must overcome great challenges if it does not want to lose that combination of democracy, social rights and an advanced state of well-being that somehow has become its trademark. In order to meet these challenges, the EU can count on two lines of action: the international area (trade agreements, EU-Africa Alliance, 2030 Agenda), and the EU itself (European pillar of social rights). We understand that it is essential that trade agreements not only include clauses that ensure compliance with certain standards regarding the environment and work environment, but that also guarantee their effectiveness (for example, through ILO supervision). Likewise, to ensure the effective application of the European pillar of social rights, it is necessary to provide sufficient normative instruments to guarantee its compliance.

Keywords: social protection, international agreements, European Pillar of social rights, social sustainability, Industry 4.0.

Sumario: I. Introducción. II. Los acuerdos comerciales internacionales de la Unión Europea y el desarrollo sostenible en cuestiones sociales. 1. La nueva alianza entre África y Europa para la inversión y el empleo sostenibles. 2. La cooperación política mundial: Del Acuerdo de Cotonú a la

* Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto Plan Estatal 2013-2016 Retos. Proyectos I+D+I MINECO, denominado "La seguridad internacional y comunitaria: conflictos de leyes y protección social", DER2017-83040-C3-3-R, siendo IPs Ana M^a Chocrón Giráldez y Esperanza Macarena Sierra Benítez.

modernización de las relaciones entre la UE y los países de África, el Caribe y el Pacífico (ACP). 3. Los acuerdos comerciales internacionales en la UE. En especial los acuerdos de libre comercio (ALC). 4. La Agenda 2030 de la ONU para el desarrollo sostenible. III. Sostenibilidad y protección social. El pilar europeo de derechos sociales. 1. Pilar europeo y su eficacia jurídica. 2. El capítulo III del pilar europeo de derechos sociales: protección e inclusión social. IV. Valoración final. El necesario equilibrio entre la sostenibilidad económica, monetaria y social en la era de la industria 4.0.

I. Introducción

1. El 9 de mayo de 2019 tuvo lugar una reunión informal del Consejo Europeo en Sibiu (Rumania), en la que se produjo un primer debate sobre la dirección que deben tomar las políticas de la Unión Europea (en adelante UE) para los próximos cinco años. La UE debe seguir siendo un modelo de inclusión y sostenibilidad, que asuma los cambios provocados por la transición ecológica, las evoluciones tecnológicas y la globalización. En particular, necesita promover la inclusión y reducir las desigualdades, proporcionando oportunidades para todos; garantizar una protección social adecuada y fomentar mercados laborales inclusivos; y reducir las desigualdades a través de la cohesión. En la Declaración de Sibiu se mantiene la defensa del principio de equidad, ya sea en el mercado laboral, en el bienestar social, en la economía o en la transformación digital¹.

2. En la actualidad la protección social de los trabajadores de la economía digital y la financiación de la Seguridad Social son algunas de las preocupaciones más significativas para el conjunto de la sociedad europea en la era de la Industria 4.0². Al respecto, uno de los retos a los que se enfrenta la UE es el mantenimiento de bienestar social europeo, “una de las piedras angulares del proyecto europeo. Los cambios tecnológicos, estructurales y demográficos en un mundo globalizado están transformando la naturaleza del trabajo y ponen en entredicho nuestra solidaridad, menoscabando la promesa de que cada generación puede esperar heredar un mundo mejor que la anterior. De resultas, también podría aumentar la amenaza a los valores fundamentales de la UE de democracia, Estado de Derecho y derechos fundamentales”³.

3. Con respecto a la protección social de los trabajadores de la economía digital en la UE, se plantea la necesidad de que se regulen las nuevas formas de empleo de modo que se puedan identificar con claridad a los sujetos de un contrato de trabajo: el empleador y el trabajador. La digitalización, y en general la Industria 4.0, está dando lugar a nuevas formas de empleo que, en principio, se están regulando sólo en el ámbito de aplicación del contrato de trabajo. Así, por ejemplo, la reciente aprobación por el Parlamento Europeo, el 16 de abril de 2019, de la Directiva relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la UE que aprueban una serie de derechos para cubrir las nuevas formas de empleo excluyen a los trabajadores autónomos⁴.

4. Las nuevas formas de empleo digital y la penetración de la robótica constituyen una gran amenaza para los trabajadores que no estén protegidos por la normativa en materia de salarios, condiciones de trabajo y seguridad social⁵. El desarrollo de la robótica en la UE tendrá una gran incidencia en las

¹ CONSEJO EUROPEO, *Declaración de Sibiu*, 9 de mayo de 2019 en <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2019/05/09/the-sibiu-declaration/>

² “La industria 4.0 implica la promesa de una nueva revolución que combina técnicas avanzadas de producción y operaciones con tecnologías inteligentes que se integrarán en las organizaciones, las personas y los activos”, en Deloitte, “¿Qué es la industria 4.0?”, <https://www2.deloitte.com/es/es/pages/manufacturing/articles/que-es-la-industria-4.0.html>

³ COMISIÓN EUROPEA, Documento de reflexión *Para una Europa sostenible de aquí a 2030*, COM (2019) 22 de 30 de enero de 2019. Véase E.M. SIERRA BENÍTEZ, “El trabajo digital y la robótica en la Unión Europea”, AAVV, *Digital work and personal data protection: key issues for the labour of the 21st century*, (ed. Lit), 2018, pp. 63 a 86.

⁴ Directiva 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea (DOUE núm. 186, de 11 de julio de 2019, vigencia desde el 31 de julio de 2019).

⁵ Véase la Resolución del Parlamento, de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica (P8_TA (2017) 0051).

relaciones laborales, lo que hace necesario que dicho desarrollo deba abordarse de manera equilibrada para promover la reindustrialización y permitir que también los trabajadores se beneficien del incremento de la productividad⁶.

5. El trabajo por cuenta ajena es escaso y precario, sobre todo para las nuevas contrataciones de jóvenes y de trabajadores de edad que retornan al mercado de trabajo. La tasa de temporalidad laboral en España casi duplica la de la UE (que se mantiene en el 14'2%). En la actualidad, con la recuperación económica, la temporalidad ha vuelto a aumentar y es muy similar por género, aunque algo mayor entre las mujeres. Como también es mayor entre los jóvenes y entre los asalariados con estudios básicos⁷.

6. Por otro lado, el número de pensionistas aumentará de forma preocupante para la sostenibilidad del sistema cuando los trabajadores provenientes del denominado *baby boom* de los años 60 lleguen a la edad de jubilación.

7. En el caso español, la reforma laboral del año 2012 ha permitido que la recuperación económica y del mercado de trabajo se sustente en una alta temporalidad y en el aumento de la precariedad laboral (trabajo a tiempo parcial, horas de trabajo no declaradas, etc.)⁸. Por lo tanto, el número de ingresos por cotizaciones no aumenta de forma significativa conforme se producen nuevas jubilaciones.

8. Por este motivo es necesaria la investigación relacionada con la búsqueda de soluciones que permitan financiar los sistemas de seguridad social recurriendo a instrumentos que garanticen su sostenibilidad, que faciliten el acceso a la misma de las personas que desempeñan su actividad profesional en la era digital, y que contribuyan al desarrollo de la Europa sostenible para el año 2030⁹. Estos son los aspectos principales que consideramos retos importantes para obtener la mejor protección social posible de los trabajadores de la Industria 4.0.

9. La UE cuenta para ello con dos ámbitos de actuación: el internacional, que es necesario para que las políticas europeas tengan impacto sobre el planeta, y así mismo se puedan compartir las soluciones sostenibles a los problemas mundiales; y el otro es el propio ámbito europeo, cuya actuación se basa en la construcción y aplicación del pilar europeo de derechos sociales de acuerdo con el ámbito competencial atribuido a los EM. Comencemos por abordar el primero de estos ámbitos de actuación: el internacional.

⁶ Véase Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de febrero de 2019, sobre una política industrial global europea en materia de inteligencia artificial y robótica (P8_TA-PROV (2019) 0081).

⁷ Esenciales, Fundación BBVA-IVIE, núm. 35, 2019, p. 1. Hay que indicar que “la caída de la tasa de temporalidad durante la crisis no se debió a una mejora en la calidad de los contratos de trabajo, sino a que fueron los trabajos temporales los que sufrieron en mayor medida la destrucción de empleo, debido a la menor protección relativa de este tipo de contratos”. Las menores tasas de temporalidad entre los asalariados mayores (50-74 años).

⁸ M.T. IGARTÚA MIRÓ, “Crítica a un nuevo derecho del trabajo al servicio de la flexibilidad y subordinado al crecimiento, la competitividad y el empleo”, *RDSyE*, núm. 2, 2014, pp. 115 a 148; E. LÓPEZ TERRADA, “La reforma laboral de 2012 y las modalidades de contratación. Puntos críticos”, *ARXIVUS*, núm. 28, 2013, pp. 41 a 56; A. OJEDA AVILÉS, M. GUTIÉRREZ PÉREZ, “La reforma del mercado de trabajo en España durante la crisis financiera internacional”, *Derecho-PUCEP*, núm. 68, 2012, pp. 93 a 129. I. MARÍN ALONSO, “Flexibilidad y mantenimiento del empleo en el sector privado *versus* adaptación de conceptos flexibles de calidad en el sector público” en AAVV, *Las reformas del Derecho del Trabajo en el conflicto de la crisis económica: la reforma laboral de 2012: XXII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2013, pp. 617 a 635. Este tema fue abordado también en anteriores reformas laborales como, por ejemplo, la de 2006. Al respecto J. GORELLI HERNÁNDEZ, “La reforma laboral 2006 y la contratación temporal. La lucha contra el abuso en la contratación temporal. Un análisis de urgencia”, *Actualidad Laboral*, núm. 17, pp. 2035 a 2058.

⁹ E.M. SIERRA BENÍTEZ, “Seguridad social sostenible y sistemas de protección social en la era digital europea”, *Revista de Direito do Trabalho*, núm. 45, vol. 198, 2019, pp. 253 a 274. Este trabajo se puede visualizar en el siguiente repositorio idUS de la US https://idus.us.es/xmlui/bitstream/handle/11441/87761/rt_monografias_190597006%20%289%29%20EMSB.PDF?sequence=1&isAllowed=y

II. Los acuerdos comerciales internacionales de la Unión Europea y el desarrollo sostenible en cuestiones sociales¹⁰

10. La estrategia global de la política exterior y de seguridad de la UE reconoce la importancia de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (en adelante, ODS) como una prioridad transversal que requiere esfuerzos concertados de la UE y de sus Estados miembros en sus relaciones con el resto del mundo¹¹. La UE debe compartir soluciones sostenibles a los problemas mundiales para que las políticas europeas no tengan un impacto limitado sobre el planeta cuando otros países apliquen políticas opuestas. Es por ello que es necesario compartir soluciones de la UE en el extranjero para generar más empleo y crecimiento sostenible, tanto en los países socios como dentro de la propia UE. La UE y sus Estados miembros se han comprometido a aumentar su contribución a la ayuda oficial al desarrollo hasta, al menos, el 0,7% de la renta nacional bruta de la UE al año para contribuir a sacar a la gente de la pobreza, garantizar la dignidad y la igualdad y crear, asimismo, sociedades pacíficas, justas e inclusivas¹².

11. En sesión celebrada en Bruselas el 20 de junio de 2019, el Consejo Europeo acordó una agenda de la UE para los próximos cinco años denominada “Nueva agenda estratégica para 2019-2024” que establece, por un lado, los ámbitos prioritarios que orientarán el trabajo del Consejo Europeo y los programas de trabajo de otras instituciones de la UE; y, por otro, el modo de lograr dichos objetivos¹³. Entre los ámbitos prioritarios se encuentra la necesidad de “construir una Europa climáticamente neutra, ecológica, justa y social” dado, que “es necesaria la inclusión y sostenibilidad para asumir los cambios generados por la transición ecológica, la evolución tecnológica y la mundialización sin que nadie quede rezagado”¹⁴.

12. En materia de cuestiones sociales, el Pilar Europeo de Derechos Sociales debe implantarse a escala de la UE y de los Estados miembros, teniendo en cuenta los ámbitos de competencias respectivos para hacer frente a las desigualdades que afectan a los jóvenes y las nuevas formas de exclusión y, en general, hacer más para garantizar la igualdad entre hombres y mujeres, y los derechos y la igualdad de oportunidades para todos¹⁵. El pilar europeo de derechos sociales consiste en dar a los ciudadanos unos derechos sociales nuevos y más efectivos, basados en veinte principios fundamentales como el de la protección e inclusión social (capítulo III)¹⁶.

1. La nueva alianza entre África y Europa para la inversión y el empleo sostenibles

13. En el ámbito mundial es importante hacer referencia a la nueva colaboración de la UE con los países de África, el Caribe y el Pacífico para procurar una mayor prosperidad mediante el cum-

¹⁰ Los acuerdos comerciales difieren según su contenido: a) acuerdos de asociación económica (AAE): apoyan el desarrollo de socios comerciales de países de África, Caribe y el Pacífico; b) acuerdos de libre comercio (ALC): permiten una apertura recíproca de los mercados con países desarrollados y economías emergentes mediante la concesión de un acceso preferente a los mercados; acuerdos de asociación (AA): refuerzan acuerdos políticos más amplios en <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/trade-policy/trade-agreements/>

¹¹ European External Action Service, *Una visión común, una actuación conjunta: una Europa más fuerte. Estrategia global para la política exterior y de seguridad de la Unión Europea*, Luxemburgo, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2016, p. 13.

¹² COMISIÓN EUROPEA *Para una Europa Sostenible de aquí a 2030*, COM (2019) 22, de 30 de enero de 2019, p. 31.

¹³ CONSEJO EUROPEO, Bruselas 20 de junio de 2019 (OR. en), EUCO 9/19. Las cuatro prioridades son: a) proteger a los ciudadanos y las libertades; b) desarrollar una base económica sólida y dinámica; c) construir una Europa climáticamente neutra, ecológica, justa y social; y d) promover los intereses y valores europeos en la escena mundial.

¹⁴ CONSEJO EUROPEO, Bruselas 20 de junio de 2019, obra cit., p. 13.

¹⁵ El pilar europeo de derechos sociales fue aprobado conjuntamente por el Parlamento, el Consejo y la Comisión el 17 de noviembre de 2017, durante la Cumbre social a favor del empleo justo y el crecimiento celebrada en Gotemburgo, Suecia.

¹⁶ En materia de protección social contempla que “con independencia del tipo y la duración de su relación laboral, los trabajadores por cuenta ajena y, en condiciones comparables, los trabajadores por cuenta propia, tienen derecho a una protección social adecuada”.

plimiento de los ODS¹⁷, incluido el compromiso con los países en desarrollo más avanzado (a través de la ONU y otros organismos multilaterales) para obtener una incidencia importante en el desarrollo sostenible mundial¹⁸. No obstante, para que la UE pueda combatir los retos más complejos del mundo (la pobreza, los conflictos bélicos y la migración, el cambio climático y los retos demográficos) son necesarios instrumentos financieros que sirvan de apoyo en forma de garantías como complementos a los instrumentos tradicionales de cooperación al desarrollo.

14. Ejemplo de estos nuevos instrumentos son, por ejemplo, el Plan Europeo de Inversiones Exteriores (EIP), que ofrece una forma innovadora de movilizar fuentes públicas y privadas de financiación del desarrollo, como un complemento a la ayuda tradicional en forma de subvenciones; o el Fondo Europeo de Desarrollo Sostenible (EFSD), con operaciones de financiación en terceros países para atraer financiación privada para inversiones más innovadoras y de mayor riesgo basado en el reconocimiento de que la inversión pública y la privada son motores esenciales del desarrollo sostenible¹⁹.

15. Se espera que la financiación del EIP, que cuenta con una contribución de 4'1 mil millones de Euros de la Comisión Europea, reúna más de 44 mil millones de euros de inversiones para 2020. Los recursos provienen del presupuesto de la UE y de otras fuentes, incluido el propio EFSD que está abierto a las contribuciones de los Estados miembros de la UE y de otras fuentes, incluido el Fondo Europeo de Desarrollo. El EFSD está abierto a las contribuciones de los Estados miembros de la UE, los países de la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC) y otros socios²⁰. Si la AELC igualara la contribución de la UE, se podrían aprovechar hasta 88.000 millones de euros para 2020²¹. En la actualidad la UE está en camino de alcanzar su objetivo para 2020: invertir 4'5 mil millones a través del Plan de Inversión Externa, aprovechando así la inversión de 44.000 millones de euros. Lo está haciendo a través del EFSD, la principal rama financiera del EIP, que comprende una garantía y una combinación de ambos²².

16. Esta Alianza, auspiciada por el presidente Juncker (septiembre 2018) y la Unión Africana (UA), debe contribuir a la creación de empleo en África y el desarrollo de su sector agrícola. Por este motivo la Comisión Europea creó el Grupo de trabajo para el África rural, formado por un grupo de expertos que aportan conocimientos especializados, asesoramiento y posibles recomendaciones para reforzar la asociación europea con los sectores agrícolas y alimentarios de África²³.

17. El 21 de junio de 2019, con motivo de la tercera conferencia ministerial agrícola de la Unión Africana-Unión Europea, los representantes aprobaron por primera vez una Declaración Política, acompañada de una agenda de acción, con el objetivo general de seguir fortaleciendo la asociación África-UE en alimentación y agricultura a todos los niveles²⁴.

18. De acuerdo con las recomendaciones del informe final presentado por el Grupo de Trabajo para África Rural el 7 de marzo de 2019, África y la UE deberían desarrollar una asociación que funcione en tres niveles: de persona a persona, de empresa a empresa y de gobierno a gobierno. Sobre la

¹⁷ COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación sobre una nueva alianza entre África y Europa para la inversión y el empleo sostenibles: Un paso más en nuestra asociación para la inversión y el empleo*, Bruselas, 12.9.2018, COM(2018) 643 final-.

¹⁸ EUCO 9/19, cit., p. 10.

¹⁹ COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación Hacia una arquitectura financiera más eficiente en materia de inversiones fuera de la Unión Europea*, Bruselas 12.9.2018, COM(2018)644 final.

²⁰ Los países que pertenecen a la AELC son Islandia, Liechtenstein, Noruega y Suiza.

²¹ COMISIÓN EUROPEA- Hoja informativa. Preguntas y respuestas sobre el Plan Europeo de Inversiones Externas, Bruselas 23 de noviembre de 2017 en http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-17-3484_en.htm

²² En https://ec.europa.eu/commission/eu-external-investment-plan/external-investment-plan-progress-so-far_en Los informes operativos de EFSD brindan todos los detalles de los programas de mezcla y las garantías EFSD asignadas, vid. Informe Operativo EFSD 2018, de 24 de junio de 2019 en https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/eip_operational_report.pdf

²³ Sobre este grupo de expertos <http://ec.europa.eu/transparency/regexpert/index.cfm>

²⁴ Véase noticias 21 de junio de 2019, Roma, Africa-Europe Alliance: a political declaration for a stronger partnership in agriculture, food and farming https://ec.europa.eu/info/news/africa-europe-alliance-political-declaration-stronger-partnership-agriculture-food-and-farming-2019-jun-21_es

base de algunas de estas recomendaciones del Grupo de Trabajo, la Comisión Europea comenzará a implementar una serie de proyectos: a) Programas de hermanamiento e intercambio entre organismos agrícolas y europeos; b) Plataforma de agro-negocios de la UA-UE; y c) Centros de Innovación que reunirán la investigación nacional, los sistemas de educación superior, los agricultores, sus organizaciones y el sector privado con el objetivo de facilitar la innovación digital y el desarrollo de habilidades²⁵.

19. En el año 2017 la Unión Europea y la Fundación Bill y Melinda Gates comenzaron a trabajar en una iniciativa conjunta para impulsar la investigación y las innovaciones técnicas y organizativas en los sistemas agrícolas y alimentarios de los países en desarrollo. Esta iniciativa conjunta está basada en los resultados del Acuerdo de París y la COP 23 celebrada en Bonn sobre el papel de la agricultura en la agenda del Cambio Climático²⁶.

20. Entre las acciones que esta nueva alianza entre África y Europa para la inversión y el empleo sostenibles está la de *invertir en las personas invirtiendo en su educación y sus capacidades* puesto que “una asociación económica que persiga impulsar las inversiones y crear puestos de trabajo ha de tratar de adecuar las capacidades de las personas a las exigencias del mercado laboral. Es necesario invertir más para proporcionar a las personas, en particular las niñas y las mujeres, acceso a la educación, en especial la educación y la formación técnicas y profesionales, así como capacidades y competencias digitales, y para abordar el desajuste existente entre las capacidades que los jóvenes adquieren en la enseñanza secundaria y terciaria y las que requieren para su vida laboral. Esto ayudará a dotar a los jóvenes de las capacidades que necesitan para construir su futuro, consolidando al mismo tiempo las vías de la migración legal”²⁷.

21. Entendemos que esta iniciativa sobre la nueva alianza entre África y Europa es una de las más significativas por las connotaciones que puede tener en el empleo y, en general, en las futuras relaciones comerciales que se aborden en un futuro acuerdo comercial entre ambos continentes. Esta nueva alianza entre África y Europa para la inversión y el empleo sostenibles no es una iniciativa independiente, sino que forma parte de un conjunto más amplio de relaciones entre la UE y África y de marcos estratégicos que unen a Europa y África, como la Agenda 2030 de las Naciones Unidas y sus diecisiete objetivos de desarrollo sostenible, que sirven de guía a ambos continentes y a los que vamos a hacer referencia más adelante²⁸.

2. La cooperación política mundial: Del Acuerdo de Cotonú a la modernización de las relaciones entre la UE y los países de África, el Caribe y el Pacífico (ACP)

22. En la actualidad se están desarrollando negociaciones para modernizar las relaciones entre la UE y 79 países de África, el Caribe y el Pacífico (ACP), con el objetivo de sentar las bases para la

²⁵ COMISIÓN EUROPEA, Comunicado de prensa. Alianza África-Europa: Comisión Europea comprometida con un sector agroalimentario africano sostenible, Bruselas 7 de marzo de 2019, IP/19/1569.

²⁶ Fuente DG Cooperación Internacional y Desarrollo. Adaptación al cambio climático: la UE y la Fundación Bill y Melinda Gates intensifican el apoyo a la investigación e innovación en la agricultura, 12/12/2017 en https://ec.europa.eu/europeaid/news-and-events/climate-change-adaptation-european-union-and-bill-and-melinda-gates-foundation-step_en

²⁷ COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación sobre una nueva alianza entre África y Europa para la inversión y el empleo sostenibles: un paso más en nuestra asociación para la inversión y el empleo*, Bruselas 12.9.2018, COM(2018) 643 final. En la Comunicación se recogen 10 acciones a seguir: 1) Impulso a las inversiones estratégicas mediante financiación combinada y garantías; 2) Apoyo a las oportunidades de fabricación y transformación a nivel nacional y regional a través de los pactos en materia de empleo y crecimiento, 3) Establecimiento de grupos sectoriales de operadores de los sectores, público y financiero del mundo académico (...), para proporcionar pericia, asesoramiento y recomendaciones, 4) Apoyo a la educación y el desarrollo de las capacidades a nivel continental; 5) Apoyo al desarrollo de las capacidades a nivel continental; 6) refuerzo del diálogo, la cooperación y el apoyo en relación con el clima inversor y empresarial; 7) Apoyo a la zona de libre comercio continental africana, 8) Refuerzo del comercio dentro de África y entre la UE y África con la perspectiva a largo plazo de un acuerdo de libre comercio intercontinental; 9) Apoyo a la conectividad tanto dentro de África como entre la UE y África; y 10) Movilización de un paquete sustancial de recursos financieros.

²⁸ La Comisión publicó el 30 de enero de 2019 un documento de reflexión “Hacia una Europa sostenible en 2020”, COM(2019) 22 final, al que las Conclusiones del Consejo de Asuntos generales sobre desarrollo sostenible de 9 de abril de 2019 dan respuesta (Consejo de Europa, 8286/19).

creación de un pilar entre la UE y el Pacífico dentro del futuro acuerdo entre la UE-ACP. Sobre la base del futuro acuerdo habrá tres pilares regionales orientados a la acción, para centrarse en las necesidades específicas de cada región. La futura asociación servirá para que la UE y los países de la ACP busquen una cooperación política más estrecha en el escenario mundial.

23. No es una cuestión baladí si se logra el acuerdo, dado que juntos representan más de la mitad de todos los países miembros de la ONU, una población de más de 1.500 millones de personas. Hay que tener en cuenta que actualmente las relaciones entre la UE y los países del ACP se rigen por el Acuerdo de Cotonú que expira en el año 2020, por lo que las nuevas negociaciones sobre una nueva asociación se iniciaron en Nueva York el 28 de septiembre de 2018²⁹.

24. El Acuerdo de Cotonú es el marco legal que rige las relaciones entre la UE y 79 países de África, el Caribe y el Pacífico (ACP) que se firmó en el año 2000 por un período de 20 años, y que incluye a más de un centenar de países (los Estados miembros de la UE y 79 países ACP). La asociación UE-ACP se centra en la erradicación de la pobreza y el desarrollo sostenible inclusivo de los países ACP y de la UE. Se divide en tres ámbitos de actuación: la cooperación al desarrollo, el diálogo político y el comercio. El contexto mundial y regional (Europa, África, el Caribe y el Pacífico) “ha evolucionado considerablemente, al igual que lo han hecho los retos mundiales comunes que hay que afrontar y las oportunidades que se pueden aprovechar”. Esto significa que los objetivos principales de la asociación deben ser revisados para adaptarlos a las nuevas realidades. La “UE procura que se alcance un acuerdo político global que establezca un programa de actuación moderno enmarcado por las hojas de ruta de desarrollo sostenible acordadas internacionalmente (los ODS y la Agenda 2030 de la ONU, el Acuerdo de París, la Estrategia Global sobre Política y Exterior de la UE, etc.)³⁰.”

3. Los acuerdos comerciales internacionales en la UE. En especial los acuerdos de libre comercio (ALC)

25. La UE cuenta en la actualidad con más de un centenar de acuerdos comerciales vigentes o en proceso de actualización o negociación que aseguran que se cumplen unos estándares determinados en materia de medio ambiente y en el ámbito laboral, por ejemplo, para evitar la importación de productos producidos con trabajo infantil. El estancamiento de la vía multilateral de negociación provocado por los problemas experimentados en el año 1999 en el seno de la Organización Mundial del Comercio (OMC), ha contribuido a que la UE haya iniciado negociaciones bilaterales y regionales, sobre todo a raíz del año 2006³¹, para construir una política de comercio exterior más global, integrada y orientada al futuro, que aporte una mayor contribución a la competitividad europea. Y, por lo tanto, se hace necesario adaptar los instrumentos de la política comercial de la UE a nuevos desafíos y nuevos socios a fin de garantizar que Europa siga estando abierta al mundo y que otros mercados sigan abiertos a la misma³².

26. Los acuerdos internacionales se llevan a cabo por el procedimiento previsto en el art. 218 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE) necesitando la aprobación del Parlamento Europeo. En los años 80, a partir de la Ronda de Uruguay surge un nuevo tipo de acuerdos comerciales internacionales denominados “Acuerdo de Nueva Generación en el Derecho Comercial”.

²⁹ Centro de Documentación Europea de Almería, *Nueva asociación África, Caribe y Pacífico (ACP)-UE: se intensifican las conversaciones entre los líderes*, 28/02/2019 en <https://www.cde.ual.es/nueva-asociacion-africa-caribe-y-pacifico-acp-ue-se-intensifican-las-conversaciones-entre-los-lideres/>

³⁰ COMISIÓN EUROPEA-Hoja informativa. Preguntas y respuestas: nueva asociación ACP-UE después de 2020, Bruselas, 3 de mayo de 2019, MEMO 18/5903 en http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-18-5903_es.htm

³¹ J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Permanencia y expansión del bilateralismo: Los acuerdos comerciales de nueva generación entre la Unión Europea y terceros países”, *La ley Unión Europea*, núm. 68, 2019, pp. 3 y 5.

³² Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 4 de octubre de 2006, “Una Europa global: competir en el mundo” [COM(2006) 567 final], pp. 1 y 2.

27. Estos acuerdos se “caracterizan por abarcar un ámbito más amplio que el simple comercio de bienes, incluyendo temas nuevos como el comercio de servicios, inversiones, propiedad intelectual y compras estatales, a la vez que incorporan disciplinas más complejas en materia de normas de origen, medidas fito y zoonosanitarias y medidas antidumping”³³. El 22 de mayo de 2018 el Consejo adoptó unas directrices que abordan la manera en que debían negociarse y celebrarse los acuerdos comerciales³⁴. En lo que respecta a esta iniciativa se indica, además de otras cuestiones, “acompañar la reducción de los aranceles en el marco de la OMC y las acciones encaminadas a mejorar las condiciones de trabajo, con arreglo a la normativa de la OIT”³⁵.

28. Estos nuevos acuerdos insertan disposiciones que protegen los derechos laborales y el medio ambiente que, al margen de las ventajas inmediatas en materia de comercio y de inversiones, incorporan paulatinamente normas exigentes en materia de derechos del trabajo y medio ambiente³⁶. En este sentido, podemos decir que paulatinamente en los acuerdos de libre comercio de la UE se están incorporando cláusulas de contenido social respetuosas con la normativa internacional de la OIT³⁷. Estas cláusulas de contenido laboral garantizan unos estándares mínimos entre las partes firmantes con la finalidad de impedir el “dumping social”, es decir, el recurso a la competencia a la baja en condiciones de trabajo, lo que resulta beneficioso para todas las partes implicadas, con independencia de su grado de desarrollo.

29. No obstante, plantean dudas en relación con la falta de eficacia en relación a la garantía de unas mínimas condiciones de trabajo y la prevención del dumping social, según el ámbito de aplicación se extienda a países desarrollados o en vías de desarrollo. Para los países en vías de desarrollo la existencia de costes laborales más bajos es lo que les otorga una ventaja competitiva, por lo que se oponen a la incorporación de estos mecanismos con carácter generalizado en el marco de la OMC, ya que eso equivaldría a eliminar o reducir drásticamente su principal vía para competir. Desde su punto de vista, las cláusulas laborales son una medida proteccionista impuesta por los países desarrollados³⁸.

30. Al respecto, en cuanto a los efectos laborales de los acuerdos de libre comercio (en adelante ALC)³⁹, en un estudio realizado sobre los acuerdos suscritos por Estados Unidos con países en vías de desarrollo, la doctrina ha hecho hincapié en que éstos han generado nuevos empleos y han mejorado los salarios en los países donde se han externalizado las industrias manufactureras de los productos electrónicos y del ensamblaje de la industria automovilística. Sin embargo, los efectos sobre los trabajadores norteamericanos fueron bien distintos, puesto que muchos perdieron sus puestos de trabajo, y para los que no lo perdieron se redujeron tanto los salarios como la protección social⁴⁰.

³³ G. VEGA “Acuerdo de Nueva Generación” (*Leyderecho.org* 2016) <https://leyderecho.org/acuerdo-de-nueva-generacion/> accessed 2019, Sept. 01.

³⁴ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Bruselas, 8 de mayo de 2018 (OR.en) 8622/18 en <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-8622-2018-INIT/es/pdf>

³⁵ J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Permanencia y expansión del bilateralismo: Los acuerdos comerciales de nueva generación entre la Unión Europea y terceros países”, obra cit. pp. 12 y 13.

³⁶ J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Permanencia y expansión del bilateralismo: Los acuerdos comerciales de nueva generación entre la Unión Europea y terceros países”, obra cit. p. 48.

³⁷ L. CAMPLING, J. HARRISON, B. RICHARDSON y A. SMITH, “Disposiciones laborales en acuerdos de libre comercio de la UE: un marco para investigar sus efectos en los países socios”, *Revista internacional del trabajo*, vol. 135, n. 3, 2016, pp. 385-412; C. DOUMBIA-HENRY y E. GRAVEL, “Acuerdos de libre comercio y derechos laborales. Evolución reciente”, *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 125, n. 3, 2006, pp. 207-231; A. GUAMÁN HERNÁNDEZ, “La política comercial de la UE y su impacto en los derechos laborales: una aproximación a los posibles efectos de la firma del TTIP y del CETA”, *Lex Social. Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, vol. 6, n. 2, 2016, pp. 123-144.; J.R. RIVERA SÁNCHEZ, “Los fundamentos de la cláusula social en el acuerdo de libre comercio entre la Unión Europea y Canadá (CETA)”, *Revista de Derecho Social*, n. 81, 2018, pp. 71-95; id., *La cláusula laboral en los acuerdos de libre comercio*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.

³⁸ D. PÉREZ DEL PRADO, “Cláusulas laborales y libre comercio: el papel de la OIT”, en AAVV., *El futuro del trabajo que queremos: Conferencia Nacional Tripartita: 28 de marzo de 2017, Palacio Zurbano, Madrid. Iniciativa del Centenario de la OIT (1919-2019). Volumen II.*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Empleo, p. 228.

³⁹ Los acuerdos de libre comercio (ALC) permiten una apertura recíproca de los mercados con países desarrollados y economías emergentes mediante la concesión de un acceso preferente a los mercados.

⁴⁰ J.R. RIVERA SÁNCHEZ, *La cláusula laboral en los acuerdos de libre comercio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, Tirant on

31. En general, la mayoría de los tratados incluyen una llamada genérica a los estándares internacionales, como por ejemplo la Declaración de 1998, pero se plantean problemas en relación con la interpretación y control de las obligaciones que se derivan para las partes⁴¹. Así “cuando hay tratados que mencionan la doctrina de los órganos de control de la OIT, ninguno establece tal interpretación como vinculante o especifica una obligación de establecer una consulta o diálogo a esta organización cuando se cuestiona el incumplimiento de uno de los principios establecidos en sus declaraciones. Esto provoca una situación paradójica, en la que el cumplimiento de los estándares internacionales establecidos por la OIT es controlado, detallado y sancionado por organismos ajenos a esta organización, cuya doctrina será sin duda relevante para casos posteriores”⁴².

32. Por lo tanto, se ha planteado la necesidad de reforzar el papel de la OIT en la gestión de las cláusulas laborales mediante un desarrollo de los mecanismos actuales de interpretación de las normas internacionales del trabajo y de resolución de los conflictos para evitar la dispersión. La finalización de la fase de incorporación de las normas fundamentales de la OIT debe ir acompañada “de una nueva en la que se conciba a esta organización como el mecanismo básico para su gestión, de tal forma que no sea necesario que cada Tratado comercial cree sus propios instrumentos de interpretación y resolución de conflictos, muchas veces particularizados para el ámbito laboral. En este sentido, la interconexión con lo comercial no debe ser vista ni como algo meramente técnico, ni negativo. Precisamente las consecuencias comerciales pueden dotar a ese sistema mejorado de una mayor eficacia”⁴³.

33. Por otro lado, se abren más incógnitas de estos efectos laborales cuando los ALC son suscritos entre países desarrollados y no se sepa con certeza cuáles serán los resultados sociales y el reparto entre ganadores y perdedores. Por este motivo, se ha afirmado que la corrección de esos resultados motivó que los ALC incluyeran un apartado de “desarrollo sostenible” que evite, en la medida de lo posible, la repetición de los resultados de los acuerdos suscritos por Estados Unidos con países en vías de desarrollo y se centre en asegurar un crecimiento armónico del medio ambiente, de la economía y de los derechos sociales⁴⁴.

34. En otro orden, la Agenda 2030 de las Naciones Unidas aprobada en el año 2015 constituye el nuevo marco para el desarrollo sostenible a nivel mundial y establece 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (en adelante ODS) con el objetivo de erradicar la pobreza y lograr el desarrollo sostenible de aquí a 2030, sin exclusión, en todo el mundo.

line (TOL7.148.425). La doctrina citada es COMPA, L., “Labor Rights and Labor standards in Transatlantic Trade and Investment Negotiations: A US Perspective”, *Economía & Lavoro*. Rivista di política sindacale, sociología e relazioni industriali, 2/2015.

⁴¹ Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento. Adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su octogésima sexta reunión, Ginebra, 18 de junio de 1998 en <https://www.ilo.org/declaration/thedeclaration/textdeclaration/lang-es/index.htm>

⁴² A. GUAMÁN HERNÁNDEZ, “Cláusulas laborales en los Acuerdos de Libre Comercio de Nueva Generación: una especial referencia al contenido laboral del TPP, CETA y TTIP”, *RTSS, CEF*, n. 398, (mayo 2016), pp. 111 y 112.

⁴³ D. PÉREZ DEL PRADO, “Cláusulas laborales y libre comercio: el papel de la OIT”, obra cit., p. 231.

⁴⁴ R. RIVERA SÁNCHEZ, *La cláusula laboral en los acuerdos de libre comercio*, obra cit., Tirant on Line (TOL7.148.425). Además añade este autor que la base jurídica de la exigencia de que el crecimiento del comercio internacional se haga en el marco de un “desarrollo sostenible que pretende asegurar un crecimiento armónico del medio ambiente, de la economía y de los derechos sociales es compleja y reside en la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, de 1992, en la Agenda 21 de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, de 1992; en la Agenda 21 de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, de 1992, la Declaración de Johannesburgo sobre el Desarrollo Sostenible, de 2002, y el Plan de Aplicación de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible, de 2002, la Declaración Ministerial del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas sobre la «creación de un entorno a escala nacional e internacional que propicie la generación del empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos, y sus consecuencias sobre el desarrollo sostenible», de 2006, y la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa de 2008 y, últimamente, los acuerdos de la Conferencia para el desarrollo sostenible bajo el título “El futuro que nosotros queremos” y la Agenda para el Desarrollo Sostenible de 2030.

4. La Agenda 2030 de la ONU para el desarrollo sostenible

35. Como hemos señalado más arriba, la UE ha desempeñado un papel importante en la elaboración de la Agenda 2030 y, junto con los Estados miembros, se ha comprometido a asumir su aplicación tanto en el seno de la propia UE como en otros países mediante sus políticas exteriores. Así, por ejemplo, todos los acuerdos comerciales recientes de la UE han incluido un capítulo sobre el desarrollo sostenible con la finalidad de promover un crecimiento y un desarrollo sostenibles y un trabajo digno para todos. Igualmente se han establecido políticas orientadas a garantizar un futuro sostenible para Europa mediante la construcción del pilar europeo de derechos sociales⁴⁵. En el año 2019 se ha elaborado un documento que presenta una visión general de las contribuciones de la Comisión Juncker a la Agenda 2030 detallando, por un lado, los principales puntos destacados de las políticas y, por otro lado, facilitando una lista de las diferentes medidas que se han adoptado a favor de cada uno de los ODS.

36. No obstante, reconoce que con anterioridad existían muchas otras políticas de la UE que ya se aplicaban antes de la entrada de la Comisión Juncker a los ODS como, por ejemplo, la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, la Estrategia de la UE sobre biodiversidad para 2020 y otras más⁴⁶. En este sentido, tanto los retos mundiales como los de la UE son parejos, dada la necesidad de corregir las vulnerabilidades estructurales y de acometer las reformas necesarias para conseguir un mayor estado de bienestar y un futuro más sólido, especialmente a través de la inversión en investigación e innovación, los servicios públicos, los sistemas de protección social y la defensa del medio ambiente. Por este motivo es necesario adoptar medidas tanto a nivel de la UE como de los EM para garantizar el futuro de los sistemas fiscales y de pensiones, incluida la estabilidad de los ingresos en el mercado único.

37. Como ha señalado la Comisión Europea⁴⁷, el mayor reto para la economía de la UE y el déficit de sostenibilidad más grave es la deuda ecológica, dado que Europa depende de las materias primas procedentes de los mercados internacionales. El efecto devastador del cambio climático y la degradación del capital natural afectarán gravemente a la economía, reducirán la calidad de vida en todo el planeta y aumentarán la intensidad y la frecuencia de las catástrofes naturales, poniendo más vidas en peligro⁴⁸.

38. El segundo reto es el modelo de bienestar social de la UE, una de las piedras angulares del proyecto europeo. Los cambios tecnológicos, estructurales y demográficos en un mundo globalizado están transformando la naturaleza del trabajo y, por consiguiente, ponen en entredicho la solidaridad, menoscabando la promesa de que cada generación pueda heredar un mundo mejor que la anterior.

39. Asimismo, también podrían peligrar los valores fundamentales de la UE de democracia, Estado de Derecho y derechos fundamentales (existencia de una población de la UE en riesgo de pobreza o de exclusión social, las desigualdades y el descenso de la movilidad social)⁴⁹. La solución de las desigualdades es crucial para el apoyo público a la transición hacia la sostenibilidad.

40. En el ámbito internacional también son preocupantes las desigualdades debidas a las grandes diferencias de crecimiento de la población y de nivel de vida en todo el mundo que, con el aumento de la temperatura a escala mundial y la desaparición de ecosistemas, provocará un aumento de la migración y

⁴⁵ Recomendación (UE) 2017/761 de la Comisión de 26 de abril de 2017 sobre el pilar europeo de derechos sociales (DOUE 29 de abril 2017, L 113/56).

⁴⁶ COMISIÓN EUROPEA, Documento de reflexión. Para una Europa sostenible de aquí a 2030, COM(2019) 30 de enero de 2019 en https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/rp_sustainable_europe_es_v2_web.pdf

⁴⁷ COMISIÓN EUROPEA, Documento de reflexión. Para una Europa sostenible de aquí a 2030, obra cit., p. 10.

⁴⁸ Véase el Estudio anual sobre la evolución social y del empleo en Europa (ESDE) de 8 de julio de 2019 en <https://www.consilium.europa.eu/en/meetings/epsco/2019/07/08/>

⁴⁹ Arts. 19, 145 a 150, 151 a 160 TFUE. La lucha contra la pobreza y la exclusión social es uno de los objetivos de la UE y de los EM en el ámbito de la política social. El art. 153 del TFUE establece que la inclusión social debe conseguirse únicamente sobre la base de la cooperación no legislativa –el método abierto de coordinación– y el art. 19 permite que la UE adopte medidas para combatir la discriminación ofreciendo protección jurídica a posibles víctimas y creando incentivos.

de los desplazamientos forzados en todo el mundo. La UE debe modernizar el modelo económico, resolver los problemas sociales que se plantean y seguir fomentando y promoviendo una firme cooperación multilateral basada en normas para garantizar la estabilidad social, para lograr la prosperidad económica y la salud de la población. Para ello se ha afirmado que hay que reinventar el crecimiento sostenible, partiendo de la premisa de que las condiciones de la naturaleza del siglo XXI son muy diferentes de las del pasado siglo. Este es el gran reto no sólo de la sociedad mundial sino también de la UE. Quizás por este motivo los ODS, que son objetivos mundiales elaborados en el seno de la ONU, son también abordados desde una perspectiva internacional por la UE, que puede tener gran influencia en el éxito de la Agenda 2030 puesto que, como se ha afirmado, se trata del mayor mercado único del mundo, la mayor potencia comercial e inversora y el mayor proveedor de ayuda al desarrollo⁵⁰.

41. En este sentido, como el mundo está en constante evolución y cambio, para que Europa pueda superar los retos de la Industria 4.0 necesita “un plan que tenga un impacto mundial, y la mejor definición de ese plan son los 17 objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) suscritos por 193 Estados, incluida la Unión Europea y sus Estados miembros”⁵¹. El marco para avanzar en la UE es el pilar europeo de derechos sociales proclamado por las instituciones europeas en noviembre de 2017, iniciativa que se enmarca dentro del debate sobre el futuro de Europa⁵². El objetivo es orientar el proceso renovado de mejora de las condiciones de vida y de trabajo estableciendo “principios y derechos clave en el ámbito social y laboral”⁵³, atendiendo a factores que van desde la repercusión de las nuevas tecnologías en la sociedad y en el empleo hasta las dudas que suscita la globalización, los problemas en materia de seguridad y el ascenso de los populismos⁵⁴.

III. Sostenibilidad y protección social. El pilar europeo de derechos sociales

42. En materia de protección social el Libro Blanco 2017 afirma que Europa dispone de los sistemas de seguridad social más avanzados, que pueden ofrecer soluciones a los retos sociales en todo el mundo. No obstante, los sistemas de protección social deben modernizarse significativamente para seguir siendo sostenibles y adaptarse a las nuevas realidades demográficas y laborales. Europa se enfrenta a una profunda digitalización de la sociedad que está desdibujando las diferencias entre los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia, entre los bienes y los servicios o entre los consumidores y los productores. Los retos que plantean el mayor uso de la tecnología y la automatización afectarán a todos los empleos y sectores.

43. En definitiva, será necesario el despliegue de nuevos derechos sociales para adecuarse a la evolución del mundo laboral⁵⁵. El pasado 1 de marzo la Comisión Europea presentó el Libro Blanco para exponer posibles vías para el futuro de Europa y hacer frente a los numerosos retos que se le presentan, desde la globalización y el impacto de las nuevas tecnologías en la sociedad y el empleo, a las preocupaciones en materia de seguridad o el auge del populismo⁵⁶. En materia de protección social es de capital importancia ofrecer dicha protección para la seguridad económica y social de la mano de obra, y para unos mercados de trabajo que funcionen adecuadamente y creen puestos de trabajo permitiendo un crecimiento sostenible.

⁵⁰ COMISIÓN EUROPEA, Documento de reflexión. Para una Europa sostenible de aquí a 2030, obra cit., pp. 10 a 13.1

⁵¹ COMISIÓN EUROPEA, Documento de reflexión para una Europa sostenible de aquí a 2030, obra cit., p. 2.

⁵² COMISIÓN EUROPEA, Libro Blanco. Sobre el futuro de Europa. Reflexiones y escenarios para la Europa de los Veintisiete en 2025, Bruselas 1 de marzo de 2017, COM(2017) 2025.

⁵³ COMISIÓN EUROPEA, Documento de reflexión para una Europa sostenible de aquí a 2030, obra cit., p. 21.

⁵⁴ CONSEJO EUROPEO, Reflexión política sobre el futuro de la Unión Europea, 25 de marzo de 2017 <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/eu-future-reflection/>

⁵⁵ COMISIÓN EUROPEA, “Libro Blanco sobre el futuro de Europa. Reflexiones y escenarios para la Europa de los veintisiete en 2025”, COM(2017) 2025 de 1 de marzo de 2017.

⁵⁶ COMISIÓN EUROPEA, “Libro Blanco sobre el futuro de Europa. (...)”, obra cit., https://ec.europa.eu/commission/future-europe/white-paper-future-europe-and-way-forward_es

44. El pilar europeo de derechos sociales, que proclamaron conjuntamente el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión en noviembre de 2017, establece veinte principios y derechos para apoyar unos mercados laborales y unos sistemas de protección social que sean justos y funcionen adecuadamente⁵⁷. En nuestro análisis vamos a tratar el mencionado pilar en relación con la protección social de los trabajadores de la UE, no sin antes advertir que los “claroscuros del pilar europeo de derechos sociales, son, en muy buena parte, fiel reflejo de los del propio derecho social de la UE. El éxito del pilar exige superar serias dificultades de todo tipo y condición puestas de relieve desde hace tiempo y hasta nuestros días”⁵⁸. Esto no es óbice para defender que el respaldo al pilar de derechos sociales como contrapeso al pilar económico por parte de las instituciones de la UE y de los propios EM no solo es necesario, sino también imprescindible para que la UE tenga futuro como proyecto político y económico. La “crisis económica y financiera y el Brexit han puesto en evidencia que a medio y largo plazo en las sociedades democráticas la sostenibilidad económica y financiera no es suficiente si no existe sostenibilidad social. Para alcanzar ésta última el Pilar Europeo de derechos Sociales está llamado a jugar un papel decisivo en los próximos años”⁵⁹.

1. Pilar europeo y su eficacia jurídica

45. El 9 de septiembre de 2015 el presidente de la Comisión, Jean-Claude Juncker, anunció su intención de establecer un Pilar Europeo de Derechos Sociales “que tenga en cuenta las cambiantes realidades de las sociedades europeas y el mundo del trabajo y que pueda servir de guía para una convergencia renovada en la zona euro”⁶⁰. El 8 de marzo de 2016, la Comisión presentó una Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité de las Regiones sobre la Apertura de una consulta sobre un pilar europeo de derechos sociales, acompañada de un anexo titulado “Primer esbozo preliminar de un pilar europeo de derechos sociales”⁶¹.

46. En este anexo se fija la estructura del pilar sobre la base de veinte principios esenciales, indicando los principales retos pendientes y constituyendo un material valorativo e interpretativo de primer orden. El primer informe de esta Comunicación lo realizó el Comité de las Regiones⁶², y sirvió para que la Comisión tuviera en cuenta posteriormente algunas de las “observaciones generales” y “recomendaciones específicas” realizadas por aquél⁶³. En este dictamen el Comité reconoce la necesidad de emprender un debate político sobre la nueva iniciativa a favor de los derechos sociales, tras los años de crisis caracterizados por unos niveles muy marcados de desempleo y de austeridad⁶⁴. Con posterioridad, el 19 de enero de 2017 el Parlamento Europeo aprueba la resolución sobre un pilar europeo de derechos sociales con la finalidad de reforzar dichos derechos⁶⁵.

47. En realidad, se trata de una “crítica demoledora” del pilar elaborado por la Comisión Europea, en cuanto que el Parlamento le pide que presente propuestas sobre un pilar europeo de derechos

⁵⁷ COMISIÓN EUROPEA, Propuesta de Recomendación del Consejo relativa al acceso a la protección social para los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores por cuenta propia, Estrasburgo 13 de marzo de 2018, COM(2018) 132 final.

⁵⁸ F. PÉREZ AMORÓS, “Los retos laborales de la Unión Europea en su 60º aniversario: el Pilar Europeo de Derechos Sociales”, *Trabajo y Derecho*, núm. 35, 2017, Smarteca, p. 13.

⁵⁹ C. SÁNCHEZ RODAS, *Sostenibilidad y protección social. La tensión entre la unión económica y monetaria y el pilar europeo de derechos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 175.

⁶⁰ COMISIÓN EUROPEA, “Discurso. Estado de la Unión 2015: la hora de la sinceridad, la unidad y la solidaridad” en https://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-15-5614_es.htm

⁶¹ COM(2016) 127 final, Anexo I.

⁶² Dictamen del 11 de octubre de 2016 publicado en el DOUE de 21 de marzo de 2017.

⁶³ A. ARUFE VARELA, “El nuevo pilar europeo de derechos sociales. Análisis crítico”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 49, 2018, p. 41.

⁶⁴ Vid. P. CALLAU DALMAU, “Comentario del último Dictamen del Comité Europeo de las Regiones sobre el Pilar Europeo de derechos Sociales y Documento de reflexión sobre la dimensión social en Europa”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 49, 2018, pp. 580 a 600.

⁶⁵ Resolución del Parlamento Europeo, de 19 de enero de 2017, sobre un pilar europeo de derechos sociales [2016/2095(INI)], P8_TA (2017)0010.

sociales que refuercen los mismos mediante instrumentos concretos y específicos (por ejemplo, legislación), que repercutan positivamente en las vidas de las personas a corto y medio plazo, y que permitan apoyar la construcción europea en el siglo XXI⁶⁶. Como se ha afirmado, esta resolución es uno de los antecedentes de mayor valor de la Recomendación (UE) 2017/761 de la Comisión de 26 de abril de 2017⁶⁷ publicada en la serie “L” del DOUE⁶⁸. Por último, cabe únicamente mencionar al Comité Económico y Social Europeo, que el 25 de enero de 2017 adopta su dictamen sobre el Pilar europeo de derechos sociales, pero no aporta nada significativo al objeto de nuestro estudio⁶⁹.

48. Con posterioridad, el 17 de noviembre de 2017, en la Cumbre social a favor del empleo justo y el crecimiento el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión Europea proclamaron conjuntamente el pilar europeo de los derechos sociales y, por lo tanto, los principios y derechos recogidos en dicho pilar⁷⁰. Al respecto, si bien la propia UE afirma que el Pilar “consiste en dar a los ciudadanos unos derechos sociales nuevos (...)”⁷¹, la verdad es que no estamos ante “derechos nuevos que se hayan incluido en el articulado del TFUE”⁷². En realidad, si tenemos en cuenta los canales de regulación del mencionado pilar, constatamos que cabe incluirlo entre los instrumentos de Derecho débil o *soft Law*, y no entre los instrumentos normativos de regulación como “la construcción de un auténtico espacio jurídico-social europeo exigiría”⁷³.

49. El instrumento de regulación no ha sido un reglamento, cuyas disposiciones obligarían a todos los EM directamente, o una directiva que exigiría a los EM su trasposición, sino una Recomendación de la UE que, como sabemos, no genera ni derechos ni obligaciones legalmente exigibles ni para los ciudadanos ni para los EM⁷⁴. En esta Recomendación se reconoce que el pilar “no implica una ampliación de las competencias de la Unión definidas por los Tratados. Debe aplicarse dentro de los límites de dichas competencias”⁷⁵. Además, el otro documento de regulación es la proclamación conjunta del Pilar europeo de derechos sociales por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión que, al tratarse de un documento político, no cabe atribuirle la eficacia jurídicamente exigible⁷⁶. Por este motivo se considera que dicha propuesta de la construcción del Pilar es insuficiente, “porque lo más urgente sería resolver un problema previo en la *fuentes*, relativo a la consagración del principio de equiparación en el sistema de los Tratados de la Unión entre los derechos sociales fundamentales y las libertades económicas comunitarias”⁷⁷. En definitiva, y como se ha señalado, el Pilar Europeo de Derechos Sociales “no es un fin en sí mismo sino que, en última instancia, se concibe como un instrumento para consolidar la Unión Económica y Monetaria”⁷⁸.

⁶⁶ A. ARUFE VARELA, “El nuevo pilar europeo de derechos sociales. Análisis crítico”, obra cit., p. 42.

⁶⁷ F. PÉREZ AMORÓS, “Los retos laborales de la Unión Europea en su 60º aniversario: el Pilar Europeo de Derechos Sociales”, obra cit., p. 7.

⁶⁸ Recomendación (UE) 2017/761 de la Comisión (DOUE 29 de abril de 2017, L 113/56).

⁶⁹ COM (2016) 127 final.

⁷⁰ UE, Pilar europeo de derechos sociales. Con posterioridad el Consejo Europeo del 14 de diciembre de 2017 refrendó las conclusiones de la Cumbre Social destacando que el Pilar debe implantarse tanto en el plano de la Unión como de los EM, teniendo en cuenta debidamente sus competencias respectivas (CO EUR 24 CONCL 7).

⁷¹ Véase la página web de la Comisión Europea, El pilar europeo de derechos sociales en veinte principios en https://ec.europa.eu/commission/priorities/deeper-and-fairer-economic-and-monetary-union/european-pillar-social-rights/european-pillar-social-rights-20-principles_es#captulo-i-igualdad-de-oportunidades-y-de-acceso-al-mercado-de-trabajo

⁷² C. SÁNCHEZ RODAS, *Sostenibilidad y protección social. La tensión entre la unión económica y monetaria y el pilar europeo de derechos sociales*, obra cit., p. 177.

⁷³ J.L. MONEREO PÉREZ, “Pilar europeo de derechos sociales y sistemas de seguridad social”, *Revista jurídica de los Derechos Sociales*, vol.8, núm. 2, 2018, vol. 2, p. 280.

⁷⁴ C. SÁNCHEZ RODAS, *Sostenibilidad y protección social. La tensión entre la unión económica y monetaria y el pilar europeo de derechos sociales*, obra cit., p. 177; E. ROJO TORRECILLA, “Nuevamente sobre el Pilar Europeo de Derechos Sociales. Recomendación de la Comisión Europea de 26 de abril de 2017 y propuesta de declaración interinstitucional. Estudio de su contenido”, *Blog El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*, entrada del 27 de mayo de 2017 en www.eduardorojotorrecilla.es/2017/05/nuevamente-sobre-el-pilar-europeo-de.html

⁷⁵ Considerando 18.

⁷⁶ C. SÁNCHEZ RODAS, *Sostenibilidad y protección social. La tensión entre la unión económica y monetaria y el pilar europeo de derechos sociales*, obra cit., p. 178.

⁷⁷ J.L. MONEREO PÉREZ, “Pilar europeo de derechos sociales y sistemas de seguridad social”, obra cit., p. 282.

⁷⁸ J.L. MONEREO PÉREZ, “Pilar europeo de derechos sociales y sistemas de seguridad social”, obra cit., p. 180.

50. En efecto, como se ha defendido, una de las razones que fundamentan el Pilar Social es poder avanzar hacia una política económica y monetaria más profunda y más justa. Pero para regular la eficacia de los mercados de trabajo con el objetivo de generar mayores niveles de empleo y capacidad de ajuste, esa política económica y monetaria se sustenta en la denominada flexiseguridad. Este binomio flexibilidad/seguridad sirve de referencia importante para la Comisión, pero todos sabemos que durante la crisis iniciada en el año 2008 las relaciones de trabajo se han dotado de flexibilidad sólo favorable para el empresario, mientras que los trabajadores han sufrido la precariedad de las condiciones de trabajo. Igualmente, “el otro binomio invocado, la seguridad, no ha sido asumido por el factor capital, sino que se ha externalizado pasando a ser costeada por los Estados y por los sistemas de protección social”⁷⁹.

51. Considerando este inconveniente vamos a hacer referencia al capítulo III, dedicado a la protección e inclusión social, pero teniendo en cuenta que en el ámbito de la política social la lucha contra la pobreza y la exclusión social son objetivos específicos de la UE y de sus EM. La inclusión social se debe conseguir sobre la base de la cooperación no legislativa (método abierto de coordinación) de acuerdo con el art. 153 del TFUE. En realidad la consagración de la erradicación de la exclusión social como objetivo de la política social comunitaria no se alcanza en la UE hasta el año 1999 con el Tratado de Amsterdam que, en virtud del art. 160 TFUE, creó un Comité de Protección Social para fomentar la cooperación entre los EM y con la Comisión.

52. La Estrategia Europea 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador contempla el objetivo de reducir el número de europeos que viven por debajo del umbral de pobreza en un 25%, y sacar a más de 20 millones de personas de la pobreza. No obstante, la pobreza sólo ha disminuido significativamente por primera vez en 2015, concretamente en 5’1 millones con respecto a 2016 (Eurostat)⁸⁰. Realizada esta anotación previa, pasemos al estudio de cada uno de los apartados del capítulo III de la Recomendación de la Comisión Europea de 26 de abril de 2017⁸¹.

2. El capítulo III del pilar europeo de derechos sociales: protección e inclusión social

53. Como premisa general, cabe destacar que en este capítulo queda manifestado que el pilar social aborda no solo los ámbitos del empleo, los mercados de trabajo y la condiciones de trabajo al que hacen referencia los dos capítulos anteriores, sino que tiene mayor amplitud al integrar, asimismo, principios de orientación de política social para alcanzar una Unión Económica y Monetaria más inclusiva⁸². Comenzando con el apartado 12, que trata de la protección social, se contempla que “con independencia del tipo y la duración de su relación laboral, los trabajadores por cuenta ajena y, en condiciones comparables, los trabajadores por cuenta propia, tienen derecho a una protección adecuada”.

54. En este sentido, este principio recogido en el apartado 12 no supone ninguna novedad por dos motivos. El primero porque la protección social de los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia está regulada por las legislaciones de los EM y en el ámbito de la UE en el Reglamento 883/2004, sobre la coordinación de sistemas de seguridad social. Y el segundo por la falta de precisión, dado que al no contemplar el concepto de protección social en los términos de la actual normativa contenida en el

⁷⁹ M.I. RAMOS QUINTANA, “El Pilar Europeo de Derechos Sociales: la nueva dimensión social europea”, *Revista derecho social*, núm. 77, 2017, p. 28.

⁸⁰ A. KENNEDY, Ficha Temática “La lucha contra la pobreza, la exclusión social y la discriminación” en <http://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/60/la-lucha-contr-la-pobreza-la-exclusion-social-y-la-discriminacion>

⁸¹ El pilar europeo de derechos sociales se basa en veinte principios estructurados en tres categorías. El capítulo III contempla los principios de asistencia y apoyo a los niños (11), protección social (12), prestaciones por desempleo (13), renta mínima (14), pensiones y prestaciones de vejez (15), sanidad (16), inclusión de las personas con discapacidad (17), cuidados de larga duración (18), vivienda y asistencia para las personas sin hogar (19), y acceso los servicios esenciales (20) en https://ec.europa.eu/commission/priorities/deeper-and-fairer-economic-and-monetary-union/european-pillar-social-rights/european-pillar-social-rights-20-principles_es

⁸² M.I. RAMOS QUINTANA, “El pilar europeo de derechos sociales: la nueva dimensión social europea”, obra cit., p. 37.

Reglamento 883/2004, que considera beneficiarios de las disposiciones de coordinación de sistemas de Seguridad Social a las personas y no a los trabajadores, no deja clara la titularidad de dicho principio.

55. Por este motivo, se ha propuesto la modificación del apartado 12, para sustituir el término “trabajadores, por cuenta propia y por cuenta ajena”, por el de “personas”⁸³. En otro orden este derecho lo podemos poner en relación con el apartado 14, que contempla el derecho que corresponde a todas las personas a unas prestaciones de renta mínima adecuada que garanticen una vida digna⁸⁴. Al respecto, existe una iniciativa de la Comisión que tiene como objetivo poner en marcha no sólo estos principios, sino también la aplicación de aquellos otros en relación con las ramas de la protección social que están más estrechamente relacionadas con la situación del mercado de trabajo o el tipo de relación laboral (por ejemplo: desempleo o trabajo seguro y estable). Aunque los sistemas de protección social varían en cada uno de los EM, los retos y transformaciones del trabajo son similares ante el cambio que supone la digitalización⁸⁵.

56. Esta es la razón por la que la UE ha realizado una serie de recomendaciones a los EM encaminadas a la consecución de los siguientes objetivos⁸⁶: a) ampliar la cobertura formal a todos los trabajadores, con independencia del tipo y la duración de su relación laboral, y a los trabajadores por cuenta propia; b) garantizar una cobertura efectiva, con independencia del tipo de relación laboral y de la situación en el mercado laboral, revisando las normas que rigen las cotizaciones y los derechos como, por ejemplo, introducir el principio de la transferibilidad de los derechos, para contribuir a una cobertura eficaz; c) garantizar la adecuación de la protección social y concebir mejor los sistemas en función de la situación de los beneficiarios; d) introducir el principio de transparencia, es decir, que los EM mejoren el acceso a la información sobre los derechos y obligaciones en materia de protección social y ampliar los requisitos administrativos; e) aplicar los principios establecidos en la Recomendación (accesibilidad, transferibilidad, adecuación y enfermedades profesionales), y que se publiquen datos periódicamente para realizar una evaluación comparativa por la Comisión⁸⁷.

57. Algunos EM como Dinamarca, Francia, Italia, Letonia y Portugal ampliaron en el año 2017 la cobertura de la protección social a los trabajadores autónomos. Los EM también están tomando medidas para promover más activamente la participación en el mercado de trabajo, a menudo centrándose en grupos específicos. Eslovaquia está aplicando un ambicioso plan de acción que permitirá prestar servicios personalizados a los desempleados de larga duración. En España se ha creado una Red de Inclusión Social como instrumento de coordinación entre los servicios sociales y los de empleo⁸⁸. La creación de empleo de los últimos años es un factor favorable que no excluye el riesgo de pobreza, ya que casi un 10% de los trabajadores se inscriben en la categoría de «ocupados en situación de pobreza». Este porcentaje está aumentando paulatinamente en un contexto de mercados de trabajo en plena mutación, y este aumento es consecuencia de la existencia de carencias en la concepción y la aplicación de los sistemas de protección

⁸³ C. SÁNCHEZ RODAS, *Sostenibilidad y protección social. La tensión entre la unión económica y monetaria y el pilar europeo de derechos sociales*, obra cit., pp. 181 y 182.

⁸⁴ E.M. SIERRA BENÍTEZ, “Seguridad Social sostenible y sistemas de protección social en la era digital europea”, *Revista de Direito do Trabalho*, núm. 45, vol. 198, 2019, pp. 269 y 270.

⁸⁵ Propuesta de Recomendación del Consejo relativa al acceso a la protección social para los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores por cuenta propia, Estrasburgo, 13.3.2018, COM(2018) 132 final, pp. 1 a 3.

⁸⁶ Hay que tener en cuenta el art. 3 del Tratado de la Unión Europea (en adelante TUE) contempla entre los objetivos de la Unión “promover el bienestar de sus pueblos y el desarrollo sostenible de Europa con el objetivo del pleno empleo y el progreso social, fomentar la justicia y la protección social, la igualdad entre mujeres y hombres y la solidaridad entre las generaciones. Y el art. 9 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) estableciendo que en la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tendrá en cuenta las exigencias relacionadas con la promoción de un nivel de empleo elevado, con la garantía de una protección social adecuada, con la lucha contra la exclusión social y con un nivel elevado de educación, formación y protección de la salud humana. Así como el art. 292 en combinación con los arts. 153.1 c) y 153.2 p. tercero y el 352 del TFUE.

⁸⁷ *Ibidem*, pp. 15 y 16, señalando que los principios se apliquen a todos los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia, pero reconociendo que se apliquen normas distintas a cada uno de aquéllos. La Recomendación se aplica a las siguientes ramas de la protección social: prestaciones por desempleo, por enfermedad y de asistencia sanitaria; maternidad y paternidad asimiladas; invalidez, vejez y accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

⁸⁸ <http://redinclusion-social.es/>

social. Italia y Portugal son ejemplos de países que han introducidos novedades significativas. El primero a través de un régimen universal de ayuda a la renta mínima en marzo de 2017, y asignando nuevos recursos estructurales a esos fines mediante la Ley de Presupuestos de 2018. En Portugal se realizaron cambios importantes en el régimen de renta mínima para reforzar su capacidad de integración y protección de las personas que viven en la pobreza, sin discriminación por motivos de nacionalidad.

58. La mejora del diseño de los sistemas tributarios y de prestaciones sociales, el fomento de la igualdad de oportunidades en la educación y la formación, la garantía de acceso universal a una asistencia sanitaria y unos servicios sociales de calidad, y la promoción de la igualdad de género, pueden contribuir a reducir las desigualdades y la pobreza, así como su transmisión de una generación a otra⁸⁹. En todo caso, el derecho a la renta mínima (apartado 14) se contempla para toda persona que carezca de recursos suficientes, con la finalidad de que tenga garantizada una vida digna a lo largo de todas las etapas de la vida, así como el acceso a bienes y servicios de capacitación⁹⁰.

59. En realidad, este derecho no constituye ninguna novedad, dado el papel que en la lucha contra la exclusión social pueden desempeñar las prestaciones no contributivas⁹¹. En la Europa de los 90 ya hubo un profundo debate en la propia Comisión, y posteriormente en el propio Parlamento, sobre la instauración de una garantía digna para todos los ciudadanos⁹². En el documento de la Comisión de las Comunidades Europeas de 16 de septiembre de 1986 “Problemas de Seguridad Social. Temas de interés común” se propuso la instauración de un ingreso mínimo social para combatir la pobreza. Con ello se dio “un paso importante en el ámbito comunitario de asunción de que todo ciudadano tiene derecho a una percepción económica, con independencia de cuál sea la causa por la que carezca de recursos”⁹³.

60. Existen resoluciones y recomendaciones de la UE dirigidas, aunque no directamente, a la armonización de las políticas sociales como, por ejemplo, la Recomendación del Consejo de 24 de junio de 1992 sobre los criterios comunes relativos a recursos y prestaciones suficientes en los sistemas de protección social, “que llama a los Estados miembros a que reconozcan, en el marco de un dispositivo global y coherente de lucha contra la exclusión social, el derecho fundamental de la persona a recursos y prestaciones suficientes para vivir conforme a la dignidad humana y determina los elementos fundamentales para configurar los sistemas de rentas mínimas”⁹⁴.

61. En lo que respecta a las prestaciones por desempleo (apartado 13)⁹⁵, tampoco encontramos ninguna novedad en el pilar europeo. No obstante, el documento hace referencia al carácter contributivo de las prestaciones por desempleo, cuando por ejemplo en países como España este tipo de prestación tiene carácter mixto, puesto que tanto las prestaciones como los subsidios por desempleo se financian

⁸⁹ Comisión Europea, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Banco Central Europeo y al Eurogrupo, *Semestre Europeo 2018: Evaluación de los avances en lo que respecta a las reformas estructurales y la prevención y la corrección de los desequilibrios macroeconómicos, y resultados de los exámenes exhaustivos conforme al Reglamento (UE) n° 1176/2011*, obra cit. pp. 13 y 14.

⁹⁰ No obstante el Pilar contempla que para “las personas que puedan trabajar, las prestaciones de renta mínima deben combinarse con incentivos a la reintegración en el mercado laboral.

⁹¹ C. SÁNCHEZ RODAS, *Sostenibilidad y protección social. La tensión entre la unión económica y monetaria y el pilar europeo de derechos sociales*, obra cit., p. 183 en relación con la Recomendación 927441792 de 24 de junio del Consejo “Sobre los criterios comunes relativos a recursos y prestaciones suficientes en los sistemas de protección social”.

⁹² Recientemente destaca la Resolución del Parlamento Europeo de 20 de octubre de 2010, sobre el papel de los ingresos mínimos en la lucha contra la pobreza y la promoción de una sociedad inclusiva en Europa, P7_TA(2010)0375.

⁹³ E. ROJO TORRECILLA, “La renta mínima garantizada: aproximación jurídico-social a las primeras experiencias”, *Temas Laborales*, núm. 17, pp. 59 y 60.

⁹⁴ C. FERRADANS CARAMÉS, M. VINCIERI, “Medidas legislativas italianas y españolas para paliar la pobreza y la exclusión social: viabilidad e impacto de una de una prestación/renta de ingresos mínimos”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, núm, 435, p. 54.

⁹⁵ Pilar, 13 “Los desempleados tiene derechos a ayudas adecuadas a la activación por parte de los servicios públicos de empleo para (re) integrarse en el mercado laboral y a prestaciones de desempleo adecuadas de duración razonable, en consonancia con sus propias contribuciones y los criterios de concesión nacionales. Estas prestaciones no deben desincentivar un retorno rápido al trabajo.

mediante impuestos y cotizaciones⁹⁶. En general, tanto las prestaciones por desempleo por cuenta ajena como las prestaciones por cese de actividad correspondiente a los trabajadores autónomos (que están coordinadas por el Reglamento 883/2004, aunque no les corresponde la calificación de prestaciones de desempleo), cuentan con una escasa regulación⁹⁷.

62. El apartado 15 del capítulo III del Pilar “Pensiones y prestaciones de vejez” establece que los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores por cuenta propia tienen derecho a percibir una pensión de jubilación acorde a sus contribuciones que garantice una renta adecuada. Las mujeres y los hombres deben tener las mismas oportunidades para adquirir derechos de pensión. Toda persona tiene derecho a los recursos que garanticen una vida digna en la vejez. En este sentido tanto el Libro Verde, *en pos de unos sistemas de pensiones europeos adecuados, sostenibles y seguros* como el Libro Blanco, *Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles*⁹⁸, señalan que la presión demográfica y los efectos de la crisis afectan a las pensiones de los jubilados y requieren una acción coordinada por parte de los EM, que deben ajustar sus sistemas de Seguridad Social para que resulten sostenibles en el futuro. Para ello diferencia tres pilares: a) universal, público, obligatorio y de reparto, que garantice prestaciones mínimas de supervivencia; b) obligatorio, de capitalización y de gestión privada, ligado a la negociación colectiva; y c) de capitalización, individual y voluntario, gestionado por sujetos privados. La propuesta de solución para garantizar que las pensiones sean sostenibles es la prolongación de la vida laboral y el ahorro (fondo de pensiones), dada la prolongación de la esperanza de vida en las personas. Este mismo planteamiento es el que deben seguir cada uno de los EM de acuerdo con sus legislaciones⁹⁹.

63. El apartado 16, relativo a la “sanidad”, contempla que toda persona tiene derecho a un acceso oportuno a asistencia sanitaria asequible, de carácter preventivo y curativo y de buena calidad. Entendemos que no merece mayor comentario, salvo que llama la atención que no se haga referencia a las vías de financiación, ni a las prestaciones farmacéuticas cuando en todos los países de la UE está implantado el sistema de copago sanitario excepto en España¹⁰⁰. Como se ha dicho, el copago puede ser una fórmula que ayude a la toma de conciencia del individuo sobre el coste sanitario, pero no es la medida que solucionará el grave gasto sanitario. Para ello es necesario tener en cuenta además otras medidas como, por ejemplo, establecer adecuados controles de calidad y eficiencia en la prestación sanitaria, realizar inversión en tecnologías que faciliten el trabajo de los facultativos y en la formación de todo el personal médico y, entre otras más, la mejora en la gestión hospitalaria¹⁰¹.

64. En un informe del Banco de España se ha estimado que el gasto sanitario podría aumentar hasta el 6’4%, y en servicios de larga duración hasta el 2’2 % del PIB, por lo que será necesario revisar la financiación y el nivel de eficiencia de las prestaciones del Sistema Nacional de Salud. El envejecimiento de la población tendrá un efecto muy pronunciado sobre las finanzas públicas. Por este motivo se

⁹⁶ C. SÁNCHEZ RODAS., *Sostenibilidad y protección social. La tensión entre la unión económica y monetaria y el pilar europeo de derechos sociales*, obra cit., p. 183.

⁹⁷ J.C. ÁLVAREZ CORTÉS, “La escasa regulación de protección por desempleo de los trabajadores migrantes: entre los convenios bilaterales y los Reglamentos Comunitarios”, *Noticias Cielo*, núm. 6, 2019 en <http://www.cielolaboral.com/la-escasa-regulacion-de-proteccion-por-desempleo-de-los-trabajadores-migrantes-entre-los-convenios-bilaterales-y-los-reglamentos-comunitarios/>

⁹⁸ COMISIÓN EUROPEA, Libro verde *en pos de unos sistemas de pensiones europeos adecuados, sostenibles y seguros*, Bruselas 7 de julio de 2010, COM(2010)365 final; COMISIÓN EUROPEA, Libro Blanco *Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles*, Bruselas 16 de febrero de 2012, COM(2012) 55 final.

⁹⁹ S. GONZÁLEZ GARCÍA, “Jubilación, pobreza y exclusión social”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 220, 2019, p. 4 (BIB 2019/6119).

¹⁰⁰ C. SÁNCHEZ RODAS., *Sostenibilidad y protección social. La tensión entre la unión económica y monetaria y el pilar europeo de derechos sociales*, obra cit. p. 184. En relación con los modelos de financiación, las nuevas limitaciones al gasto sanitario y la sostenibilidad y doctrina constitucional tras la STC 139/2016, J. CAYÓN DE LAS CUEVAS, “Sostenibilidad y modelos de financiación sanitaria: alcance y límites de la metamorfosis del sistema nacional de salud”, en AAVV, *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*, XIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social, Laborum, Murcia, 2016, pp. 649 a 657.

¹⁰¹ I. CORREAS SOSA, “El copago sanitario. ¿un auxilio para el mantenimiento de la sostenibilidad del sistema?”, *DS: Derecho y Salud*, vol. 21, núm. 2, 2011, p. 140.

estima que habrá un incremento significativo del gasto público no sólo en sanidad, sino también en cuidados de larga duración. El Banco de España plantea la necesidad de introducir reformas en los sistemas públicos de pensiones y de salud y dependencia por las consecuencias que los cambios demográficos puedan tener sobre las políticas sociales¹⁰².

65. Por último, los apartados 17 y 18 hacen referencia respectivamente a la inclusión de las personas con discapacidad y los cuidados de larga duración. En el primero se establece que las “las personas con discapacidad tienen derecho a una ayuda a la renta que garantice un vida digna, a servicios que les permitan participar en el mercado laboral y en la sociedad y a un entorno de trabajo adaptado a sus necesidades”. En España la protección de dichas personas se articula independientemente de si las mismas se encuentran o no incluidas en el sistema de Seguridad Social. En el primer caso se establece un sistema especial de protección, pero manteniéndose el establecimiento de servicios sociales para todas ellas. No obstante, la protección más intensa se lleva a cabo a través de las prestaciones de la Seguridad Social tanto en su modalidad contributiva como no contributiva¹⁰³. Y en el segundo caso “toda persona tiene derecho a cuidados de larga duración asequibles y de buena calidad, en particular de asistencia a domicilio y servicios comunitarios”. En este último caso la doctrina ha subrayado el carácter novedoso del derecho a los cuidados de larga duración, así como de su trascendencia, puesto que se considera la contingencia contributiva de seguridad social más característica del siglo XXI¹⁰⁴.

66. Como ha afirmado la doctrina, esta nueva contingencia de la seguridad social incorporada en el Pilar plantea dos problemas de importante calado: el primero en relación con su naturaleza por tratarse de una prestación en especie y no económica; y el segundo, en relación con su financiación, porque no se especifica expresamente si es con cargo a cotizaciones sociales, a impuestos, o a ambos¹⁰⁵.

67. Dado el cambio que estamos experimentando en la era de la Industria 4.0, la doctrina hace hincapié en las consideraciones realizadas en el Dictamen del Comité de las Regiones de 11 de octubre de 2016, y que hay que tener en cuenta cara a la implantación generalizada de esta prestación. Así, en primer lugar, se habla del factor del riesgo de pobreza y exclusión social por el que pueden estar afectados los ciudadanos de edad avanzada, especialmente los que viven en zonas rurales o en zonas urbanas desfavorecidas¹⁰⁶. Y, en segundo lugar, se apuntan las oportunidades que ofrece el cambio demográfico, puesto que puede generar oportunidades de empleo relacionadas con los servicios para las personas mayores. Por último, el aumento de la esperanza de vida ocasionará que los costes de salud y seguridad social experimenten un acusado aumento, hasta un 9% del PIB de la UE en el año 2050. Sin embargo, señala que “las TIC pueden ser un poderoso aliado para mantener una atención sanitaria y social rentable y de alta calidad, ya que capacitan a las personas de todas las edades para gestionar mejor su salud y calidad de vida, en cualquier lugar”¹⁰⁷.

68. Por otra parte, se ha señalado el grave problema que suponen los cuidados de larga duración para los cuidadores familiares no profesionales obligados a quedarse en el hogar, lo que les impide

¹⁰² BANCO DE ESPAÑA, *Informe anual, 2018*, publicaciones del Banco de España, 2019, pp. 251 a 258.

¹⁰³ J.F. BLASCO LAHOZ, “La protección social de las personas con discapacidad. Las prestaciones de la seguridad social como instrumento para su desarrollo”, *Revista de Información Laboral*, núm. 11, 2018, p. 1 a 28, BIB 2018/14008.

¹⁰⁴ A. ARUFE VARELA, “El nuevo pilar europeo de derechos sociales. Análisis crítico”, obra cit., pp. 51 y 52.

¹⁰⁵ Entre los estudios sobre la financiación R. DEL POZO RUBIO; F. ESCRIBANO SOTOS, “Financiación de los cuidados de larga duración en España”, *Documentos de trabajo. Funcas*, núm. 569, 2010.

¹⁰⁶ En realidad la consagración de la erradicación de la exclusión social como objetivo de la política social comunitaria no se alcanza en la UE hasta el año 1999 con el Tratado de Amsterdam, que en virtud del art. 160 TFUE creó un Comité de Protección Social para fomentar la cooperación entre los EM y con la Comisión. La Estrategia Europea 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador contempla el objetivo de reducir el número de europeos que viven por debajo del umbral de pobreza en un 25% y sacar a más de 20 millones de personas de la pobreza. No obstante sólo ha disminuido significativamente por primera vez en 2015 en 5'1 millones con respecto a 2016 (Eurostat). Para lograr este objetivo, en el 2010 la Comisión creó la Plataforma Europea contra la Pobreza y la Exclusión Social y su Libro Blanco sobre las pensiones en A. KENNEDY, Ficha Temática “La lucha contra la pobreza, la exclusión social y la discriminación” en <http://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/60/la-lucha-contr-la-pobreza-la-exclusion-social-y-la-discriminacion>

¹⁰⁷ A. ARUFE VARELA, “El nuevo pilar de derechos sociales. Análisis crítico”, obra cit., p. 53.

continuar con su carrera profesional¹⁰⁸. Un estudio publicado en España en 2012 señala que “aproximadamente 2’2 millones de personas sustentan cargas de cuidado informal superiores a las 20 horas semanales”. Además, si estas personas fueran menores de 50 años, su probabilidad de trabajar se vería reducida en un casi 20%, lo que implicaría que cerca de medio millón de personas no trabajen debido a las cargas de cuidados y, por tanto, tampoco realizan aportaciones al sistema de salud y bienestar social.

69. Este hecho supondrá, dada la estrecha relación entre el envejecimiento y la tasa de dependencia, “un incremento exponencial sobre el número de personas que realicen labores de cuidado informal y por ello no trabajen, sin contar con que además afectará más a aquellas familias con mayor número de personas en el hogar y que dispongan de menos recursos económicos para poder contratar servicios formales. En conclusión, el cuidado es una parte vital del sistema de salud y bienestar social que debe convertirse en un derecho de todos los ciudadanos con dependencia”¹⁰⁹. El derecho de cuidados de larga duración merece una especial atención por parte del legislador comunitario en relación con las políticas de conciliación de la vida familiar y vida profesional puesto, que deben contribuir a lograr la igualdad de género promoviendo la participación de las mujeres en el mercado laboral, el reparto igualitario de las responsabilidades en el cuidado de familiares entre hombres y mujeres y la eliminación de las desigualdades de género en materia de ingresos y salarios¹¹⁰.

70. En definitiva, son políticas necesarias para la era digital porque deben tener en cuenta los cambios demográficos, incluidos los efectos del envejecimiento de la población¹¹¹. Al respecto, es importante apuntar que “el elenco de contingencias reconocidas expresamente en el Pilar Europeo es mucho más limitado que las incluidas en el propio Convenio 102 de la OIT o en el propio artículo 2 del Reglamento 883/2004”¹¹². En la actualidad “las prestaciones por cuidados de larga duración no se han incluido explícitamente en el ámbito de aplicación material del Reglamento 883/2004, sino que se coordinan como prestaciones por enfermedad, esto genera inseguridad jurídica tanto para las entidades como las personas que solicitan prestaciones por cuidados de larga duración.

71. Es necesario desarrollar un marco jurídico estable que sea adecuado para las prestaciones por cuidados de larga duración, a fin de incluir una definición clara de tales prestaciones”¹¹³. Por este motivo hay una propuesta de modificación del Reglamento 883/2004 que define las prestaciones por cuidados de larga duración y aquellos casos en los ciudadanos móviles pueden solicitarlas en un capítulo aparte. El 19 de marzo de 2019, el Parlamento Europeo, la Comisión y la Presidencia rumana alcanzaron un acuerdo provisional sobre la propuesta pero, al no alcanzar la mayoría el Consejo, se aplazó la continuación de los trabajos sobre la propuesta hasta la presente legislatura¹¹⁴.

¹⁰⁸ Resolución del Parlamento Europeo, de 19 de enero de 2017, sobre un pilar europeo de derechos sociales. Por otro lado, sobre la una aproximación a la figura del cuidador informal E. BLÁZQUEZ AGUDO, “Hacia una necesaria protección del cuidados informal-familiar de los dependientes”, *Trabajo. Revista Iberoamericana de relaciones laborales*, núm. 18, 2006, pp. 156 a 163.

¹⁰⁹ P. MOYA MARTÍNEZ; F. ESCRIBANO SOTOS; I. PARDO GARCÍA, “La participación en el mercado laboral de los cuidadores informales de personas mayores en España”, *Rev. Innovar*, vol. 22, núm. 43, 2012, p. 63.

¹¹⁰ A. SELMA PENALVA, “La (des)protección social de los cuidadores no profesionales, en *Revista Derecho Social y Empresa*, núm. 10, 2019, pp. 1 a 25, E.M. SIERRA BENÍTEZ, “La protección por dependencia en España y en la Unión Europea: los cuidadores no profesionales” en C. SÁNCHEZ RODAS, *Las prestaciones españolas por dependencia y el derecho de la Unión*, Laborum Murcia, 2011, pp. 195 a 215.

¹¹¹ Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019 relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo (DOUE de 12 de julio de 2019, L 188/79).

¹¹² C. SÁNCHEZ RODAS, *Sostenibilidad y protección social. La tensión entre la unión económica y monetaria y el pilar europeo de derechos sociales*, obra cit., p. 185.

¹¹³ Considerando 6 de la Propuesta de Reglamento Europeo y del Consejo por el que se modifican el Reglamento (CE) núm. 883/2004, sobre coordinación de los sistemas de seguridad social, y el Reglamento (CE) núm. 987/2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) núm. 883/2004, COMISIÓN EUROPEA, 13 de diciembre de 2016, COM(2016) 815 final.

¹¹⁴ A. KENNEDY, “La cobertura de Seguridad Social en otros estanos miembros de la Unión” en http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/es/FTU_2.3.4.pdf

72. Por último, la aplicación efectiva de las normas de la UE en los EM necesita una cooperación estructurada de intercambio entre las autoridades nacionales competentes, y recursos para organizar las inspecciones conjuntas o capacitar al personal nacional para tratar los casos transfronterizos. Por este motivo se ha aprobado la creación de una Autoridad Laboral Europea¹¹⁵ destinada a garantizar que las normas de la UE sobre la movilidad laboral (por ejemplo: libre circulación, desplazamiento de trabajadores y la coordinación de la seguridad social) se apliquen de manera justa, simple y efectiva¹¹⁶.

73. La Autoridad Laboral Europea está llamada a hacer realidad el pilar europeo de derechos sociales y, por lo tanto, a garantizar una movilidad laboral justa en Europa y velar por los derechos de los trabajadores y los ciudadanos, y haciendo posible la igualdad de trabajo en el ámbito de la protección social¹¹⁷. Para ello será necesaria la colaboración y participación de los agentes políticos, económicos y sociales en el diseño de estas normativas para garantizar la adecuación económica y social de cada uno de los países, y en este contexto la transformación de los mercados de trabajo¹¹⁸ en el contexto de la Industria 4.0.

IV. Valoración final. El necesario equilibrio entre la sostenibilidad económica, monetaria y social en la era de la industria 4.0

74. En el libro Blanco de la Comisión sobre el futuro de Europa se indican los retos que debe superar Europa de aquí al 2030, año en que la Industria 4.0 estará plenamente establecida en la sociedad europea. Las transformaciones en la sociedad europea y en el mercado de trabajo nos plantean cuál es la dimensión social de Europa, especialmente en lo relativo a la protección de los trabajadores de la era digital. El Tratado de Lisboa reconoce un modelo económico y social entendido como una “economía social de mercado altamente competitiva” basado en la idea de que el crecimiento económico debe buscarse por medio del mercado con fines sociales.

75. Sin embargo, este modelo debe ser adaptado dentro del nuevo contexto mundial de la economía digital y de la implantación de la Industria 4.0 de forma que se pueda alcanzar el equilibrio entre las dimensiones sociales y de mercado para el mantenimiento eficaz de ese modelo. En estos años de crisis de la economía y de consolidación del fenómeno de la globalización mundial, el resultado ha sido el aumento de las desigualdades sociales, las malas condiciones laborales y el deterioro ambiental. Por eso es necesario alcanzar el equilibrio dinámico entre las dimensiones económica, social y medioambiental del desarrollo para mantener ese modelo económico y social europeo.

76. En materia de protección social los sistemas de seguridad social deben adaptarse. La UE cuenta con dos ámbitos de actuación para afrontar los retos que se le plantean a la hora de obtener la mejor protección social de los trabajadores en la era de la Industria 4.0. Uno es el ámbito internacional, necesario para que las políticas europeas tengan impacto sobre el planeta aportando soluciones sostenibles a los problemas mundiales; y el otro el propio ámbito de la UE, cuya actuación se basa en la construcción y aplicación del pilar europeo de derechos sociales, de acuerdo con el ámbito de competencias atribuido a los EM. En el primero resaltamos la nueva alianza entre la UE y África para la inversión y el empleo sostenibles, para que la propia Europa pueda afrontar los retos más complejos del mundo actual como la pobreza, los conflictos bélicos y la migración, o el cambio climático.

¹¹⁵ Reglamento (UE) 2019 1149/ del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019 por el que se crea la Autoridad Laboral Europea, se modifican los Reglamentos (CE) núm. 883/2004, (UE) núm. 492/2011 y (UE) 2016/589 y se deroga la Decisión (UE) 2016/344, (DOUE 11 de julio de 2019, L).

¹¹⁶ <https://ela.europa.eu/>

¹¹⁷ https://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-19-852_es.htm

¹¹⁸ R. JAIME MAESTRE, “Surge la Autoridad Laboral Europea, ¿mejorará el empleo?”, El Blog Salmón, 23 de junio de 2019, <https://www.elblogsalmon.com/mundo-laboral/surge-autoridad-laboral-europea-mejorara-empleo>

77. Para ello son necesarios instrumentos financieros que complementen a los tradicionales, y que incluyan la participación de fuentes públicas y privadas consideradas como motores esenciales del desarrollo sostenible, lo que implica invertir en las personas, en su formación y sus capacidades. Igualmente, la cooperación mundial está trabajando para modernizar las relaciones entre la UE y 79 países de África, el Caribe y el Pacífico (ACP) con el objeto de sentar las bases para la creación de un pilar entre la UE y el Pacífico dentro del futuro acuerdo UE-ACP.

78. En general, son muy importantes los acuerdos comerciales internacionales de la UE, como por ejemplo los más de un centenar de acuerdos comerciales vigentes o en proceso de actualización que aseguran que se cumplan unos estándares determinados en materia de medio ambiente y en el ámbito laboral favorecer el reingreso rápido en el mercado de trabajo “en lugar de constituir una ayuda prolongada a las personas en edad de trabajar”.

79. Por otro lado, los EM deben dedicar recursos suficientes a la lucha contra la exclusión social, la pobreza y la eliminación por razón de sexo¹¹⁹. Las últimas reformas operadas en el marco de la UE van en esa dirección, porque entendemos que no es perdurable en el tiempo una Europa económica y financiera sin un suficiente equilibrio social para poder hablar de la sostenibilidad de las tres dimensiones: económica, financiera y social.

80. En estos acuerdos paulatinamente se están incluyendo cláusulas de contenido social respetuosas con la normativa de la OIT, que garantizan unos estándares mínimos entre las partes firmantes con la finalidad de evitar el *dumping social*, es decir, el recurso a la competencia a la baja en condiciones de trabajo, lo que resulta beneficioso para todas las partes implicadas, con independencia de su grado de desarrollo. Sin embargo, este tipo de cláusulas presentan problemas en relación con su operatividad y efectividad, por lo que se propone que sea la propia OIT el organismo básico para la gestión de los acuerdos internacionales en la interpretación y resolución de los conflictos, muchas veces particularizados para el ámbito laboral.

81. Este ámbito internacional hay que completarlo con la Agenda 2030 de la ONU para el desarrollo sostenible, porque la propia UE se ha comprometido a su aplicación tanto en este ámbito como el propio de la UE con el propósito de erradicar la pobreza. Para superar los retos de la era digital, la UE necesita un plan que tenga impacto mundial, y este plan son los objetivos para el desarrollo sostenible (ODS).

82. En el año 2017 se elaboró la iniciativa enmarcada en el debate sobre el futuro de Europa conocida como pilar de derechos sociales de la UE, que recoge un decálogo de derechos y principios en el ámbito social y laboral que atiende a factores que van desde las nuevas tecnologías en la sociedad y en el empleo hasta las dudas que suscita la globalización, los problemas en materia de seguridad y el ascenso de los populismos. La Unión Europea y sus Estados Miembros deben ser sostenibles en materia de protección social, ya que cuentan con los sistemas de seguridad social más avanzados. Eso implica la necesidad de modernizarse y adaptarse a las nuevas realidades demográficas y laborales, y en algunos países de nuestro entorno ya se han acometido reformas en este sentido.

83. Sin embargo, dudamos de que la elaboración del pilar europeo de derechos sociales sea eficaz si no cuenta con una regulación dotada de mayor eficacia de la que carece la declaración y proclamación del mismo pilar, como los derechos y principios que vienen recogidos en el Reglamento 883/2004 y que el pilar en la mayoría de los casos incluye como un mero reconocimiento formal, y en todo caso insuficiente. La única novedad que podemos resaltar de este pilar, y que consideramos muy importante en la nueva era del siglo XXI, es el derecho a los cuidados de larga duración, dado el progresivo envejecimiento y la prolongación de la esperanza de vida de la población de la UE.

¹¹⁹ COMISIÓN EUROPEA, *Proyecto Europa 2030, Retos y oportunidades. Informe al Consejo Europeo del Grupo de reflexión sobre el futuro de la UE 2030*, Mayo 2010.

VARIA

PROBLEMAS DE LEY APLICABLE EN EL MARCO
DE UN CONTRATO INTERNACIONAL DE AGENCIA
COMERCIAL: COMENTARIO A LA SENTENCIA
DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA
(SECCIÓN 11ª) DE 3 DE JULIO DE 2019

LAW APPLICABLE PROBLEMS IN THE FRAME OF
INTERNATIONAL AGENCY AGREEMENTS: COMMENTS
ABOUT THE JUDGEMENT ISSUED BY THE AUDIENCIA
PROVINCIAL DE BARCELONA ON 3 JULY 2019

HILDA AGUILAR GRIEDER

*Profesora Titular de Derecho internacional privado
Universidad de Huelva*

ORCID ID: 0000-0002-3138-8904

Recibido: 18.12.2019 / Aceptado: 10.01.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5196>

Resumen: El presente trabajo estudia un problema de Derecho aplicable susceptible de plantearse en el marco de los contratos internacionales de agencia comercial.

Palabras clave: Unión Europea, Derecho internacional privado, Derecho aplicable, contratos internacionales de agencia comercial.

Abstract: This study analyses a law applicable problem which arises in the frame of some international agency agreements.

Keywords: European Union, Private International Law, Law applicable, international agency agreements.

Sumario: I. Consideraciones introductorias. II. Antecedentes de hecho. III. Ley aplicable a los contratos internacionales de agencia comercial: 1. Marco normativo. 2. Alcance de la elección tácita de la ley aplicable al contrato. 3. Ley aplicable a los contratos internacionales de agencia comercial en defecto de elección de ley en el seno del Reglamento “Roma I”. 4. La falta de prueba del Derecho extranjero.

I. Consideraciones introductorias

1. La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 11ª) de 3 de julio de 2019 (sentencia núm. 448/2019)¹, objeto de comentario en el presente estudio, trae causa del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada, el 29 de febrero de 2016, por el Juzgado de Primera Instancia nº 27 de Barcelona.

¹ JUR/2019/220296.

2. Desde el punto de vista del Derecho internacional privado, que es el objeto del presente trabajo, en ambas sentencias se plantea un problema de Derecho aplicable al contrato internacional de agencia comercial sobre el que versan las mismas². La sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Barcelona y la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona resuelven el referido problema del mismo modo.

La problemática de ley aplicable planteada, en relación con el contrato internacional de agencia comercial objeto de las referidas sentencias, aunque se ha suscitado en el marco de este peculiar tipo contractual, es susceptible de plantearse en el seno de cualquier otra categoría de contrato internacional. Por lo tanto, las conclusiones de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 3 de julio de 2019, son susceptibles de proyección, no únicamente a los contratos internacionales de agencia comercial en los que concurren las mismas circunstancias, sino a cualquier otra categoría contractual que quede sujeta al mismo régimen de Derecho aplicable y en la que se manifiesten idénticas circunstancias que en el supuesto de autos.

II. Antecedentes de hecho

3. La sentencia objeto del presente comentario versa sobre un contrato internacional de agencia comercial suscrito en España, el 10 de mayo de 2012 (y extinguido en el último trimestre del año 2013), entre “Nuevo Taller de Joyería S.L.” (en adelante, Joyería) y una agente comercial (“Doña Ariadna”). Las partes contractuales están domiciliadas en distintos Estados miembros de la Unión Europea: en Alemania, la agente comercial y, en España, el principal. Al margen de lo señalado, es preciso poner de relieve que la agente comercial ejerce su función, esto es, su actividad profesional de captación de clientela para el principal e incremento de la misma, en Alemania (siendo la agente nacional de dicho país); siendo este país, por tanto, el mercado afectado por el contrato internacional de agencia comercial objeto del presente comentario.

Como acontece habitualmente en la práctica, en relación con esta categoría contractual, la litigiosidad entre el principal y el agente comercial tiene lugar tras la finalización del contrato; momento en el cual el agente comercial, que suele ser la parte actora en prácticamente todos los supuestos tanto internos como internacionales y la parte más debilitada de la relación contractual, interpone una demanda contra el principal. Es muy frecuente que el agente comercial solicite al principal una indemnización por clientela por los gastos en los cuales ha tenido que incurrir para llevar a cabo el cometido que le ha sido encomendado. En concreto, en el caso de autos, la agente comercial interpuso una demanda, ante los Tribunales españoles (Juzgado de Primera Instancia nº 27 de Barcelona y, posteriormente, Sección 11ª de la Audiencia Provincial de Barcelona), contra el principal (Joyería), alegando que éste había incumplido el plazo de preaviso previsto en el contrato, a la par que solicitaba determinadas comisiones al principal (junto con los intereses moratorios y las costas procesales), así como una indemnización por clientela.

Dicho Juzgado de Primera Instancia, en su sentencia de 29 de febrero de 2016, estimó parcialmente la demanda interpuesta por la agente comercial, y ello con base en la legislación española de agencia comercial: la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre contrato de agencia³, a la que considera sometida el contrato sobre el que versa el caso de autos. En concreto, la referida sentencia de primera instancia, de 29 de febrero de 2016, limita los incumplimientos atribuidos por la agente comercial (Ariadna) al principal (Joyería) al impago de las comisiones devengadas durante el año 2013, rechaza la indemnización por clientela reclamada por la agente comercial (aunque, según la pericial, la agente

² En relación con la problemática de Derecho aplicable planteada, en el seno de los contratos internacionales de agencia comercial, la cual es objeto de debate en las sentencias referidas, *vid.*, por todos, H. AGUILAR GRIEDER, “El impacto del Reglamento ‘Roma I’ en el contrato internacional de agencia”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2011, vol. 3, núm. 1, pp. 24-46; *id.*, “La intervención de las ‘leyes de policía’ como límite al principio de la autonomía de la voluntad de las partes en los contratos internacionales de agencia comercial: un nuevo paso en la comprensión del sistema”, *Diario La Ley*, de 22 de enero de 2014, núm. 8234, pp. 1-9; *id.*, *La protección del agente en el Derecho comercial europeo*, Colección “El Derecho de la globalización”, núm. 14, Colex, Madrid, 2007.

³ BOE, de 29 de mayo de 1992, núm. 129.

incrementó el número de adquirentes de los productos del principal en su ámbito territorial, el Juzgado estima que la clientela conseguida no ha generado negocio adicional), a la par que desestima la condena al pago solicitada por la agente (y ello debido a descartar que el principal hubiera incumplido el plazo de preaviso contemplado en el correspondiente contrato de agencia comercial).

4. Ambas partes contractuales se alzan, por diferentes cauces procesales, frente a la sentencia dictada, el 29 de febrero de 2016, por el Juzgado de Primera Instancia nº 27 de Barcelona.

La actora, es decir, la agente comercial, por medio del recurso de apelación (art. 458 LEC), con la finalidad de que se estime en “su integridad la demanda interpuesta” por la misma.

La interpelada, esto es, el principal (Joyería), por la vía de la formulación de la impugnación prevista por la legislación procesal interna española (art. 461.1 LEC), con el propósito de que sea íntegramente rechazada la demanda inicial atendida la aplicación al caso, a su juicio, de la legislación alemana sobre el contrato de agencia, “conforme a la norma conflictual, y su falta de acreditación por parte de la sra. Ariadna”.

Tal como pone de manifiesto la Audiencia Provincial de Barcelona, en la sentencia objeto de comentario, “por razones sistemáticas procederá examinar en primer lugar la impugnación de la mercantil demandada pues en caso de ser estimada”, que no lo fue, “con el consiguiente rechazo de la demanda, las pretensiones de la apelante quedarían vacías de contenido”.

En el presente estudio nos vamos a referir, exclusivamente, a la resolución de la impugnación formulada por Nuevo Taller de Joyería S.L. contra la sentencia de 29 de febrero de 2016, ya que en el recurso de apelación, interpuesto por la agente comercial (Ariadna) contra la referida sentencia de 2016, no se plantean problemas de Derecho internacional privado (sino meros problemas de Derecho mercantil interno), a diferencia de lo que acontece con la aludida impugnación.

5. Finalmente, la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 11ª), en su sentencia de 3 de julio de 2019, desestima íntegramente el recurso de apelación interpuesto por la agente comercial (Ariadna), así como la impugnación articulada por el principal (Joyería) contra la sentencia dictada, el 29 de febrero de 2016, por el Juzgado de Primera Instancia nº 27 de Barcelona. En consecuencia, la Audiencia Provincial de Barcelona confirma la susodicha resolución, del Juzgado de Primera Instancia, en todos sus extremos.

III. Ley aplicable a los contratos internacionales de agencia comercial

1. Marco normativo

6. En las siguientes líneas del presente estudio, vamos a dilucidar, pues, sobre las conclusiones puestas de manifiesto por la Sección 11ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, en la sentencia de 3 de julio de 2019, al resolver la impugnación formulada por Joyería contra la sentencia de 29 de febrero de 2016; las cuales, como hemos puesto anteriormente de manifiesto, abordan la problemática planteada, en materia contractual, en el sector del Derecho aplicable, ya que, en ninguna de las dos mencionadas sentencias, se plantea problema alguno de competencia judicial internacional.

Pese a ello, la referida sentencia de la Audiencia Provincial no puede evitar hacer una alusión, de pasada y sin causa alguna que lo justifique, a la problemática relativa a la competencia judicial internacional. Ello llama la atención, ya que ninguna de las partes ha puesto en tela de juicio la competencia judicial internacional de los Tribunales españoles en el caso de autos. Pero ya que se hace una alusión a esta cuestión, es conveniente que se haga conforme al instrumento normativo europeo que resultaría aplicable, en el caso abordado por la sentencia, en materia de competencia judicial internacional, que no es la LOPJ (a cuyo art. 21 alude, sin que sepamos bien el motivo de tener que justificarse en este sentido, la Sección 11ª de la Audiencia Provincial).

A juzgar por la argumentación de la Audiencia, a ésta parece que se le olvida el sistema de fuentes del sistema español de Derecho internacional privado. Huelga decir que el sistema autónomo español

de competencia judicial internacional tiene carácter subsidiario, lo cual implica que únicamente resulte aplicable cuando el supuesto en cuestión no entre dentro del ámbito de aplicación (material, temporal y/o espacial) de ningún instrumento internacional (Reglamento o Convenio internacional); lo cual no ocurre en el supuesto de autos. A la Audiencia parece que se le olvida que esto acontece en todos los sectores del Derecho internacional privado, esto es, tanto en el del Derecho procesal civil internacional como en el del Derecho aplicable.

Como es bien sabido, a las demandas posteriores al 10 de enero de 2015 les resulta aplicable el 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 (en lo sucesivo, el Reglamento “Bruselas I bis”)⁴, que es el actualmente vigente; mientras que a las demandas presentadas con anterioridad al 10 de enero del año 2015 les es aplicable su antecesor directo: el 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 (comúnmente denominado como Reglamento “Bruselas I”)⁵. En cualquier caso, ambos Reglamentos (Reglamento “Bruselas I”/Reglamento “Bruselas I bis”) responden a la misma estructura jerarquizada de los foros de competencia judicial internacional que consagran, que es una cuestión clave para aplicar correctamente los susodichos Reglamentos⁶. Conforme a cualquiera de los mismos, los Tribunales españoles gozarían de competencia judicial internacional con arreglo al foro de la sumisión tácita (art. 26 del Reglamento “Bruselas I bis”/art. 24 del Reglamento “Bruselas I”), el cual se encuentra (en ambos Reglamentos europeos) en el segundo rango o escalón jerárquico, ya que no se trata de una materia que sea objeto de competencia exclusiva (primer nivel de jerarquía).

7. La interpelada, esto es, el principal (Joyería) impugna el fundamento jurídico 3º de la sentencia, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 27 de Barcelona el 29 de febrero de 2016, según el cual la legislación aplicable al contrato internacional de agencia comercial, objeto del litigio, sería la anteriormente aludida Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre contrato de agencia. A juicio de la interpelada, la legislación aplicable al contrato litigioso sería, en lugar de la legislación española de agencia comercial, la “legislación alemana –la sra. Ariadna es nacional de Alemania desde donde ejerce su función- y cuya falta de acreditación por la agente debiera comportar el rechazo íntegro de sus pretensiones”. La Sección 11ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, en su sentencia de 3 de julio de 2019, desestima la impugnación articulada por Joyería con base en la ley estatal a la cual remite la correspondiente norma de conflicto española, ya que, tal como recuerda con acierto la Audiencia Provincial de Barcelona, basándose para ello en relevantes sentencias de nuestro TS, así como en el art. 12.6 del Cc, en las relaciones jurídico-privadas internacionales, como es el caso de autos (en el cual los sujetos implicados gozan de diferentes nacionalidades [alemana, la agente comercial y, española, el principal]), los Tribunales españoles aplicarán de oficio las normas de conflicto españolas (tanto las de origen interno como las de procedencia internacional) que resulten aplicables en cada supuesto.

A mi juicio, lo que incita a confusión es que la Audiencia justifique su postura, tanto en el art. 10.5 del Cc (norma de conflicto española de origen interno en materia contractual)⁷, como en uno de los dos Reglamentos estrella del Derecho internacional privado europeo: el Reglamento (CE) núm.

⁴ DOUE, de 20 de diciembre de 2012, núm. L 351; modificado por el Reglamento 542/2014: DOUE, de 29 de mayo de 2014, núm. L 163.

⁵ DOCE, de 16 de enero de 2001, núm. L 12.

⁶ En relación con la problemática de competencia judicial internacional planteada, en el marco de los contratos internacionales de agencia comercial, *vid.*, muy especialmente, H. AGUILAR GRIEDER, *La protección del agente en el Derecho comercial europeo*, Colección “El Derecho de la globalización”, núm. 14, Colex, Madrid, 2007, pp. 137-157; *id.*, “Sumisión de las partes a los Tribunales belgas en el marco de un contrato internacional de agencia comercial: comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 1ª) de 21 de diciembre de 2018”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2019, vol. 11, núm. 2, pp. 380-387, especialmente p. 384. En la referida sentencia se dilucida, muy especialmente, sobre el alcance de la Disposición Adicional de la Ley española sobre el contrato de agencia: *ibid.*, pp. 384-387.

⁷ Aunque sólo sea para afirmar que la “norma de conflicto interna (art. 10.5 CCivil)” consagra el “principio general contenido en el Reglamento comunitario”, esto es, en el Reglamento “Roma I”. Ello responde a su afán por un “mayor abundamiento”, lo cual no aporta nada e incita a confusión.

593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (en lo sucesivo, Reglamento “Roma I”)⁸. En el supuesto de autos, este último es el único instrumento normativo aplicable, el cual queda incluido, tal como reconoce la propia Audiencia Provincial (aunque de un modo escueto), dentro de su ámbito de aplicación material (que incluye tanto a los contratos internacionales civiles como a los de naturaleza mercantil [art. 1]) y temporal (ya que el contrato objeto del litigio se ha celebrado el 10 de mayo de 2012, es decir, con posterioridad al 17 de diciembre de 2009, fecha a partir de la cual, como sabemos, es efectivamente aplicable el Reglamento “Roma I” [arts. 28 y 29]). La Audiencia no hace mención alguna al ámbito de aplicación espacial de este instrumento normativo europeo, lo cual es lógico, ya que el mismo, siguiendo la tónica general de los instrumentos internacionales en el sector del Derecho aplicable (tanto de los Reglamentos europeos como de los Convenios internacionales), es de naturaleza *erga omnes*, esto es, goza de un ámbito de aplicación espacial universal (art. 2 del Reglamento “Roma I”).

8. Al margen de lo señalado, la Sección 11ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el caso de autos, hace mención del marco normativo específico, en la categoría contractual objeto de análisis, el cual está formado por la 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 independientes⁹ (en lo sucesivo, Directiva de agencia). Dicha Directiva, que es considerada como una Directiva de mínimos y que regula la relación jurídica existente entre el principal y el agente comercial, ha sido objeto de transposición a todos los ordenamientos jurídicos internos de los Estados miembros de la Unión Europea.

Por consiguiente, en lo que afecta al supuesto de autos, tal como ha puesto de manifiesto la Sección 11ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, en la sentencia objeto de comentario, la Directiva de agencia comercial ha sido transpuesta tanto al ordenamiento jurídico español (que tanto la aludida Audiencia como el Juzgado de Primera Instancia nº 27 de Barcelona consideran aplicable al contrato litigioso) como al ordenamiento jurídico alemán (que es, en opinión de la interpelada [Joyería], al que debe quedar sometido tal contrato internacional).

De los Considerandos de la mencionada Directiva se desprende que la misma persigue una doble finalidad: por un lado, la protección del mercado interior y, por otro lado, la protección del agente comercial en tanto que parte débil de la relación litigiosa. Dicha finalidad tuitiva subyace igualmente, por consiguiente, detrás de todas las Leyes nacionales de transposición de la Directiva de agencia, es decir, detrás de todas las Leyes de agencia de los Estados miembros de la Unión Europea. Como es sabido, la transposición de la Directiva 86/653/CEE, al ordenamiento jurídico español, se llevó a cabo por la anteriormente mentada Ley 12/1992 sobre el contrato de agencia.

9. La aplicación de la Directiva de agencia al supuesto de autos no plantea ninguna duda, ya que, aunque la misma guarda silencio sobre su ámbito de aplicación espacial, la agente comercial realiza su actividad profesional en el mercado de la Unión Europea (en concreto, en Alemania), por lo que se cumple el criterio consagrado por la controvertida sentencia del TJCE de 9 de noviembre de 2000 (asunto *Ingmar*)¹⁰. Ello implica que se apliquen las disposiciones imperativas (tanto las expresa como las implícitamente imperativas) de la Directiva de agencia, tal como hayan sido transpuestas por los ordenamientos jurídicos internos de los Estados miembros de la Unión Europea. La aplicación de las susodichas disposiciones imperativas constituye una salvaguarda del respeto de un nivel de protección mínimo, del agente comercial, cuando el mercado afectado sea el territorio de la Unión Europea, como es el caso de autos, en el cual dicho mercado es Alemania.

En suma, aunque de un modo ciertamente confuso, la Sección 11ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, en su sentencia de 3 de julio de 2019, expone correctamente el marco normativo aplicable al supuesto de autos, tanto el general (Reglamento “Roma I”) como el específico (Directiva de agencia).

⁸ *DOUE*, de 4 de julio de 2008, núm. L 177/6.

⁹ *DOCE*, de 31 de diciembre de 1986, núm. L 382.

¹⁰ Asunto C-381/98.

2. Alcance de la elección tácita de la ley aplicable al contrato

10. Aunque no lo diga expresamente en la sentencia objeto de comentario, la Sección 11ª de la Audiencia Provincial de Barcelona tiene claro que a los contratos internacionales de agencia comercial, pese al desequilibrio existente en la posición negociadora de las partes, se les aplica el régimen general de Derecho aplicable consagrado por el Reglamento “Roma I” en sus arts. 3 y 4¹¹.

Al margen de lo señalado, también nos parece un acierto que la Audiencia Provincial de Barcelona haya sabido vislumbrar el sometimiento, no expreso, sino tácito, de las partes, a la legislación española con base en el apartado 1º del art. 3 del Reglamento “Roma I”¹². De conformidad con dicho apartado, el “contrato se regirá por la ley elegida por las partes. Esta elección deberá manifestarse expresamente o resultar de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso”¹³. Por lo tanto, de lo señalado se desprende que la elección de ley, por las partes contractuales, puede ser tanto expresa como tácita. Incluso, tal como puede deducirse de los apartados 1º y 2º del art. 3 del Reglamento “Roma I”, con base en el principio de la autonomía de la voluntad (conflictual) en que se basa el referido precepto, una elección de ley expresa puede ser posteriormente modificada por una elección tácita de ley. Ello constituye una clara manifestación del principio de la autonomía de la voluntad (conflictual), que es un principio subyacente al Reglamento “Roma I”, en general, y a su art. 3, en particular. De hecho, la Audiencia recalca, al margen de dicho precepto, el Considerando 11 del Reglamento, conforme al cual la “libertad de las partes de elegir la ley aplicable debe constituir una de las claves del sistema de normas de conflicto de leyes en materia de obligaciones contractuales”.

11. En todo caso, en el marco del art. 3 del Reglamento “Roma I” (que utiliza la expresión “de manera inequívoca”), la voluntad de las partes ha de ser real, aunque pueda ser tácita. El art. 3 del Reglamento no especifica cuándo existe elección tácita de la ley aplicable por las partes contractuales. No obstante, el Informe llevado a cabo por los profesores Giuliano y Lagarde, en relación con el Convenio de Roma de 1980 (el antecesor directo del Reglamento “Roma I”), sí que contempla, aunque con un carácter meramente ejemplificativo, indicios de los que cabría deducirse una elección tácita de la ley aplicable al contrato internacional. Dicho carácter ejemplificativo otorga, a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la Unión Europea, un amplio margen de discrecionalidad a la hora de dilucidar sobre si existe o no sometimiento tácito de las partes a una determinada ley estatal.

Un posible índice, de la referida voluntad tácita de las partes contractuales, puede derivarse de los hábitos contractuales de las mismas (no necesariamente de los hábitos contractuales anteriores existentes entre las partes). En el caso de autos, dicho índice tácito podría concurrir teniendo en cuenta, tal como manifiesta la Audiencia Provincial de Barcelona, la “conducta posterior de JOYERÍA al someter a la legislación española sus relaciones con el agente” que sustituyó a la agente comercial Ariadna, “lo que nos permite presumir que, por uniformidad de toda la red de agentes (...), era ésta también la que regía el contrato litigioso”.

Otro posible índice tácito es, tal como señala la Audiencia Provincial de Barcelona, la “lengua empleada” en el contrato litigioso: en concreto, la utilización en el mismo de la lengua castellana, y no de la alemana.

Por otro lado, a juicio de la Sección 11ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, en la sentencia objeto de análisis, el sometimiento tácito de las partes a la legislación española se infiere, igualmente, del hecho de omitir el contrato litigioso “toda referencia a cualquier otra legislación que pudiera ser de

¹¹ En relación con la dualidad de regímenes de Derecho aplicable en materia contractual, y los presupuestos que subyacen detrás de dichos regímenes, *vid.*, por todos, H. AGUILAR GRIEDER, *Pilares fundamentales del Derecho internacional privado europeo*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Huelva, núm. 166, 2018.

¹² Tal como manifiesta la Audiencia, será de aplicación, al contrato litigioso, la “Ley sustantiva a la que las partes se hubieren sometido voluntariamente, advirtiéndose que esta sumisión puede ser expresa o tácita, (...). Dicho esto convenimos con la impugnante en que no hubo en el presente caso sometimiento expreso a la Ley española, aplicada por el Juzgado”, ya que ello no consta en el documento que recoge el correspondiente contrato y, además, así fue confirmado por la agente comercial al declarar como testigo.

¹³ En relación con la elección de ley expresa e implícita, *vid.*, muy especialmente, A.L. CALVO CARVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 18ª ed., Comares, Granada, 2018, pp. 962-966.

aplicación”. De hecho, entre los índices más típicos de una voluntad tácita de las partes, de someterse a una determinada legislación nacional, cabe mencionar las referencias, explícitas o implícitas, a un concreto Derecho material estatal. Por ejemplo, podrían considerarse como índice tácito, en este sentido, las referencias, en un contrato internacional, a diversos preceptos del Código civil o del Código de comercio de un determinado ordenamiento jurídico estatal.

A mi modo de ver, a diferencia de lo que opina la Sección 11ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, en la sentencia de 3 de julio de 2019, con independencia de existir o no en el contrato litigioso una cláusula de elección de foro a favor de los Tribunales españoles (que en el supuesto de autos no la hay), no puede deducirse la voluntad tácita de las partes, de sometimiento a la legislación española, de factores de localización de carácter objetivo, por mucho que los mismos impliquen un “vínculo innegable” con nuestro país, como es el “lugar de celebración” del contrato objeto del litigio; “el hecho de haber sido suscrito el contrato en España y no en Alemania”; así como la “nacionalidad y domicilio de una de las partes”, en concreto, del principal (por mucho que este último factor sea un elemento esencial de los contratos de agencia comercial [como también lo es el domicilio del agente comercial y el mercado afectado]).

En todo caso, al margen de los índices de elección tácita de ley aplicable anteriormente señalados, existe uno definitivo que no se ha expuesto, al menos de un modo claro, por la Audiencia Provincial de Barcelona en la sentencia objeto de comentario. A mi modo de ver, en el caso de autos, el sometimiento tácito de las partes, a la Ley española, se deriva del comportamiento procesal de las partes, las cuales plantean sus posiciones, en relación con la cuestión litigiosa, exclusivamente sobre la base del Derecho del foro. En concreto, la actora (la agente comercial) interpone la demanda, ante los órganos jurisdiccionales españoles, con base en el Derecho material español, y la demandada fundamenta sus pretensiones, igualmente, con base en el ordenamiento jurídico español.

3. Ley aplicable a los contratos internacionales de agencia comercial en defecto de elección de ley en el seno del Reglamento “Roma I”

12. Como anteriormente hemos puesto de relieve, la interpelada, esto es, el principal (Joyería), impugna el fundamento jurídico 3º de la mentada sentencia dictada en primera instancia, según el cual la *lex contractus* es la ley española, en concreto, la ya citada Ley 12/1992 sobre el contrato de agencia. En opinión de la impugnante, en el caso de autos, la ley rectora del contrato internacional de agencia comercial litigioso (*lex contractus*) es la legislación alemana (y no la española), y ello con base en el art. 4 del Reglamento “Roma I” (“ley aplicable a falta de elección”).

De lo señalado se desprende que la interpelada también considera, al igual que el Juzgado de Primera Instancia/Audiencia Provincial de Barcelona (Sala 11ª), que el contrato de agencia comercial, pese al habitual desequilibrio existente en la posición negocial de las partes (el agente comercial suele ser la parte débil de la relación litigiosa), ha de quedar incluido, no en el régimen especial de Derecho aplicable (reservado por el legislador europeo únicamente para cuatro categorías contractuales [contratos de transporte, contratos de consumo, contratos de seguro y contratos individuales de trabajo]), sino en el régimen general de Derecho aplicable (arts. 3 y 4 del Reglamento “Roma I” [los cuales constituyen el núcleo básico del mismo]). Esta base, de la cual ninguno de los implicados en el caso de autos se aparta, es el punto de partida correcto para la resolución de la problemática planteada.

13. No obstante, a diferencia de lo que considera la Sección 11ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, en la sentencia objeto de comentario, la impugnante estima que no hay elección tácita de ley (como defiende la Audiencia [la cual coincide con el principal en que no existe elección expresa de ley por las partes contractuales]), por lo que ha de acudir, para determinar la *lex contractus*, a la ley aplicable a falta de elección por las partes, en concreto, al apartado 1º del art. 4 del Reglamento “Roma I”, el cual establece normas de conflicto especiales para categorías contractuales muy habituales en la práctica internacional. Sin embargo, la Audiencia Provincial de Barcelona pone de manifiesto, acertadamente a mi juicio, que “huelga recurrir al criterio –subsidiario– contenido en el art. 4 del Reglamento invocado por la impugnante”.

Entre las categorías contractuales, a las que alude el art. 4.1 del Reglamento “Roma I”, se encuentra el “contrato de prestación de servicios” (apartado 1b), que además de un concepto autónomo es una categoría jurídica muy extensa dentro de la cual tienen cabida, entre otros muchos tipos contractuales, los contratos de agencia comercial. Teniendo en cuenta la norma de conflicto especial consagrada por el apartado 1b) del art. 4 del Reglamento “Roma I”, “a falta de elección realizada de conformidad con lo dispuesto en el art. 3, (...), el contrato de prestación de servicios se regirá por la ley del país donde el prestador del servicio tenga su residencia habitual”. En los contratos de agencia comercial, el prestador del servicio es claramente el agente comercial, que en el caso de autos tiene su residencia habitual en Alemania. Por lo tanto, la interpelada acierta en la aplicación al contrato litigioso del régimen general de Derecho aplicable consagrado por el Reglamento “Roma I” y hace una correcta aplicación del art. 4 del susodicho Reglamento, pero, a mi juicio, es erróneo recurrir al criterio subsidiario (contenido en el referido art. 4), cuando en el caso de autos existe, tal como afirma la Sección 11ª de la Audiencia Provincial de Barcelona en la sentencia comentada, un sometimiento tácito de las partes contractuales a la legislación española. Desde este punto de vista, tal como pone de manifiesto la Audiencia Provincial, “huelga recurrir al criterio –subsidiario– contenido en el art. 4 del Reglamento invocado por la impugnante”. En relación con este punto, la argumentación de la Audiencia Provincial de Barcelona me parece correcta. Desde mi punto de vista, la Audiencia Provincial se tendría que haber parado aquí, y no habría nada que objetar.

14. Sin embargo, la Audiencia, en ese afán de “mayor abundamiento” al que alude en diversas ocasiones en la sentencia comentada, que a mi modo de ver sólo incita a confusión y a falta de coherencia, continúa con la argumentación, sin que ello sea en absoluto necesario. En concreto, la misma defiende que, “en cualquier caso, aunque fuera de aplicación la legislación alemana ello no podría suponer en ningún caso la elusión de las reglas imperativas contenidas en la legislación de nuestro país con el que existen vínculos innegables (lugar de celebración, lengua empleada, nacionalidad y domicilio de una de las partes), en particular, no cabría privar al agente de los derechos reconocidos en los arts. 28 y 29 LCA (art. 9.2 Reglamento¹⁴ y STJUE de 9/11/2000, Caso Ingmar¹⁵) debiendo añadir a mayor abundamiento que, siendo Alemania un Estado miembro de la Unión es difícil imaginar que su legislación no esté, al igual que España, adaptada a la normativa comunitaria sobre la materia constituida por la Directiva 86/653/CEE en la que se regulan esos derechos económicos a favor del agente a la extinción del contrato así como el derecho a percibir la correspondiente remuneración por el desarrollo de su trabajo”.

Es obvio que tanto la legislación española de agencia como la alemana, así como la de cualquier otro Estado miembro de la Unión Europea, cumplen los derechos reconocidos al agente comercial por la Directiva de agencia (que todos ellos han transpuesto correctamente): derecho del agente comercial a percibir la correspondiente remuneración por el desarrollo de su función, derecho a la indemnización por clientela en determinados supuestos, derecho al preaviso, etc. No obstante, ello no significa que sea

¹⁴ Dicho precepto, como sabemos, obliga, a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la Unión Europea, a aplicar las normas materiales internacionalmente imperativas del ordenamiento jurídico del foro (entre las cuales tienen cabida muchas disposiciones expresa e implícitamente imperativas de las Directivas europeas sectoriales, esto es, de las Directivas elaboradas por las instituciones europeas para determinados sectores de la contratación); lo cual no es necesario en el caso de autos, ya que tanto la legislación española de agencia como la alemana han transpuesto correctamente la Directiva 86/653/CEE. Y en el caso objeto de comentario, en el presente estudio, no considero que se produzcan las mismas circunstancias que las que concurrían en la sentencia del TJUE, de 17 de octubre de 2013, en el controvertido asunto *Unamar*. Dicho sentencia, que establece relevantes conclusiones sobre el modo de conciliar la Directiva de agencia con los instrumentos normativos europeos aplicables a los contratos internacionales, ha sido objeto de una multitud de comentarios: *vid.*, por todos, H. AGUILAR GRIEDER, “La intervención de las ‘leyes de policía’ como límite al principio de la autonomía de la voluntad de las partes en los contratos internacionales de agencia comercial: un nuevo paso en la comprensión del sistema”, *Diario La Ley*, de 22 de enero de 2014, núm. 8234, pp. 1-9; así como M.A. CEBRIÁN SALVAT, “Agencia comercial, leyes de policía y Derecho internacional privado europeo”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2014, vol. 6, núm. 1, pp. 357-366.

¹⁵ Al cual anteriormente hicimos alusión. Como sabemos, el TJUE, en el controvertido asunto *Ingmar*, impone la aplicación de los arts. 17-19 de la Directiva de agencia, los cuales constituyen el núcleo duro de la misma, en los supuestos en los cuales la *lex contractus* sea la ley de un Estado no miembro de la Unión Europea (como ocurría en el caso *Ingmar*) y dicha legislación de un Estado tercero no respete el mínimo impuesto por la Directiva de agencia en relación con el tema clave en los contratos de agencia comercial: las indemnizaciones a las cuales tiene derecho el agente al finalizar el contrato por causas no imputables al mismo.

lo mismo aplicar la legislación española de agencia o la alemana. La sentencia comentada está mezclando conceptos que son diferentes. Una cosa es la ley rectora del contrato (*lex contractus*) y, otra bien distinta, es la referente a la necesidad de intervención o no de las normas materiales internacionalmente imperativas (“leyes de policía”), a las que alude expresamente el art. 9 del Reglamento “Roma I” (que en su apartado 1º las define en los mismos términos en que lo había hecho con anterioridad el TJUE), así como los polémicos asuntos *Ingmar* (de un modo implícito) y *Unamar*. Por lo tanto, este “mayor abundamiento” de la Audiencia debería de haberse evitado, ya que es a la par que confuso erróneo.

4. La falta de prueba del Derecho extranjero

15. Al margen de lo señalado, la interpelada alega que la falta de acreditación por la agente comercial, de la legislación alemana (que según ella es la *lex contractus*), “debiera comportar el rechazo íntegro de sus pretensiones”.

La Sección 11ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, en la sentencia de 3 de julio de 2019, en ese afán obsesivo y prescindible por el “mayor abundamiento”, concluye señalando que “la Sala no podría en ningún caso llegar a la postulada absolución de la interpelada por el simple hecho de la falta de acreditación del derecho extranjero por parte de la agente (art. 281.2 LECivil), en el supuesto de que fuera aplicable”; que, como hemos recalcado anteriormente, no lo es. Para defender dicho argumento, la Audiencia Provincial de Barcelona se basa en diversas sentencias de la jurisprudencia española (“sentencias de 11 de mayo de 1989, 7 de septiembre de 1990, 23 de marzo de 1994, 25 de enero de 1999, 5 de junio de 2000, 13 de diciembre de 2000, *entre otras*”), conforme a las cuales “cuando el contenido y vigencia del derecho extranjero no han resultado probados por las partes ni averiguados por el Tribunal (...), resulta aplicable la *lex fori*, como norma subsidiariamente competente (tal como recalca la STS de 10 de junio de 2005). Según la Audiencia, “dicha doctrina (que la *Sentencia del Tribunal Constitucional 155/2.001, de 2 de julio, al examinar la cuestión desde el punto de vista que le compete, en la interpretación del artículo 24.1 de la Constitución Española, consideró más respetuosa con el contenido de dicho precepto que la solución consistente en la desestimación de la demanda, defendida por un sector de la doctrina*) (...)”.

A mi juicio, esta argumentación de la Sección 11ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, en la sentencia objeto de comentario, es totalmente prescindible, ya que partiendo de la elección tácita de la ley española, en el supuesto de autos, considero suicida entrar, sin que ello sea necesario (que en el caso de autos no lo es), en un tema tan polémico como es el de la aplicación judicial del Derecho extranjero en el sistema español de Derecho internacional privado. De hecho, como es bien sabido, no existe unanimidad doctrinal ni jurisprudencial, sobre las consecuencias derivadas de la falta de alegación y prueba del Derecho extranjero competente en el marco del sistema español de Derecho internacional privado¹⁶; por lo que el recurso por la Audiencia a dicha argumentación, en cuanto que es innecesaria en el supuesto de autos, debería de haberse obviado.

16. En suma, como consecuencia de todo lo señalado, la impugnación articulada por el principal (Joyería) se desestima, por la Sección 11ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, en la sentencia de 3 de julio de 2019. A mi modo de ver, aunque el resultado, de la resolución de la impugnación, formulada por Joyería contra la sentencia de 29 de febrero de 2016, es el correcto, la Audiencia ha entrado en argumentaciones innecesarias que muestran cierta confusión y falta de coherencia en relación con aspectos relevantes del Derecho internacional privado. Podría concluirse diciendo que “para este viaje no eran necesarias tantas alforjas”.

¹⁶ En relación con las tres posibles soluciones planteadas (la aplicación de oficio del Derecho extranjero por el juez, la aplicación del Derecho material español o la desestimación fundamentada de la demanda) y con las implicaciones del ambiguo art. 33.3 de la LCJIMC (el cual, pese a expresarse en términos facultativos, parece decantarse por la aplicación, en tales casos, del Derecho material español [“con carácter excepcional, en aquellos supuestos en los que no haya podido acreditarse por las partes el contenido y vigencia del Derecho extranjero, podrá aplicarse el Derecho español”]), *vid.*, por todos, A. RODRÍGUEZ BENOT, *Manual de Derecho internacional privado*, Tecnos, Madrid, 6ª ed, 2019, especialmente pp. 158-159.

LA PROTECCIÓN DEL CRÉDITO TRANSFRONTERIZO
MEDIANTE LA ORDEN EUROPEA DE RETENCIÓN
DE CUENTAS. EN TORNO A LA STJUE C-555/18
DE 7 DE NOVIEMBRE DE 2019

THE PROTECTION OF THE CROSS-BORDER CREDIT BY THE
EUROPEAN ACCOUNT PRESERVATION ORDER. REGARDING
THE ECJ JUDGMENT C-555/18 OF 7 NOVEMBER OF 2019

ISABEL ANTÓN JUÁREZ

*Profesora titular acr. de Derecho Internacional privado
Universidad Carlos III de Madrid*

ORCID ID: 0000-0002-5639-2301

Recibido: 14.12.2019 / Aceptado: 10.01.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5197>

Resumen: La orden europea de retención de cuentas es una medida muy útil que intenta facilitar el cobro de las deudas transfronterizas. La sentencia del TJUE de 7 de noviembre de 2019 es la primera sentencia sobre el Reglamento 655/2014. Reglamento europeo que insta esta medida cautelar europea en todos los Estados miembros de la UE a excepción de Dinamarca. Esta sentencia muestra que la aplicación de la orden europea de retención de cuentas puede no resultar fácil de aplicar a los tribunales nacionales. Una de las razones es que su aplicación requiere de una combinación armónica entre lo dispuesto en el Reglamento 655/2014 y los derechos procesales nacionales. El TJUE, con esta sentencia que analizamos, intenta allanar el camino hacia la búsqueda de esa aplicación armónica y sobre todo homogénea del R. 655/2014 por los tribunales nacionales de los Estados miembros.

Palabras clave: medida cautelar, orden europea de retención de cuentas, deuda transfronteriza.

Abstract: The European Account Preservation Order is a very useful measure that attempts to facilitate the collection of cross-border debts. The ECJ judgment of 7 of November of 2019 is the first about the Regulation 655/2014. This Regulation establishes the European precautionary measure in all EU member states with the exception of Denmark. This ruling shows that the application of the European Account Preservation Order may not be easy to apply to national courts. One of the reasons is that its application requires a harmonious combination between the provisions of Regulation 655/2014 and national procedural orders. The ECJ with this judgment that we analyze tries to pave the way towards the search for that harmonious and especially homogeneous application of R. 655/2014 by the national courts of the member states.

Keywords: provisional measure, European Account Preservation Order, cross-border debt.

Sumario: I. Introducción. II. Razones que influyen en la dificultad del cobro de una deuda transfronteriza. III. Pero, ¿Qué es una Orden Europea de Retención de Cuentas?.IV. Problemas jurídicos que suscita esta resolución. 1.La importancia de si el acreedor tiene reconocido o no su crédito mediante una resolución judicial, transacción judicial o documento público con fuerza ejecutiva. A) Aproximación al problema. B) La solución del TJUE. 2.La amplitud del concepto “procedimiento en cuanto al fondo” del art. 5 letra a R. 655/2014. 3. En torno a qué engloba el término “circunstancias excepcionales” del art. 45 R. 655/2014. V. Reflexiones finales.

I. Introducción

1. El objeto del presente trabajo es el estudio de la STJUE de 7 de noviembre de 2019¹. Esta sentencia es la primera que dicta el Tribunal de Justicia² en relación al *Reglamento (UE) N° 655/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de mayo de 2014 por el que se establece el procedimiento relativo a la orden europea de retención de cuentas a fin de simplificar el cobro transfronterizo de deudas en materia civil y mercantil* (en adelante, R. 655/2014)³. De este modo, en primer lugar, haremos una breve aproximación sobre qué es la OERC para luego pasar a analizar los problemas jurídicos que suscita este asunto. Así, en particular, vamos a destacar uno y es en relación a la diferencia de tratamiento que existe en R. 655/2014 para solicitar y resolver sobre la OERC cuando se dispone de una resolución judicial, transacción judicial o documento público con fuerza ejecutiva que en el caso de que se disponga de un título que reconozca la deuda. IV. Hechos litigiosos de la STJUE de 7 de noviembre de 2019.

II. Razones que influyen en la dificultad del cobro de una deuda transfronteriza

2. Las relaciones comerciales internacionales son muy frecuentes. Esto es una obviedad hoy en día. Sin embargo, lo que no resulta tan obvio, o al menos mucho menos conocido, es la dificultad que entraña el cobro de una deuda transfronteriza. Es decir, esa deuda que se ostenta contra una persona, bien física o jurídica, que tiene sus fondos en uno o varios países distintos de donde reside el acreedor.

Con el fin de proteger el crédito transfronterizo se crea la orden europea de retención de cuentas (en adelante, la OERC)⁴. Esta medida cautelar europea se instaura a través del citado R. 655/2014.

¹ STJUE 7 de noviembre 2019, *K.H.K contra B.A.C. Y E.E.K*, C-555/18, ECLI:EU:C:2019:937.

² Conclusiones del Abogado general Sr. MACIEJ SZPUNAR presentadas el 29 de julio de 2019, ECLI: EU:C:2019:652.

³ DOUE L 189/59 de 27 de junio de 2014.

⁴ Sobre la OERC en la doctrina nacional *vid.* I. ANTÓN JUÁREZ, *Litigación Internacional en la Unión Europea. La Orden Europea de Retención de Cuentas*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2018; *Id.*, “La orden Europea de retención de cuentas: ¿Adiós a la dificultad que plantea el cobro de la deuda transfronteriza en la UE?”, *CDT*, Vol. 9, nº 1, pp. 5-48; F. CORDÓN MORENO, “La orden europea de retención de cuentas en un proceso seguido en España: ¿Naturaleza cautelar o ejecutiva?”, *REDI*, vol.69/2, julio-diciembre 2017, pp. 301-308; L. DOMÍNGUEZ RUIZ, *Reclamación de Deudas Transfronterizas*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 257- 275; P. JIMÉNEZ BLANCO, “La orden europea de retención de cuentas: avances y limitaciones”, *AEDIPriv*, t-XIV-XV,2014-2015, pp. 243-275; M. FONT I MAS, “El Reglamento 655/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de mayo de 2014 por el que se establece el procedimiento relativo a la orden europea de retención de cuentas a fin de simplificar el cobro transfronterizo de deudas en materia civil y mercantil”, *REDI*, vol. 67 (2015), pp. 329-334; I. LÓPEZ CHOCARRO, “La orden Europea de retención de cuentas bancarias; breve análisis del Reglamento (UE) N° 655/2014 del Parlamento Europeo ante su inmediata aplicación a partir del día 18 de enero de 2017”, *Diario La Ley*, N° 8903, Sección Tribuna, 18 de Enero de 2017; F. MARTÍN DÍZ, “La orden europea de embargo de activos bancarios”, en C. ARANGUENA FANEGO (Coord.), *Cooperación judicial civil y penal en el nuevo escenario de Lisboa*, Comares, Granada, 2011, pp. 133-147; P. DE MIGUEL ASENSIO, “Aplicación de la orden europea de retención de cuentas”, Blog, entrada de 16 de enero de 2017. Disponible en <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es/2017/01/aplicacion-de-la-orden-europea-de.html>; R. MIQUEL SALA, “La futura orden europea de retención de cuentas para simplificar el cobro transfronterizo de deudas en materia civil y mercantil”, *Cuadernos de Derecho Transnacional(CDT)*, vol. 4, nº 2, pp. 217-247; M^a. ÁNGELES RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, “La orden europea de retención de cuentas”, *Revista de Derecho Patrimonial*, 38, 2015, pp. 145-160; C. SENÉS MOTILLA, “La orden europea de retención de cuentas: una apuesta decidida por la tutela cautelar del crédito en asuntos transfronterizos”, *REDI*, vol.69/2, julio-diciembre 2017, pp. 309-316; C. SENÉS MOTILLA, *La orden Europea de Retención de Cuentas. Aplicación en Derecho español del Reglamento (UE) núm. 655/2014, de 15 de mayo de 2014*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015; M.T. SOLÍS SANTOS, “Chapter 5. Cross border creditor’s protection: the impact of the european account preservation order”, en J.-S. BERGÉ/S. FRANQ/S.M. GARDENÉS, *Boundaries of European Private International Law*, Bruylant, 2015, pp. 199-210; D. VILAS ÁLVAREZ, *El Reglamento por el que se crea una Orden Europea de Retención y Mercantiles: claves de su elaboración*, *La Ley mercantil*, nº 6, 2014, pp. 1-14. En la doctrina extranjera, *vid.* En la doctrina extranjera, *vid.* E. D’ALESSANDRO, <<I mezzi di ricorso e la protezione dei terzi>>, en P. FRANZINA/A. LEANDRO, *Il sequestro europeo di conti bancari. Regolamento (UE) n. 655/2014 de 15 maggio 2014*, Giuffrè editore, Milán, 2015 pp. 87-117; G. CUNIBERTI/S. MIGLIORINI, *The European Account Preservation Order Regulation. A commentary*, Cambridge, 2018; E. DE GÖTZEN, “Cobro transfronterizo de deudas en materia civil y mercantil: ¿Dónde estamos y hacia dónde nos dirigimos?”, *AEDIPr*, t. XIII, 2013, pp. 309-340; A. DICKINSON, “Provisional measures in the ‘Brussels I’ Review: disturbing the Status Quo?”, *J. Priv. Int’L.*, vol.6, nº 3, 2010, pp. 519 y ss; L. DOMÍNGUEZ RUIZ, “La orden europea de retención de cuentas”, *Revista de Derecho Civil*, Vol. 1, nº 4 (octubre-diciembre 2014), pp. 243-256; P. FRANZINA/A. LEANDRO, *Il sequestro europeo di conti bancari. Regolamento (UE) n. 655/2014 de 15 maggio 2014*, Giuffrè editore, Milán, 2015; A. V. FALCK, *Implementierung offener ausländischer Vollstreckungstitel. Vollstreckbarerklärung ausländischer Titel und inländischer Bestimmtheitsgrundsatz*, Gieseking, E.U.W. GmbH, 1998; J. VON HEIN, <<European Account

Como posteriormente analizaremos, es una medida que persigue evitar que el deudor enajene parte de su patrimonio cuando existe un procedimiento de reclamación de deuda contra él. Con el fin de facilitar su interposición al acreedor y crear un procedimiento lo más homogéneo posible, su solicitud al igual que su resolución o ejecución se deben realizar mediante los formularios previstos en el *Reglamento de Ejecución (UE) 2016/1823 de la Comisión de 10 de octubre de 2016 por el que se establecen los formularios mencionados en el Reglamento (UE) N° 655/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece el procedimiento relativo a la orden europea de retención de cuentas a fin de simplificar el cobro transfronterizo de deudas en materia civil y mercantil*⁵.

3. Una medida como la OERC es actualmente más que necesaria debido a la dificultad que entraña la ejecución de las resoluciones judiciales. Varias son las razones que sustentan la afirmación anterior:

- 1) *El lapso de tiempo entre la resolución y su posterior ejecución*⁶. Los procedimientos internacionales no se caracterizan por su rapidez precisamente. Esto da lugar a que el patrimonio del deudor pueda disminuir, ya no sólo por enajenaciones que el propio deudor realice sino también porque puede que existan otros acreedores que tengan derecho a cobrar su crédito;
- 2) *El diferente tratamiento entre Estados miembros de la tutela cautelar transfronteriza*. Los tribunales estatales sólo tienen poder de ejecutar en el territorio donde ejercen su función jurisdiccional. Así, cuando se reclama una deuda transfronteriza, el escenario habitual es que se puede desarrollar el litigio en el Estado A pero en realidad los fondos del deudor se encuentran en el Estado B. Con el fin de evitar la situación de que al acabar el litigio no quede patrimonio del deudor que ejecutar, es necesario solicitar una medida cautelar transfronteriza. Sin embargo, esta cuestión no ha sido regulada a nivel internacional ni tampoco de forma demasiado efectiva a nivel europeo. En relación a este último ámbito es necesario acudir al *Reglamento 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de octubre*

Preservation Order Regulation (capítulo E.14)>>, en J. BASEDOW/ G. RÜHL/ F.FERRARI/P.M. ASENSIO, *Encyclopedia of Private International Law*, Edwgar Elgar Publishing, 2017, pp. 681-687; B. HESS, Study No. JAI/A3/2002/02, on making more efficient the enforcement of judicial decisions within the European Union: Transparency of a Debtor's Assets Attachment of Bank Accounts Provisional Enforcement and Protective Measures (Version of 2/18/2004); B. HESS/ K. RAFFELSIEPER, "Eckpunkte der Kontenpfändungsverordnung", en B. Hess, *Die Anerkennung im Internationalen Zivilprozessrecht – Europäisches Vollstreckungsrecht*, Band 21, Gieseking-Verlag, Bielefeld, 2014, pp. 214-222; N. KYRIAKIDES, "The United Kingdom's Stance to the Recently Introduced European Account Preservation Order", *C.J.Q.*, 33, 4, 2014, pp. 375-378; N. KYRIAKIDES, "Chapter 4. European account preservation order: What does the common law tradition have to say", en J.-S. BERGÉ/S. FRANQ/M. GARDENÉS Santiago, *Boundaries of European Private International Law*, Bruylant, 2015, pp. 189-198; A. LEANDRO, "Arbitration and European Account preservation Order", 2016, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/04/04/arbitration-european-account-preservation-order/>; A. LEANDRO, "La circolazione dell' ordinanza europea di sequestro conservativo dei conti bancari", en P. FRANZINA/A. LEANDRO, *Il sequestro europeo di contibancari. Regolamento (UE) n. 655/2014 de 15 maggio 2014*, Giuffrè editore, Milán, 2015, pp. 119-145; E. LEW, "Speedy cross-border debt recovery? The new Europe-wide freezing order", *Butterworths Journal of International and Financial Law*, December 2011, pp. 609-701; de cuentas: avances y limitaciones", *AEDIPr*, t. XIV-XV, 2014-2015, pp. 243-275; MAX PLANCK WORKING GROUP, Comments on the European Commission's green paper on improving the efficiency of the enforcement of judgments in the European Union: the attachment of bank accounts, Disponible en http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/judgments/contributions/academics/max_planck_working_group_en.pdf; C.F. NORDMEIER/J. SCHICHMANN, "Der Europäische Beschluss zur vorläufigen Kontenpfändung: Brennpunkte seines Erlasses und der Absicherung des Schuldners aus praktischer Perspektive", *RIW*, 63, 7, 2017, pp. 407-415; B. NUNNER-KRAUGTGASSER, "Der geplante Rechtstakt zur europäischen Kontenpfändung", en B. Hess (coord.) *Die Anerkennung im Internationalen Zivilprozessrecht – Europäische Vollstreckungsrecht*, Bielefeld, Gieseking, 2014, pp. 125 y ss.; J. RIEBOLD, *Die europäische Kontenpfändung*, Tübingen, Mohr, 2014, pp. 390-426; L. SANDRINI, "Nuove prospettive per un più efficace cooperazione giudiziaria in materia civile: il regolamento (UE) N. 655/2014", *Riv. dir. Int. priv. proc.*, 2/2017, pp. 283-355; L. SANDRINI, *Tutela Cautelare in funzione di giudici esteri*, Cedam, Milán, 2012, pp. 100-172 y 281-398; D. SOLOMON, "Haftung, Sicheheitsleistung und Undertakings im Internationalen Vollstreckungsrecht", en B. Hess (coord.) *Die Anerkennung im Internationalen Zivilprozessrecht – Europäische Vollstreckungsrecht*, Bielefeld, Gieseking, 2014, pp. 173- 213; H. SCHUMACHER/B. KÖLLENSPERGER/M. TRENKER, *Kommentar zur EU-Kontenpfändungsverordnung (EuKoPfVO)*, Wien, MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2017; T. WEIMANN/F. HEUKAMP, "Die grenzüberschreitende vorläufige Kontenpfändung: gesetzliche Grundlagen und erste Einschätzung aus der Beratungspraxis", *Monatsschrift für deutsches Recht*, 71, 12, 2017, pp. 673-679.

⁵ DOUE L 283/1, de 19 de octubre de 2016.

⁶ A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Medidas provisionales cautelares y Reglamento Bruselas I-bis", *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, n° 1/2015, p. 55. F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *El régimen de las medidas cautelares en el comercio internacional*, Mc. Graw Hill, Madrid, 1996, pp. 92-99.

de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (en adelante el RBI-bis)⁷ y en particular a su art. 35⁸. Este artículo no instaura una serie de medidas cautelares homogéneas para los Estados parte del Reglamento sino que remite al Derecho procesal del Estado miembro al que se le solicita la medida. Esto hace que sea necesario recurrir al Derecho procesal nacional para saber qué medidas cautelares se pueden ejercitar y cómo es su regulación. En determinados escenarios, cuando el tribunal que conoce del fondo del asunto no es al que se le solicita la medida cautelar, el acreedor debe informarse sobre ese derecho procesal extranjero diferente del Estado cuyos tribunales le han reconocido o le van a reconocer su derecho de crédito. Esto puede hacer que muchas deudas no lleguen nunca a cobrarse.

- 3) *La dificultad para el acreedor de conocer el patrimonio del deudor*⁹. El conocimiento del acreedor de los bienes del deudor es clave para una futura ejecución de una deuda. Sin embargo, no resulta sencillo averiguar el patrimonio del que dispone el deudor y menos cuando se trata de una deuda transfronteriza. Es una materia que a pesar de su relevancia no se encuentra armonizada. Esto da lugar a que cada Estado cuente con sus propios medios de averiguación del patrimonio del deudor. En el ordenamiento jurídico español, el deudor tiene el deber de colaborar en todo el proceso con la Administración de Justicia (art. 17.1 LOPJ). Este deber obliga a que sea transparente con su patrimonio. Con el fin de concretar este deber del deudor, el derecho procesal español establece una serie de medidas de averiguación patrimonial, las cuales son básicamente las siguientes: 1) el requerimiento de manifestación de bienes del ejecutado (art. 589 LEC); 2) la investigación judicial del patrimonio del ejecutado (art. 590 LEC); 3) el deber de colaborar de terceros (art. 591 LEC)¹⁰.

Cuando los fondos del deudor se encuentran en el extranjero, ante la inexistencia de un instrumento legal internacional al efecto, la doctrina ha considerado que se debería realizar una interpretación extensiva de los instrumentos legales vigentes aunque no regulen específicamente los aspectos relativos a la averiguación patrimonial del deudor¹¹. En particular se debería atender *ad ex.* al *Reglamento (CE) n° 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*¹².

Aunque no existe ningún instrumento legal internacional europeo en la materia, hay que recordar que el R. 655/2014 mediante el que se crea la OERC instaura en su art. 14 un mecanismo inexistente hasta la fecha. El citado art. 14 regula la vía que permite obtener información sobre las cuentas del deudor. Esta regulación implica un paso importante en la obtención de información sobre el patrimonio del deudor.

- 4) *La facilidad para trasladar el dinero de unos países a otros.* La reducción de costes de las transferencias bancarias entre países. Esa reducción de costes no es únicamente desde una perspectiva económica sino también técnica. Hoy día con las nuevas tecnologías sólo es necesario una conexión a internet para enviar el dinero a cualquier parte del mundo¹³.

⁷ DOUE L 351/1, de 20 de diciembre de 2012.

⁸ Sobre el régimen de tutela cautelar que se instaura a nivel europeo con el Reglamento Bruselas I bis *Vid.ad ex.* F.J. GARCÍA-MARTÍN ALFÉREZ, "Provisional and protective measures under the Brussels I Recast", 16 *YPIL*, 2014/2015, pp.; C. HONORARI, "Provisional Measures and the recast of Brussels I Regulation: a missed opportunity for a better ruling", *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, N° 3/2012, pp 525-544; I. PRETELLI, "Chapter 5. Provisional and Protective Measures in the European Civil Procedure of the Brussels I System", en V. LAZIC/S. STUIJ (eds.), *Brussels I bis Regulation, Short Studies in Private International Law*, 2016, pp. 97-117; L. SANDRINI, *Tutela Cautelare in funzione di giudizi esteri*, Cedam, Milán, 2012, pp. 100-172 y 281-398.

⁹ B. HESS, Study n° JAI/A3/2002/02 on making more efficient the enforcement of judicial decisions within the European Union: Transparency of a Debtor's Assets, Attachment of Bank Accounts, Provisional Enforcement and Protective Measures, pp. 26 y ss. Disponible en <http://www2.ipr.uni-heidelberg.de/studie/General%20Report%20Version%20of%2018%20Feb%202004.pdf> (consultado el 14 de diciembre de 2019).

¹⁰ M. CASADO ABARQUERO, "La investigación del patrimonio del deudor ejecutado en el extranjero", *AEDIPr*, t. IX, 2009, p. 466.

¹¹ *Ibidem*, p. 471.

¹² DOCE 174, de 27 de junio de 2001.

¹³ R. MIQUEL SALA, "La futura orden europea de retención de cuentas para simplificar el cobro transfronterizo de deudas en materia civil y mercantil", *CDT*, vol. 4, n° 2, 2012, p. 218.

III. Pero ¿qué es realmente una Orden Europea de Retención de Cuentas?

4. La OERC es una medida cautelar europea. Es una medida que coexiste con las de los derechos procesales nacionales de los Estados miembros, en ningún caso las elimina, sino que es planteada por el legislador europeo como una opción más entre las que podría contar el acreedor para asegurarse la ejecución de su deuda. El fin es retener los fondos del deudor, pero sin llegar a transferírselos al deudor. Como su propio nombre indica, la OERC es una “retención”, un embargo preventivo, pero no una medida ejecutiva. Cinco rasgos sobre la OERC podrían destacarse con el fin de entender verdaderamente cómo concibe esta medida el R. 655/2014, estos son los siguientes¹⁴:

- 1) *Complementaria*. La OERC presenta un carácter suplementario a cualquier otra orden de retención nacional que el acreedor haya solicitado u obtenido contra el mismo deudor (art. 16.4 R. 655/2014)¹⁵. La existencia de la OERC no deja inoperativos otros procedimientos de carácter nacional con efectos equivalentes a la orden europea¹⁶. El acreedor en el caso de haber solicitado previamente una orden nacional equivalente debe indicarlo en la solicitud de la orden europea. Éste debe indicar si dicha orden nacional se ha admitido o rechazado. Si se ha admitido debe señalar en qué términos, ya que ello condicionaría los fondos a retener por la OERC, no pudiendo exceder nunca del derecho de crédito reconocido. Esta obligación del acreedor de informar al órgano jurisdiccional sobre la existencia de otras medidas le acompaña durante todo el procedimiento, no sólo al solicitar la OERC. Si una vez admitida la orden europea hay pronunciamientos sobre la medida nacional, el acreedor debe comunicarlo al órgano jurisdiccional (art. 16.3 R. 655/2014).
- 2) *No erga omnes*. La OERC sólo puede ser utilizada por los acreedores que se encuentran domiciliados en un Estado parte del R. 655/2014. Del mismo modo, las cuentas bancarias sobre las que se puede llevar a cabo una retención deben encontrarse en el territorio de un Estado parte, bien pueden estar todas las cuentas en un mismo banco o en diferentes bancos dentro de un mismo Estado miembro o incluso diferentes cuentas en diferentes Estados miembros. Esta conexión exigida con la Unión Europea permite que el proceso para conceder la orden sea ágil.
- 3) *Autónoma*. La autonomía que presenta la OERC se puede apreciar en dos sentidos: a) la OERC cuenta con un procedimiento propio. El R. 655/2014 detalla todo el procedimiento necesario para su solicitud, obtención y ejecución. Además de sus efectos y las vías para su impugnación: b) la OERC es una medida que funciona de forma independiente y autónoma a otras medidas con efectos equivalentes. Es decir, su eficacia se consigue una vez que el banco efectúa la orden de retención. Si las cantidades retenidas no fueran las solicitadas inicialmente (el deudor no cuenta con fondos suficientes), el resto de bienes del deudor no se ven afectados. De este modo, se podría extraer también que la orden europea es una medida mediante la cual no se van a embargar bienes inmuebles.

Esta autonomía funcional no es compartida por el embargo preventivo (medida nacional equivalente a la OERC) que existe en el Derecho procesal español. Éste permite embargar otros bienes aparte de las cuentas corrientes cuando éstas no arrojan saldo suficiente para cubrir la orden de embargo (arts. 592 y 738 apartados 1 y 2 LEC).

- 4) *No personal*. La OERC es una medida cuyo objetivo son las cuentas del deudor, no su persona. Esto se traduce en que la admisión de la orden permitiría al deudor seguir disponiendo de su patrimonio en tanto en cuando no afecte a los fondos retenidos. Además, debido a este

¹⁴ C. SENÉS MOTILLA, *La orden Europea de Retención de Cuentas. Aplicación en Derecho español del Reglamento (UE) núm. 655/2014, de 15 de mayo de 2014*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 63 y ss.

¹⁵ Para un mayor detalle *vid.* G. CUNIBERTI/S. MIGLIORINI, *The European Account Preservation Order Regulation. A commentary*, Cambridge, 2018, pp. 197-220.

¹⁶ M^a. ÁNGELES RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, “La orden europea de retención de cuentas”, *Revista de Derecho Patrimonial*, 38, 2015, p. 148.

carácter, es posible que la retención pueda afectar a fondos que no sólo pertenecen al deudor. Esto podría tener lugar cuando el deudor comparte titularidad en una cuenta con otra persona o un tercero aparece como titular en nombre del deudor.

IV. Hechos litigiosos de la STJUE de 7 de noviembre de 2019

5. Un acreedor en base a un contrato de promesa de venta celebrado el 20 de octubre de 2017 acude a tribunales búlgaros, en concreto al Tribunal de Primera Instancia de Sofía (*Sofyski rayon en sad*). El fin es reclamar el pago de un derecho de crédito contra determinados deudores obligados solidariamente. Este requerimiento de pago se sustenta en base al art. 410 del GPK (*grazhdanski protsesualen kodeks*), el código de procedimiento civil búlgaro¹⁷.

6. El 5 de abril de 2018, el Tribunal de Primera Instancia búlgaro dicta un requerimiento de pago contra esos deudores. Sin embargo, dichas notificaciones fueron devueltas siendo imposible notificar en tiempo y forma a los deudores¹⁸.

7. Posteriormente, el 2 de agosto de 2018, el Tribunal de Primera Instancia búlgaro dicta una providencia mediante la cual indica al demandante que podía ejercitar una acción declarativa de su derecho de crédito frente a los deudores en virtud del art. 415, apartado 1, punto 2, del GPK. Estudiada la situación, el demandante decide solicitar a ese mismo tribunal una OERC. El acreedor alega que tiene conocimiento de que los deudores ahora se encuentran en Suecia y no en Bulgaria¹⁹.

Ante la solicitud del acreedor de una OERC, el Tribunal de Primera Instancia comunica la solicitud al Presidente de la sección segunda de lo Civil de ese mismo tribunal con el fin de que se inste un procedimiento separado para tramitar la OERC. Sin embargo, el presidente devuelve el asunto al Tribunal de Primera Instancia para que lo resuelva, ya que no procedía incoar un procedimiento por separado. El razonamiento jurídico de esta devolución es que el Tribunal de Primera Instancia dictó un requerimiento de pago el 5 de abril de 2018 y el mismo debería entenderse como un «documento público con fuerza ejecutiva» en el sentido del art. 4, apartado 10 del R. 655/2010.

8. El Tribunal de Primera Instancia búlgaro no comparte este criterio. Entiende que el requerimiento de pago dictado carece de fuerza ejecutiva, ya que es revocable y el deudor puede oponerse al mismo²⁰. En este caso, uno de los motivos por los que no ha podido existir oposición de los deudores es porque no se les pudo localizar. Además, el Tribunal de Primera Instancia también argumenta que el acreedor debe demostrar que ha ejercitado la acción dentro del plazo que determina el Código de procedimiento búlgaro, requisito que no ha sido cumplido. En la misma línea, el Tribunal de Primera Instancia argumenta que en el procedimiento de requerimiento de pago en atención al Código de procedimiento búlgaro, el juez no está sujeto a plazo alguno para resolver salvo lo dispuesto por el Derecho nacional, plazo que se suspende durante las vacaciones judiciales. Sin embargo, el juez al que se le solicita una OERC debe resolver en un plazo concreto, el que señala el art. 18 del R. 655/2014²¹.

Expuestos los hechos, el Tribunal de Primera Instancia búlgaro le pregunta al TJUE básicamente lo siguiente²²:

- 1) Si a la luz del Código de procedimiento búlgaro, en concreto en base al art 410 del GPK, un requerimiento de pago puede ser considerado “un documento público con fuerza ejecutiva” en el sentido del art. 4 punto 10 del R. 655/2014.

¹⁷ STJUE 7 de noviembre 2019, *K.H.K contra B.A.C. Y E.E.K*, C-555/18, ECLI:EU:C:2019:937, apartado 19.

¹⁸ *Ibidem*, apartado 20.

¹⁹ *Idem*, apartados 22 y 23.

²⁰ Sobre este particular *vid.* las Conclusiones del Abogado general Sr. MACIEJ SZPUNAR presentadas el 29 de julio de 2019, ECLI: EU:C:2019:652, apartados 37 a 40.

²¹ STJUE 7 de noviembre 2019, *K.H.K contra B.A.C. Y E.E.K*, C-555/18, ECLI:EU:C:2019:937. apartado 26.

²² *Ibidem*, apartado 27.

- 2) Si un requerimiento de pago puede calificarse como un procedimiento sobre el fondo del asunto en el sentido del art. 5 letra ° del R. 655/2014.
- 3) Si el término <<circunstancias excepcionales>> al que se refiere el art. 45 del R. 655/2014 podría incluir también vacaciones y que por lo tanto la inclusión de ese período pudiera justificar la suspensión del plazo de 10 días que el art. 18 del R. 655/2014 establece como límite para que un juez resuelva sobre la solicitud de una OERC.

V. Problemas jurídicos que suscita esta resolución

1. La importancia de si el acreedor tiene reconocido o no su crédito mediante una resolución judicial, transacción judicial o documento público con fuerza ejecutiva

A) Aproximación al problema

9. El Tribunal búlgaro de Primera instancia pregunta al TJUE si un requerimiento de pago dictado en base al Derecho procesal búlgaro se puede considerar un documento público con fuerza ejecutiva en atención al art. 4 apartado 10 del R. 655/2010. Esta cuestión puede parecer a simple vista que no tiene demasiada importancia, sin embargo, todo lo contrario. Cuando un acreedor se plantea solicitar una OERC, el primer aspecto que debe precisar es si cuenta o no con una sentencia, transacción judicial documento público que reconozca su crédito. Sin embargo, del tenor literal del art. 4 apartados 8 a 10 no se puede llegar a precisar de forma expresa si cuando el R.655/2014 define “resolución judicial”, “transacción judicial” o “documento público” se refiere a que sean títulos que ya tienen carácter ejecutivo. Esta precisión es importante porque en muchas disposiciones a lo largo del R. 655/2014 se diferencia entre dos escenarios:

- 1) El acreedor todavía no cuenta con una resolución judicial, transacción judicial o documento público con fuerza ejecutiva.
- 2) El acreedor sí cuenta con una resolución judicial, transacción judicial o documento público con fuerza ejecutiva.

En particular, que el acreedor cuando solicita la OERC cuente o no con un reconocimiento judicial de su crédito es relevante para aspectos como:

- 1) La determinación de la competencia judicial internacional (art. 6 R. 655/2014);
- 2) La información a la que el acreedor va a poder acceder sobre las cuentas bancarias del deudor (art. 14 R. 655/2014);
- 3) La necesidad de prestar caución (art. 12 R. 655/2012).
- 4) El plazo del que dispone el juez para resolver la solicitud sobre la OERC (art. 18 R. 655/2014).

10. En relación a la competencia de los tribunales para dictar una OERC, es necesario tener presente el art. 5 R. 655/2014. Este precepto permite que el acreedor pueda solicitar una OERC en diferentes momentos procesales. Bien cuando el acreedor todavía no tiene una resolución, transacción o documento público con fuerza ejecutiva sobre el fondo o bien cuando el acreedor ya dispone de una resolución judicial, transacción judicial o documento público con fuerza ejecutiva. Esto permite que el acreedor pueda solicitar la OERC:

- 1) Antes de incoar un procedimiento judicial mediante el cual se reclama una deuda.
- 2) Cuando se interpone la demanda reclamando la deuda.
- 3) En el transcurso del procedimiento.
- 4) Una vez obtenida la resolución judicial, la transacción judicial o el documento público con fuerza ejecutiva que obliga al deudor al pago de la deuda.

Esta amplia posibilidad de que el acreedor pueda interponer la OERC en diferentes momentos procesales tiene su influencia en la competencia judicial internacional. Así, el art. 6 R.655/2014 en atención al momento procesal en el que se presente la OERC otorga competencia judicial a unos tribunales u a otros. Así, si el acreedor no tiene su crédito reconocido mediante una resolución judicial, una transacción judicial o como se cuestiona en este caso en base a un documento público con fuerza ejecutiva, el juez competente para dictar la OERC será el que ostente competencia para conocer del fondo del asunto (arts. 6.1 R. 655/2014).

Sin embargo, si el acreedor sí tiene su crédito reconocido mediante una sentencia judicial o una transacción judicial el juez competente para dictar la orden será el que ha dictado la resolución o el que haya aprobado la transacción judicial (art. 6.3 R. 655/2014). En el caso de que el crédito se reconozca en un documento público con fuerza ejecutiva, será competentes los órganos designados a tal fin en el Estado miembro en el que dicho documento se haya formalizado (art. 6.4 R. 655/2014).

11. Respecto de la información que el acreedor puede obtener sobre las cuentas del deudor, el art. 14.1 R. 655/2014 permite que el acreedor pueda obtener información sobre las cuentas del deudor sólo en el caso de que cuente con una sentencia judicial, una transacción judicial o un documento público con fuerza ejecutiva. Esa petición de información puede concederse por la autoridad judicial aunque la sentencia judicial, la transacción o el documento público aún no tengan carácter ejecutivo. Sin embargo, en este caso deberá justificar el acreedor dos extremos: 1) que el importe retenido es sustancial a las circunstancias del caso; 2) que existe urgencia en obtener la información porque hay riesgo de que no se pueda llegar a cobrar la deuda. Por lo tanto, se puede apreciar que si el acreedor aún no ha incoado un proceso sobre el fondo o habiéndolo incoado todavía no ha finalizado, el órgano jurisdiccional no va informar al acreedor sobre las cuentas del deudor. Esto obedece a diferentes motivos, uno de ellos es que se trata de información sensible, información personal sobre el deudor, y si no se tiene un derecho de crédito reconocido judicialmente, el legislador europeo ha querido ser cauto al respecto con el fin de salvaguardar los intereses del deudor.

12. Siguiendo con la importancia de contar con un título que reconozca el crédito, esto también influye en los plazos en los que el juez debe resolver la orden y también sobre la exigencia de caución. En el caso que el acreedor tenga ya reconocido su crédito, el plazo mediante el cual debe resolver el juez es de 5 días hábiles desde que se haya presentado la orden. Sin embargo, en el caso de que no cuente con una resolución judicial, transacción judicial o documento público con fuerza ejecutiva el plazo se amplía hasta 10 días. Esto es así porque si el acreedor no cuenta con el crédito reconocido judicialmente, el juez debe disponer de más tiempo para comprobar que efectivamente tal derecho de crédito se ostenta (*fumus boni iuris*).

Lo mismo sucede con la caución, como regla general si el acreedor no cuenta con su derecho de crédito reconocido mediante una sentencia, una transacción judicial o un documento público con fuerza ejecutiva va a tener que prestar caución (art. 12.1 R. 655/2014). Sin embargo, si el acreedor ya tiene reconocido su derecho de crédito lo habitual será no tener que prestarla. Esta regla general presenta excepciones. De este modo, la caución no será requerida aunque el acreedor no tenga reconocido su crédito cuando pruebe que no cuenta con medios económicos para hacer frente a la caución o en el caso de que la deuda sea de escasa entidad y el juez no lo estime necesario. *A sensu contrario*, generalmente sí será requerida la caución aunque el acreedor ya cuente con un título que le reconoce su crédito pero aún no tenga carácter ejecutivo o sólo lo sea de forma provisional (considerando 18). En definitiva, la caución es una prerrogativa a favor del deudor²³. Es una forma de equilibrar las obligaciones y derechos entre deudor y acreedor. Esto es así porque puede realizar una doble función²⁴: 1)permite disuadir las demandas de crédito infundadas;2) hace frente a los daños y perjuicios que la orden puede causar en el patrimonio del deudor en el caso de que el derecho de crédito sea desestimado²⁵.

²³ G. CUNIBERTI/S. MIGLIORINI, *The European Account...*, p. 156.

²⁴ P. JIMÉNEZ BLANCO, "La orden europea de retención de cuentas: avances y limitaciones", AEDIPriv, t-XIV-XV,2014-2015, p. 254.

²⁵ Considerando 18 R. 655/2014. En la doctrina sobre este particular, *vid.* C. SENÉS MOTILLA, *La orden europea...*, pp. 105-106.

B) La solución del TJUE

13. De este modo, como se puede comprobar reviste importancia el hecho de si el acreedor cuenta o no con una resolución judicial, transacción judicial o documento público con fuerza ejecutiva, ya que el procedimiento sobre la tramitación de la orden sufre variaciones. En el caso que analizamos se le pedía al TJUE que precisase si un requerimiento de pago podía ser considerado un documento público con fuerza ejecutiva en el sentido del art. 4 apartado 10 R. 655/2010. Por lo tanto, el aspecto clave a precisar es si las definiciones del art. 4 apartados 8 a 10 de “resolución judicial”, “transacción judicial” y “documento público con fuerza ejecutiva” se deben entender de forma declarativa o ejecutiva.

El TJUE en la sentencia objeto de comentario precisa de forma acertada que del término “resolución judicial”, “transacción judicial” y “documento público con fuerza ejecutiva” como se define en el art. 4 en sus apartados 8 a 10 no determina expresamente si deben entenderse como ejecutivos²⁶. Por lo tanto, para el TJUE no se puede considerar de la literalidad de los preceptos que “resolución judicial”, “transacción judicial” y “documento público con fuerza ejecutiva” tengan que ostentar necesariamente carácter ejecutivo en atención al art. 4 R. 655/2014²⁷.

Sin embargo, de la interpretación de otros preceptos importantes del Reglamento, como son los arts. 7 (donde se establecen los requisitos para que se pueda conceder la OERC), el art. 14 (información que se le puede otorgar al acreedor sobre las cuentas del deudor) o el art. 12 (necesidad de prestar caución) al igual que de la interpretación basada en los trabajos preparatorios del Reglamento además de tener siempre presente que debe existir un equilibrio entre los derechos del acreedor y del deudor en el procedimiento sobre la OERC se debe entender que cuando el apartado 10 del art. 4 R.655/2014 se refiere a “documento público con fuerza ejecutiva” debe entenderse que se trate de un título con carácter ejecutivo. Lo mismo sucedería con los conceptos de “resolución judicial” y “transacción judicial” en relación a los apartados 8 y 9 del art. 4 R. 655/2014.

Por lo tanto, una vez precisado cómo se deben entender estos conceptos, surge un segundo problema a resolver que plantea este asunto. Este sería el siguiente: en el caso de que el acreedor cuente con un título que le reconoce su derecho de crédito, en base a qué derecho se debe considerar que ese título ostenta carácter ejecutivo. Es decir, si es el Derecho del país donde se solicita y dicta la OERC o es el Derecho del país que la ejecuta.

El TJUE basándose de nuevo en los trabajos preparatorios sobre el R. 655/2014 considera que el título que reconoce el derecho de crédito debe ser considerado ejecutivo en el Estado de origen²⁸. La misma visión sustentó el Abogado General que emitió sus conclusiones en este asunto²⁹. De este modo, resulta indiferente el *status* que el Estado de ejecución pueda otorgar a ese título crediticio. Lo importante es lo que establezca el Estado de origen. Así, se deberá atender al Derecho procesal búlgaro para saber si un requerimiento de pago es ejecutivo o no lo es. En atención a dicho ordenamiento, un requerimiento de pago como el que ha dictado el Tribunal de Primera Instancia de Sofía no tiene carácter ejecutivo. El TJUE precisa que al carecer de ese carácter ejecutivo no se puede entender que ese requerimiento de pago pueda encajar dentro del concepto que el R. 655/2014 recoge sobre documento público con fuerza ejecutiva en su art. 4 apartado 10³⁰.

En definitiva, la respuesta del TJUE es que si un requerimiento de pago dictado conforme al Código procesal búlgaro como el que se ha dictado en el procedimiento principal que no tiene carácter ejecutivo para el citado Derecho no puede considerarse un documento público con fuerza ejecutiva en atención al art. 4 punto 10. Por lo tanto, el tribunal que ostentará competencia judicial internacional para dictar en este caso concreto una OERC será el tribunal que ostente competencia judicial internacional para conocer del fondo del asunto.

²⁶ STJUE 7 de noviembre 2019, *K.H.K contra B.A.C. Y E.E.K*, C-555/18, ECLI:EU:C:2019:937, apartado 39.

²⁷

²⁸ STJUE 7 de noviembre 2019, *K.H.K contra B.A.C. Y E.E.K*, C-555/18, ECLI:EU:C:2019:937, apartado 44.

²⁹ Conclusiones del Abogado general Sr. MACIEJ SZPUNAR presentadas el 29 de julio de 2019, ECLI: EU:C:2019:652, apartado 70.

³⁰ STJUE 7 de noviembre 2019, *K.H.K contra B.A.C. Y E.E.K*, C-555/18, ECLI:EU:C:2019:937, apartado 45.

2. La amplitud del concepto “procedimiento en cuanto al fondo” del art. 5 letra a R. 655/2014

14. Como ya analizamos anteriormente, el art. 5 R. 655/2014 brinda al acreedor la oportunidad de poder solicitar la OERC no sólo cuando ya cuenta con una resolución judicial que le reconoce el derecho de crédito sino mucho antes. Incluso cuando todavía ni si quiera ha iniciado una acción judicial para reclamar la deuda. Es decir, un procedimiento en cuanto al fondo.

15. En el caso objeto de análisis, el Tribunal Búlgaro pregunta al TJUE si un requerimiento de pago en atención al art. 410 del Código Procesal búlgaro puede considerarse un procedimiento en cuanto al fondo en el sentido del art. 5 letra R. 655/2014. El Tribunal de Justicia interpreta el término <<procedimiento en cuanto al fondo>> de forma amplia en atención al considerando 13 del mismo Reglamento. Este considerando precisa que se debe entender “*cualquier procedimiento cuyo objetivo sea obtener un título ejecutivo sobre la deuda subyacente, incluidos, por ejemplo, los procedimientos sobre medidas provisionales relativos a órdenes de pago*”. Por lo tanto, para el TJUE un requerimiento de pago conforme al art. 410 del Código procesal búlgaro puede considerarse un procedimiento en cuanto al fondo.

16. El objetivo de esta amplia definición es que a pesar de las diferencias que pueden existir entre los derechos procesales para reclamar y hacer ejecutiva una deuda, el legislador europeo no quería que esas diferencias supusieran un obstáculo para solicitar la OERC. De este modo, es indiferente que la acción mediante la que se reclama la deuda se realice de forma principal o reconvenzional o que sea ejercitada a título principal o de forma acumulada³¹. Por lo tanto, no se consideraría como <<procedimiento en cuanto al fondo>> conforme al art. 5 letra a R. 655/2014 las diligencias preliminares. Es decir, todas esas actuaciones judiciales que tienen como objetivo la aclaración de cuestiones necesarias para el ejercicio de la acción de condena. *Ad ex*, extremos relativos a la capacidad, representación o legitimación del deudor³². Sin embargo, cualquier otro procedimiento cuyo fin sea la obtención de un reconocimiento de la deuda dirigido contra el deudor será considerado un <<procedimiento en cuanto al fondo>>.

17. La consecuencia de que se considere un procedimiento en cuanto al fondo el requerimiento de pago realizado conforme al art. 410 del Código de procedimiento búlgaro es que la solicitud y posterior tramitación de la OERC se debe realizar ante ese tribunal. No es necesario un procedimiento separado como entendía el Tribunal de Primera Instancia de Sofía³³. Es una cuestión que está íntimamente relacionada con la competencia judicial internacional. Cuando el acreedor carece de un título ejecutivo que le reconoce su crédito, el tribunal “mejor situado” para dictar la OERC es el tribunal que va a conocer o ya conoce sobre el fondo del asunto. En definitiva, es el que mejor va a poder determinar si procede o no conceder la orden para proteger la deuda transfronteriza. Ese tribunal que conoce del fondo es el que mejor puede apreciar si concurren los dos requisitos básicos para conceder la OERC el *periculum in mora* y el *fumus boni iuris* (art. 7 R. 655/2014), ya que no hay que olvidar que la concesión de la orden no es automática.

3. En torno a qué engloba el término “circunstancias excepcionales” del art. 45 R. 655/2014

18. El tribunal de Primera Instancia Búlgaro le pregunta al TJUE en la tercera cuestión que le formula si dentro las “circunstancias excepcionales” a las que se refiere el art. 45 pueden incluirse también las vacaciones judiciales.

19. El legislador europeo en diferentes artículos a lo largo del R 655/2014 va fijando plazos con el fin de que la tramitación y ejecución de la orden sea ágil y cumpla su función. De nada serviría una medida como la OERC si el juez tarda en resolver sobre su procedencia meses. Así, como ya hemos

³¹ C. SENÉS MOTILLA, *La orden Europea...*, p. 91.

³² *Ibidem*, p. 91.

³³ STJUE 7 de noviembre 2019, *K.H.K contra B.A.C. Y E.E.K.*, C-555/18, ECLI:EU:C:2019:937, apartados 50 y 51.

señalado el plazo para resolver sobre la orden es de 5 días si el acreedor ya cuenta con una resolución judicial, transacción judicial o documento público con fuerza ejecutiva que le reconozca su crédito. Este plazo podría ampliarse, pero sólo de forma excepcional cuando concurren determinadas circunstancias. Sobre que circunstancias podrían tener ese carácter “excepcional” se refiere el considerando 37. Este considerando se refiere a asuntos difíciles, complejos, bien desde un punto de vista jurídico o fáctico. Sin embargo, es impreciso y no sugiere una interpretación estricta³⁴.

20. Sobre este particular, el TJUE resuelve que las vacaciones judiciales no pueden entenderse como una circunstancia excepcional a efectos del art. 45 R. 655/2014³⁵. Esta interpretación es totalmente acorde con el propio tenor literal del art. 45. El precepto determinar que en el caso de que no se puedan cumplir los plazos de todos los artículos del R. 655/2014 que señala, el órgano jurisdiccional o autoridad correspondiente debe resolver lo antes posible.

21. Aunque no guarde relación con la cuestión prejudicial, este art. 45 no deja de ser una vía de escape del legislador europeo con el fin de evitar imponer plazos estrictos a las autoridades de los Estados miembros. Este art. 45 permite que la autoridad nacional que resuelve sobre la orden pueda alegar que no ha podido resolver la solicitud de la OERC en los plazos marcados en el art. 18 porque el caso simplemente era complejo. En realidad, el art. 45 es una forma de evitar imponer sanciones a los Estados miembros por no cumplir el derecho europeo. A nuestro juicio, quizás un error porque puede dar lugar a dilaciones que lo único que hacen es perjudicar el funcionamiento de la OERC³⁶.

VI. Reflexiones finales

22. Esta primera sentencia del TJUE es una buena excusa para poder profundizar más en el estudio del R. 655/2014. Este Reglamento que crea la primera medida cautelar europea es un instrumento importante para acabar con las dificultades que entraña el cobro de un crédito transfronterizo. Esta sentencia muestra como la aplicación del R. 655/2014 no resulta fácil para las tribunales nacionales. Esto es así porque aunque pueden existir conceptos dentro del R. 655/2014 que pueden ser poco claros o imprecisos, esta sentencia muestra como los mayores problemas se derivan de engarzar la aplicación del R. 655/2014 con el Derecho procesal nacional. En este caso era el búlgaro, pero intuimos que serán muchas las cuestiones prejudiciales que se planteen por los tribunales nacionales sobre el funcionamiento de la OERC al TJUE.

23. En particular, los cuatro aspectos suscitados en la sentencia objeto de comentario, pueden quedar resumidos en: 1) se debe entender implícitamente (literalmente no se señala) que cuando el art. 4 en sus apartados 8 a 10 define “resolución judicial”, “transacción judicial” o “documento público con fuerza ejecutiva” son títulos con carácter ejecutivo; 2) qué Derecho (si el del Estado de origen o el de ejecución) determina el carácter ejecutivo de un documento público con fuerza ejecutiva (art. 4 apartado 10 R. 655/2010); 3) qué procesos caen dentro de la definición “procedimiento en cuanto al fondo”(art. 5 letra a R. 655/2014); 4) qué circunstancias son consideradas excepcionales para poder aplazar la resolución(art. 45 R. 655/2014).

24. Las respuestas que otorga el TJUE a estas cuestiones hace que se considere que un requerimiento de pago como el suscitado en el asunto principal no se considere un documento público con fuerza ejecutiva. El TJUE interpreta que el art. 4 apartado 10 debe entenderse como título ejecutivo. Pero dicha ejecutividad se debe derivar del Estado de origen, el acreedor búlgaro no cuenta con un título ejecutivo que le reconozca su crédito, por lo tanto va a tener que litigar para obtenerlo. De hecho, para el TJUE ya lo está haciendo, ese requerimiento de pago que se llevó a cabo ante el Tribunal de Primera

³⁴ G. CUNIBERTI/S. MIGLIORINI, *The European Account...*, p. 327.

³⁵ STJUE 7 de noviembre 2019, *K.H.K contra B.A.C. Y E.E.K*, C-555/18, ECLI:EU:C:2019:937, apartados 55 y 56.

³⁶ Sobre este particular *vid.* G. CUNIBERTI/S. MIGLIORINI, *The European Account...*, p. 327.

Instancia de Sofía puede considerarse como un procedimiento en cuanto al fondo. Por lo tanto, *a priori* el tribunal competente para dictar la procedencia de la OERC va a ser ese mismo tribunal que dictó el requerimiento de pago. Además, el plazo para resolver sobre la orden es el que determina el art. 18, el R. 655/2014 no tiene nada que decir en cuanto a los plazos para resolver el fondo del asunto. Esos plazos del art. 18 sólo pueden ser ampliados cuando concurran circunstancias excepcionales como señala el art. 45. Según el TJUE, dentro de las mismas no se puede incluir el período de vacaciones judiciales.

LEY APLICABLE AL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL. ALGUNAS CUESTIONES DE DERECHO TRANSITORIO

APPLICABLE LAW TO MATRIMONIAL PROPERTY REGIMES. SOME ISSUES CONCERNING TRANSITIONAL RULES

JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ

*Catedrático de Derecho internacional privado
Universidad de Murcia*

ORCID ID: 0000-0002-0347-7985

Recibido: 14.12.2019 / Aceptado: 13.01.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5198>

Resumen: El presente trabajo expone las relaciones entre la cuestión de la ley aplicable al régimen económico matrimonial en los casos de Derecho transitorio que han sido puestos de relieve por la jurisprudencia española y en particular por la SAP Barcelona 30 julio 2019. El estudio aborda la eliminación legislativa y jurisprudencia del punto de conexión discriminatorio “nacionalidad del marido”. También se explica la relación entre la teoría de la *Drittwirkung* y las normas de conflicto de leyes. Se distingue entre los matrimonios celebrados antes del día 29 de diciembre de 1978, los celebrados entre el día 29 de diciembre de 1978 y el día 7 de noviembre de 1990 y los que se llevan a cabo posteriormente. Finalmente, se exponen las razones por las que se aprecia una imparable emergencia de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio como punto de conexión para fijar la Ley reguladora del régimen económico matrimonial.

Palabras clave: Ley aplicable al régimen económico matrimonial, nacionalidad del marido, *Drittwirkung*, Derecho transitorio, residencia habitual.

Abstract: The present work deals with the law applicable to the matrimonial property regimes and transitional rules. The judgement rendered by the court of appeal of Barcelona on July 30th 2019 in examined. The husband’s nationality as a connecting factor is also studied and proves to be discriminatory and non compatible with the Spanish Constitution. In this scenario, the theory of *Drittwirkung* shows that the Spanish conflict rules are obviously subject to the Spanish Constitution. A distinction is made between marriages concluded before December 29, 1978, those celebrated between December 29, 1978 and November 7, 1990, and those carried out subsequently is made. Finally, this work analyses the reasons for an unstoppable rise of the common habitual residence after the marriage as a connecting factor to determine the Law applicable to matrimonial property regimes.

Keywords: law applicable to the matrimonial property regimes, nationality of the husband’s nationality, *Drittwirkung*, transitional rules of law, habitual residence.

Sumario: I. Un viaje conflictual a través del tiempo y del espacio. II. Adiós a la Ley nacional del marido. 1. Eliminación de los puntos de conexión discriminatorios en el Derecho internacional privado español. 2. La teoría de la *Drittwirkung* y las normas de conflicto de leyes. 3. Incidencia del factor tiempo en la precisión de la Ley aplicable al régimen económico matrimonial. A) Matrimonios celebrados antes del día 29 de diciembre de 1978. B) Matrimonios celebrados entre el día 29 de diciembre de 1978 y el día 7 de noviembre de 1990. III. La emergencia de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio.

I. Un viaje conflictual a través del tiempo y del espacio

1. Una de las *vedettes* más famosas del Derecho internacional privado, subrayan A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, ha sido, es y será la cuestión de decidir la ley aplicable al régimen económico matrimonial¹. La cuestión es también una de las protagonistas del Derecho interregional, fecundo campo jurídico especialmente en España. A ello se une un factor decisivo en Derecho: el paso del tiempo. Y es que el régimen económico matrimonial es una de estas situaciones jurídicas cuyos efectos pueden prolongarse durante años y a las que, precisamente por ello, afectan distintas normas jurídicas que se suceden en el tiempo. Mientras el matrimonio dura, el Derecho cambia y cambia también el Derecho internacional privado. De ese modo, en los casos internacionales, la Ley aplicable al régimen económico matrimonial puede variar si el legislador reemplaza las viejas normas de conflicto de leyes que precisan la Ley estatal reguladora del régimen económico matrimonial por otras nuevas normas de conflicto. Y ahí surge la cuestión problemática, de intenso y profundo interés para el Derecho internacional privado: determinar la Ley aplicable al régimen económico matrimonial en supuestos internacionales que se extienden en el tiempo. Reflexionar sobre estas cuestiones supone iniciar un viaje jurídico en el tiempo y en el espacio, pues resulta preciso concretar la Ley aplicable al régimen económico matrimonial en supuestos conectados con varios países (= es necesario fijar el Estado cuya Ley debe regir el caso) y que se extienden en un arco temporal prolongado (= es preciso determinar la Ley estatal que se aplica en cada momento en el que está vigente un concreto régimen económico matrimonial). En definitiva, estas cuestiones, que pueden observarse en la SAP Barcelona 30 julio 2019 [régimen económico y matrimonio celebrado en 1982] que es aquí objeto de glosa, comentario y consideración, suponen razonar también sobre el efecto normativo de la Constitución en las relaciones entre particulares, sobre la constitucionalidad de los puntos de conexión de las normas de conflicto españolas y sobre principios básicos de la ordenación de la convivencia en Derecho Privado, como la seguridad jurídica, la certeza legal, la irretroactividad de las normas jurídicas, y la previsibilidad de la aplicación de la Ley reguladora de las situaciones privadas internacionales, como por ejemplo, el régimen económico matrimonial².

2. En un contexto histórico, cabe recordar que en España, las Partidas alfonsinas recogieron como criterio para fijar la Ley aplicable al régimen económico matrimonial el punto de conexión "lugar de celebración del matrimonio". Por ello, exponen nuevamente A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, un gran comentarista y glosador de las Partidas como lo fue GREGORIO LÓPEZ, defendió la aplicación de la Ley del domicilio conyugal a los "efectos personales" del matrimonio, y la aplicación de la Ley del primer domicilio de los cónyuges, a los "efectos patrimoniales", esto es a la economía matrimonial, al régimen económico matrimonial. Otro ilustre disertador, intérprete y exégeta de las Partidas de Alfonso X el Sabio, RODRIGO SUÁREZ, añadió que la aplicación de la Ley del país de celebración del matrimonio sólo procedía si marido y mujer contraían matrimonio en un lugar concreto pero *animo ibi manendi*, es decir, con la intención de permanecer en dicho lugar como domicilio conyugal. Brillante y acertada precisión.

3. En el siglo XIX, la expansión acelerada del "estatuto personal" hace que la Ley personal, y en concreto la Ley nacional en el caso español, amplíe muy notablemente su radio de acción material³.

¹ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Efectos del matrimonio", en A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, 16ª edición, Comares, Granada, 2016, pp. 382-285.

² SAP Barcelona 30 julio 2019 [ECLI:ES:APB:2019:10479].

³ La expansión de la Ley nacional, ese "vértigo de la Ley nacional" del que hablase J.P. NIBOYET, puede seguirse, por lo que se refiere al Derecho español, en M.A. AMORES CONRADÍ, "Art. 9.1 CC", en AA.VV., *Comentario del Código civil*, publicado por el Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 76-79; M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, "Art. 9 CC", en AA.VV., *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones forales*, t.I, Edersa, Jaén, 1978, pp. 176-184; Id., "La reforma del art. 9 CC español", *RFDUCM*, 1973, núm.47, pp. 315-353; Id., "Art. 9.1 CC", en AA.VV., *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO Y S. DÍAZ ALABART, tomo I, vol.II, 2ª ed., Ed.Revista de Derecho privado / Edersa, Madrid, 1995, pp. 163-181. Una perspectiva general del fenómeno en Europa la ofrece de modo muy transparente Ph. FRANCESKAKIS, "Statut personnel", en VV.AA., *Encyclopedie Dalloz droit international*, París, 1968 (dir. Ph. FRANCESKAKIS), vol.II, pp. 871-873;

De ese modo, los sectores jurídicos relacionados con la persona y la familia que quedaron cubiertos bajo el mando, señorío y dominación de la Ley nacional fueron muy numerosos. En realidad, explica D. MAYER en su clásico estudio, todo el Derecho de la persona y familia fue sometido a la Ley nacional de la persona⁴. Como consecuencia de ello, los efectos del matrimonio quedan regulados por la Ley nacional del marido, pues el matrimonio era considerado, en el siglo XIX, la base necesaria de la familia. Así puede apreciarse en la STS 1 julio 1897⁵. El Tribunal Supremo, que se anticipa al legislador español, traza un camino conflictual que es seguido por el mismo Código civil español de 1889. Se puede apreciar también este viraje en favor de la Ley nacional en la STS 20 noviembre 2011 [matrimonio civil contraído por españoles en Méjico en 1940]⁶.

4. En pleno imperio de la Ley nacional, llega el año 1974 y con él llega también el Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, por el que se sanciona con fuerza de ley el texto articulado del Título Preliminar del Código civil ve la luz⁷. Esta norma diseña un mini código de Derecho internacional privado en los arts. 8 a 12 del Código Civil⁸. La reforma, profunda, trae consigo dos nuevas normas de conflicto en este sector.

El art. 9.2 CC determinaba la Ley aplicable a las “relaciones personales entre los cónyuges” a través de varios puntos de conexión: última Ley nacional común durante el matrimonio, y en su defecto, Ley nacional del marido al tiempo de la celebración del enlace.

El art. 9.3 CC fijaba la Ley aplicable a las “relaciones patrimoniales” entre los cónyuges, y sujetaba el fondo de las capitulaciones matrimoniales a la Ley nacional de cualquiera de ellos, y en

Id., “Les avatars du concept de domicile dans le droit international privé actuel”, *TCFDIP*, 1962-1964, pp. 291-315; Id., “Capacité”, en VV.AA., *Encyclopedie Dalloz droit international*, París, 1968 (dir. PH. FRANCESKAKIS), vol. I, pp. 251-256. Del mismo modo, muy ilustrativos resultan los trabajos de J.-Y. CARLIER, *Autonomie de la volonté et statut personnel*, Bruselas, 1992; Id., “Estatuto personal y sociedad multicultural: el papel de la autonomía de la voluntad”, en AA.VV., *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Madrid, Colex, 2000, pp. 27-38.

⁴ D. MAYER, “Evolution du statut de la famille en droit international privé”, *JDI Clunet*, 1977, vol.104, pp. 447-469.

⁵ STS 1 julio 1897 [*Jurisprudencia civil*, vol. 82, p. 18].

⁶ STS 20 noviembre 2011 [CENDOJ 28079110012011100831].

⁷ Sobre esta reforma y su significado codificador en España, *vid.*, entre otros muchos, AA.VV., Anuario de la Escuela Judicial, vol.XI, 1974, (“Las normas de Derecho internacional privado en el Título Preliminar del Código civil”); AA.VV., *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones forales*, vol.I, Edersa, Jaén, 1978; AA.VV., *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones forales*, dirigidos por M.ALBALADEJO y S.DÍAZ ALABART, tomo I, vol.II, 2ª ed., Ed.Revista de Derecho privado / Edersa, Madrid, 1995; AA.VV., *Comentarios a las reformas del Código Civil (El nuevo Título Preliminar y la ley de 2 de mayo de 1975)*, dirigidos por M.ALBALADEJO, vol.I, Madrid, tecnos, 1977; AA.VV. (ACADEMIA MATRITENSE DEL NOTARIADO), *El Título Preliminar del Código civil*, 2 volúmenes, Madrid, Edersa, 1977; J.A. CARRILLO SALCEDO, “Le nouveau droit international privé espagnol”, *ASDI*, 1976, vol.XXXII, pp. 9-35; J.M. CASTÁN VÁZQUEZ, “La réforme du titre préliminaire du Code Civil espagnol”, *RIDC*, 1974, pp. 835-844; Id., “Notas para la historia de la reforma del Título Preliminar del Código civil”, *Documentación jurídica*, 1974, pp. 1137-1151; J.A. CREMADES SANZ-PASTOR, “Droit international privé”, *J. Classeur droit comparée, Législation comparée*, Espagne, fasc.I, 1974, pp. 257-296; J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Private International Law”, *Spanish Business Law* (B.M. Cremades ed.), Deventer, Kluwer, 1985, pp. 51-70; P. GONZÁLEZ BOTELLA, “El nuevo Título Preliminar del Código civil”, *Boletín del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza*, núm.55, octubre 1974; M. HERRERO RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, “Marginales al nuevo Título Preliminar del Código civil”, *Revista española de Derecho administrativo*, 1974, pp. 359-391; Id., “Aspectos constitucionales del nuevo Título Preliminar del Código civil”, *Revista de Estudios políticos*, 1974, núm.198, pp. 89-112; J.L. IGLESIAS BUHIGUES, “Le nouveau système de règles de conflit du droit international privé espagnol”, *RCDIP*, 1976, pp. 397-423; A. MARÍN LÓPEZ, “El Derecho internacional privado en el Título Preliminar del Código Civil”, *Revista Profesional del Ilustre Colegio de Abogados de Granada*, núm.98, 1974, pp. 419-433; A. MIAJA DE LA MUELA, “Riflessioni sull'elaborazione di un nuovo sistema spagnolo di diritto internazionale privato e di diritto interregionale”, *DI*, vol.XVII, 1963, pp. 307-340 (en español en *Libro homenaje al Dr.Serrano Serrano*, vol.II, Valladolid, 1965, pp. 607-642); E. RUIZ VADILLO, “Comentario a la Ley de Bases para la modificación del Título Preliminar del Código civil”, *RGD*, núm.29, 1973, pp. 506-512 y 618-644; E. SERRANO ALONSO, “Aproximación al Título Preliminar del Código Civil”, Anexo al *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Oviedo*, núm.8, 1974; B. VON HOFMANN Y A. ORTÍZ-ARCE, “Das neue spanische internationale Privatrecht”, *RabelsZ.*, 1975, pp. 647-491 y *REDI*, 1977, vol.XXX, pp. 57-89; A. ORTÍZ-ARCE, *Derecho internacional privado español y Derecho comunitario europeo*, Madrid, Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho. Universidad Complutense, 1988, pp. 273-304 y 317-334; F. SÁNCHEZ-APELLÁNIZ VALDERRAMA, “La reforma del sistema español de Derecho internacional privado”, *Documentación jurídica*, 1974, pp. 1137-1157; J.A. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, “El nuevo sistema conflictual español: algunas observaciones a su contenido”, *RGLJ*, 1974, vol.LXIX, pp. 401-435; R. VIÑAS FARRÉ, “Le nuove basi del diritto internazionale spagnolo”, *Bolletino Informativo dell'Istituto Giuridico Spagnolo in Roma*, 1973, pp. 10-19.

⁸ BOE núm. 163 de 9 julio 1974.

defecto de tales capitulaciones, el régimen económico matrimonial quedaba sujeto a la misma ley que regulaba las relaciones personales entre los cónyuges: última ley nacional común durante el matrimonio y, en su defecto, ley nacional del marido al tiempo de la celebración⁹.

II. Adiós a la Ley nacional del marido

1. Eliminación de los puntos de conexión discriminatorios en el Derecho internacional privado español

5. La Constitución española es la norma suprema del ordenamiento jurídico español. Así lo establece el art. 9 de la misma Constitución y también así lo indica el art. 5.1 LOPJ. El Tribunal Constitucional lo recordó de modo emblemático en su importante Declaración TC 13 diciembre 2004, FJ 4¹⁰. Los principios y valores contenidos en la Constitución española de 27 diciembre 1978 constituyen la base valorativa necesaria de todas las soluciones normativas que proporciona el Derecho internacional privado español. En este sentido, debe afirmarse que la Constitución española contiene ciertas normas que incorporan principios y valores, como por ejemplo, la seguridad jurídica y el principio de legalidad (art. 9.1 y 3 CE 1978), la tutela judicial efectiva (art. 24 CE 1978), principio de igualdad y no discriminación (art. 14 CE 1978), etc. Las normas del Derecho internacional privado español incorporan, defienden y potencian esos valores constitucionales. Nuevas Leyes ordinarias españolas posteriores a 1978 han modificado el Derecho internacional privado español pre-constitucional con arreglo a estos valores y otras leyes han introducido nuevas regulaciones jurídicas también acordes, como es natural, con la tabla de valores constitucionales. El resultado se puede apreciar en los tres sectores del Derecho internacional privado español y con mayor intensidad, en particular, en el ámbito de los conflictos de leyes, en el sector del Derecho aplicable a las situaciones privadas internacionales.

6. Situados en esta perspectiva, es sabido que la Constitución Española de 27 de diciembre de 1978 obliga a eliminar los “puntos de conexión discriminatorios”, como la “nacionalidad del marido” o la “nacionalidad del padre” que se contenían en las normas de conflicto de leyes españolas vigentes hasta el día 29 de diciembre de 1978, día en el que entró en vigor la Constitución. Todo punto de conexión empleado por las normas de Derecho internacional privado español, ya sea utilizado como punto de conexión principal o subsidiario, ha de ajustarse a la Constitución y a los valores constitucionales: igualdad de los cónyuges ante la Ley, no discriminación por razón de sexo, etc. Así lo ha apuntado, de modo característico, propio y señero la STC 39/2002 de 14 febrero 2002¹¹.

7. La eliminación de estos puntos de conexión discriminatorios y por ello, odiosos desde el punto de vista constitucional, la iniciaron los tribunales alemanes con decisión, contundencia y firmeza teutónica (Sent. TC Federal Alemania, Sala 1^a, de 4 mayo 1971¹²). Éstos fueron seguidos posteriormente por los italianos (sentencia de la *Corte Costituzionale* de Italia núm.74/1987 de 5 marzo 1987 y núm.477/1987 de 10 diciembre, y núm.254/2006, de 4 julio 2006)¹³. Se une a ellos el Tribunal Constitucional español ya muchos años más tarde (STC 39/2002, de 14 febrero 2002, citada anteriormente).

⁹ Art. 9.2 CC (versión de 1974): “Las relaciones personales entre los cónyuges se regirán por su última ley nacional común durante el matrimonio y, en su defecto, por la ley nacional del marido al tiempo de la celebración”. Art. 9.3 CC (versión de 1974): “Las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, a falta o por insuficiencia de capitulaciones permitidas por la ley de cualesquiera de ellos, se regirán por la misma ley que las relaciones personales. El cambio de nacionalidad no alterará el régimen económico matrimonial, salvo que así lo acuerden los cónyuges y no lo impida su nueva ley nacional”.

¹⁰ Declaración TC 1/2004 de 13 diciembre 2004 [RTC 2004\256].

¹¹ STC 39/2002 de 14 febrero 2002 [RTC 2002\39].

¹² Sent. TC Federal Alemania, Sala 1^a, de 4 mayo 1971 [RabelsZ, 1972, pp. 145-162], comentada de modo brillante por K.F. JUENGER, “The german Constitutional Court and the Conflict of Laws”, *AJCL*, 1972, vol. 20, pp. 290-298, por E. JAYME, “La costituzione tedesca e il diritto internazionale privato”, *RDIPP*, 1972, pp. 76-98, y por V. SALVATORE, “Incostituzionalità parziale dell'art.18 delle preleggi e legge regolatrice del divorzio”, *RDIPP*, 1989, pp. 69-78.

¹³ Sentencia de la *Corte Costituzionale* de Italia núm.477/1987 de 10 diciembre 1987 [*Gazzetta ufficiale, serie speciale*, 16 diciembre 1987, n. 53 / <http://www.giurcost.org/decisioni/1987/0477s-87.html>]; Sent. Corte Costituzionale Italia n.74/1987 de

8. La doctrina especializada ya se había manifestado contra tales puntos de conexión discriminatorios al estimarlos radicalmente inconstitucionales. De un modo tangencial, al hilo del estudio de la naturaleza jurídica de los puntos de conexión de las normas de conflicto de leyes, G. BEITZKE, A.N. MAKAROV y W. WENGLER constatan que el legislador nacional no es plenamente libre para fijar dichos puntos de conexión¹⁴. Al concretarlos, el legislador debe respetar las preferencias constitucionales. También mucho antes de la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, Sala 1ª, de 4 mayo 1971, la doctrina más sobresaliente había llamado la atención sobre las exageraciones de las bondades de la norma de conflicto diseñada por F.K. VON SAVIGNY. El célebre autor teutón atribuyó un papel supra valorativo a las normas de conflicto de leyes, pues entendía que estas normas debían limitarse a señalar el país de la sede de la relación jurídica (= el país más vinculado con el supuesto suscitado) y que tal operación era puramente dogmática, estrictamente técnica, exquisitamente formal, neutra, imparcial, ecuánime y objetiva. En caso de desajustes valorativos, siempre quedaba el orden público internacional que evitaba resultados materiales inaceptables para el Estado del foro. La norma de conflicto, purísima, era concebida, explica de modo inmejorable G. KEGEL, como la sublimación de la dogmática del Derecho Privado¹⁵. Arte localizador immaculado.

Pues bien, frente a ello, la doctrina citada observó que la presencia de un cuadro valorativo imperativo y supremo contenido en la Constitución hacía imposible sostener que las normas de conflicto fueran meros expedientes técnicos de localización de la ley aplicable y que, por tanto, los puntos de conexión de tales normas fueran inmunes a los valores y principios que presiden todo el ordenamiento jurídico y que se contienen en la Constitución. De ahí, la mejor doctrina pasó a elaborar toda una "teoría constitucional del Derecho internacional privado", como se observa en dos magníficos trabajos debidos a M. FERID y T. BALLARINO¹⁶. Tras la intervención depuradora y decidida del Tribunal Constitucional alemán, todo un ejército de estudiosos del Derecho internacional privado concuerdan con una tendencia imparable: el necesario sometimiento de las normas de conflicto a los valores, principios y propósitos constitucionales¹⁷. También en España, de modo más tardío por razones históricas obvias, se aprecia este fenómeno: la doctrina internacionalprivatista abraza la fe constitucional con entusiasmo renovador¹⁸.

5 marzo 1987 [<http://www.giurcost.org/decisioni/1987/0071s-87.html>]; Sent. Corte Costituzionale Italia núm.254/2006, de 4 julio 2006 [<http://www.giurcost.org/decisioni/2006/0254s-06.html>].

¹⁴ Vid. G. BEITZKE, "Alternative Anknüpfungen", *Konflikt und Ordnung, Festschrift M.Ferid*, München, 1978, pp. 39-60; A.N. MAKAROV, "Réflexions sur l'interprétation des circonstances de rattachement dans les règles de conflit faisant partie d'une convention internationale", *Mélanges offerts à J.Maury*, vol.I, Paris, Dalloz & Sirey, 1960, pp. 207-230; W. WENGLER, "Les conflits de lois et le principe d'égalité", *RCDIP*, 1963, pp. 203-231 y pp. 503-527; ID., "The Significance of Principle of Equality in the Conflict of Laws", *Law and Contemporary Problems*, 1963, pp. 822-842.

¹⁵ G. KEGEL, "Wohnsitz und Belegenheit bei Story und Savigny", *RebelsZ.*, 1988, vol.52, pp. 431-465.

¹⁶ M. FERID, "L'interdipendenza del diritto costituzionale e del diritto internazionale privato", *DI*, 1963, vol.XVII, 1963, pp. 143-152; T. BALLARINO, "Costituzione e Diritto internazionale", *DI*, 1970, vol.XXIV, pp. 18-47.

¹⁷ La doctrina se ha detenido con deleite en este particular aspecto, como puede apreciarse en los estudios detallados de T. BALLARINO, "Norme costituzionali di eguaglianza e il diritto internazionale privato", *Studi in onore di M.Udina*, vol.II, Milán, Giuffrè, 1975, pp. 921-949; H. BUNGER, *Das Recht ausländischer Kapitalgesellschaften auf Gleichbehandlung im deutschen und US-amerikanischen Recht: zugleich ein Beitrag zu einem internationalen Grundrechtskollisionsrecht*, München, 1994; C. BUZZACCHI, *Il principio di uguaglianza nei conflitti di leggi e di giurisdizioni (Il modello delle reti tra concorrenza e coesione sociale)*, 2012; M.E. CORRAO, "Il giudizio sulla legittimità costituzionale delle norme di conflitto", *RDI*, 1988, vol. LXXI, pp. 344-365; K.-D. DAMM, *Die Einwirkung der Grundrechte des Grundgesetzes auf das nach deutschem internationalen Privatrecht anwendbare ausländische Sach- und Kollisionsrecht*, Diss.Manheim, Pfaffenweiler, 1993; G. ELBING, *Zur Anwendbarkeit der Grundrechte bei Sachverhalten mit Auslandsbezug*, Berlin, 1992; J. FAWCETT, "The Impact of Article 6(1) of the ECHR on Private International Law", *ICLQ*, 2007, vol. 56, pp. 1-48; P.E. HERZOG, "Constitutional Limits on Choice of Law", *RCADI*, 1992, vol.234, pp. 239-330; R. HOFMANN, *Grundrechte und grenzüberschreitende Sachverhalte*, Berlin, 1994; P. KINSCH, "Principes d'égalité et conflits de lois", *TCFDIPr*, 2004, pp. 117-133; K. KREUZER, "Internationales Privatrecht und Bundesverfassungsgericht. Eine Fallstudie zur Durchsetzung von Grundrechten durch das Bundesverfassungsgericht", *Festschrift Benda*, 1995, pp. 153-183; W. MULLER-FREIENFELS, "Conflicts of Law and Constitutional Law", *The University of Chicago Law Review*, 1978, vol.45, pp. 598-611; K. SIEHR, "Diritto internazionale privato e diritto costituzionale", *Il Foro italiano*, 1975, vol.XCVIII, pp. 1-19; W. VEELKEN, "Economic Constitutions in the Comparison of Economic Systems", *RebelsZ.*, 1991, pp. 463-504.

¹⁸ Ya en relación con la Constitución de la República Española de 1931, pueden verse valiosos acercamientos debidos a F. DE CASTRO Y BRAVO, "La Constitución española y el Derecho internacional privado", *RDP*, 1932, vol.XIX, pp. 74-78; J.R. DE ORÚE, "Preceptos internacionales en la Constitución de la República Española", *RGLJ*, 1932, vol.160, pp. 385-465; J. PUENTE EGIDO, "Influencia del Derecho constitucional en la configuración de nuevas reglas de conflicto, examen de la jurisprudencia

9. En este sentido, esta jurisprudencia citada viene a dejar claros dos extremos de máxima relevancia.

En primer término, debe afirmarse que los puntos de conexión anti-constitucionales y en especial, los puntos de conexión discriminatorios, introducen una diferencia de trato legal entre el varón y la mujer que no cuenta con ninguna justificación constitucional para ello. Es más, estos puntos de conexión son contrarios a principios recogidos directa e indirectamente en la misma la Constitución, como el principio de no discriminación por razón de sexo. Así, la solución recogida en el antiguo art. 9.3 CC, que apuesta por la Ley nacional del marido para designar la Ley aplicable al régimen económico matrimonial, es una solución jurídica que no tiene soporte constitucional, pues responde a la idea de que el varón es superior a la mujer. Esa idea vulnera frontalmente los arts. 14 y 32 CE.

En segundo término, también resulta evidente que estos puntos de conexión discriminatorios no se justifican tampoco desde un punto de vista meramente técnico. Las normas de conflicto españolas son normas jurídicas españolas como cualesquiera otras. No son meras normas formales que, por ello, no transportan ni contienen valores sustanciales. Todo lo contrario. Toda norma jurídica refleja y realiza valores sustanciales, incluidas, naturalmente, las normas de conflicto típicas del DIPr. En consecuencia, como indica el TC español, “*la mera utilización de un punto de conexión que da preferencia al varón supone en sí, superada la llamada neutralidad formal de las normas de conflicto, una vulneración del derecho a la igualdad*” (STC 39/2002 de 14 febrero 2002).

2. La teoría de la *Drittwirkung* y las normas de conflicto de leyes

10. Los Poderes Públicos deben respetar los derechos fundamentales de toda persona (art. 53 CE 1978). En el Derecho Público este respeto es total. En las relaciones entre particulares, en el Derecho Privado, por el contrario, el principio general es la libertad individual. Como subraya J. ALFARO, en sus relaciones privadas, las personas toman sus decisiones sin tener que justificarlas¹⁹. Esta libertad individual cuenta con varios límites: (a) El legislador puede regular las relaciones entre particulares e imponer el respeto a un concreto derecho fundamental. Por ejemplo, puede prohibir a ciertas empresas contratar sólo a personas de raza blanca o puede obligar a que tales empresas paguen el mismo salario a varones y mujeres; (b) Un particular puede demandar al Estado por no haber protegido sus derechos fundamentales en sus relaciones con otras personas privadas; (c) En las relaciones entre sujetos privados, la regla general es la libertad individual, pero dicha libertad debe ejercitarse con respeto a la dignidad humana.

11. La eliminación de estos puntos de conexión discriminatorios, -como la nacionalidad del marido utilizada para precisar la Ley aplicable al régimen económico matrimonial-, es un reflejo, en Derecho internacional privado, de la famosa teoría de la *Drittwirkung*. Según esta conocida tesis, los derechos fundamentales se deben respetar en las relaciones jurídicas entre particulares (= *Drittwirkung der Grundrechte*) y no sólo en las relaciones entre los Poderes Públicos y los sujetos privados en la medida en la que reflejan la dignidad del ser humano. De este modo, en las relaciones jurídicas entre

civil de nuestro Tribunal Supremo de 1933 a 1937 en la determinación de la ley aplicable a las relaciones personales entre cónyuges”, *REDI*, 1972, vol.XXV, pp. 327-348. Por lo que respecta al impacto de la Constitución de 1978 en el sistema conflictual español, pueden verse provechosos estudios específicos, como los debidos a S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Desarrollo y normalización constitucional del DIPr. español”, *Pacis Artes, Obra homenaje al Profesor Julio González Campos*, Madrid, 2005, pp. 1139-1163; R. ARROYO MONTERO, “Derecho internacional privado y Constitución: proyección en la Jurisprudencia española de la doctrina del Tribunal Constitucional Federal de Alemania”, *REDI*, 1988, vol.XL, pp. 89-103; J.A. CARRILLO SALCEDO, “L’evolution du droit international privé espagnol depuis la réforme de 1974”, *TCFDIP*, 1991-1993, pp. 121-134; J.M. ESPINAR VICENTE, “Constitución, desarrollo legislativo y Derecho internacional privado”, *REDI*, 1986, vol.XXXVIII, pp. 109-134; J.M. ESPINAR VICENTE, “De lo tradicional y de lo nuevo en el Derecho internacional privado contemporáneo”, *Cursos de Derecho internacional de Vitoria-Gasteiz*, 2010, pp. 273-322; M. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, “Reencuentro con la jurisprudencia republicana en materia de divorcio internacional”, *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Oviedo*, 1984, núms.20/21, pp. 107-121; J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “El Anteproyecto de Constitución y el Derecho internacional privado español”, ponencia presentada en la Reunión de Profesores de Derecho internacional sobre Constitución y Derecho internacional, Madrid, 9-10 febrero 1978.

¹⁹ J. ALFARO ÁGUILA-REAL, “De nuevo sobre la *Drittwirkung* de los derechos fundamentales”, en *Almacén de Derecho* (<https://almacenederecho.org/nuevo-la-drittwirkung-los-derechos-fundamentales/>), diciembre 2017.

cónyuges, debe protegerse e implementarse el derecho a la no discriminación por razón de sexo. Los derechos fundamentales presentan también una fuerte eficacia horizontal (= entre particulares), lo que afecta, se dice, a las normas de conflicto de leyes, ya se acepte una configuración mediata (= "indirecta", sólo en la medida en la que venga establecida por la Ley) o inmediata (= "directa", derivada de la misma Constitución) de la *Drittwirkung*.

En efecto, una norma jurídica no puede dar preferencia a la ley nacional del varón como Ley reguladora del régimen económico matrimonial en los casos internacionales. Ello vulnera el derecho de la mujer a no ser discriminada en sus relaciones económicas con su marido. Toda persona tiene derecho a no ser discriminada por razón de su sexo no sólo por el Estado sino también en sus relaciones jurídicas con cualquier otro sujeto individual. El legislador no puede admitir puntos de conexión que conducen a una discriminación de la esposa frente al marido, porque ello sería admitir que el derecho de no discriminación por razón de sexo no rige en las relaciones entre particulares. Tal resultado es contrario a los derechos fundamentales recogidos en la Constitución y otros textos legales internacionales.

12. Si se profundiza en esta dirección, surge, cierto es, la famosa "*paradoja del iraquí*" o "*quaestio germanica*". Una norma de conflicto como el art. 9.3 CC en su redacción de 1974, es inconstitucional aunque las normas materiales de la Ley designada a través de un punto de conexión discriminatorio pudieran resultar más favorables para la persona que las de su propia Ley (= *quaestio germanica* o "paradoja del iraquí"). Así, en efecto, la aplicación de la Ley nacional del marido (alemana) puede resultar más beneficiosa para la mujer que la aplicación de la Ley del país de la residencia habitual de los cónyuges inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio (Ley iraquí) o que la Ley nacional de la mujer (Ley iraquí). Sin embargo, ello resulta irrelevante porque no se puede privilegiar la aplicación de una Ley o de otra Ley en virtud de un criterio de conexión intrínsecamente discriminatorio, basado en el mero sexo de uno de los cónyuges. Así lo ha recordado, entre otras, la SAP Barcelona 14 abril 2016 [régimenes económico matrimoniales]²⁰. Se trata de argumentos bien destacados, igualmente, por B. BAREL / ST. ARMELLINI y T. BALLARINO²¹.

13. El legislador español, -con pertinaz y señalado retraso, eso es verdad-, comprendió el mensaje lanzado por la Constitución y erradicó del Derecho internacional privado español las normas de conflicto con conexiones discriminatorias contra la mujer. Así, el art. 9.2 y 3 CC en su redacción de 1974, que hacía aplicable la "Ley nacional del marido" a los efectos del matrimonio, fue derogado por la misma Constitución Española en virtud de su eficacia directa desde la promulgación de la misma (STC 39/2002, de 14 de febrero de 2002 citada). Dichos preceptos fueron expresamente derogados por la Ley 11/1990 de 15 de octubre, que introdujo conexiones no discriminatorias para fijar la Ley aplicable al régimen económico matrimonial²². El punto de conexión "nacionalidad del marido" reflejaba un concepto no constitucional de la familia: ordenación jerárquica de la familia, prevalencia del varón-marido sobre la mujer-esposa, etc. No respondía a los valores constitucionales de igualdad entre varón y mujer e igualdad entre los esposos.

14. Merece la pena recordar las palabras del Tribunal Constitucional al respecto en su STC 39/2002 de 14 febrero 2002, pues se trata de una sentencia de relevancia axiológica fundamental para el Derecho internacional privado español: "[e]ste Tribunal, partiendo de la Constitución y de los textos comunitarios e internacionales sobre la igualdad, ha reaccionado siempre frente a toda norma o acto aplicativo que supusiese la discriminación de la mujer, alineándose así tanto con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sentencia de 22 de febrero de 1994 [TEDH 1994, 9], Caso Burghartz,

²⁰ SAP Barcelona 14 abril 2016 [JUR 2016\147664].

²¹ B. BAREL / ST. ARMELLINI, *Diritto internazionale privato: tutto il programma d'esame con domande e risposte commentate*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 49-50; T. BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, Cedam, Padova, 1982, pp. 88-89; T. BALLARINO, "Norme costituzionali di eguaglianza e il diritto internazionale privato", *Studi in onore di M. Udina*, vol. II, Milán, Giuffrè, 1975, pp. 921-949; T. BALLARINO, "Il marito perde anche la legge applicabile", *Foro padano*, 1987, pp. 163-180.

²² Ley 11/1990 de 15 de octubre, sobre reforma del Código civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo en BOE núm.250 de 18 octubre 1990.

en relación con la determinación del apellido familiar) como con la del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y otros Tribunales Constitucionales. En este mismo sentido, la Sentencia de 22 de febrero de 1983 del Tribunal Constitucional Federal Alemán, con relación a un supuesto que guarda esencial identidad al que es objeto de nuestro estudio, declaró inconstitucional el art. 15, apartados 1 y 2, primer párrafo, de la Ley de Introducción del Código Civil Federal en cuanto establecía la ley personal del marido como punto de conexión para la determinación de la ley aplicable a los efectos económicos del matrimonio, afirmando que tal preferencia resulta contraria al principio de igualdad, con independencia de que el resultado de la aplicación de la norma sea o no más beneficioso para la mujer; pues basta con la preterición de ésta para que haya de entenderse lesionado el art. 3.2 de la Ley Fundamental, y sin que pueda considerarse que constituya una justificación constitucionalmente legítima del otorgamiento de preferencia a la ley personal del marido a los indicados efectos que el establecimiento de tal punto de conexión confiera una mayor certeza a la determinación de la ley aplicable a los efectos económicos del matrimonio (...) como ya se ha anticipado el desajuste de la norma cuestionada con la Constitución tiene lugar con independencia de si el resultado de su aplicación en cada caso concreto es más o menos favorable a la mujer. Ello dependerá de la ordenación sustantiva del régimen económico del matrimonio que resulte aplicable, pero, antes de ello, la discriminación constitucionalmente proscrita reside en la utilización en la norma de conflicto de un punto de conexión que no sea formalmente neutro. La mera utilización de un punto de conexión que da preferencia al varón supone en sí, superada la llamada neutralidad formal de las normas de conflicto, una vulneración del derecho a la igualdad".

15. Como es normal, natural y lógico, el Tribunal Constitucional español no es un legislador ni puede actuar como tal. Por ello, no precisó dicho tribunal cómo debía integrarse la laguna legal que se produce ante la inconstitucionalidad del art. 9.3 CC. Indica la sentencia antes citada: *"Todo ello conduce derechamente a la estimación de la presente cuestión, restando únicamente por precisar que no es a este Tribunal, sino a los órganos judiciales, a quienes les corresponde integrar, por los medios que el Ordenamiento jurídico pone a su disposición, la eventual laguna que la anulación del inciso del precepto cuestionado pudiera producir en orden a la fijación de un punto de conexión subsidiario"*. Tras este silencio necesario del Tribunal Constitucional, tocó hablar a los tribunales ordinarios de Justicia y a la doctrina.

3. Incidencia del factor tiempo en la precisión de la Ley aplicable al régimen económico matrimonial

A) Matrimonios celebrados antes del día 29 de diciembre de 1978

16. Como se ha indicado, en 1974 el art. 9.3 CC recibió una nueva redacción que hacía aplicable al régimen económico matrimonial, en defecto de pacto, la Ley nacional común, y en el caso de cónyuges de distinta nacionalidad, la Ley nacional del marido en el momento de la celebración del matrimonio. Conexión, en aquellos tiempos, que encajaba perfectamente con los principios básicos que vertebraban el Derecho Privado español de la época: unidad jurídica de la familia (= todos los miembros la familia ostentan la misma nacionalidad) y prevalencia del varón-marido como cabeza de familia en una ordenación jerárquica y heteropatriarcal de la misma (= todos los miembros de la familia siguen la nacionalidad del marido y padre y las relaciones familiares quedan íntegramente sujetas a la Ley nacional del marido y padre).

17. En relación con los matrimonios celebrados antes del 29 diciembre 1978, cabe, pues, subrayar que el art. 9.3 CC pre-constitucional se mantuvo formalmente en el Código civil hasta la Ley 11/1990, que derogó dicho texto. No obstante, el precepto dejó de estar vigente, en lo relativo a la aplicación de la *"Ley nacional del marido"*, el día 29 de diciembre de 1978. En efecto, dicha norma quedó radicalmente derogada por la Constitución Española de 1978 desde la fecha indicada, el 29 diciembre 1978, día en el

que se publicó oficialmente en el BOE y entró en vigor la Constitución Española²³. Así lo dejó claro el TC en su STC 39/2002 de 14 febrero 2002.

18. Ello suscita un problema de precisión normativa, pues legítimo es dudar en lo relativo a la Ley aplicable al régimen económico matrimonial de aquellos matrimonios celebrados antes del 29 diciembre 1978 y cuyos efectos se prolongan después de tal fecha. Dos tesis han propuesto.

19. La primera tesis es la defendida con brazo de acero por el Tribunal Constitucional español. Se trata de la tesis de la aplicación de las normas de conflicto pre-constitucionales a la determinación de la Ley aplicable al régimen económico matrimonial de los matrimonios celebrados antes de la entrada en vigor de la Constitución Española pero que se prolongan tras dicha fecha. Esta posición ha sido seguida, como no podía ser de otro modo, también por la jurisprudencia de los tribunales de justicia. Consiste en someter todos los efectos legales de estos matrimonios a la Ley nacional del marido, que era la conexión vigente en el momento de celebración del matrimonio, aunque sea ésta una conexión pre-constitucional, anti-constitucional y evidentemente discriminatoria. La tesis se sustenta en dos poderosos argumentos.

En primer lugar, para estos tribunales, la entrada en vigor de la CE 1978 no produce efecto jurídico alguno sobre estas situaciones jurídicas generadas antes de la Constitución Española de 1978. Por tanto en primer término esta tesis se edifica sobre la falta de retroactividad absoluta de la Constitución Española. Ésta se proyecta al futuro tras el 29 de diciembre de 1978. Es decir, la Constitución española no regula, en principio, las situaciones jurídicas creadas y nacidas antes de su entrada en vigor. Se rata, pues, de un "argumento constitucional-normativo": la Constitución es una norma jurídica no retroactiva.

En segundo lugar, la solución que consiste en aplicar las normas de conflicto anteriores a la Constitución Española de 1978 comporta un "beneficio constitucional formal". En efecto, esta solución comporta una "permanencia de la Ley aplicable", especialmente al régimen económico matrimonial, y por ello, refuerza la seguridad jurídica de situaciones legales nacidas antes de la Constitución de 1978. Así lo han enfatizado el Tribunal constitucional y muchos otros tribunales de justicia (STC 39/2002 de 14 febrero 2002; STS 11 febrero 2005 [aplicación de la Ley de la vecindad civil balear del marido]; STS 6 octubre 1986; SAP Barcelona 29 abril 2016 [ley aplicable al régimen económico matrimonial], SAP Barcelona 24 marzo 2009 [aplicación de la Ley nacional del marido, Ley boliviana], SAP Barcelona 20 mayo 2009 [vecindad civil catalana]; SAP Castellón 6 octubre 2001; SAP Illes Balears, Sección 4ª, de 10 septiembre 2002; SAP Castellón 22 noviembre 2002; STS 24 enero 2006; SAP Las Palmas 5 diciembre 2007 [matrimonio celebrado en Suiza en 1972 entre español y suiza ambos con residencia habitual en España: aplicación de la Ley nacional del marido]; SAP Barcelona 12 febrero 2013; RDGRN 15 marzo 2017 [matrimonio entre polaco y española anterior a 1981]; RDGRN 11 mayo 2017 [régimen económico de matrimonio celebrado antes de la entrada en vigor de la Constitución y sujeto al consorcio aragonés])²⁴. Se trata, así, de un "argumento de seguridad jurídica", que, al fin y al cabo, es un principio constitucional recogido en el art. 9.3 CE²⁵. Se beneficia así la estabilidad legal para los particulares, que

²³ Disposición Final de la Constitución Española: "*Esta Constitución entrará en vigor el mismo día de la publicación de su texto oficial en el boletín oficial del Estado. Se publicará también en las demás lenguas de España*". Vid. el texto oficial de la Constitución española de 27 de diciembre de 1978 publicado en BOE núm. 311 de 29 diciembre 1978 (https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1978-31229).

²⁴ STC 39/2002 de 14 febrero 2002 [RTC 2002\39]; STS 11 febrero 2005 [RJ 2005\1407]; STS 6 octubre 1986 [R.5327]; SAP Barcelona 29 abril 2016 [CENDOJ 08019370162016100127]; SAP Barcelona 24 marzo 2009 [AC 2009\1383]; SAP Barcelona 20 mayo 2009 [JUR 2009\401032]; SAP Castellón 6 octubre 2001 [JUR 2002\14619]; SAP Illes Balears 10 septiembre 2002 [JUR 2002\272157]; SAP Castellón 22 noviembre 2002 [CENDOJ 12040370032002100028]; STS 24 enero 2006 [CENDOJ 28079110012006100052]; SAP Las Palmas 5 diciembre 2007 [CENDOJ 35016370052007100412]; SAP Barcelona 12 febrero 2014 [CENDOJ 08019370052014100096]; RDGRN 15 marzo 2017 [BOE 80 de 4 abril 2017]; RDGRN 11 mayo 2017 [BOE núm. 127 de 29 mayo 2017].

²⁵ Artículo 9 de la Constitución Española: "*1. Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. | 2. Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social. | 3. La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las*

no se ven sometidos a cambios legales que podrían ser imprevisibles y retroactivos y, por tanto, injustos. Los particulares tienen derecho a la aplicación de las normas jurídicas vigentes en el momento en el que nace la situación jurídica (= el matrimonio). Ello se traduce, en el caso de un matrimonio celebrado antes del 29 de diciembre de 1978, en la aplicación al régimen económico matrimonial, de la Ley nacional del marido al tiempo de la celebración de dicho matrimonio y eso a pesar de que el matrimonio se prolongue más allá de dicha fecha. Por ello, cabe observar que esta tesis comporta la aplicación de normas de Derecho internacional privado contrarias a la CE 1978 en relación con efectos legales posteriores a la entrada en vigor de la CE 1978, lo que resulta llamativo. Así, un apartamento que adquieren en 2016 dos cónyuges de distinta nacionalidad casados en 1977 pertenecerá a la sociedad de gananciales si la Ley nacional del marido indica que es ése el régimen económico matrimonial de la pareja. La Ley nacional del marido se resiste a decir adiós todavía en el alba de la tercera década del siglo XXI.

20. Una segunda tesis fue sugerida por diversos expertos legales para evitar, precisamente, que el régimen económico matrimonial siguiera sometido a la Ley nacional del marido más allá del 29 de diciembre de 1978. Se trata de la tesis de la división de los efectos legales del matrimonio en el tiempo. Frente a la anterior tesis sostenida por el Tribunal Constitucional, podría sostenerse que los efectos jurídicos del matrimonio posteriores a la entrada en vigor de la CE 1978, pueden ya quedar sujetos a la Ley nacional del marido. En efecto, como indica el TC, “*después de la entrada en vigor de la Constitución no pueden aplicarse preceptos contrarios al principio de igualdad, perpetuando en el presente postconstitucional una situación discriminatoria nacida al amparo de una legislación preconstitucional*” (STC 80/1982 de 20 diciembre 1982)²⁶. Esta solución se sustenta en una afirmación radical: no pueden aplicarse al régimen económico matrimonial, simple y llanamente, las Disposiciones Transitorias del Código Civil, lo que podría conducir a una aplicación prorrogada de normas de DIPr. anti y pre constitucionales y a la Ley nacional del marido. En efecto, el legislador constituyente ha manifestado una voluntad de reordenación de las relaciones sociales presididas por nuevos valores y tales nuevos valores constitucionales (= "igualdad jurídica entre varón y mujer") presentan una mayor importancia que los valores que trata de salvaguardar tales Disposiciones Transitorias, como el respeto a los “derechos adquiridos” o la “seguridad jurídica”. El legislador constituyente ha expresado una voluntad de “rehacer el entero orden social” a partir de los valores constitucionales y dicho objetivo debe prevalecer, como sagazmente expresara en su momento M.A. AMORES CONRADÍ²⁷. Ello impediría, de modo absoluto, que normas preconstitucionales e inconstitucionales se aplicasen más allá de la fecha de entrada en vigor de la Constitución española. En conclusión, esta teoría defiende que la Constitución española de 1978 presenta una “retroactividad de grado medio”, de modo que dicha norma se debería aplicar a los efectos jurídicos que, aunque hayan podido nacer antes de la entrada en vigor de la misma, se prolongan tras la entrada en vigor de la misma, y en la medida en que ello sea así. Esta tesis defiende un “efecto inmediato” de la Constitución, como sostuvo el gran jurista P. ROUBIER²⁸. Pues bien, los efectos del matrimonio posteriores a la Constitución de 1978 no deberían regirse por la Ley nacional del marido, sino que habrán de regirse por otra Ley estatal designada por otro punto de conexión no discriminatorio. Ante la laguna legal, puede acudir a la Ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio, o en su defecto, podrá darse aplicación a la Ley del país de celebración del matrimonio. Esta solución fue sugerida por SAP Barcelona 17 abril 2007 [matrimonio entre español

disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”.

²⁶ STC 80/1982 de 20 diciembre 1982 [RTC 1982/80].

²⁷ M.A. AMORES CONRADÍ, “Las relaciones entre cónyuges en el nuevo DIPr. de la familia: valores jurídicos y técnicas de reglamentación”, *ADC*, 1987, pp. 89-138; *Id.*, “Arts. 9.2 y 9.3 CC”, en AA.VV., *Comentario del Código civil*, publicado por el Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 79-84; *Id.*, “La nueva ordenación de la ley aplicable a los efectos del matrimonio”, *Revista jurídica de Castilla-La Mancha*, núms. 11-12, enero-agosto 1991, pp. 44-51; *Id.*, “Art. 9.2 y 3 CC”, en AA.VV., *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO Y S. DÍAZ ALABART, tomo I, vol.II, 2ª ed., Ed.Revista de Derecho privado / Edersa, Madrid, 1995, pp. 181-205; *Id.*, “Régimen económico matrimonial (Derecho internacional privado)”, en AA.VV., *Enciclopedia jurídica básica*, dirigida por A. MONTOYA MELGAR, Ed.Civitas, Madrid, 1995, pp. 5692-5693.

²⁸ P. ROUBIER, *Le droit transitoire (Conflits des lois dans le temps)*. 2ª edition entièrement refondue by Paul Roubier, Dalloz et Sirey, Paris, 1960, reseñado con maestría por F. DE CASTRO Y BRAVO en *REDI*, vol. 14, No. 1/2, 1961, pp. 242-244.

y suiza con primer lugar de residencia habitual común en Alemania]²⁹. Se trata de una interpretación creativa similar a la seguida en otros países, como puede observarse en la sentencia de la *Corte di cassazione* de Italia de 4 julio 2006³⁰. Sin embargo, no es ésta la tesis que ha seguido el Tribunal Constitucional español. En la argumentación de dicho tribunal ha pesado más el principio de seguridad jurídica que la total, radical y completa eliminación del punto de conexión "nacionalidad del marido" en el caso de matrimonios celebrados antes de la entrada en vigor de la Constitución española pero que prolongan sus efectos más allá de tal fecha.

B) Matrimonios celebrados entre el día 29 de diciembre de 1978 y el día 7 de noviembre de 1990

21. La Ley 11/1990 eliminó y derogó la referencia a la Ley nacional del marido que se contenía en el art. 9.3 CC (redacción de 1974). A partir del día 7 de noviembre de 1990, día en el que entró en vigor la citada Ley 11/1990, la Ley aplicable al régimen económico matrimonial, -al margen de capitulaciones matrimoniales-, quedó fijada a través del art. 9.2 CC que remitía a la "*ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo*". En defecto de esta ley, debía aplicarse "*la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos, elegida por ambos en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio*". A falta de esta elección, el régimen económico matrimonial quedaba sujeto a la "*ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración*", y, a falta de dicha residencia, el régimen económico matrimonial se debía regular "*por la del lugar de celebración del matrimonio*". Como se observa, fue eliminada toda referencia a la Ley nacional del marido. Todos los puntos de conexión del art. 9.2 redactado en 1990 fueron escrupulosamente ajustados a los principios constitucionales.

22. Se planteaba, de todos modos, la cuestión de la Ley aplicable al régimen económico matrimonial de los matrimonios celebrados tras el 29 diciembre 1978 pero antes del día 7 de noviembre de 1990, día en el que entró en vigor de la Ley 11/1990. Entre tales fechas, el antiguo art. 9.3 CC remitía a la Ley nacional del marido. Sin embargo, como se verá seguidamente, aunque el texto estaba ahí, en el Código Civil, la referencia que el precepto citado hacía en favor de la Ley nacional del marido no estaba ya vigente desde que entró en vigor la Constitución española de 1978.

23. Pues bien, el régimen económico matrimonial de los matrimonios celebrados después del 29 diciembre 1978 pero antes del 7 de noviembre de 1990 nunca pueden quedar sujetos a la Ley nacional del marido. La razón es sencilla: en el momento de celebrarse el enlace, la Constitución española ya estaba vigente por lo que dar aplicación a la Ley nacional del marido es una solución jurídica inconstitucional que infringe la igualdad de los esposos ante la Ley (art. 32 CE 1978). Ciertamente es que el legislador español, perezoso y descuidado, mantuvo durante doce años en el texto del Código Civil, ese artículo 9.3 CC que remitía a la Ley nacional del marido para fijar el Derecho regulador del régimen económico matrimonial en casos internacionales en los que los esposos con diferente nacionalidad. Pero no menos cierto era que aplicar la Ley nacional del marido al régimen económico matrimonial de matrimonios celebrados tras el 29 de diciembre de 1978 era una solución contraria a la Constitución. Dicha solución sería contraria a la ya vigente Constitución española de 1978. Por ello, como indica el TC, el antiguo art. 9.3 CC, cuando remitía a la "*Ley nacional del marido*" estaba ya derogado radicalmente por la CE 1978 desde el 29 diciembre 1978 (STC 39/2002 de 14 febrero 2002), como antes se ha afirmado.

24. Es el caso que resuelve la SAP Barcelona 30 julio 2019. Se trataba de un matrimonio celebrado el 14 de febrero de 1982 entre un varón sujeto, en dicho momento, a la vecindad civil común y una mujer de vecindad civil catalana. En el momento de contraer matrimonio ambos cónyuges residían en Barcelona y tras su celebración fijaron su residencia en esta ciudad. No se otorgaron capitulaciones matrimoniales.

²⁹ SAP Barcelona 17 abril 2007 [CENDOJ 08019370182007100180].

³⁰ Sentencia de la Corte Costituzionale Italiana núm. 254/2006, de 4 julio 2006 [http://www.giurcost.org/decisioni/2006/0254s-06.html].

Pues bien, el art. 9.3 CC, en su redacción dada por la Ley de Bases del Título Preliminar del Código Civil del año 1973, -que era la redacción que constaba en el Código Civil en el momento de celebración del matrimonio-, remitía a la Ley de la vecindad civil de marido: vecindad civil de Derecho común. Sin embargo, ese precepto estaba ya derogado por la misma Constitución española de 1978. Su aplicación era imposible e improcedente, por más que el legislador ordinario no hubiera reemplazado el texto del art. 9.3 CC (redacción de 1974) por otra regulación normativa acorde con la Constitución española.

25. Se genera de este modo una laguna legal que debe integrarse con arreglo a los mecanismos generales del ordenamiento jurídico español: analogía, costumbre y principios generales del Derecho. Ello abre tres opciones operativas razonables que han sido adoptadas por la jurisprudencia española.

26. Primera opción. A través de tales instrumentos heurísticos, el tribunal debe emplear un nuevo punto de conexión no discriminatorio y, por tanto, en plena sintonía con la Constitución Española de 27 de diciembre de 1978, punto de conexión que conducirá a la Ley aplicable al régimen económico matrimonial relativo a los matrimonios celebrados tras el 29 de diciembre de 1978. Se puede acudir, así, a la Ley de la residencia habitual común de los cónyuges inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio o, en su defecto, a la Ley del país de celebración del matrimonio. Esta solución, que recoge los dos últimos puntos de conexión introducidos por la Ley 11/1990 en el art. 9.2 CC y hoy vigente, es la mayoritaria en la jurisprudencia y es la que siguió la SAP Barcelona 30 julio 2019 [régimen económico y matrimonio celebrado en 1982] aquí comentada. La aplicación de la ley del lugar de residencia habitual de los cónyuges fijada tras la celebración del matrimonio también fue acogida por el art. 107 CC para fijar la Ley aplicable al divorcio en el caso de cónyuges de distinta nacionalidad o vecindad civil, aunque el precepto se refería a la Ley de la residencia habitual de los cónyuges en el momento del divorcio o separación judicial, no en el momento inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio. Otro ejemplo lo constituye, explica J. RODRÍGUEZ RODRIGO, el supuesto objeto de la SAP Badajoz 18 enero 2019 [Fuero del Baylío]³¹. Se trataba de un matrimonio entre varón de vecindad civil común y mujer aforada al Fuero del Baylío, celebrado tras la entrada en vigor de la Constitución española pero antes de la reforma del art. 9 CC por Ley 11/1990, estima que no puede aplicarse el art. 9.2 y 3 del Código civil en su redacción formalmente vigente al contraer el matrimonio pues remite a la Ley correspondiente a la vecindad civil del varón³². Al comprobar que ambos cónyuges siempre estuvieron empadronados en Valencia del Ventoso, el tribunal aplica la Ley de la residencia habitual común posterior al matrimonio y aplica el Fuero del Bailío y el régimen de comunidad total de bienes. Todo ello lo justifica el sentenciador, ante la laguna legal, en una aplicación analógica de la norma de conflicto en materia de separación y divorcio contenida en el art. 107 CC, texto hoy derogado. En definitiva, se observa el amanecer de una conexión fuerte y brillante en el sector del régimen económico matrimonial: la residencia habitual de los cónyuges, cuyas ventajas como punto de conexión son conocidas³³.

27. Segunda opción. Sin necesidad de encontrar un nuevo punto de conexión, el tribunal puede decidir, de modo directo, cuál es el régimen económico del matrimonio a partir de los datos de hecho del caso. Así, en relación con un matrimonio celebrado entre aragonés y catalán celebrado en 1988, la SAP Huesca 13 enero 2009 [régimen económico matrimonial de cónyuges aragonés y catalán] indica

³¹ SAP Badajoz 18 enero 2019 [ECLI:ES:APBA:2019:25].

³² J. RODRÍGUEZ RODRIGO, "El fuero del Baylío, a propósito del comentario de la sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz, de 18 enero 2019", *CDT*, octubre 2019, vol. 11, n.2, pp. 747-759.

³³ En tal sentido, el diálogo sobre los méritos y los inconvenientes de las conexiones nacionalidad y residencia habitual puede seguirse, entre otros muchos estudios, en las aportaciones de L. D'AVOUT, "*Lex personalis* entre nationalité, domicile et résidence habituelle", en *Les relations privées internationales: mélanges en l'honneur du professeur Bernard Audit*, LGDJ, lextenso editions Paris, 2014, pp. 15-41; D.F. CAVERS, "Habitual Residence: A Useful Concept?", *The American University Law Review*, 1971-1972, pp. 475-493; E.D. GRAUE, "Domicil, Nationality and Proper Law of the Persons", *German Yearbook of International Law*, 1970, vol.19, pp. 254-277; M. HUNTER-HENIN, *Pour une redéfinition du statut personnel*, 2004; P. MANKOWSKI, "Das Staatsangehörigkeitsprinzip – gestern und heute", *IPRax*, 2017-2, pp. 130-139; M. VERWILGHEN (dir.), *Nationalité et statut personnel. Leur interaction dans les traités internationaux et dans les législations nationales*, Bruselas-París, Bruylant / LGDJ, 1984.

que no puede aplicarse la norma de conflicto hoy vigente (art. 9.2 CC redacción por la Ley 11/1990), pues no lo estaba en 1988, ni tampoco la vigente en 1988, ya que conducía a aplicar la Ley nacional o de la vecindad civil del marido al tiempo del matrimonio, ya que es inconstitucional³⁴. De modo que el tribunal aplica el régimen de separación de bienes “*con fundamento en los actos propios de las partes exteriorizados mediante la elección de ese régimen ante notario en las diversas escrituras públicas de disposición de bienes inmuebles otorgadas constante matrimonio*”. Sin embargo, esta opción, basada en una “Justicia del Kadí” introduce una fuerte dosis de inseguridad jurídica. Por ello, sólo puede empelarse en casos en los que resulte, de modo evidente, que la voluntad de las partes ha sido optar, sin sombra de duda alguna, en favor de un concreto régimen económico matrimonial.

28. Tercera opción. Se puede aplicar analógica y retroactivamente la Ley 15/1990, visto que contiene criterios no discriminatorios (RDGRN 9 julio 2014 [efectos del matrimonio y Ley alemana como Ley del lugar de celebración del matrimonio])³⁵. Esta posibilidad conduce, en realidad, a la aplicación de la Ley de la residencia habitual común de los cónyuges inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio o, en su defecto, a la Ley del país de celebración del matrimonio. De este modo, aunque a partir de presupuestos valorativos y normativos distintos, esta tercera opción lleva a los mismos resultados que la primera opción examinada (= utilización de dos puntos de conexión neutros no discriminatorios).

III. La emergencia de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio.

29. La SAP Barcelona 30 julio 2019, aquí comentada, suscita ciertas reflexiones que llaman al estudioso del Derecho internacional privado a meditar sobre la función del Derecho internacional privado en general, y sobre la búsqueda del mejor punto de conexión para determinar la Ley aplicable al régimen económico matrimonial en particular³⁶. Estas reflexiones retrotraen al operador jurídico a tiempos pasados. A la Edad Media, cuando se forja el Derecho internacional privado, cuando las primeras y verdaderas normas de conflicto ven la luz y los expertos juristas de la época, los estatutarios, buscan la mejor conexión para determinar la ley aplicable al régimen económico matrimonial.

30. En los siglos XII y XIII, estos estudiosos estatutarios indicaron que los efectos del matrimonio debían regirse por la Ley del país de celebración del matrimonio. El razonamiento fue sencillo. El matrimonio era, para los estatutarios medievales, un contrato entre los esposos. Así lo consideraba el Derecho canónico. Por ello, debía regirse por la misma Ley que regulaba, en los casos internacionales, los contratos. Es la posición de G. DURANT, PETRUS DE BELLEPERCHE, CINUS DE PISTOIA y JEAN FABRE³⁷. Al fin y al cabo, el matrimonio se consideraba un contrato y el régimen económico del matrimonio era,

³⁴ SAP Huesca 13 enero 2009 [CENDOJ 22125370012009100061].

³⁵ RDGRN 9 julio 2014 [R. 2014/4480].

³⁶ Un debate que puede profundizarse, en relación con la búsqueda de los mejores puntos de conexión para las materias que componen el “estatuto personal”, entre otros, en los trabajos de A. RODRÍGUEZ BENOT, “El criterio de conexión para determinar la ley personal: un renovado debate en Derecho internacional privado”, *CDT*, 2010, vol 2, n. 1, pp. 186-202 y de G. KHAIRALLAH, “Le statut personnel à la recherche de son rattachement”, en *Les relations privées internationales: mélanges en l'honneur du professeur Bernard Audit*, LGDJ, lextenso editions Paris, 2014, pp. 485-496.

³⁷ Vid. B. ANCEL, “Les conclusions sur les status et coutumes locaux de Du Moulin, traduites en français”, *RCDIP*, 2011, pp. 21-38; B. ANCEL, *Éléments d'histoire du droit international privé*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2017; F. GAMILLSCHEG, *Der Einfluss Dumoulin's auf die Entwicklung des Kollisionsrechts*, Berlin, Tübingen, 1955; M. GUTZWILLER, “Le développement historique du droit international privé”, *RCADI*, 1929-IV, t.29, pp. 287-400; A. LAINÉ, *Introduction au droit international privé, contenant une étude historique et critique de la théorie des status*, (dos vols.), Paris, 1888, conocr.pp. 273-279; E.M. MEIJERS, “L'histoire des principes fondamentaux du Droit international privé à partir du Moyen age spécialement dans l'Europe occidentale”, *RCADI*, 1934, vol.49, pp. 543-686; Id., *Étude d'histoire du droit international privé*, Centre Nationale de la recherche scientifique, Paris, 1967; J. WESLAKE / F. TOPHAM, *A Treatise on Private International Law; With Principal Reference to its Practice in England (Reprint de la edición de Sweet & Maxwell, de 1912)*, 2008; H.E. YNTEMA, “The Historic Bases of Private International Law”, *AJCL*, 2, 1953, pp. 297-317.

simplemente, un efecto legal del contrato de matrimonio. Esta tesis fue seguida en España por la Partida IV, título XI, Ley 24, que indica que el régimen económico matrimonial debe sujetarse a la “*costumbre de aquella tierra do fizieron el casamiento*”.

31. Sin embargo, la posición estatutaria medieval pronto se reveló demasiado simple. Conducía a resultados no deseables. En efecto, el país de celebración del matrimonio podía ser casual o anecdótico. Ello llevaba a aplicar la Ley de dicho país al régimen económico matrimonial, de manera que éste quedaba sujeto a una Ley de un país que, en realidad, no tenía nada que ver con la economía matrimonial y con el patrimonio de la familia. Una Ley de aplicación imprevisible para los cónyuges. La solución disparaba los costes conflictuales para los cónyuges, obligados a disolver y a gestionar su régimen económico matrimonial con arreglo a una Ley que probablemente no conocen y con arreglo a la cual no se ha desarrollado la economía del matrimonio en cuestión. En la crisis surge el genio. Y el genio llega de la mano de una mente prodigiosa. En el siglo XVI, CHARLES DUMOULIN, con un *approche visionnaire*, escribe B. BOURDELOIS, considera que el régimen económico matrimonial constituye un “contrato”³⁸. Explica de modo transparente G. PARRA ARANGUREN que en 1524 el inmarcesible CHARLES DUMOULIN, en su famosísimo *Consilium LIII* (53) resolvió, a sus 23 años, el caso de los esposos *De Ganey* en favor de la Ley del primer domicilio conyugal³⁹. En este litigio, los herederos de la señora *De Ganey* se preguntaban cuál era la Ley (*coutume*) aplicable a los bienes del matrimonio *De Ganey*, a falta de capitulaciones matrimoniales. En París, donde los esposos *De Ganey* instalaron su domicilio, estaba vigente un régimen de comunidad de bienes (art. 110 *coutume* de París). En Lyon, donde el señor *De Ganey* había adquirido bienes, no existía régimen de comunidad de bienes. CHARLES DUMOULIN considera que el régimen económico matrimonial constituye un “contrato”. En consecuencia, debe aplicarse al mismo la Ley elegida por los cónyuges. CHARLES DUMOULIN indicó que los cónyuges podían elegir dicha Ley de modo tácito o implícito. Subrayó que ambos cónyuges eligieron, tácitamente, la Ley de París como aplicable a su régimen económico matrimonial, y la eligieron al fijar en París el primer domicilio conyugal (*primum domicilium semper inspiciendum*, *Consilium LIII*, núms. 19 y siguientes). Indica Ch. DUMOULIN que los cónyuges podían haber excluido la aplicación del régimen de comunidad de bienes parisino mediante la redacción de unos pactos o capitulaciones matrimoniales pero que no lo hicieron. Ello probaba su voluntad en favor de la aplicación del régimen de comunidad de bienes propio del Derecho de París. En suma, CHARLES DUMOULIN considera que existía una elección de Ley aplicable a los bienes del matrimonio ejercitada de forma tácita en favor de la Ley del primer domicilio de los cónyuges. Según Ch. DUMOULIN, las normas del Derecho de París se aplican al caso a título de normas pactadas por los cónyuges / contratantes, no como normas pertenecientes al estatuto real. La tesis contraria fue sostenida por B. D'ARGENTRÉ, que defendía la aplicación de la Ley del lugar de situación de los bienes inmuebles [*immobilia reguntur lege loci*], pues entendió que la cuestión afectaba a la “propiedad de los bienes”. Esta célebre “*famossissima quaestio*” se saldó con la clamorosa victoria de CHARLES DUMOULIN, de la Ley elegida por los cónyuges y de la Ley del país del domicilio común de los mismos. Es posible que CHARLES DUMOULIN exagerase al estimar que la elección de un lugar de domicilio conyugal era un modo de llevar a cabo una elección tácita en favor de la Ley de dicho lugar para regir el régimen económico matrimonial. Sin embargo, la semilla del ingenio estaba ahí sembrada: la Ley más adecuada para regir el régimen económico matrimonial es la Ley del domicilio de los esposos tras el matrimonio.

32. Emociona pensar y comprobar que la apuesta por la Ley elegida por los cónyuges y en su defecto, por la Ley del país de la residencia habitual común de los esposos, soluciones ambas gestadas por Ch. DUMOULIN en Francia en el siglo XVI, fue una propuesta acertada cuyos ecos duran ya siglos y llegan hasta el siglo XXI, como se comprueba en la sentencia de la *cour de cassation* francesa de 14 noviembre 2006 [la Ley rectora de los efectos del matrimonio es la Ley del primer domicilio

³⁸ B. BOURDELOIS, “Relations familiales internationales et *professio juris*”, en *Les relations privées internationales: mélanges en l'honneur du professeur Bernard Audit*, LGDJ, Lextenso editions Paris, 2014, pp. 137-154; B. BOURDELOIS, “Nota a Sent. Cour Cass. Francia 14 febrero 2007 [matrimonio poligámico en Francia]”, *JDI Clunet*, 2007, pp. 934-943.

³⁹ G. PARRA ARANGUREN, *El régimen de los bienes en el matrimonio en el derecho internacional privado*, Universidad Central de Venezuela, 2007, pp. 7-10.

conyugal])⁴⁰. Y no sólo eso. Que ambas conexiones son las mejores conexiones en el sector del régimen económico matrimonial parece indiscutible, también, para el legislador europeo. Estos dos puntos de conexión comportan la aplicación de una Ley próxima a los cónyuges, esto es, una Ley que conlleva reducidos costes de información jurídica para tales sujetos. No extraña, pues, que el legislador europeo los haya acogido en el Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo de 24 de junio de 2016 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales⁴¹.

⁴⁰ *Bulletin*, 2006, n. 472, p. 405. Texto en <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007053139>.

⁴¹ DOUE L 183 de 8 julio 2016. La bibliografía sobre este Reglamento 2016/1103 es ya inmensa. *Vid. ad ex.*: E. ALINA OPREA, "Party autonomy and the law applicable to the matrimonial property regimes in Europe", *CDT*, 2018, vol. 10, núm. 2, pp. 579-596; I. ANTÓN JUÁREZ, "La oposición del régimen económico matrimonial y la protección del tercero en Derecho Internacional Privado", *CDT*, 2017, pp. 59-75; B. AÑO VEROS TERRADAS, "El régimen conflictual de las capitulaciones en los nuevos reglamentos de la Unión Europea en materia de regímenes económicos matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas", *Anuario español de Derecho internacional privado*, 2017, pp. 821-845; I. AQUIRONI, "L'addebito della separazione nel diritto internazionale privato dell'Unione Europea", *CDT*, 2017, pp. 76-88; A. ARCERI, *I regimi patrimoniali della famiglia in prospettiva europea*, 2016; J. BACHMANN, *Die neuen Rom IV-Verordnungen: auf dem Wege zu einem einheitlichen Güterkollisionsrecht für Ehegatten und eingetragene Partner*, Remscheid, Gardez! Verlag, 2016; I. BARRIÈRE BROUSSE, "Le patrimoine des couples internationaux dans l'espace judiciaire européen: les règlements européens du 24 juin 2016 relatifs aux régimes matrimoniaux et aux effets patrimoniaux des partenariats enregistrés", *JDI Clunet*, 2017, pp. 485-514; C. BRIDGE, "Le nouveau droit communautaire des régimes matrimoniaux (loi applicable et limitation des risques d'insécurité juridique)", *Petites affiches*, 406e année, n° 201, 2017, pp. 9-14; P. BRUNO, *I Regolamenti europei sui regimi patrimoniali dei coniugi e delle unioni registrate. Commento ai Regolamenti (UE) 24 giugno 2016, n.1103 e 1104 applicabili dal 29 gennaio 2019*, Editorial Dott. A Giuffrè - Editore, Milano, 2019; M. BUSCHBAUM / U. SIMON, "Les propositions de la Commission européenne relatives à l'harmonisation des règles de conflit de lois sur les biens patrimoniaux des couples mariés et des partenariats enregistrés", *RCDIP*, 2011, pp. 801-816; M.A. CEBRIÁN SALVAT, "Los efectos patrimoniales de las parejas no registradas en Derecho internacional privado español", *CDT*, 2018, pp. 127-143; D. DAMASCELLI, "La legge applicabile ai rapporti patrimoniali tra coniugi, uniti civilmente e conviventi di fatto nel diritto internazionale privato italiano ed europeo", *Rivista di diritto internazionale*, 2017, pp. 1103-1155; A. DUTTA, "Das neue internationale Güterrecht der Europäischen Union: ein Abriss der europäischen Güterrechtsverordnungen", *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 63, 23, 2016, pp. 1973-1985; A. DUTTA/J. WEBER (HRSG.), *Die Europäischen Güterrechtsverordnungen: Tagungsband zu einem wissenschaftlichen Symposium des Deutschen Notarinstituts und der Universität Regensburg am 10. Februar 2017 in Würzburg*, München, C.H. Beck, 2017; M. ESSER, *Die Beendigung ehelicher Güterstände mit Auslandsbezug in Deutschland und Frankreich: eine rechtsvergleichende Betrachtung des deutschen und französischen Rechts unter besonderer Berücksichtigung der Kommissionsvorschläge zur EhegüterVO und PartgüterVO sowie der Regelungen zur Wahl-Zugewinnngemeinschaft*, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2016; O. FERACI, "L'incidenza del nuovo regime europeo in tema di rapporti patrimoniali tra coniugi e parti di unioni registrate sull'ordinamento giuridico italiano e le interazioni con le novità introdotte dal d.lgs. 7/2017 attuativo della cd. legge Cirinnà", en *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2017 (<http://www.osservatoriosullefonti.it>); O. FERACI, "Sul ricorso alla cooperazione rafforzata in tema di rapporti patrimoniali fra coniugi e fra parti di unioni registrate", *RDI*, 2016, pp. 529-537; C. GRIECO, "The role of party autonomy under the regulations on matrimonial property regimes and property consequences of registered partnerships. Some remarks on the coordination between the legal regime established by the new regulations and other relevant instruments of European Private International Law", *CDT*, 2018, vol. 10, núm. 2, pp. 457-476; S. GUILLIOD, *Eheverträge in schweizerisch-deutschen Sachverhalten: ehevertragliche Gestaltungsmöglichkeiten in schweizerischen, deutschen und schweizerisch-deutschen Sachverhalten im Bereich des Güterrechts, der beruflichen Vorsorge und des Unterhalts aus Sicht des schweizerischen und des deutschen Rechts*, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, Baden-Baden, Nomos, 2016; B. HEIDERHOFF, "Vorschläge zur Durchführung der EU – Güterrechtsverordnungen", *IPRax*, 37, 3, 2017, pp. 231-238; N. JOUBERT, "Le dernière pierre [provisoire?] à l'édifice de droit international privé européen en matière familiale", *RCDIP*, 2017-1, pp. 1-26; P. LAGARDE, "Règlements 2016/1103 et 1104 du 24 juin 2016 sur les régimes matrimoniaux et sur le régime patrimonial des partenariats enregistrés", *RDIPP*, LII, 3, 2016, pp. 676-686; S. LAIMER, "Eingeschränkte Rechtswahl im internationalen Güterrecht für Eheleute und registrierte Lebenspartner: eine sinnvolle Begrenzung der Parteiautonomie durch die neuen EU-Güterrechtsverordnungen?", *Juristische Blätter*, 139, 9, 2017, pp. 549-559; E. LAUROBA LACASA / M.E. GINEBRA MOLINS (dir.), *Régimes matrimoniaux de participation aux acquêts et autres mécanismes participatifs entre époux en Europe*, LGDJ, 2016; E.M. MAGRONE, "Un'Europa a geometria supervariabile in materia di regimi patrimoniali delle coppie internazionali?: prime considerazioni sui Regolamenti 2016/1103 e 2016/1104", en *Dialoghi con Ugo Villani*, T. II, Bari, Cacucci, 2017, pp. 1131-1140; E. MALAGOLI, "Regime patrimoniale dei coniugi ed effetti patrimoniali delle unioni civili: i Regolamenti UE 'gemelli' n. 2016/1103 e n. 2016/1104", *Contratto e impresa. Europa*, XXI, 2, 2016, pp. 828-838; S. MARINO, *I rapporti patrimoniali della famiglia nella cooperazione giudiziaria civile dell'unione Europea*, Giuffrè, 2019; S. MARINO, "Strengthening the European Civil Judicial Cooperation: the patrimonial effects of family relationships", *CDT*, 2017, pp. 265-284; A. MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, *Determinación del régimen jurídico de la economía conyugal en los ámbitos europeo e intraestatal español*, Ed. Reus, 2018; H. MOTA, "El ámbito de aplicación material y la ley aplicable en la propuesta de Reglamento Roma IV: algunos problemas y omisiones", *CDT*, 2013, vol. 5, N° 2, pp. 428-447; R.M. DE GENS MOURA RAMOS, "La spécificité des effets patrimoniaux des partenariats enregistrés dans le droit international privé de l'Union Européenne" (The Specificity of the Property Effects of Registered Partnerships in the European Union's Private international law)", *Anuario español de Derecho internacional privado*,

33. En primer lugar, recuerda el Considerando 45 de dicho reglamento que "*el presente Reglamento debe autorizarles a elegir la ley aplicable al régimen económico matrimonial, con independencia de la naturaleza o la ubicación de sus bienes, entre las leyes con las que tengan una estrecha conexión en razón de su residencia habitual o de su nacionalidad*". Ello se hace, indica el mismo texto, "[p]ara facilitar a los cónyuges la administración de su patrimonio", esto, es para que dicha gestión se realice a un coste asumible para los cónyuges (*vid.* art. 22 R.2016/1103).

34. En segundo término, a falta de elección de la Ley aplicable, "*y para conciliar la previsibilidad y la seguridad jurídica atendiendo a la vida real de la pareja*", el Reglamento citado opta por la Ley del país de la "*primera residencia común habitual de los cónyuges inmediatamente después del matrimonio*", como indica el Considerando 49 del reglamento y corrobora el art. 26 del mismo. La nacionalidad común de los cónyuges en el momento de la celebración del matrimonio queda, pues, como criterio meramente subsidiario del primer criterio aplicable en defecto de elección de Ley. Esto es, en tercera posición, a falta de ley elegida por los cónyuges y de un país de primera residencia común habitual inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio. Se asiste al crepúsculo dorado de la nacionalidad como un criterio de conexión, también, en lo que se refiere al régimen económico matrimonial. Dorado es este atardecer de la nacionalidad como punto de conexión porque ésta, recuerda J. BASEDOW, no ha desaparecido del mapa conflictual del DIPr. europeo⁴². Ahí sigue, pero su posición es ya, observa L. WALKER, subsidiaria de la subsidiaria⁴³. Así se aprecia en este art. 26 R.2016/1103 y también en el art. 8 Reglamento Roma III⁴⁴. De un modo más débil, pero no por ello menos cierto, el

vol. XVIII, 2018, pp. 45-60. H. MOTA, "La protección de terceros en el Reglamento (UE) 2016/1103" (Protection of Third Parties in the Regulation (UE) 1103/2016), *Anuario español de Derecho internacional privado*, vol. XVIII, 2018, pp. 45-60; C.F. NORDMEIER, "Güterrecht", en M. WELLER (HRSG.), *Europäisches Kollisionsrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2016, pp. 221-240; P. PEITEADO MARISCAL, "Competencia internacional por conexión en materia de régimen económico matrimonial y de efectos patrimoniales de uniones registradas. Relación entre los Reglamentos UE 2201/2003, 650/2012, 1103/2016 y 1104/2016", *CDT*, 2017, pp. 300-326; H. PÉROZ / E. FONGARO, *Droit international privé patrimonial de la famille. (Préface de Hélène Gaudemet-Tallon)*, 2^a ed, LexisNexis, Paris 2017; H. PÉROZ, "Les lois applicables au régime primaire: : Incidences du règlement (UE) 2016/1103 sur le droit applicable au régime primaire en droit international privé français", *JDI Clunet*, 2017, pp. 813-829; P. QUINZÁ REDONDO, "La unificación -fragmentada- del Derecho Internacional Privado de la Unión Europea en materia de régimen económico matrimonial: el Reglamento 2016/1103", *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 41, 2017; L. RADEMACHER, "Changing the past: retroactive choice of law and the protection of third parties in the European regulations on patrimonial consequences of marriages and registered partnerships", *CDT*, 2018, pp. 7-18; J. RIECK, "Ehe- und Partnerschaftsverträge in Anwendung der EU-Verordnungen", *NJW*, 69, 52, 2016, pp. 3755-3761; G. RING / L. OLSEN-RING, "Das Kollisionsrecht nach den europäischen Güterrechtsverordnungen (Rom IVa- und Rom IVb-VO)", *Zeitschrift für die notarielle Beratungs- und Beurkundungspraxis*, 21, 9, 2017, pp. 321-330; A. RODRÍGUEZ BENOT, "Los efectos patrimoniales de los matrimonios y de las uniones registradas en la Unión Europea", *CDT*, 2019, vol. 11, núm. 1, pp. 8-50; C. RUDOLF, "Vereinheitlichtes Güterkollisionsrecht für Ehegatten und eingetragene Partner: europäische Güterrechtsverordnungen", *Zeitschrift für Europarecht, internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung*, 58, 4, 2017, pp. 171-182; C.S. RUPP, "Die Verordnung zum europäischen internationalen Ehergüterrecht aus sachenrechtlicher Perspektive", *GPR*, 13, 6, 2016, pp. 295-304; D.-A. SIMOTTA, "Die internationale Zuständigkeit nach den neuen europäischen Güterrechtsverordnungen", *ZVglRWiss.*, 116, 1, 2017, pp. 44-92; R. SCHUZ, "Choice of law in relation to matrimonial property in the 21st century", *Journal of Private international Law*, 2019, pp. 1-49; P. TWARDUCH, "Le règlement européen en matière de régimes matrimoniaux de la perspective du droit polonais", *RCDIP*, 3, 2016, pp. 465-477; I. VIARENGO, "Il coordinamento tra gli accordi di scelta della legge applicabile nei regolamenti comunitari in materia di famiglia e di successioni", en *Dialoghi con Ugo Villani*, T. II, Bari, Cacucci, 2017, pp. 1181-1186; I. VIARENGO, "Choice of law agreements in property regimes, divorce, and succession: stress-testing the new EU regulations", *ERA-Forum*, 17, 4, 2016, pp. 543-554; I. VIARENGO, "Effetti patrimoniali delle unioni civili transfrontaliere: la nuova disciplina europea", *RDIPP*, 2018, vol. 54, pp. 33-58; I. VIARENGO, "Rapporto sull'applicazione in Italia del Regolamento (UE) n. 1259/2010 del 20 dicembre 2010 relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale ('Roma III')", en S. BARIATTI/I. VIARENGO/F.C. VILLATA (EDS.), *La giurisprudenza italiana sui regolamenti europei in materia civile e commerciale e di famiglia*, Milanofiori Assago, Wolters Kluwer Italia, Padova, CEDAM, 2016, pp. 397-404; F. VISMARA, "Legge applicabile in mancanza di scelta e clausola di eccezione nel regolamento (UE) n. 2016/1103 in materia di regimi patrimoniali tra i coniugi", *RDIPP*, 2017, pp. 355-371.

⁴² J. BASEDOW, "Das Staatsangehörigkeitsprinzip in der Europäischen Union", *IPRax*, 2011-II, pp. 109-115.

⁴³ L. WALKER, "Party autonomy, inconsistency and the specific characteristics of family law in the EU", *Journal of Private International Law*, vol. 14, 2018-2, pp. 225-261

⁴⁴ Reglamento (UE) N. 1259/2010 del Consejo de 20 de diciembre de 2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (DOUE L 343 de 29 diciembre 2010), conocido como "Reglamento Roma III".

declive de la nacionalidad también es perceptible en los arts. 21 y 22 del Reglamento (UE) 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, que ha desplazado el imperio absoluto de la Ley nacional del causante que regía bajo la aplicación del art. 9.8 CC, precepto en el que dicho punto de conexión reinaba sin discusión alguna ni rival⁴⁵. Ha perdido potencial localizador a los ojos del legislador europeo, como se ha visto, pero también para el legislador nacional, como se comprueba en los arts. 9.4 y 9.6 CC [Ley aplicable a la filiación por naturaleza y Ley aplicable a las medidas de protección de menores y adultos], preceptos redactados por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia y en el Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 octubre 1996⁴⁶. En defecto de elección de Ley, la residencia habitual de la persona, de los cónyuges, de las parejas registradas, del causante, toma el poder como punto de conexión preferido por el legislador europeo y español en sectores propios del estatuto personal, antes espacio protegido y reino categórico de la Ley nacional. Y es que, como ha destacado A. DUTTA, la economía matrimonial presenta una relación más estrecha con el país donde los cónyuges instalan su residencia que con el país cuya nacionalidad ostentan los cónyuges⁴⁷.

El realismo de la conexión "residencia habitual" es su fuerza, como han destacado, entre otros muchos, N. JOUBERT y CH. CHALAS⁴⁸. En el campo del régimen económico matrimonial, la lógica interna de la residencia habitual común de los cónyuges permite una gestión y una administración de la economía matrimonial a un coste reducido⁴⁹.

Frente a ello, el formalismo de la conexión "nacionalidad" es su debilidad, apunta G.P. ROMANO⁵⁰. Ello explica por qué, en la práctica, los tribunales y las autoridades administrativas emplean un conjunto muy extenso de mecanismos legales para evitar la aplicación de la Ley nacional. En verdad, la nacionalidad es una conexión moderna y romántica, que evoca el origen de la persona. Por el contrario, como escribe E. DI NAPOLI, la residencia habitual es una conexión post-moderna, líquida, flexible y cambiante, que aparece ligada a la vida real de las personas, hoy día sujeta a cambios constantes en el tiempo y en el espacio⁵¹. Visto que el siglo XXI es un siglo post-moderno alejado de construcciones y explicaciones generales, cerradas, amplias y totalizadoras, la residencia habitual emerge de modo brillante como la conexión ideal para regular, a falta de elección de Ley por las partes, el régimen económico matrimonial en los casos internacionales.

⁴⁵ DOUE L 201 de 27 julio 2012.

⁴⁶ *Vid.* Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, en BOE núm. 180 de 29 julio 2015. *Vid.* Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 octubre 1996 en BOE núm. 291 de 2 diciembre 2010.

⁴⁷ A. DUTTA, "Der gewöhnliche Aufenthalt – Bewährung und Perspektiven eines Anknüpfungsmoments im Lichte der Europäisierung des Kollisionsrechts", *IPRax*, 2017-2, pp. 139-146.

⁴⁸ N. JOUBERT, "La résidence de l'enfant du divorce face à la demande de modification de la décisions relative à la garde et aux aliments" (nota a Sent. TJUE 15 febrero 2017, C-499/15)", *RCDIP*, 2018-1, pp. 138-143; CH. CHALAS, "Précisions sur la résidence habituelle et la procédure de retour de l'enfant dans le Règlement Bruxelles II bis", *RCDIP*, 2018-I, pp. 115-125.

⁴⁹ En tal sentido, *vid.* J. CARRASCOSA GONZALEZ, *Conflicto de leyes y teoría económica*, Colex, Madrid, 2011, pp. 33-39.

⁵⁰ G.P. ROMANO, "La bilateralité éclipse par l'autorité. Développements récents en matière d'état des personne", *RCDIP*, 2006, pp. 457-520. También P. MANKOWSKI, "Das Staatsangehörigkeitsprinzip – gestern und heute", *IPRax*, 2017-2, pp. 130-139 y del mismo modo, igualmente, P. LAGARDE, "Nota a Sent. TJUE 2 marzo 2010, *Janko Rottmann*", *RCDIP*, 2010, pp. 540-558 y G. SCHULZE, "Das Personalstatut bei ineffektiver Mehrstaatigkeit (BGH, S. 609)", *IPRax*, 2016, pp. 575-578, que pone de relieve que la nacionalidad no efectiva no manifiesta, en realidad, ninguna conexión entre la persona y el país cuyo pasaporte posee.

⁵¹ E. DI NAPOLI, "A place called home: il principio di territorialità e la localizzazione dei rapporti familiari nel diritto internazionale privato post-moderno", *RDIPP*, 2013, vol. 49, núm. 4, pp. 899-922. En el mismo sentido, M.-P. WELLER, "Die neue Mobilitätsanknüpfung im Internationalen Familienrecht – Abfederung des Personalstatutenwechsels über die Datumtheorie", *IPRax*, 2014-3, pp. 225-233.

COMPETENCIA INTERNACIONAL EN MATERIA DE
EXPEDICIÓN DE CERTIFICADOS SUCESORIOS: A PROPÓSITO
DE LA SENTENCIA DEL TJUE 21 JUNIO 2018, VINCENT
PIERRE OBERLE, C-20/17

JURISDICTION IN THE ISSUANCE OF SUCCESSION
CERTIFICATES: PURPOSE TO THE CJEU JUDGEMENT OF 21ST
JUNE 2018, VINCENT PIERRE OBERLE, C-20/17

M^a JOSÉ CASTELLANOS RUIZ

*Profesora Ayudante Doctora de Derecho Internacional Privado
Universidad Carlos III de Madrid*

ORCID ID: 0000-0003-1869-4488

Recibido: 22.12.2019 / Aceptado: 15.01.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5199>

Resumen: En el Reglamento (UE) 650/2012 no existe una norma específica que regule la competencia en materia de expedición de certificados sucesorios nacionales, incluso no se utiliza nunca la expresión “certificado sucesorio nacional” como tal, sino que los denomina “*documentos internos empleados en los Estados miembros para fines similares*” a los de los certificados sucesorios europeos. Sin embargo, dicho instrumento internacional sí que contempla una regulación específica relativa a la competencia en materia de expedición de certificados sucesorios europeos (art. 64 Reglamento (UE) 650/2012). Pues bien, ante la “aparente laguna legal” en relación con los certificados sucesorios nacionales, se debe determinar, si dentro del concepto de “*totalidad de la sucesión*” -que indica el ámbito de aplicación del Reglamento-, se encuentran dichos certificados. En cuyo caso, las normas de competencia del capítulo II del Reglamento sucesorio serían de aplicación a la expedición de los certificados sucesorios nacionales y a los procedimientos relativos a ellos.

En este sentido, la Sentencia del TJUE 21 junio 2018, *Vincent Pierre Oberle*, C-20/17 y, sobre todo, las Conclusiones del Abogado General Sr. M. Szpunar, han venido a solucionar esta “laguna legal”, así como otras cuestiones planteadas de gran importancia, en relación con el asunto concreto que se estaba dirimiendo. Se debe destacar que, con el fallo de la sentencia, se resuelve una cuestión que puede ser relevante para todos los Estados miembros en los que se contempla la posibilidad de que los órganos judiciales expidan certificados sucesorios nacionales.

Palabras clave: Reglamento (UE) 650/2012, certificado sucesorio nacional, certificado sucesorio europeo, competencia internacional, tribunal, notario, resolución, totalidad de la sucesión.

Abstract: In Regulation (EU) 650/2012 there is no specific provision that regulates the competence in the issue of national certificates of succession, even the term “national succession of certificate” is never used as such, but rather calls them “internal documents used for similar purposes in the Member States” to those of European Certificates of Succession. However, this international instrument contemplates a specific regulation governing the competence in the issue of European Certificate of Succession (art. 64 Regulation (EU) 650/2012). Well, given the “apparent legal loophole” in relation to national certificates of succession, it must be determined, if within the concept “succession as a whole” -which indicates the scope of the Regulation-, such certificates are found. In which case, the jurisdiction rules

of Chapter II of this Regulation would apply to the issuance of national certificates of succession and the procedures related to them.

In this regard, the CJEU Judgement of 21st June 2018, *Vincent Pierre Oberle*, C-20/17, and, above all, the Conclusions of the Advocate General Mr. M. Szpunar, have come to solve this “legal loophole”, as well as others issues raised of great importance, in relation to the specific issue that was being settled. This case, on the other hand, involves the resolution of an issue which could be relevant to all Member States where provision is made for judicial authorities to issue national certificates of succession

Keywords: Regulation (EU) 650/2012, national certificate of succession, European Certificate of Succession, international jurisdiction, court, notary, resolution, succession as a whole.

Sumario: I. Introducción. II. Competencia general para resolver sobre la totalidad de la sucesión: el art. 4 del Reglamento (UE) 650/2012. 1. Concepto de “tribunal”. 2. Concepto de “resolver sobre la totalidad de la sucesión”. 3. Concepto de “resolución”. 4. El art. 4 del Reglamento (UE) 650/2012 en el contexto de otras normas del capítulo II de dicho Reglamento. III. Competencia internacional en materia de expedición de certificados sucesorios europeos. 1. El art. 64 del Reglamento (UE) 650/2012. 2. Relación entre el art. 64 y el art. 4 del Reglamento (UE) 650/2012. IV. Competencia internacional en materia de expedición de certificados sucesorios nacionales. 1. Análisis de la Sentencia del TJUE 21 junio 2018, *Vincent Pierre Oberle*, C-20/17. A) Hechos y cuestión prejudicial. B) Los certificados sucesorios nacionales como objeto del ámbito de aplicación del Reglamento (UE) 650/2012 C) La competencia en materia de expedición de los certificados sucesorios nacionales: el art. 4 del Reglamento (UE) 650/2012. a) Postura de las partes. b) Interpretación teleológica del Abogado General en las Conclusiones de la sentencia. c) Interpretación histórica del Abogado General en las Conclusiones de la sentencia. d) Conclusiones. 2. Implicaciones para los Estados miembros.

I. Introducción

1. La Sentencia del TJUE de 21 junio 2018, *Vincent Pierre Oberle*, C-20/17, responde a la tercera cuestión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro solicitando una interpretación de las disposiciones del 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 europeo¹.

La cuestión prejudicial planteada por el órgano jurisdiccional remitente se refiere a la relación del Reglamento (UE) 650/2012 con las disposiciones nacionales que regulan las sucesiones. De manera que el Kammergericht Berlin (Tribunal Superior Regional de lo Civil y Penal de Berlín) solicita que se determine si el art. 4 del Reglamento 650/2012 atribuye también competencia con respecto a los procedimientos de expedición de los certificados sucesorios nacionales². Esto tendría como consecuencia que los Estados miembros no podrían aplicar normas internas de competencia judicial internacional diferentes a las previstas por el Reglamento (UE) 650/2012³.

¹ Para los Estados miembros que son parte en el mismo, desde el 17 de agosto de 2015 es de aplicación en materia sucesoria el Reglamento (UE) núm. 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012 (DOUE núm. L 201, 27 julio 2012), relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo. En las referencias posteriores que se hagan en relación con dicho instrumento internacional, éste será denominado Reglamento (UE) 650/2012. *Vid.* STJUE 21 junio 2018, *Vincent Pierre Oberle*, C-20/17, ECLI:EU:C:2018:485.

² STJUE 21 junio 2018, *Vincent Pierre Oberle*, C-20/17, ECLI:EU:C:2018:485, apartado 28.

³ Conclusiones del Abogado General Sr. M. Szpunar, presentadas el 22 de febrero de 2018, *Vincent Pierre Oberle*, C-20/17, ECLI:EU:C:2018:89, apartado 2.

Tal y como señala en sus Conclusiones el Abogado General Sr. M. Szpunar, la cuestión prejudicial es extraordinariamente compleja y la relevancia práctica de esta sentencia es mucho mayor que la que pueda derivarse del asunto *Mahnkopf*⁴. En este último caso se hacía referencia a una norma singular del Derecho alemán, mientras que en el asunto *Vincent Pierre Oberle* se resuelve una cuestión que puede ser relevante para todos los Estados miembros en los que se ha estipulado la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales expidan certificados sucesorios nacionales⁵. Además de otras implicaciones sobre los Estados miembros derivados de la interpretación que se realiza de otros preceptos, como es el caso del art. 64 del Reglamento (UE) 650/2012, que recoge la competencia en materia de expedición de certificados sucesorios europeos.

Existe otra sentencia posterior en cierto modo relacionada con la sentencia del asunto *Vincent Pierre Oberle*. Se trata de la sentencia del TJUE 23 mayo 2019, *WB c Notariusz Przemysława Bac*, C-658/17, en la que la cuestión prejudicial que se plantea es si los notarios polacos, encargados de otorgar escrituras de declaración de herederos, ejercen funciones jurisdiccionales⁶. Sin embargo, para responder a la cuestión planteada, el Abogado General Sr. Y. Bot utiliza la interpretación de los diversos conceptos de las Conclusiones del Abogado General en el asunto *Vincent Pierre Oberle*, realizando determinadas precisiones terminológicas al caso concreto⁷. Por lo que, se aludirá a la sentencia de 23 de mayo de 2019, cuando se aborden aspectos que son tratados en dicha sentencia; si bien es en la sentencia y, sobre todo, en las Conclusiones del Abogado General Mr. Szpunar al asunto *Vincent Pierre Oberle*, donde las interpretaciones realizadas contribuyen en mayor medida a una correcta aplicación del Reglamento sucesorio.

2. Tanto en los argumentos utilizados para llegar al fallo de la sentencia STJUE 21 junio 2018, *Vincent Pierre Oberle*, C-20/17, como en las Conclusiones del Abogado General Sr. M. Szpunar, se procede a realizar una interpretación autónoma de conceptos especialmente relevantes para una correcta aplicación del Reglamento (UE) 650/2012.

Por ello y en aras de una mejor comprensión del fallo de la sentencia, que resuelve si la norma de competencia general del art. 4 del Reglamento (UE) 650/2012 es también de aplicación a la expedición de los certificados sucesorios nacionales, se ha dividido el presente estudio en tres apartados. En primer lugar, se procede al análisis de la competencia general para pronunciarse sobre la totalidad de la sucesión, recogida en el art. 4 del Reglamento (UE) 650/2012; así como su relación con otras normas del capítulo II, concretamente con el art. 13 de dicho instrumento internacional. Después se van a señalar los criterios de competencia internacional en materia de expedición de los certificados sucesorios europeos contemplados en el art. 64 del Reglamento (UE) 650/2012; y la relación entre este precepto y el art. 4 del Reglamento sucesorio. Ambos apartados son fundamentales para comprender tanto la interpretación literal, como la interpretación sistemática, que realiza el Abogado General Sr. M. Szpunar en sus Conclusiones sobre el asunto *Vincent Pierre Oberle*⁸.

Por último, se analizará la respuesta a la cuestión prejudicial planteada en la Sentencia del TJUE 21 junio 2018, *Vincent Pierre Oberle*, C-20/17, que no es otra que la determinación de la competencia internacional en materia de expedición de certificados sucesorios nacionales. Así como, las consecuencias que tiene el fallo de la sentencia sobre el resto de Estados miembros en los que es de aplicación el Reglamento (UE) 650/2012.

⁴ STJUE 1 marzo 2018, *Mahnkopf*, C-558/16, ECLI:EU:C:2018:138.

⁵ Conclusiones del Abogado General Sr. M. Szpunar, presentadas el 22 de febrero de 2018, *Vincent Pierre Oberle*, C-20/17, ECLI:EU:C:2018:89, apartado 3.

⁶ STJUE 23 mayo 2019, *WB c Notariusz Przemysława Bac*, C-658/17, ECLI:EU:C:2019:444.

⁷ Conclusiones del Abogado General Sr. Y. Bot, presentadas el 28 de febrero de 2019, *WB c. Notariusz Przemysława Bac*, C-658/17, ECLI:EU:C:2019:166, apartado 81.

⁸ Conclusiones del Abogado General Sr. M. Szpunar, presentadas el 22 de febrero de 2018, *Vincent Pierre Oberle*, C-20/17, ECLI:EU:C:2018:89, apartados 57-93.

II. Competencia general para resolver sobre la totalidad de la sucesión: el art. 4 del Reglamento (UE) 650/2012

3. La competencia judicial internacional del Reglamento (UE) 650/2012 en materia sucesoria está regulada en el capítulo II, concretamente en los arts. 4 a 19⁹. El Considerando (20) establece los aspectos básicos de las normas de competencia judicial internacional en materia sucesoria¹⁰.

El Reglamento (UE) 650/2012 debe respetar los distintos sistemas nacionales para sustanciar sucesiones que se aplican en los distintos Estados miembros¹¹. Sin embargo, el Reglamento sucesorio europeo no armoniza ninguna normativa nacional de los Estados miembros, sino que, tal y como precisa K.-W. LANGE, crea un DIPr. sucesorio europeo de nuevo cuño¹².

En este sentido, cada Estado miembro regula de manera diferente la sucesión mortis causa desde el punto de vista de las autoridades competentes en esta materia. Algunos Estados miembros cuentan con un sistema de competencia basado en órganos judiciales que ejercitan poderes jurisdiccionales. Mientras que otros Estados miembros disponen de un sistema legal basado, fundamentalmente, en la intervención de órganos públicos no judiciales que no ejercitan poderes jurisdiccionales o de órganos judiciales pero que operan sin poderes jurisdiccionales, es decir, en régimen de jurisdicción voluntaria¹³. Sin embargo, en algunos Estados miembros también es posible que los notarios o las oficinas de registro ejerzan funciones jurisdiccionales en determinados supuestos; así como los notarios y los profesionales del derecho pueden ejercer dichas funciones en una sucesión determinada, por delegación de un tribunal¹⁴.

4. La norma de competencia general en materia sucesoria se recoge en el art. 4 del Reglamento (UE) 650/2012, que establece que los tribunales del Estado miembro en el que el causante tuviera su residencia habitual en el momento del fallecimiento tendrán competencia para pronunciarse o resolver sobre la totalidad de la sucesión¹⁵.

Además, del apartado en el que se inserta el artículo 4 del Reglamento (UE) 650/2012 se desprende que dicho precepto regula la determinación de la competencia general de los tribunales de los Estados miembros; mientras que el reparto de las competencias en el plano interno se establece según las reglas nacionales, de conformidad con el artículo 2 del Reglamento sucesorio¹⁶.

5. Pero, para poder conocer si es de aplicación el art. 4 del Reglamento (UE) 650/2012 a la determinación de la competencia para la expedición de los certificados sucesorios nacionales, en el asunto *Vincent Pierre Oberle*, se debe responder a las siguientes cuestiones: ¿qué se entiende por “tribunal”?; ¿qué alcance tiene el concepto de “resolver sobre la totalidad de la sucesión”?; y por lo tanto, ¿qué se incluye dentro del término “resolución”?

Dado que la interpretación literal del art. 4, que hace el Abogado General Sr. M. Szpunar en sus Conclusiones, no otorga una respuesta unívoca a la cuestión planteada, este procede a comparar el art. 4 con el art. 13 del Reglamento (UE) 650/2012, que también será explicado a continuación¹⁷.

⁹ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento sucesorio europeo 650/2012 de 4 de julio de 2012. Análisis crítico*, Rapid Centro Color, Murcia, 2019, p. 119.

¹⁰ E. CASTELLANOS RUIZ, “Sucesión Hereditaria. El Reglamento Sucesorio Europeo”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2018, p. 598.

¹¹ Considerando (20) Reglamento (UE) 650/2012.

¹² K.-W. LANGE, “Die geplante Harmonisierung des Internationalen Erbrechts in Europa”, *Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft*, 2011, pp. 426-437; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Reglamento sucesorio europeo y actividad notarial”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, n° 1, marzo 2014, p. 9.

¹³ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Reglamento sucesorio europeo y actividad notarial”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, n° 1, marzo 2014, p. 13.

¹⁴ Considerando (20) Reglamento (UE) 650/2012.

¹⁵ STJUE 21 junio 2018, *Vincent Pierre Oberle*, C-20/17, ECLI:EU:C:2018:485, apartado 34.

¹⁶ STJUE 21 junio 2018, *Vincent Pierre Oberle*, C-20/17, ECLI:EU:C:2018:485, apartado 34.

¹⁷ El análisis del art. 4 del Reglamento (UE) 650/2012 en el contexto de otras normas del capítulo II de dicho instrumento forma parte de la interpretación sistemática del art. 4 que realiza el Abogado General en sus Conclusiones. *Vid.* Conclusiones del Abogado General Sr. M. Szpunar, presentadas el 22 de febrero de 2018, *Vincent Pierre Oberle*, C-20/17, ECLI:EU:C:2018:89, apartados 78-85.

1. Concepto de “tribunal”

6. En virtud del art. 3.2 del Reglamento (UE) 650/2012 se pueden distinguir dos categorías dentro del término “tribunal”: por un lado, los órganos judiciales (*Gericht/judicial authority/gerechtelijke autoriteit*); y, por otro lado, las demás autoridades y profesionales del derecho. Las dos categorías son objeto de precisiones distintas dentro del Reglamento (UE) 650/2012, aunque ambas se han incluido dentro del concepto de “tribunal” para respetar los diferentes sistemas legales con los que cuentan los Estados miembros para regular la sucesión¹⁸. En ciertos Estados miembros, los notarios desempeñan un papel fundamental en la liquidación de la sucesión, mientras que en otros Estados miembros los funcionarios públicos participan en las distintas etapas de dicha liquidación. Es más, un abogado puede ser llamado a realizar esta función si lo solicita un tribunal, como ocurre en Suecia o en Finlandia¹⁹.

Además, el Reglamento sucesorio utiliza otros conceptos junto con la noción de “jurisdicción”. En relación con el certificado sucesorio europeo, el art. 64 distingue a los “tribunales” de otras “autoridades” que son igualmente competentes en materia sucesoria; cuestión que será analizada en el apartado del certificado sucesorio europeo²⁰.

Por otro lado, el art. 72 utiliza un concepto distinto, puesto que este precepto reserva a las “autoridades judiciales” la posibilidad de conocer por la vía de los recursos contra las decisiones relativas a los certificados sucesorios²¹. Este precepto no será estudiado por no estar directamente relacionado con el objeto de estudio del presente trabajo.

7. Por esta razón, el concepto de “tribunal” del Reglamento (UE) 650/2012, debe entenderse en un sentido amplio, de modo que no solo abarque a los órganos judiciales en sentido propio, que ejercen funciones jurisdiccionales²²; sino también a los notarios o a las oficinas del registro en algunos Estados miembros, que, en determinados supuestos, ejercen tal tipo de funciones; así como los notarios y profesionales del Derecho que, en algunos Estados miembros, ejercen tales funciones jurisdiccionales en una sucesión determinada, por delegación de un tribunal.

Por lo tanto, a efectos del Reglamento, un “tribunal” puede ser: (a) Un órgano judicial que desarrolla funciones jurisdiccionales en el sector sucesorio; (b) Una autoridad no judicial de un Estado miembro que desarrolla, igualmente, funciones jurisdiccionales en el sector sucesorio según la Ley de dicho Estado miembro; (c) Un abogado o un notario u otra autoridad o profesional del Derecho, que ejerza funciones jurisdiccionales por delegación de un tribunal de un Estado miembro participante en el Reglamento (UE) 650/2012²³.

En este sentido, el art. 3.2 define, a los efectos del Reglamento el término “tribunal” como todo órgano judicial y todas las demás autoridades y profesionales del Derecho con competencias en materia de sucesiones que (a) ejerzan funciones jurisdiccionales, o que (b) actúen por delegación de poderes de un órgano judicial, o que (c) actúen bajo su control, siempre que tales autoridades y profesionales del Derecho ofrezcan garantías en lo que respecta a (d) su imparcialidad y (e) al derecho de las partes a ser oídas, y que sus resoluciones, dictadas con arreglo al Derecho del Estado miembro en el que actúan, (f)

¹⁸ P. WAUTELET, “Article 3: Definitions” en A. BONOMI/P. WAUTELET/I. PRETELLI/A. ÖZTÜRK, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 171.

¹⁹ A.-M.-E. GIULIANO, “De Erfrechtverordenig: één bevoegde autoriteit en één toepasselijk recht”, *FPR*, 2013, p. 69; P. WAUTELET, “Article 3: Definitions” en A. BONOMI/P. WAUTELET/I. PRETELLI/A. ÖZTÜRK, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, pp. 171-172.

²⁰ P. WAUTELET, “Article 3: Definitions” en A. BONOMI/P. WAUTELET/I. PRETELLI/A. ÖZTÜRK, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 172.

²¹ P. WAUTELET, “Article 3: Definitions” en A. BONOMI/P. WAUTELET/I. PRETELLI/A. ÖZTÜRK, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 172.

²² Como ha destacado O. FERACI, el Reglamento acoge un concepto muy extenso de “tribunal” que no se circunscribe exclusivamente a los “órganos judiciales (O. FERACI, “La nuova disciplina europea della competenza giurisdizionale in materia di successioni mortis causa”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 5, nº 2, octubre 2013, pp. 291-314).

²³ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Reglamento sucesorio europeo y actividad notarial”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, nº 1, marzo 2014, pp. 13-14.

puedan ser objeto de recurso o revisión ante un órgano judicial, y (g) tengan fuerza y efectos análogos a los de la resolución de un órgano judicial sobre la misma materia²⁴.

8. Todos los tribunales tal y como se definen en el presente Reglamento deben estar vinculados por las normas de competencia establecidas en el mismo²⁵. Ahora bien, Reino Unido e Irlanda (Considerando 82), así como Dinamarca (Considerando 83) no están obligados por el Reglamento 620/2012, dado que no han participado en su adopción y, por tanto, no quedan sujetos a su aplicación, ni vinculados por el Reglamento²⁶.

9. **Concepto de “las demás autoridades y profesionales del Derecho”.** Así pues, dentro del concepto de “tribunal” el Reglamento sucesorio los incluye, pero siempre que ejerzan funciones jurisdiccionales, en virtud de lo establecido en el art. 3.2 del Reglamento sucesorio.

No obstante, el término “tribunal” no debe incluir a las autoridades no judiciales de un Estado miembro que, en virtud del Derecho nacional, están facultadas para sustanciar sucesiones, como los “notarios” en la mayoría de los Estados miembros en aquellos casos en los que, como ocurre habitualmente, no ejercen funciones jurisdiccionales²⁷. Por lo que el Reglamento no afecta a las competencias que los Estados miembros atribuyan a los notarios en materia de sucesiones²⁸.

Por tanto, su inclusión o no en el término “tribunal” dependerá de si ejercen, en el Estado miembro concreto “función jurisdiccional”. Esta hipótesis será poco frecuente. La mayoría de las funciones realizadas por los notarios de los Estados donde no rige el *common law* no son consideradas tareas de naturaleza jurisdiccional. Se trata normalmente de la redacción de un testamento o de un pacto sucesorio; de consejos realizados en materia de planificación sucesoria; o de la redacción de un acto de notoriedad o de herencia. En estas funciones, el notario no puede ser asimilado a un tribunal, por lo que no estarán vinculados por las normas de competencia del Reglamento (UE) 650/2012. Así M. DUTTA señala que en este sentido el notario alemán “raramente” será considerado un tribunal en el sentido del Reglamento²⁹.

10. En cuanto al concepto de “funciones jurisdiccionales” realizadas por autoridades no judiciales es desarrollado en la sentencia y las Conclusiones del Abogado General del asunto *WB c Notariusz Przemyslaw Bac*. En este caso, la cuestión prejudicial que se plantea es si los notarios polacos, encargados de otorgar escrituras de declaración de herederos, ejercen funciones jurisdiccionales³⁰. Precisa-

²⁴ M. WELLER, “Scope and Definitions”, en A.-L. CALVO CARAVACA/A. DAVI/H.-P. MANSEL (eds.), *The EU Succession Regulation: a commentary*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016, p. 122.

²⁵ Considerando (20) Reglamento (UE) 650/2012.

²⁶ Vid. A. DAVI, “Introduction”, en A.-L. CALVO CARAVACA/A. DAVI/H.-P. MANSEL (eds.), *The EU Succession Regulation: a commentary*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016, pp. 11-18.

²⁷ Considerando (20) Reglamento (UE) 650/2012.

²⁸ Considerando (21) Reglamento (UE) 650/2012.

²⁹ A. DUTTA, “EuErbVO”, *Münchener Kommentar, Internationales Privatrecht I*, 6^o Ed., C.H. Beck, München, 2015, p. 16; P. WAUTELET, “Article 3: Definitions” en A. BONOMI/P. WAUTELET/I. PRETELLI/A. ÖZTÜRK, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2^a ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 175.

³⁰ Los hechos del caso son los siguientes. La recurrente, WB, era una de las partes intervinientes en el procedimiento dirigido a la obtención de una escritura de declaración de herederos relativo a la sucesión de su padre. El padre, de nacionalidad polaca, falleció el 6 de agosto de 2016 y tenía residencia habitual en Polonia. Dicha escritura fue otorgada el 21 de octubre de 2016 por un notario polaco, de conformidad con el Derecho polaco. Al ser el causante un empresario que desarrollaba una actividad económica en la región fronteriza germano-polaca, la recurrente quiso averiguar si había en Alemania alguna entidad bancaria que poseyera fondos depositados por su padre y, de ser así, cuál era el importe que podía incluirse en la masa hereditaria. Pues bien, en las cuestiones prejudiciales planteadas es si la escritura de declaración de herederos constituye una certificación, cuyo formulario figura en el anexo I del Reglamento de Ejecución núm. 1329/2014 Comisión, de 9 de diciembre de 2014 (DOUE núm L), acreditativa de que dicha escritura constituye una resolución en materia de sucesiones en el sentido del art. 3.1.g) del Reglamento (UE) 650/2012; o bien, constituye un documento público en materia de sucesiones en el sentido del art. 3.1.i), del Reglamento n.º 650/2012, cuyo formulario II es el establecido en el anexo 2 del citado Reglamento. Para resolver esta cuestión, se debe aclarar por tanto si los notarios polacos, que formalizan escrituras de declaración de herederos, ejercen funciones jurisdiccionales (Conclusiones del Abogado General Sr. Y. Bot, presentadas el 28 de febrero de 2019, *WB c. Notariusz Przemyslaw Bac*, C-658/17, ECLI:EU:C:2019:166, apartados 29-41). Vid. Reglamento de Ejecución (UE) núm. 1329/2014 de la Comisión, de 9 de diciembre de 2014 (DO núm. L 359 16 diciembre 2014), por el que se establecen los formularios mencionados en el Reglamento (UE) núm. 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el recono-

mente el Abogado General señala que los conceptos de “resolución” y de “funciones jurisdiccionales” están íntimamente relacionados, como señala el Considerando (22) del Reglamento (UE) 650/2012³¹. En él se establece que, “cuando los notarios ejercen funciones jurisdiccionales, están vinculados por las normas de competencia, y las resoluciones que dicten deben circular de acuerdo con las disposiciones sobre reconocimiento, fuerza ejecutiva y ejecución de resoluciones”; y, además, añade que, “cuando los notarios no ejercen funciones jurisdiccionales, no están vinculados por las normas de competencia, y los documentos públicos que expidan deben circular de acuerdo con las disposiciones sobre estos”. En definitiva, si se considera que los notarios polacos no ejercen funciones jurisdiccionales, los documentos públicos que emiten circulan más fácilmente que una resolución.

En este sentido, el Abogado General Sr. Y. Bot para determinar si los notarios pueden ser considerados “tribunales”, por ejercer funciones jurisdiccionales, utiliza la interpretación del concepto “resolución”, de las Conclusiones del Abogado General en el asunto *Vincent Pierre Oberle* -que será estudiado posteriormente-; pero realizando determinadas precisiones terminológicas al caso concreto, porque en el asunto *Vincent Pierre Oberle*, la cuestión sucesoria planteada se refiere a las actuaciones de los “órganos judiciales”³².

De dicha interpretación del concepto de “resolución” de asunto *Vincent Pierre Oberle*, Abogado General Sr. Y. Bot en el asunto *WB c Notariusz Przemysława Bac*, señala que con la expresión “funciones jurisdiccionales” se está haciendo referencia tanto a los procedimientos contenciosos como a los procedimientos de jurisdicción voluntaria, siempre que estos últimos no dependan únicamente de la voluntad de las partes³³. No se debe considerar que el TJUE en el asunto *Vincent Pierre Oberle* haya pretendido modificar el concepto de “funciones jurisdiccionales”, haciéndolo extensivo a los documentos que tienen por efecto registrar una manifestación de voluntad privada³⁴.

Por lo tanto, el Sr. Y. Bot concluye que de dicha sentencia relativa a un procedimiento de jurisdicción voluntaria no se puede deducir que las autoridades no judiciales que expiden certificados sucesorios, a falta de oposición, dictan resoluciones como un tribunal en el sentido del art. 3.1.g) del Reglamento (UE) 650/2012³⁵.

Teniendo en cuentas dichas interpretaciones y las funciones que ejercía el notario polaco en el asunto *WB c Notariusz Przemysława Bac*, el TJUE consideró que los notarios polacos, que redactan un documento a solicitud de todas las partes del procedimiento notarial, no ejercían funciones jurisdiccionales, así que no podía ser considerado “tribunal”, en el sentido del Reglamento (UE) 650/2012. Eso sí, constituye un “documento público”, cuya expedición puede ir acompañada del formulario que figura en el anexo 2 del Reglamento de Ejecución (UE) núm. 1329/2014 de la Comisión, de 9 de diciembre de 2014, por el que se establecen los formularios en el Reglamento (UE) 650/2012 (art. 59.1. párrafo segundo)³⁶.

11. Por otro lado, se podría contemplar también la posibilidad de que el notario pudiera actuar por delegación en el sentido del art. 3.2 del Reglamento 650/2012, puesto que cuando éste procede a la liquidación de una sucesión, esta tarea es encargada por un tribunal. Efectivamente, en algunos Estados miembros como son Francia y Bélgica, la intervención del notario en la liquidación de una sucesión puede hacerse mediante la designación expresa de un tribunal. Aunque no será fácil en ocasiones determinar si el notario que es llamado a intervenir en el marco de una liquidación-partición lo hace en virtud de una delegación de poderes o bajo el control de un tribunal, ni si el notario cumple con el resto de condiciones señaladas por el art. 3.2³⁷. En algunos Estados miembros, se solicita la intervención de un notario para

cimiento 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.

³¹ Conclusiones del Abogado General Sr. Y. Bot, presentadas el 28 de febrero de 2019, *WB c. Notariusz Przemysława Bac*, C-658/17, ECLI:EU:C:2019:166, apartado 60.

³² *Ibidem*, apartado 81.

³³ *Idem*, apartado 86.

³⁴ *Idem*, apartado 87.

³⁵ *Idem*, apartado 89.

³⁶ STJUE 23 mayo 2019, *WB c Notariusz Przemysława Bac*, C-658/17, ECLI:EU:C:2019:444, apartado 73.

³⁷ P. WAUTELET, “Article 3: Definitions” en A. BONOMI/P. WAUTELET/I. PRETELLI/A. ÖZTÜRK, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2^a ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, pp. 175-176.

intervenir judicialmente en tareas concretas en el marco de la sucesión. Este es el caso de Alemania, donde los notarios intervienen cuando se trata de acciones para el reparto de la comunidad de bienes³⁸.

En definitiva, teniendo en cuenta la práctica habitual en la mayor parte de los Estados miembros, los notarios no responderán nada más que excepcionalmente a las exigencias establecidas en el art. 3.2 del Reglamento de sucesiones. En estos Estados miembros, los notarios no serán considerados “tribunales”. Por lo tanto, los notarios no estarán vinculados por las normas de competencia del Reglamento y no dictarán decisiones que sean susceptibles de ser reconocidas en virtud de dicho texto. En estos casos, las partes podrían confiar a los notarios de un Estado miembro una tarea de liquidación-partición de una sucesión cuando los tribunales de ese Estado miembro no fuesen competentes en virtud del Reglamento, aunque dicha función sólo podría tener el carácter de amigable³⁹. Tal y como señala P. WAUTELET cabe plantearse la pregunta de si la intervención de los notarios en estos casos sería oportuna o adecuada.

12. Pero son los Estados miembros los que, en virtud del art. 79.1 del Reglamento (UE) 650/2012, tienen que comunicar a la Comisión si los notarios u otros profesionales, u otras autoridades no judiciales ejercen funciones jurisdiccionales, cumpliendo así con los requisitos del art. 3.2 del Reglamento sucesorio. En este sentido, España ha hecho una comunicación al respecto, mientras que Francia y Alemania no la han realizado. Este tema será tratado con mayor detalle en el último apartado, el de la competencia internacional en materia de expedición de certificados sucesorios nacionales.

Sin embargo, esta declaración, comunicación o notificación no es definitiva, así lo ha establecido el TJUE en el asunto *WB c Notariusz Przemysława Bac*. En la sentencia y en las Conclusiones del Abogado General Sr. Y. Bot se establece que la falta de notificación a que se refiere el artículo 3.2 en su párrafo segundo del Reglamento sucesorio, por parte de Polonia, en relación al ejercicio por los notarios de funciones jurisdiccionales, no tiene carácter definitivo. Esto significa que si los Estados no notifican que sus notarios son “otras autoridades” en el sentido del art. 3.2 Reglamento sucesorio, no implica que éstos no puedan ser considerados “tribunal” y estar sometidos a las normas de competencia internacional del mismo. El Abogado General señala que dicha calificación debe ser realizada por el órgano jurisdiccional nacional en cuestión, de forma autónoma, de manera que en cualquier caso la declaración realizada por la autoridad nacional competente no vincula a dicho órgano jurisdiccional; y eso se podría extrapolar a los casos de ausencia de declaración⁴⁰.

13. Concepto de “órgano judicial”. Pues bien, como se ha podido constatar, hasta la sentencia del asunto *Vincent Pierre Oberle*, la mayoría de la literatura sobre el concepto de “tribunal” se ha centrado en establecer cuáles podrían ser “*las demás autoridades y profesionales del Derecho*”, que en virtud del art. 3.2 del Reglamento sucesorio, podían ejercer funciones jurisdiccionales. Sin embargo, el Abogado General en sus Conclusiones sobre dicho asunto pretende determinar si dentro del concepto de “tribunal” está incluido “todo órgano judicial” o únicamente “los órganos judiciales que ejercen funciones jurisdiccionales”⁴¹.

El Considerando (20), en su segunda frase, señala que el concepto «tribunal» se debe dotar de un sentido amplio, de modo que abarque “*los órganos judiciales en sentido propio, que ejercen funciones jurisdiccionales*” y también otros sujetos que ejerzan las funciones jurisdiccionales en algunos

³⁸ P. WAUTELET, “Article 3: Definitions” en A. BONOMI/P. WAUTELET/I. PRETELLI/A. ÖZTÜRK, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 176.

³⁹ Si los tribunales de ese Estado miembro no tuviesen competencia, los notarios no podrían expedir un certificado sucesorio europeo, pues no son considerados “tribunales” (P. WAUTELET, “Article 3: Definitions” en A. BONOMI/P. WAUTELET/I. PRETELLI/A. ÖZTÜRK, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 178). Aunque como se verá al analizar los certificados sucesorios europeos, si el Estado miembro, en virtud del art. 78.1.c), comunica a la Comisión que los notarios son “otra autoridad” para la expedición de los certificados sucesorios europeos, podrían realizarlos aunque no hubiese foro de competencia judicial internacional, pues en virtud de su derecho interno son competentes para sustanciar sucesiones mortis causa (art. 64.b)). Si bien sobre este tema no existe una postura unánime al respecto, generándose un debate, tal y como se podrá comprobar.

⁴⁰ Vid. STJUE 23 mayo 2019, *WB c Notariusz Przemysława Bac*, C-658/17, ECLI:EU:C:2019:444, apartados 40-49; Conclusiones del Abogado General Sr. Y. Bot, presentadas el 28 de febrero de 2019, *WB c. Notariusz Przemysława Bac*, C-658/17, ECLI:EU:C:2019:166, apartados 64-69.

⁴¹ Conclusiones del Abogado General Sr. M. Szpunar, presentadas el 22 de febrero de 2018, *Vincent Pierre Oberle*, C-20/17, ECLI:EU:C:2018:89, apartados 58-64.

asuntos⁴². En consecuencia, se puede afirmar que “*el órgano que formalmente integra la estructura de la jurisdicción de un determinado Estado miembro*”, pero que no ejerce funciones jurisdiccionales en un procedimiento concreto, no puede ser considerado un “tribunal” en el sentido del Reglamento sucesorio⁴³. En mi opinión, esta es la solución que debería haber sido adoptada por el Abogado General en sus Conclusiones, puesto que para que “las demás autoridades y profesionales del Derecho” puedan ser consideradas “tribunales” es necesario que cumplan funciones jurisdiccionales.

14. Sin embargo, el Abogado General no está de acuerdo con esta interpretación restrictiva del concepto de “tribunal”, puesto que el art. 3.2 del Reglamento (UE) 650/2012 no aclara si el concepto de “tribunal” abarca “todo órgano judicial”⁴⁴. En su opinión, tampoco del Considerando (20) se puede concluir de forma unívoca que este concepto no incluye “los órganos judiciales en sentido propio” que no ejerzan funciones jurisdiccionales en un procedimiento determinado⁴⁵.

Así pues, el Abogado General concluye que de la interpretación literal del concepto de “tribunal” no se puede determinar que el art. 4 del Reglamento (UE) 650/2012 “*atribuya la competencia exclusivamente respecto de los procedimientos en los que el órgano judicial ejerce funciones jurisdiccionales*”⁴⁶.

2. Concepto de “resolver sobre la totalidad de la sucesión”

15. Los Gobiernos alemán y polaco y la Comisión señalan en sus observaciones que en la versión alemana del art. 4 del Reglamento (UE) 650/2012, se establece que serán competentes los tribunales del Estado miembro que tengan competencia respecto de “las resoluciones en sucesiones” (*Für Entscheidungen in Erbsachen*)⁴⁷. En consecuencia, se podría deducir que el art. 4 de la versión alemana de dicho instrumento internacional, exclusivamente determinaría la competencia en aquellos procedimientos en los que los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros dictan “resoluciones” en el sentido del artículo 3.1.g) del Reglamento (UE) 650/2012⁴⁸.

Sin embargo, el Abogado General Sr. M. Szpunar deja claro que en el artículo 4 de otras versiones lingüísticas del Reglamento sucesorio no figura el concepto de “resolución”, sino que se hace referencia a “resolver” sobre la sucesión. Este es el caso de la versión inglesa (*rule*), la versión francesa (*statuer*) o la versión española, señalando esta última de forma literal: “*tendrán competencia para resolver sobre la totalidad de la sucesión*”⁴⁹. Por lo tanto, según el Abogado General, la dicción de la versión alemana del Reglamento no determina el alcance del concepto “resolver”⁵⁰.

16. En opinión del Abogado General, tampoco es algo obvio que las disposiciones que se refieren a “resolver” por parte de los órganos jurisdiccionales, estén refiriéndose a la forma verbal del concepto de “resolución” en el sentido que le otorga el art. 3.1.g), cuando en dicho art. 3 lo único que recoge son todas las definiciones del Reglamento sucesorio⁵¹.

La dificultad interpretativa es todavía mayor porque en la mayoría de las versiones lingüísticas del Reglamento (UE) 650/2012 se utilizó en el artículo 3.1.g), de forma redundante, el término “resolución”

⁴² *Ibidem*, apartado 59.

⁴³ *Idem*, apartado 60.

⁴⁴ *Idem*, apartado 61.

⁴⁵ *Idem*, apartado 62.

⁴⁶ *Idem*, apartado 64.

⁴⁷ *Idem*, apartado 65.

⁴⁸ El art. 3 del Reglamento (UE) 650/2012 recoge las definiciones de dicho instrumento internacional.

⁴⁹ Según el Abogado General, un aspecto a favor de una interpretación amplia del art. 4 del Reglamento sucesorio sería el hecho de que este atribuye la competencia al Estado de la residencia habitual del causante en el momento del fallecimiento para resolver “sobre la totalidad de la sucesión” (Conclusiones del Abogado General Sr. M. Szpunar, presentadas el 22 de febrero de 2018, *Vincent Pierre Oberle*, C-20/17, ECLI:EU:C:2018:89, apartado 67).

⁵⁰ Conclusiones del Abogado General Sr. M. Szpunar, presentadas el 22 de febrero de 2018, *Vincent Pierre Oberle*, C-20/17, ECLI:EU:C:2018:89, apartado 66.

⁵¹ *Ibidem*, apartado 68.

para definir el concepto de “resolución”⁵². Esto sucede en la versión alemana, inglesa y francesa, mientras que en la versión polaca, sueca y española se utiliza otro término para la definición de resolución; que en el caso de la versión española se refiere a “decisión” para definir el concepto de “resolución”.

17. Por último, el Abogado General Sr. M. Szpunar concluye que cuando el órgano jurisdiccional remitente, así como los Gobiernos alemán y francés, señalan la necesidad de interpretar el art. 4 del Reglamento (UE) 650/2012, en relación con la definición de “resolución” del art. 3.1.g), en el sentido de que “resolver” consiste en ejercer funciones jurisdiccionales, parece que hacen referencia al concepto de “resolución” que el Tribunal de Justicia ha elaborado en su jurisprudencia sobre las normas del “sistema de Bruselas”⁵³.

3. Concepto de “resolución”

18. Efectivamente, en el “sistema de Bruselas” se define como resolución, “*cualquier resolución (...) dictada por un tribunal de un Estado miembro*”, de forma que el TJUE ha aclarado que la “resolución” debe proceder de un órgano jurisdiccional que, en el ejercicio de su potestad jurisdiccional, resuelve sobre los puntos controvertidos entre las partes⁵⁴.

El Considerando (59) del Reglamento (UE) 650/2012, en relación al reconocimiento de resoluciones, deja claro que es indiferente que la “resolución” se haya dictado en un procedimiento contencioso o no contencioso. Por lo tanto, no se puede exigir que la “resolución” en el sentido del art. 3.1.g) del Reglamento sucesorio tenga que referirse necesariamente a puntos controvertidos entre las partes, como sí que es obligatorio en el “sistema de Bruselas”⁵⁵.

19. Por su parte, con el concepto de “*resolver en el ejercicio de su potestad jurisdiccional*”, el TJUE normalmente se refiere a aquellas características de la actividad realizada por el órgano judicial, en la que desempeña una función decisiva y no se limita a desarrollar un papel más pasivo que consista, por ejemplo, en ratificar la voluntad de las partes del procedimiento⁵⁶. De ahí que no sea considerado como resolución una transacción judicial “*que reviste un carácter esencialmente contractual, puesto que su contenido depende, ante todo, de la voluntad de las partes*”. Sin embargo, no es sencillo determinar la actividad que debería realizar el órgano judicial para reconocer que éste ha dictado una “resolución” en el sentido del art. 3.1.g) del Reglamento (UE) 650/2012⁵⁷.

20. Por último, los fines del Reglamento (UE) 650/2012 y del “sistema de Bruselas” son diferentes. Las “resoluciones” en el sentido del art. 3.1.g) del Reglamento sucesorio pueden ser también dictadas por autoridades no judiciales siempre que cumplan con los requisitos establecidos en el art. 3.2 del mismo instrumento internacional. Estos requisitos pretenden garantizar que las resoluciones de estas autoridades “*tengan fuerza y efectos análogos a los de la resolución de un órgano judicial sobre la misma materia*” objeto del Reglamento sucesorio (art. 3.2.b) Reglamento (UE) 650/2012).

Sin embargo, el fin de las normas del “sistema de Bruselas” es garantizar el traslado libre de las resoluciones en materia civil y mercantil; mientras que constituye un fin primordial para el Reglamento

⁵² *Idem*, apartado 69.

⁵³ *Idem*, apartado 70.

⁵⁴ *Idem*, apartado 71.

⁵⁵ *Idem*, apartado 73.

⁵⁶ *Vid.* Conclusiones del Abogado General Sr. Y. Bot, presentadas el 6 de septiembre de 2012, *Gothaer Allgemeine Versicherung y otros c. Samskip GmbH*, C-456/11, EU:C:2012:554, apartado 38. En esta misma línea interpretativa, *vid.* X. KRAMER, en U. MAGNUS/P. MANKOWSKI (eds.), *Brussels I bis Regulation*, Verlag Otto Schmidt, Colonia, 2016, p. 987. Esta postura también se adopta en relación con el Reglamento (UE) 650/2012. En este sentido *vid.*, P. WAUTELET, “Article 3: Definitions”, en A. BONOMI/P. WAUTELET/I. PRETELLI/A. ÖZTÜRK, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2^a ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 162.

⁵⁷ Conclusiones del Abogado General Sr. M. Szpunar, presentadas el 22 de febrero de 2018, *Vincent Pierre Oberle*, C-20/17, ECLI:EU:C:2018:89, apartado 74.

sucesorio la supresión de dificultades a la hora de ejercer sus derechos en situaciones de sucesión mortis causa con repercusiones transfronterizas⁵⁸.

Por lo tanto, según el Abogado General, el umbral de los requisitos que se le tienen que exigir a la “resolución” no tiene que ser igual de elevado que en el caso de las normas del sistema de Bruselas, sobre todo, en el contexto de la actividad relacionada con la expedición de la resolución. Es más, ello no quiere decir que “resolver” en el sentido del art. 4 del Reglamento (UE) 650/2012 implique tener que expedir una “resolución”, cuyo concepto ha sido elaborado por el TJUE para el “sistema de Bruselas”⁵⁹.

21. Según el Abogado General Sr. M. Szpunar, todo lo anterior puede ser un indicio de que las normas de competencia no solo deberían ser aplicables en aquellos procedimientos en que los órganos jurisdiccionales dictan “resoluciones” en el sentido del art. 3.1.g) del Reglamento (UE) 650/2012⁶⁰.

A la vista de las observaciones, el Sr. M. Szpunar considera que las conclusiones que dimanar de la interpretación literal del art. 4 del Reglamento (UE) 650/2012 no son unívocas y, por ello, deberían confrontarse con la interpretación sistemática de este Reglamento⁶¹.

Aunque efectivamente puede ser discutible que en el caso planteado el órgano judicial esté ejerciendo funciones jurisdiccionales, si se hubiera tratado de “*las demás autoridades y profesionales del Derecho*” la solución hubiese sido diferente, porque para que puedan ser consideradas “tribunales” es necesario que cumplan obligatoriamente funciones jurisdiccionales. Así sucedió en el asunto *WB c. Notariusz Przemysława Bac* que ha sido mencionado, en el que tras un análisis del concepto “funciones jurisdiccionales” y de su aplicación al caso concreto, se determinó que los notarios polacos, que tenían que redactar un documento a solicitud de todas las partes del procedimiento notarial, no ejercían funciones jurisdiccionales⁶².

En definitiva, para el TJUE es más difícil dictaminar que cuando son los órganos judiciales los que emiten los certificados sucesorios nacionales, no están ejerciendo “funciones jurisdiccionales”; así que para que decidan que no las ejercen, las circunstancias del caso deben ser determinantes y que no existan dudas al respecto; mientras que sí las había en el asunto *Vincent Pierre Oberle*. Además, el TJUE será más proclive a que, en el caso de plantarse asuntos similares, en los que quien expide el certificado sucesorio nacional es un órgano judicial, éste tenga que respetar obligatoriamente las normas de competencia del Reglamento (UE) 650/2012. Me estoy refiriendo a que, por cuestiones de economía procesal, si es un órgano judicial el que realiza el certificado sucesorio nacional, dicho órgano judicial estará obligado a cumplir las normas de competencia internacional, sin tener que entrar a analizar los aspectos del caso concreto. Este, efectivamente, ha sido el fallo de la sentencia del *Vincent Pierre Oberle*, después de que el TJUE haya tenido en cuenta las distintas interpretaciones realizadas por el Abogado General, que se detallan más adelante.

Mientras que, por otro lado, si se trata de autoridades no judiciales, que desempeñan distintas funciones en un mismo Estado miembro y a su vez entre Estados miembros, el TJUE considera que se debe analizar si la autoridad no judicial cumple funciones jurisdiccionales en un Estado miembro, para el asunto en cuestión. Un ejemplo de esto es la sentencia del TJUE en el asunto *WB c. Notariusz Przemysława Bac*⁶³. Lo cual es lógico, porque las autoridades no judiciales, no siempre cumplen funciones jurisdiccionales en el sentido del Reglamento (UE) 650/2012.

4. El art. 4 del Reglamento (UE) 650/2012 en el contexto de otras normas del capítulo II de dicho Reglamento

22. El Abogado General en sus Conclusiones relativas al asunto *Vincent Pierre Oberle* realiza una interpretación sistemática como consecuencia de las conclusiones poco claras que derivan de la in-

⁵⁸ Considerando (7) Reglamento (UE) 650/2012 (Conclusiones del Abogado General Sr. M. Szpunar, presentadas el 22 de febrero de 2018, *Vincent Pierre Oberle*, C-20/17, ECLI:EU:C:2018:89, apartado 76).

⁵⁹ *Ibidem*, apartado 75.

⁶⁰ *Idem*, apartado 76.

⁶¹ *Idem*, apartado 77.

⁶² Conclusiones del Abogado General Sr. Y. Bot, presentadas el 28 de febrero de 2019, *WB c. Notariusz Przemysława Bac*, C-658/17, ECLI:EU:C:2019:166, apartados 81-98.

⁶³ STJUE 23 mayo 2019, *WB c. Notariusz Przemysława Bac*, C-658/17, ECLI:EU:C:2019:444, apartado 73.

interpretación literal del art. 4 del Reglamento (UE) 650/2012. Para el análisis del art. 4 en el contexto de otras disposiciones de este Reglamento, se tendrán únicamente en cuenta las disposiciones incluidas en su capítulo II, puesto que son las normas que regulan la competencia con respecto de los procedimientos de sucesiones⁶⁴.

En definitiva, el Sr. M. Szpunar pretende determinar si las otras normas de competencia incluidas en el capítulo II determinan la competencia con respecto a aquellos procedimientos en los que no se llega a dictar una “resolución” en el sentido del art. 3.1.g) del Reglamento (UE) 650/2012.

23. Concretamente el art. 13 del Reglamento sucesorio atribuye la competencia para recibir declaraciones hereditarias, tales como declaraciones sobre aceptación de la herencia, de un legado o de la parte legítima o la renuncia a los mismos, o una declaración de limitación de su responsabilidad respecto a las deudas y demás cargas de la herencia. Pues bien, esta disposición prevé que “*además del tribunal que sea competente para pronunciarse sobre la sucesión en virtud del (...) Reglamento*”, son competentes para conocer de tales declaraciones los tribunales del Estado miembro de la residencia habitual de la persona facultada para efectuar tal declaración⁶⁵.

Según el Abogado General, la expresión “*además del tribunal que sea competente para pronunciarse sobre la sucesión en virtud del presente Reglamento*” puede significar que las normas de competencia del capítulo II del Reglamento (UE) 650/2012, incluido el art. 4, atribuyen también la competencia para conocer de declaraciones hereditarias, aunque ello no se produzca en el marco de procedimientos en los que se llega a dictar una “resolución” en el sentido del art. 3.1.g) de este Reglamento⁶⁶. Por lo tanto, no debe entenderse únicamente por “pronunciarse” o “resolver”, el dictar “resoluciones” con base en dicho precepto.

24. Se llega a conclusiones similares, mediante el análisis del art. 13 del Reglamento (UE) 650/2012, en el que se usa la preposición “*además del*” en el contexto de su entorno normativo. El capítulo II comienza con la disposición que atribuye la competencia general para “*resolver sobre la totalidad de la sucesión*” (art. 4 Reglamento (UE) 650/2012). A continuación, las disposiciones siguientes de este capítulo señalan la competencia de los tribunales de otros Estados miembros, siempre que concurren los requisitos establecidos en dichos preceptos (arts. 5, 7, 9, 10 y 11 Reglamento (UE) 650/2012)⁶⁷.

Por lo tanto, el art. 13 del Reglamento se insertó al final de una enumeración correlativa de los tribunales que son competentes para resolver sobre la totalidad de las cuestiones relativas a la sucesión⁶⁸. En la medida en que “*resolver sobre la totalidad de la sucesión*” también implique conocer de las declaraciones hereditarias, “*además*” de estos tribunales, también serán competentes los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la residencia habitual de la persona facultada para efectuar tal declaración⁶⁹.

25. Tras estas consideraciones, el Abogado General concluye que a la luz de la interpretación sistemática de las normas del capítulo II del Reglamento (UE) 650/2012, el art. 4 atribuye la competencia respecto de los procedimientos planteados ante los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros cuando estos procedimientos se refieren a materias que pueden considerarse que entran dentro de “*la totalidad de la sucesión*”, con independencia de que este procedimiento sea o no contencioso⁷⁰.

⁶⁴ *Idem*, apartado 78.

⁶⁵ *Idem*, apartado 79.

⁶⁶ Aboga por esta interpretación el Considerando (32) del Reglamento (UE) 650/2012, del que se desprende que se ha adoptado el art. 13 con el fin de “*facilitar la vida a los herederos y legatarios*” y con el fin de atribuir la competencia respecto de una materia a la que no se refieren las otras normas de competencia del Reglamento (Conclusiones del Abogado General Sr. M. Szpunar, presentadas el 22 de febrero de 2018, *Vincent Pierre Oberle*, C-20/17, ECLI:EU:C:2018:89, apartados 80 y 81).

⁶⁷ Conclusiones del Abogado General Sr. M. Szpunar, presentadas el 22 de febrero de 2018, *Vincent Pierre Oberle*, C-20/17, ECLI:EU:C:2018:89, apartado 82.

⁶⁸ *Ibidem*, apartado 83.

⁶⁹ Siguiendo con esta misma idea *vid.* Conclusiones del Abogado General Sr. M. Szpunar, presentadas el 22 de febrero de 2018, *Vincent Pierre Oberle*, C-20/17, ECLI:EU:C:2018:89, apartado 84.

⁷⁰ Conclusiones del Abogado General Sr. M. Szpunar, presentadas el 22 de febrero de 2018, *Vincent Pierre Oberle*, C-20/17,

Por lo tanto, habrá que determinar si la expedición de los certificados sucesorios nacionales se encuentra dentro del concepto “*la totalidad de la sucesión*”, siendo de aplicación las normas de competencia del art. 4 del Reglamento sucesorio a la expedición de los mismos. Sobre este aspecto inciden el órgano jurisdiccional remitente, así como los Gobiernos alemán y francés, que afirman que al haber incluido el art. 64, que regula la competencia para la expedición de los certificados sucesorios europeos, se puede concluir que el art. 4 no atribuye la competencia respecto de los procedimientos de expedición de certificados sucesorios nacionales, al considerar que están excluidos⁷¹.

Pero para poder entender la interpretación sistemática que realiza el Abogado General, al poner en relación el art. 4 con el art. 64 del Reglamento sucesorio, es necesario explicar previamente el art. 64 que señala la competencia internacional para la expedición de los certificados sucesorios europeos.

III. Competencia internacional en materia de expedición de certificados sucesorios europeos

26. La competencia internacional para la expedición de los certificados sucesorios europeos está contenida en el art. 64 del Reglamento (UE) 650/2012, que señala de forma literal: “*El certificado será expedido en el Estado miembro cuyos tribunales sean competentes en virtud de los artículos 4, 7, 10 u 11. La autoridad expedidora deberá ser: a) un tribunal tal como se define en el artículo 3, apartado 2, u b) otra autoridad que, en virtud del Derecho nacional, sea competente para sustanciar sucesiones mortis causa*”.

Sin embargo, este precepto ha sido objeto de un intenso debate por parte de la doctrina a raíz de que se dio a conocer la Proposición del Reglamento sucesorio por parte de la Comisión; y que sigue estando latente en la actualidad, como se podrá comprobar a continuación⁷².

1. El art. 64 del Reglamento (UE) 650/2012

27. La redacción del art. 64 del Reglamento sucesorio es poco clara al respecto y el texto legal no ha querido pronunciarse al respecto y fijar, de modo expreso, cuál es la autoridad competente para expedir el certificado sucesorio europeo⁷³. En consecuencia, tal y como señala J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, se pueden realizar dos interpretaciones del mismo⁷⁴:

- a) Tesis de la competencia única. Según la cual serían competentes las autoridades del Estado miembro que sean internacionalmente competentes para sustanciar una sucesión mortis causa en virtud del Reglamento (UE) 650/2012. En cuyo caso, los foros de competencia recogidos en el Reglamento (UE) 650/2012 operarían, a efectos de expedir el certificado sucesorio europeo, como foros estructurados en cascada. Esta tesis tiene su apoyo en el Considerando (70) que establece: “*El certificado se debe expedir en el Estado miembro cuyos tribunales sean competentes en virtud del presente Reglamento*”.
- b) Tesis de la competencia alternativa. Según esta tesis, el art. 64 no indica que son competentes, exclusivamente, las autoridades del Estado miembro que sean competentes para sustanciar una

ECLI:EU:C:2018:89, apartado 85. *Vid.* L. PERREAU-SAUSSINE, “Quelle place pour les certificats successoraux nationaux dans le règlement européen Successions internationales, n° 650/2012?”, *Revue Critique Droit International Privé*, octubre-diciembre 2018, pp. 853-854.

⁷¹ Conclusiones del Abogado General Sr. M. Szpunar, presentadas el 22 de febrero de 2018, *Vincent Pierre Oberle*, C-20/17, ECLI:EU:C:2018:89, apartado 77.

⁷² *Vid.* R. CRÔNE, “Le certificat successoral européen”, en G. KHAIRALLAH/M. REVILLARD, *Perspectives du droit des successions européennes et internationales, Étude de la proposition de Règlement du 14 octobre 2009*, Defrénois, Paris, 2010, pp. 163-165; P. WAUTELET, “Article 3: Définitions” en A. BONOMI/P. WAUTELET/I. PRETELLI/A. ÖZTÜRK, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2^a ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 171.

⁷³ P. CHASSAING, “La préparation des notaires et du notariat concernant la mise en application du règlement du 4 juillet 2012”, en AA.VV. (sous la direction de G. KHAIRALLAH/M. REVILLARD), *Droit européen des successions internationales (Le Règlement du 4 juillet 2012)*, Defrénois, Paris, 2013, pp. 40-42.

⁷⁴ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Reglamento sucesorio europeo y actividad notarial”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, n° 1, marzo 2014, p. 41.

sucesión mortis causa en virtud del Reglamento (UE) 650/2012. Lo que expresa el art. 64 es que cualquiera de los Estados miembros designados por los arts. 4, 7, 10 u 11 es competente para expedir un certificado europeo (art. 64 in primis Reglamento (UE) 650/2012: “*El certificado será expedido en el Estado miembro cuyos tribunales sean competentes en virtud de los artículos 4, 7, 10 u 11*”). Por lo tanto, existiría una “competencia internacional concurrente” para la expedición del certificado sucesorio europeo, por lo que un particular podrá dirigirse a las autoridades de cualquiera de los Estados miembros a los que conducen los preceptos citados.

28. Por lo tanto, en el caso de que los notarios de un Estado miembro fuesen designados como autoridad competente para expedir el certificado sucesorio europeo, en opinión de J. CARRASCOSA GONZÁLEZ parece que el art. 64 sólo otorga competencia internacional al efecto a los notarios del Estado miembro cuyos tribunales sean competentes en virtud de los arts. 4 (foro de la residencia habitual del causante), 7 (foro de la nacionalidad del causante), 10 (foro del lugar de situación de los bienes) u 11 (foro de necesidad)⁷⁵.

Sin embargo, según la interpretación realizada por R. CRÔNE, en relación a los notarios franceses, como operan de modo extrajudicial, éstos pueden hacer valer su “competencia universal”⁷⁶. Esta interpretación conduce a afirmar que los notarios pueden expedir el certificado sucesorio europeo si el Derecho nacional del Estado miembro al que pertenecen les otorga competencia internacional al efecto, sin que sea preciso que concurren los foros de competencia internacional recogidos en el Reglamento 650/2012⁷⁷. Esta tesis se apoya tanto en el art. 2, que señala: “*el presente Reglamento no afectará a las competencias de las autoridades de los Estados miembros en materia de sucesiones*”; como en el Considerando (29): “*cuando el tribunal no haya incoado de oficio el procedimiento sucesorio, el presente Reglamento no debe obstar para que las partes resuelvan extrajudicialmente la sucesión, por ejemplo ante un notario, en un Estado miembro que hayan elegido, en caso de que ello sea posible en virtud de la ley de dicho Estado miembro (...)*”; y en el Considerando (36): “*dado que las sucesiones en algunos Estados miembros pueden ser sustanciadas por autoridades no judiciales, como los notarios, que no están vinculadas por las normas de competencia establecidas en el presente Reglamento (...)*”. En opinión de J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, la victoria notarial es clara, puesto que mientras los tribunales están “limitados” por los foros recogidos en el Reglamento para expedir el certificado sucesorio europeo, los notarios no lo están, por lo que podrán expedir el certificado sucesorio europeo en un mayor número de casos que los tribunales, lo cual no deja de resultar paradójico⁷⁸.

En este mismo sentido P. WAUTELET señala que, aunque los notarios no sean calificados como “tribunales”, nada impide que sean considerados una autoridad que pueda emitir un certificado sucesorio europeo, puesto que según el art. 64, este puede ser emitido no sólo por un “tribunal” sino por “*otra autoridad que, en virtud del Derecho nacional, sea competente para sustanciar sucesiones mortis causa*”. En consecuencia, los notarios pueden ser llamados a intervenir en el marco de la sucesión para realizar diversos actos como son la redacción del testamento, por lo que no sería considerado un tribunal. Sin embargo, los notarios también pueden ser instados para la expedición de un certificado sucesorio euro-

⁷⁵ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Reglamento sucesorio europeo y actividad notarial”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, nº 1, marzo 2014, p. 42. En esta misma línea interpretativa *vid.*, P. LAGARDE, “Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions”, *Revue Critique Droit International Privé*, octobre-décembre 2012, p. 729; A. BONOMI, “Il regolamento europeo sulle successioni”, *Rivista di diritto internazionale e processuale*, 2013, p. 321; A. DAVI/A. ZANOBBETTI, “Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni nell’Unione Europea”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, (Octubre 2013), Vol. 5, Nº 2, p. 134; D. STAMATIADIS, “Chapter VI: European Certificate of Succession”, en H. PAMBOUKIS (ed.), *EU Succession Regulation N.º 650/2012: A Commentary*, C.H. Beck/Hart Publishing, Oxford, 2017, pp. 599-603; I. ANTÓN JUÁREZ, “Certificado Sucesorio Europeo”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Litigación Internacional en la Unión Europea (IV): Comentario al Reglamento (UE) núm. 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre sucesiones mortis causa*, Aranzadi, Navarra, 2019, p. 336.

⁷⁶ R. CRÔNE, “Le certificat successoral européen”, en AA.VV. (sous la direction de G. KHAIRALLAH/M. REVILLARD), *Droit européen des successions internationales (Le Règlement du 4 juillet 2012)*, Defrénois, Paris, 2013, pp. 178-179.

⁷⁷ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Reglamento sucesorio europeo y actividad notarial”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, nº 1, marzo 2014, p. 42.

⁷⁸ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Reglamento sucesorio europeo y actividad notarial”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, nº 1, marzo 2014, p. 42.

peo, lo cual será bastante frecuente, cuando el Estado miembro haya indicado que el notario constituye “otra autoridad” en el sentido del art. 64.b) del Reglamento. Así que sólo en casos excepcionales los notarios podrían ser considerados como “tribunales” y por tanto, estar vinculados por las normas de competencia del Reglamento⁷⁹.

29. Los Estados miembros notificarán a la Comisión, las autoridades y los profesionales del Derecho que se consideran “tribunales” tal y como se definen en el art. 3.2 del Reglamento (UE) 650/2012 (art. 3.2. último párrafo), de conformidad con el art. 79.1⁸⁰. Por lo tanto, los Estados miembros deben notificar una “lista” de “tribunales”, a los efectos del Reglamento. Si se modificara esa lista, los Estados miembros lo deben notificar a la Comisión para que pueda modificarla en consecuencia. La Comisión se encarga de publicar la lista y toda modificación ulterior en el Diario Oficial de la Unión Europea, y además hará pública toda la información notificada por los Estados miembros respecto a la lista de tribunales, por cualquier medio adecuado, en particular a través de la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil (arts. 79.2, 3 y 4 Reglamento (UE) núm. 650/2012). Esta lista ya está publicada en la “Información sobre los Estados miembros y formularios en línea relativos al Reglamento n.º 650/2012”⁸¹.

Así pues, Francia ha señalado que los notarios no ejercen funciones jurisdiccionales, y que no son un “tribunal” en el sentido del Reglamento⁸². Por lo tanto, no ha hecho ninguna comunicación al respecto, de conformidad con el art. 79.1 del Reglamento (UE) 650/2012, indicando que los notarios deben ser considerados “tribunales” en el sentido del art. 3.2 del Reglamento (UE) 650/2012. Sin embargo, Francia ha señalado, en relación con las autoridades competentes para emitir el certificado sucesorio europeo (art. 78.1.c) Reglamento (UE) 650/2012), que “*El certificado sucesorio europeo (ECS) será expedido por un notario (artículo 1381-1 de la Ley de enjuiciamiento civil)*”⁸³.

⁷⁹ P. WAUTELET, “Article 3: Definitions” en A. BONOMI/P. WAUTELET/I. PRETELLI/A. ÖZTÜRK, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, pp. 178-179. Aunque parte de la doctrina no esté de acuerdo, en opinión del legislador alemán, es el derecho nacional el que regula la competencia internacional para la expedición del certificado sucesorio europeo, independientemente de los art. 4 y siguientes del Reglamento, relativos a la competencia judicial internacional (E. GEIMER, “Die Ermittlung des gewöhnlichen Aufenthaltes des Erblassers durch das Nachlassgericht”, en R.A. SCHÜTZE (HRSG.), *Fairness Justice Equity: Festschrift für Reinhold Geimer zum 80. Geburtstag*, München, Beck, 2017, pp. 117-118). También GAUDEMET-TALLON ha señalado que en Francia los notarios no ejercen funciones jurisdiccionales, pues considera que no son un “tribunal” en el sentido del Reglamento, por lo que su competencia deriva del derecho nacional francés (H. GAUDEMET-TALLON, “LES RÈGLES DE COMPÉTENCE JUDICIAIRE DANS LE RÈGLEMENT EUROPÉEN SUR LES SUCCESSIONS”, en AA.VV. (SOUS LA DIRECTION DE G. KHAIRALLAH/M. REVILLARD), *Droit européen des successions internationales (Le Règlement du 4 juillet 2012)*, Defrénois, Paris, 2013, p. 129).

⁸⁰ En cuanto a la notificación o comunicación que deberán hacer los Estados miembros en el asunto *WB c Notariusz Przemysława Bac* se señala al respecto que la falta de notificación a que se refiere el artículo 3.2 en su párrafo segundo, del Reglamento (UE) 650/2012, por parte de la República de Polonia, relativa al ejercicio por los notarios de funciones jurisdiccionales, no tiene carácter definitivo. Esto quiere decir que si los Estados no notifican que sus notarios son “otras autoridades” en el sentido del art. 3.2 Reglamento sucesorio, no implica que no puedan ser considerados “tribunal” y estar sometidos a las normas de competencia internacional del mismo. El Abogado General Sr. Y. Bot señala que dicha calificación debe ser realizada por el órgano jurisdiccional nacional en cuestión, de forma autónoma, de manera que en cualquier caso la declaración realizada por la autoridad nacional competente no vincula a dicho órgano jurisdiccional; y eso se extrapolaría a los casos de ausencia de declaración. *Vid.* STJUE 23 mayo 2019, *WB c Notariusz Przemysława Bac*, C-658/17, ECLI:EU:C:2019:444, apartados 40-49; Conclusiones del Abogado General Sr. Y. Bot, presentadas el 28 de febrero de 2019, *WB c. Notariusz Przemysława Bac*, C-658/17, ECLI:EU:C:2019:166, apartados 64-69.

⁸¹ La página en la que aparecen las comunicaciones de los Estados miembros es https://e-justice.europa.eu/content_succession-380-es.do?clang=es (E. CASTELLANOS RUIZ, “Sucesión Hereditaria. El Reglamento Sucesorio Europeo”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2018, p. 599).

⁸² H. GAUDEMET-TALLON, “LES RÈGLES DE COMPÉTENCE JUDICIAIRE DANS LE RÈGLEMENT EUROPÉEN SUR LES SUCCESSIONS”, en AA.VV. (SOUS LA DIRECTION DE G. KHAIRALLAH/M. REVILLARD), *Droit européen des successions internationales (Le Règlement du 4 juillet 2012)*, Defrénois, Paris, 2013, p. 129; L. PERREAU-SAUSSINE, “Quelle place pour les certificats successoraux nationaux dans le règlement européen Successions internationales, n° 650/2012?”, *Revue Critique Droit International Privé*, octubre-décembre 2018, p. 858.

⁸³ La comunicación con respecto a las autoridades que son competentes para emitir el certificado sucesorio europeo, así como otras notificaciones previstas en el Reglamento (UE) 650/2012, de conformidad con los arts. 78 y 79, que Francia ha realizado, están disponibles en línea en https://e-justice.europa.eu/content_succession-380-fr-es.do?member=1 (consultada el 10 de diciembre de 2019).

En esta misma línea, ni Alemania, ni Bélgica han realizado ninguna notificación de conformidad con el art. 79.1 del Reglamento (UE) 650/2012, indicando que los notarios deben ser considerados “tribunales” a efectos del art. 3.2 del Reglamento (UE) 650/2012⁸⁴. Sin embargo, de acuerdo con el art. 78.1.c), ambos países sí que han notificado a la Comisión que los notarios son “otra autoridad” a efectos de la expedición del certificado en virtud del artículo 64 del Reglamento (UE) 650/2012. Por ejemplo, Bélgica ha señalado de forma literal que “*Las autoridades competentes a efectos de la expedición del certificado en virtud del artículo 64 son los notarios*”⁸⁵.

En consecuencia, a diferencia de España, ninguno de los Estados miembros mencionados ha señalado que los notarios deban ser considerados “tribunal” en el sentido del art. 3.2 del Reglamento sucesorio, por lo tanto, no están sujetos a las normas de competencia judicial internacional, como es el caso del art. 4 de dicho instrumento internacional. Es más no han hecho ninguna notificación con respecto a qué otras autoridades o profesionales del Derecho deben ser considerados “tribunal”, además de los órganos judiciales; así que en dichos Estados miembros únicamente los órganos judiciales están sujetos a las normas de competencia judicial internacional del capítulo II del Reglamento sucesorio.

Sin embargo, dichos Estados miembros sí que han comunicado a la Comisión quiénes son “otra autoridad” para emitir los certificados sucesorios europeos, además de los órganos judiciales. Han señalado concretamente que los notarios que, en virtud su Derecho nacional, son competentes para sustanciar sucesiones mortis causa, son competentes para la expedición de los certificados sucesorios europeos. Por lo tanto, si se sigue la línea interpretativa de R. CRÔNE y P. WAUTELET, los notarios no tienen que respetar las normas de competencia internacional, sino que su competencia deriva del derecho nacional del Estado miembro en cuestión.

30. Comunicaciones de España a la Comisión, de conformidad con los arts. 78.1.c) y 79.1. En el caso de España la situación en relación con los notarios es diferente porque España ha hecho las dos declaraciones, de conformidad con los arts. 78.1.c) y 79.1 del Reglamento (UE) 650/2012.

Así España ha comunicado a la Comisión, conforme establece el art. 79.1 del Reglamento (UE) 650/2012, que los “notarios” son “otras autoridades” en el sentido del art. 3.2 del Reglamento (UE) 650/2012 y que, por tanto, ejercen “funciones jurisdiccionales”⁸⁶. España ha señalado que, en relación a determinados actos de jurisdicción voluntaria, los notarios ejercen funciones jurisdiccionales, concretamente ha notificado que son considerados “tribunal”⁸⁷: “*los notarios, en relación a las declaraciones de herederos abintestato, a los procedimientos de presentación, adverbación, apertura y protocolización de los testamentos cerrados, ológrafos y orales y a la formación de inventario*”⁸⁸. Y a continuación indica

⁸⁴ La comunicación indicando que los notarios deben ser considerados “tribunal” en el sentido del art. 3.2 del Reglamento (UE) 650/2012; o la notificación señalando si los notarios son “otra autoridad” en el sentido del art. 64 del Reglamento sucesorio, y que por tanto, son competentes para emitir el certificado sucesorio europeo, además de los tribunales; así como otras notificaciones previstas en el Reglamento (UE) 650/2012, de conformidad con los arts. 78 y 79; están disponibles en línea para Alemania en https://e-justice.europa.eu/content_succession-380-de-es.do?member=1; y para Bélgica en https://e-justice.europa.eu/content_succession-380-be-es.do?member=1 (consultadas el 10 de diciembre de 2019).

⁸⁵ Las notificaciones de Bélgica, de conformidad con los arts. 78 y 79 del Reglamento (UE) 650/2012, están disponibles en línea en https://e-justice.europa.eu/content_succession-380-be-es.do?member=1 (consultada el 10 de diciembre de 2019).

⁸⁶ E. CASTELLANOS RUIZ, “Sucesión Hereditaria. El Reglamento Sucesorio Europeo”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRAS-COSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2018, p. 686. Hasta que España no hizo la comunicación de las tareas específicas en las que los notarios desarrollaban funciones jurisdiccionales, en virtud del art. 79.1, no estaba claro si los notarios tenían que respetar las normas de competencia judicial internacional en relación con determinados actos de jurisdicción voluntaria, como la declaración de herederos *abintestato*, por ser considerada una “actividad jurisdiccional”. Para un mayor análisis de la competencia internacional notarial y el Reglamento (UE) 650/2012 *vid.* J. CARRAS-COSA GONZÁLEZ, “Aspectos prácticos de la función notarial en el Reglamento Sucesorio Europeo”, en M. ESPERANÇA GINEBRA MOLINS/J. TARABAL BOSCH (dirs.), *El Reglamento (UE) 650/2012: su impacto en las sucesiones transfronterizas*, Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 339-348.

⁸⁷ Para un mayor desarrollo de los tipos de actos (de jurisdicción voluntaria y otros) que realizan los notarios *vid.* J. CARRAS-COSA GONZÁLEZ, “Aspectos prácticos de la función notarial en el Reglamento Sucesorio Europeo”, en M. ESPERANÇA GINEBRA MOLINS/J. TARABAL BOSCH (dirs.), *El Reglamento (UE) 650/2012: su impacto en las sucesiones transfronterizas*, Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 345-347.

⁸⁸ Las notificaciones de España, de conformidad con los arts. 78 y 79 del Reglamento (UE) 650/2012, están disponibles en línea en https://e-justice.europa.eu/content_succession-380-es-es.do?member=1 (consultada el 10 de diciembre de 2019).

los notarios territorialmente competentes en España para realizar estos actos de jurisdicción voluntaria: “Arts. 55 y 56; 57 a 65 y 67 a 68 de la Ley del Notariado, en redacción dada por la Disposición Final 11^a de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria”⁸⁹.

En consecuencia, para estos actos de jurisdicción voluntaria, entre los que no se han incluido las actuaciones relativas a los contadores partidores o la aprobación de la partición—que también son actos de jurisdicción voluntaria— los notarios están sometidos a las normas de competencia judicial internacional⁹⁰. De manera que, si no se cumple ningún foro de competencia internacional de los señalados en el capítulo II del Reglamento (UE) 650/2012 que atribuya competencia a un “tribunal”, ningún notario español podrá realizar ninguno de los actos de jurisdicción voluntaria antes indicados. Una vez que exista un foro de competencia internacional, será territorialmente competente el notario establecido por la Ley del Notariado, en virtud de los preceptos arriba señalados.

31. Ahora bien, el problema se plantea porque en relación con los certificados sucesorios europeos, España ha comunicado a la Comisión de forma literal que dicho certificado “*Se expedirá por órgano judicial o notario competente en cada caso*”, de conformidad con los arts. 78.1.c) del Reglamento (UE) 650/2012⁹¹. Dado que España ya había realizado la anterior comunicación señalando que los notarios deben ser considerados “tribunales”, en el sentido del art. 3.2 del Reglamento (UE) 650/2012, para los actos de jurisdicción voluntaria indicados; los notarios ya eran autoridad competente para expedir los certificados sucesorios europeos que derivan de dichos expedientes. Efectivamente el art. 64 del Reglamento (UE) 650/2012 señala que son autoridad competente para emitirlos tanto “los tribunales” según se define en el art. 3.2; como “otra autoridad” que, en virtud del Derecho nacional, sea competentes para sustanciar sucesiones mortis causa. Por lo que, además, con esta segunda notificación, los notarios españoles son “otra autoridad” para expedir certificados sucesorios europeos derivados de otros actos.

Así que cuando se trate de realizar un certificado sucesorio europeo que derive de un expediente de jurisdicción voluntaria relativo a cualquiera de los actos notificados a la Comisión, de conformidad con el art. 79.1, y por tanto ser considerado “tribunal”, el notario español no podrá declararse competente -en virtud de la Ley del Notariado-, si no cumple previamente con algún foro de competencia internacional del Reglamento (UE) 650/2012. Pero en relación con el resto de actos no notificados a la Comisión, como son las actuaciones relativas a los contadores partidores o la aprobación de la partición, el notario español no tendrá que respetar las normas de competencia internacional del Reglamento (UE) 650/2012; y podrá hacerlo para dichos actos en virtud del art. 66 de la Ley del Notariado⁹². En la comunicación de España a la Comisión no se incluyeron las actuaciones sobre albaceas o contadores, ni tampoco la aprobación de la partición, porque sólo notificó los expedientes sucesorios en los que los notarios poseen competencia exclusiva que sean actos de jurisdicción voluntaria⁹³. Efectivamente, dichas actividades en los supuestos de los arts. 843 y 1057 CC se realizan de forma alternativa con los Secretarios judiciales (Letrados de la Administración de Justicia)⁹⁴. Ahora bien, si las actuaciones sobre los albaceas o conta-

⁸⁹ Las notificaciones de España, de conformidad con los arts. 78 y 79 del Reglamento (UE) 650/2012, están disponibles en línea en https://e-justice.europa.eu/content_succession-380-es-es.do?member=1 (consultada el 10 de diciembre de 2019).

⁹⁰ En este sentido *vid.* J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Aspectos prácticos de la función notarial en el Reglamento Sucesorio Europeo”, en M. ESPERANÇA GINEBRA MOLINS/J. TARABAL BOSCH (dirs.), *El Reglamento (UE) 650/2012: su impacto en las sucesiones transfronterizas*, Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 339-348.

⁹¹ Las notificaciones de España, de conformidad con los arts. 78 y 79 del Reglamento (UE) 650/2012, están disponibles en línea en https://e-justice.europa.eu/content_succession-380-es-es.do?member=1 (consultada el 10 de diciembre de 2019).

⁹² Art. 66 Ley del Notariado de 1862, Gaceta de Madrid núm. 149, de 29 mayo 1862, modificado por la Disposición Final undécima de la Ley 15/2015 de la Jurisdicción Voluntaria (BOE núm. 158, de 3 julio 2015: “*Será competente el Notario que tenga su residencia en el lugar en que hubiera tenido el causante su último domicilio o residencia habitual, o donde estuviere la mayor parte de su patrimonio, con independencia de su naturaleza de conformidad con la ley aplicable, o en el lugar en que hubiera fallecido, siempre que estuvieran en España, a elección del solicitante. También podrá elegir a un Notario de un distrito colindante a los anteriores. En defecto de todos ellos, será competente el Notario del lugar del domicilio del requirente*”.

⁹³ A. FERNÁNDEZ-TRESGERRES GARCÍA, *Las sucesiones mortis causa en Europa. Estudio del Reglamento n.º 650/2012*, Aranzadi, Pamplona, 2016, pp. 466-468.

⁹⁴ El art. 843 CC señala de forma literal: “*Salvo confirmación expresa de todos los hijos o descendientes la partición a que se refieren los dos artículos anteriores requerirá aprobación por el Secretario judicial o Notario*”. Mientras que el art. 1057 establece de forma textual: “(...) *No habiendo testamento, contador-partidor en él designado o vacante el cargo, el Secretario*

dores y la aprobación de la partición son llevadas a cabo por los Secretarios judiciales, como actúan por mandato judicial, están sometidas a las reglas de competencia judicial internacional, como los jueces⁹⁵.

En cualquier caso, esta disparidad de criterios para la atribución de la competencia a los notarios según qué actos, se produce si se sigue la línea interpretativa del art. 64 del Reglamento sucesorio realizada por R. CRÔNE y P. WAUTELET, que en mi opinión es la más acertada y se adapta mejor a los fines del Reglamento⁹⁶.

32. Competencia territorial en España para expedición por notario del certificado sucesorio europeo. Así pues, como en un gran número de Estados miembros, los notarios españoles son considerados autoridades competentes para expedir certificados sucesorios europeos (art. 78.1.c) Reglamento (UE) 650/2012). Las medidas 14 a 17 de las implantadas para facilitar la aplicación en España del Reglamento 650/2012, según la DF 26 de la LEC, introducida por la DF 2º de la Ley 29/2015, de cooperación jurídica internacional en materia civil, se refieren a la “expedición por notario del certificado sucesorio europeo”⁹⁷.

Según la medida 14 de las implantadas en España para aplicar el Reglamento (UE) 650/2012 el procedimiento para la expedición del certificado por notario es el siguiente:

- 1º) Previa solicitud, compete al notario que declare la sucesión o alguno de sus elementos o a quien legalmente le sustituya o suceda en su protocolo, la expedición del certificado previsto en el artículo 62 del Reglamento 650/2012, debiendo para ello usar el formulario al que se refiere el artículo 67 del mismo Reglamento. La solicitud de la expedición de un certificado sucesorio podrá presentarse mediante el formulario previsto en el artículo 65.2 del mismo Reglamento.
- 2º) De dicha expedición del certificado sucesorio europeo, que tendrá el carácter de documento público conforme al artículo 17 de la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862, se dejará constancia mediante nota en la matriz de la escritura que sustancie el acto o negocio, a la que se incorporará el original del certificado, entregándose copia auténtica al solicitante. Si no fuera posible la incorporación a la matriz, se relacionará, mediante nota, el acta posterior a la que deberá ser incorporado el original del certificado.

33. Para determinar el notario español territorialmente competente para expedir el certificado sucesorio europeo se debe realizar una precisión, que está en línea con los actos en las que el notario ejerce funciones jurisdiccionales, y así se ha notificado a la Comisión. Se debe distinguir entre si la expedición del certificado sucesorio europeo deriva de un expediente de jurisdicción voluntaria o si no deriva de un expediente de jurisdicción voluntaria⁹⁸:

- a) Si la expedición del certificado sucesorio europeo deriva de un expediente de jurisdicción voluntaria -declaraciones de herederos hasta cuarto grado; presentación, adveración y apertura de tes-

judicial o el Notario, a petición de herederos y legatarios que representen, al menos, el 50 por 100 del haber hereditario, y con citación de los demás interesados, si su domicilio fuere conocido, podrá nombrar un contador-partidor dativo, según las reglas que la Ley de Enjuiciamiento Civil y del Notariado establecen para la designación de peritos. La partición así realizada requerirá aprobación del Secretario judicial o del Notario, salvo confirmación expresa de todos los herederos y legatarios. Lo dispuesto en este artículo y en el anterior se observará aunque entre los coherederos haya alguno sujeto a patria potestad, tutela o curatela; pero el contador-partidor deberá en estos casos inventariar los bienes de la herencia, con citación de los representantes legales o curadores de dichas personas”.

⁹⁵ A. FERNÁNDEZ-TRESGERRES GARCÍA, *Las sucesiones mortis causa en Europa. Estudio del Reglamento n.º. 650/2012*, Aranzadi, Pamplona, 2016, pp. 466-468.

⁹⁶ Si, por el contrario, se sigue la otra línea interpretativa, todas las autoridades señaladas por los Estados miembros para la expedición de los certificados sucesorios europeos, que en virtud del Derecho nacional sean competentes para sustanciar las sucesiones mortis causa, como son los notarios, deberán respetar las normas de competencia internacional del Reglamento (UE) 650/2012 y no podrán declararse competentes por sus normas de producción interna para la expedición de tales certificados.

⁹⁷ E. CASTELLANOS RUIZ, “Sucesión Hereditaria. El Reglamento Sucesorio Europeo”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRAS-COSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2018, p. 691.

⁹⁸ E. CASTELLANOS RUIZ, “Sucesión Hereditaria. El Reglamento Sucesorio Europeo”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRAS-COSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2018, p. 691.

tamentos ológrafos, cerrados y especiales; las actuaciones relativas a los contadores partidores, aprobación de la partición...- el art. 55 y ss. de la Ley del Notariado de 1862 modificado por la Disposición Final undécima de la Ley 15/2015 de la Jurisdicción Voluntaria, señala el concreto notario español competente según la normativa interna española del Notariado, pues como señala el art. 2 Reglamento 650/2012, el Reglamento sucesorio no afecta a las competencias de las autoridades -dicho instrumento internacional se refiere implícitamente a competencias territoriales-, en este caso de los notarios, de los Estados miembros en materia de sucesiones. Así será competente el notario competente para actuar en el lugar en que hubiera tenido el causante su último domicilio o residencia habitual, o donde estuviere la mayor parte de su patrimonio, o en el lugar en que hubiera fallecido, siempre que estuvieran en España, a elección del solicitante. También podrá elegir a un notario de un distrito colindante a los anteriores. En defecto de todos ellos, será competente el notario del lugar del domicilio del requirente.

- b) Si la expedición del certificado sucesorio europeo no deriva de un expediente de jurisdicción voluntaria -aceptación de la herencia sin más, la entrega de legado, adjudicación de la herencia...- rige la regla de la libre elección del notario. No hay unos criterios para determinar el ámbito de competencia territorial del notario.

2. Relación entre el art. 64 y el art. 4 del Reglamento (UE) 650/2012

34. Volviendo al asunto *Vincent Pierre Oberle*, la interpretación sistemática del Abogado General se produce porque según el órgano jurisdiccional remitente -además de los Gobiernos alemán y francés-, al haber incluido el art. 64 dentro del Reglamento (UE) 650/2012, se puede deducir que el art. 4 de este Reglamento no atribuye la competencia en relación a los procedimientos de expedición de certificados sucesorios nacionales⁹⁹. Para los Gobiernos alemán y portugués, si esto fuese así, la inclusión del art. 64 del Reglamento sería superflua y la competencia respecto de los procedimientos de expedición del certificado sucesorio europeo debería determinarse en virtud del art. 4 del Reglamento. Esta postura se fundamenta en la hipótesis de que los certificados sucesorios europeos y nacionales son instrumentos de naturaleza idéntica o al menos similar¹⁰⁰.

35. La postura de la Comisión es diferente pues considera que el art. 64 del Reglamento (UE) 650/2012 constituye una *lex specialis* frente al art. 4 de este Reglamento. Esta misma posición también adopta el Gobierno polaco¹⁰¹.

En opinión del Abogado General Sr. M. Szpunar, los Gobiernos alemán y portugués parece que no comprenden correctamente la función que desempeña el art. 64 en el sistema de normas establecidas por el Reglamento (UE) 650/2012¹⁰².

En primer lugar, los certificados sucesorios nacionales son instrumentos que se regulan en virtud de la legislación interna de cada Estado miembro, mientras que el certificado sucesorio europeo es un instrumento nuevo de la legislación de la Unión¹⁰³. Por lo tanto, se tenía que establecer un régimen jurídico autónomo relativo al certificado sucesorio europeo, con el fin de garantizar su aplicación uniforme en todos los Estados miembros.

⁹⁹ Conclusiones del Abogado General Sr. M. Szpunar, presentadas el 22 de febrero de 2018, *Vincent Pierre Oberle*, C-20/17, ECLI:EU:C:2018:89, apartado 77.

¹⁰⁰ *Ibidem*, apartado 86. Aunque algunos de los gobiernos sí que han manifestado su postura en relación a ellos, pero la Comisión ha indicado que son los Estados miembros los que deben decidir de forma autónoma quiénes tienen que expedir los certificados sucesorios nacionales. Eso sí, el Estado miembro debe aceptar los efectos que produce esta elección cuando elige a los órganos jurisdiccionales para que desempeñen esta función, como sucede en Alemania (Conclusiones del Abogado General Sr. M. Szpunar, presentadas el 22 de febrero de 2018, *Vincent Pierre Oberle*, C-20/17, ECLI:EU:C:2018:89, apartado 49).

¹⁰¹ Conclusiones del Abogado General Sr. M. Szpunar, presentadas el 22 de febrero de 2018, *Vincent Pierre Oberle*, C-20/17, ECLI:EU:C:2018:89, apartado 87.

¹⁰² *Ibidem*, apartado 88.

¹⁰³ *Idem*, apartado 89.

Es importante destacar en relación al certificado sucesorio europeo que el legislador de la Unión no predeterminó la naturaleza jurídica del mismo. Por lo tanto, no se puede determinar si este certificado constituye una “resolución” (art. 3.1.g) Reglamento (UE) 650/2012); un “documento público” (art. 3.1.i) Reglamento (UE) 650/2012); o ninguna de estas categorías¹⁰⁴.

36. En segundo lugar, el art. 64 del Reglamento (UE) 650/2012 no reproduce el contenido del art. 4, pero atribuye la competencia respecto de los procedimientos de expedición del certificado sucesorio europeo por la remisión a determinadas disposiciones del capítulo II: arts. 4, 7, 10 y 11 de este Reglamento¹⁰⁵.

37. En tercer lugar, el art. 64 del Reglamento (UE) 650/2012 incluye dentro del ámbito de aplicación de las disposiciones de competencia no solo a los “tribunales” en el sentido del art. 3.2, sino también a “otras autoridades” que en virtud del Derecho nacional son competentes para sustanciar sucesiones mortis causa de este Reglamento, aunque estas no cumpla con los requisitos previstos en el art. 3.2 del Reglamento sucesorio¹⁰⁶.

En mi opinión, de esta última aseveración realizada por el Abogado General, podría deducirse que cuando los Estados miembros comuniquen a la Comisión que los notarios son “otra autoridad” para emitir los certificados sucesorios europeos, estos no tienen que respetar las normas de competencia internacional, sino que su competencia deriva del derecho nacional del Estado miembro en cuestión. Por lo tanto, estaría en consonancia con la línea interpretativa de parte de la doctrina antes señalada, entre los que se encuentran R. CRÔNE y P. WAUTELET, con respecto a las normas de competencia de los notarios y de los órganos judiciales para la expedición del certificado sucesorio europeo¹⁰⁷.

38. En cualquier caso, a la luz de las explicaciones anteriores, el Sr. M. Szpunar sostiene que no se puede deducir como consecuencia de la existencia del art. 64 del Reglamento (UE) 650/2012, que el art. 4 de este Reglamento no es aplicable a los procedimientos de expedición de los certificados sucesorios nacionales¹⁰⁸.

Analizada la competencia internacional en materia de expedición de certificados sucesorios europeos, se estudiará la competencia internacional en materia de expedición de certificados sucesorios nacionales, y resolver así la cuestión prejudicial planteada en relación con el asunto *Vincent Pierre Oberle*.

IV. Competencia internacional en materia de expedición de certificados sucesorios nacionales

39. Para estudiar la competencia internacional en materia de expedición de certificados sucesorios nacionales, se va a analizar la Sentencia del TJUE 21 junio 2018, *Vincent Pierre Oberle*, C-20/17, porque es la primera sentencia en la que se aborda esta cuestión, como consecuencia de la entrada en vigor del Reglamento (UE) 650/2012¹⁰⁹. En este sentido, revisten especial relevancia las interpretaciones sobre determinados conceptos, así como otras observaciones, que el Abogado General Sr. M. Szpunar, realiza en sus Conclusiones sobre dicho asunto.

¹⁰⁴ *Idem*, apartado 90.

¹⁰⁵ *Idem*, apartado 91.

¹⁰⁶ *Idem*, apartado 92.

¹⁰⁷ *Vid.* R. CRÔNE, “Le certificat successoral européen”, en G. KHAIRALLAH/M. REVILLARD, *Perspectives du droit des successions européennes et internationales, Étude de la proposition de Règlement du 14 octobre 2009*, Defrénois, Paris, 2010, pp. 163-165; P. WAUTELET, “Article 3: Définitions” en A. BONOMI/P. WAUTELET/I. PRETELLI/A. ÖZTÜRK, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2^a ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 171.

¹⁰⁸ Conclusiones del Abogado General Sr. M. Szpunar, presentadas el 22 de febrero de 2018, *Vincent Pierre Oberle*, C-20/17, ECLI:EU:C:2018:89, apartado 93.

¹⁰⁹ Existe otra sentencia posterior, que aborda algunos aspectos concretos en relación a la competencia en materia de certificados sucesorios nacionales (STJUE 23 mayo 2019, *WB c Notariusz Przemysława Bac*, C-658/17, ECLI:EU:C:2019:444). Sin embargo, el Abogado General Sr. Y. Bot en la sentencia de 23 de mayo de 2019 utiliza la interpretación de diversos conceptos, como por ejemplo el concepto de “resolución”, añadiendo las precisiones terminológicas al caso concreto, de las Conclusiones del asunto *Vincent Pierre Oberle* (Conclusiones del Abogado General Sr. Y. Bot, presentadas el 28 de febrero de 2019, *WB c. Notariusz Przemysława Bac*, C-658/17, ECLI:EU:C:2019:166).

Por último, en este apartado se explicarán las conclusiones que pueden extraerse de la Sentencia sobre el asunto *Vincent Pierre Oberle*.

1. Análisis de la Sentencia del TJUE 21 junio 2018, *Vincent Pierre Oberle*, C-20/17

40. Para realizar un análisis de dicha sentencia, se va a indicar en primer lugar, cuáles son los hechos que dieron lugar a la cuestión prejudicial. En segundo lugar, se explicará por qué el Abogado General ha llegado a la conclusión de que los certificados sucesorios nacionales se encuentran dentro del ámbito de aplicación del Reglamento (UE) 650/2012.

Por último, se estudiará la norma que, en el caso planteado, determina la competencia internacional en materia de expedición de los certificados sucesorios nacionales: el art. 4 del Reglamento 650/2012; y para ello se tratarán diversos aspectos de forma separada, como son la postura de las partes o la interpretación teleológica o histórica que hace el Abogado General en sus Conclusiones al asunto *Vincent Pierre Oberle*.

A) Hechos y cuestión prejudicial

41. El Sr. Adrien Théodore Oberle, ciudadano francés que tenía su última residencia habitual en Francia, falleció el 28 de febrero de 2015, dejando dos hijos. Uno de ellos es el Sr. Vincent Pierre Oberle, que es el demandante en el procedimiento seguido ante el órgano jurisdiccional remitente. Se debe destacar que los elementos patrimoniales de su herencia se encontraban en Francia y en Alemania¹¹⁰.

Así pues, el órgano jurisdiccional francés expidió un certificado sucesorio nacional que constataba que el Sr. Vincent Pierre Oberle y su hermano heredaban del difunto en dos partes iguales. A continuación, el demandante solicitó al Amtsgericht Schöneberg (Tribunal de lo Civil y Penal de Schöneberg) –por ser el tribunal competente en virtud de las normas de producción interna alemanas– la expedición de un certificado sucesorio nacional de objeto limitado a la parte de la herencia situada en Alemania. Este certificado debía constatar que el Sr. Vincent Pierre Oberle y su hermano heredaban a partes iguales los bienes del causante, en virtud del Derecho francés¹¹¹.

42. Sin embargo, el Amtsgericht Schöneberg (Tribunal de lo Civil y Penal de Schöneberg) se declaró incompetente para expedir el certificado sucesorio nacional en virtud de los artículos 4 y 15 del Reglamento (UE) 650/2012. Según dicho órgano jurisdiccional, las disposiciones del Derecho alemán no pueden decidir sobre la competencia internacional respecto del procedimiento relativo a la solicitud del Sr. Vincent Pierre Oberle. Esto implica que son los órganos jurisdiccionales franceses, por ser los del Estado miembro de la residencia habitual del difunto en el momento del fallecimiento, y no los órganos jurisdiccionales alemanes, los competentes para resolver sobre la totalidad de la sucesión, incluso con respecto a la solicitud del Sr. Vincent Pierre Oberle¹¹².

Así que, el Sr. Vincent Pierre Oberle recurrió la resolución del Amtsgericht Schöneberg (Tribunal de lo Civil y Penal de Schöneberg) ante el órgano jurisdiccional remitente¹¹³.

43. El órgano jurisdiccional remitente por su parte, considera que el Amtsgericht Schöneberg (Tribunal de lo Civil y Penal de Schöneberg) tiene competencia internacional para expedir el certificado sucesorio de alcance limitado solicitado por el Sr. Oberle, puesto que existen bienes hereditarios en territorio alemán, de conformidad con las normas de producción interna alemanas¹¹⁴.

¹¹⁰ STJUE 21 junio 2018, *Vincent Pierre Oberle*, C-20/17, ECLI:EU:C:2018:485, apartado 19.

¹¹¹ *Ibidem*, apartados 20-21.

¹¹² *Idem*, apartado 22.

¹¹³ *Idem*, apartado 23.

¹¹⁴ *Idem*, apartado 24.

Tampoco resulta claro en opinión del órgano jurisdiccional remitente que haya sido voluntad del legislador de la Unión regular de modo exhaustivo, mediante las disposiciones del capítulo II del Reglamento (UE) 650/2012, la competencia internacional en materia de expedición de los certificados sucesorios nacionales, como sí que lo hizo, en relación con el certificado sucesorio europeo¹¹⁵. Y si fuese así, no tendría sentido que el legislador de la Unión previese una disposición específica a este respecto, esto es, el art. 64.1 de dicho Reglamento; pudiendo en todo caso, haber establecido una norma específica que regulase la competencia de los certificados sucesorios nacionales¹¹⁶.

Además, el órgano jurisdiccional remitente considera que el Amtsgericht Schöneberg (Tribunal de lo Civil y Penal de Schöneberg) incurrió en error al considerar que en este caso se aplicaba la norma del art. 4 del Reglamento (UE) 650/2012. En su opinión, la competencia general de los tribunales del Estado miembro en cuyo territorio tuviera el causante su residencia habitual para “resolver sobre la totalidad de la sucesión”, sólo es de aplicación cuando se trata de la adopción de resoluciones judiciales; pero los certificados sucesorios nacionales no son resoluciones de este tipo. Es más, estos certificados se expiden al finalizar un procedimiento de jurisdicción voluntaria y la resolución de expedición del certificado contiene únicamente constataciones de hecho y no es susceptible de adquirir fuerza de cosa juzgada¹¹⁷.

44. Así pues, el Kammergericht Berlin (Tribunal Superior Regional de lo Civil y Penal de Berlín) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial¹¹⁸:

“¿Debe interpretarse el artículo 4 del Reglamento [n.o 650/2012] en el sentido de que en él se determina también la competencia internacional exclusiva para la expedición, en los Estados miembros, del certificado sucesorio nacional no sustituido por el certificado sucesorio europeo (véase el artículo 62, apartado 3, del Reglamento n.o 650/2012), con la consecuencia de que son inoperantes, por infringir el Derecho de la Unión, de rango superior, las disposiciones contrarias del legislador nacional relativas a la competencia internacional para la expedición de los certificados sucesorios nacionales, como sucede en Alemania con el artículo 105 de la [FamFG])?”

45. Tal y como señala el Abogado General Sr. M. Szpunar, la cuestión prejudicial ha sido formulada de tal manera que puede sugerir que el órgano jurisdiccional remitente pretende aclarar si el art. 4 del Reglamento (UE) 650/2012 atribuye una “competencia exclusiva” en relación con los procedimientos de expedición de los certificados sucesorios nacionales¹¹⁹.

Sin embargo, el Abogado General considera que para responder a la cuestión prejudicial no es relevante determinar si el art. 4 del Reglamento (UE) 650/2012 atribuye “competencia exclusiva”, ya que los Estados miembros no pueden modificar las normas de competencia de la Unión por medio de disposiciones nacionales, aunque tales normas se refieran a la competencia no exclusiva¹²⁰.

46. A través de la cuestión prejudicial, como ya se ha indicado con anterioridad, el órgano jurisdiccional remitente solicita fundamentalmente que se determine si el art. 4 del Reglamento (UE) 650/2012 atribuye la competencia con respecto a los procedimientos de expedición de los certificados sucesorios nacionales¹²¹.

Para responder a la cuestión prejudicial en primer lugar, se va a estudiar si los certificados sucesorios nacionales y los procedimientos que se refieren a ellos se encuentran comprendidos dentro del ámbito de aplicación del Reglamento (UE) 650/2012.

¹¹⁵ *Idem*, apartado 25.

¹¹⁶ *Idem*, apartado 26.

¹¹⁷ *Idem*, apartado 27.

¹¹⁸ *Idem*, apartado 28.

¹¹⁹ Conclusiones del Abogado General Sr. M. Szpunar, presentadas el 22 de febrero de 2018, *Vincent Pierre Oberle*, C-20/17, ECLI:EU:C:2018:89, apartado 17.

¹²⁰ *Ibidem*, apartado 20.

¹²¹ *Idem*, apartado 21.

B) Los certificados sucesorios nacionales como objeto del ámbito de aplicación del Reglamento (UE) 650/2012

47. De acuerdo con el Abogado General Sr. M. Szpunar de los estudios de Derecho comparado se puede afirmar que los certificados sucesorios nacionales utilizados en algunos Estados miembros presentan profundas divergencias entre sí¹²².

Así en función del órgano que expide el certificado sucesorio nacional, se pueden distinguir tres categorías de certificados: los certificados judiciales, los certificados notariales y las declaraciones privadas¹²³. Sin embargo, este criterio puede no resultar adecuado para identificar los certificados sucesorios nacionales, puesto que en el ámbito de estas categorías existen profundas diferencias entre las soluciones adoptadas en algunos Estados miembros¹²⁴.

En cualquier caso, se puede reconocer que en los certificados sucesorios nacionales se hace constar información referida a la sucesión de una determinada persona, incluida la información relativa a personas a las que se le otorgan determinadas facultades en relación con la muerte del causante¹²⁵. De manera que dichos certificados nacionales normalmente permiten probar dichas circunstancias ante las autoridades públicas y frente a terceros¹²⁶.

48. En la redacción del Reglamento (UE) 650/2012 no se utiliza nunca la expresión “certificado sucesorio nacional”. Sin embargo, sí que existe en el Reglamento la expresión siguiente: “*documentos internos empleados en los Estados miembros para fines similares*” a los del certificado sucesorio europeo; y que no quedarán sustituidos por el certificado sucesorio europeo¹²⁷.

En este sentido, el órgano jurisdiccional remitente también considera que el certificado sucesorio nacional aludido en el procedimiento principal es un “documento interno” en el sentido del art. 62.3 del Reglamento (UE) 650/2012. Por lo tanto, la cuestión prejudicial se refiere al “*certificado sucesorio nacional no sustituido por el certificado sucesorio europeo*”. Así pues, tal y como señala el Abogado General, el fondo de la cuestión se remite, en definitiva, al art. 62.3 del Reglamento¹²⁸.

49. La doctrina por su parte, ha sostenido que la primera frase del art. 62.3 determina la relación del certificado sucesorio europeo respecto de los certificados sucesorios nacionales, de forma que éste no fue redactado para excluir los certificados sucesorios nacionales del ámbito de aplicación de las normas de competencia del Reglamento (UE) 650/2012¹²⁹.

¹²² *Idem*, apartado 23.

¹²³ J. BASEDOW, A. DUTTA, C. BAUER ET AL. (Max Planck Institute for Comparative and International Private Law), “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”, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 74, n.º 266, 2010.

¹²⁴ A. DAVI/A. ZANOBETTI, “Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni nell’Unione Europea”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, (Octubre 2013), Vol. 5, N.º 2, pp. 132-134; P. WAUTELET, “Chapitre VI: Certificat Successoral Européen” en A. BONOMI/P. WAUTELET/I. PRETELLI/A. ÖZTÜRK, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement n.º 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, pp. 772-775; D. STAMATIADIS, “Chapter VI: European Certificate of Succession”, en H. PAMBOUKIS (ed.), *EU Succession Regulation N.º 650/2012: A Commentary*, C.H. Beck/Hart Publishing, Oxford, 2017, pp. 580-587.

¹²⁵ Conclusiones del Abogado General Sr. M. Szpunar, presentadas el 22 de febrero de 2018, *Vincent Pierre Oberle*, C-20/17, ECLI:EU:C:2018:89, apartados 23-25.

¹²⁶ P. WAUTELET, “Chapitre VI: Certificat Successoral Européen” en A. BONOMI/P. WAUTELET/I. PRETELLI/A. ÖZTÜRK, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement n.º 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, pp. 772-775.

¹²⁷ Art. 62.3 y Considerando (67) Reglamento (UE) 650/2012 (Conclusiones del Abogado General Sr. M. Szpunar, presentadas el 22 de febrero de 2018, *Vincent Pierre Oberle*, C-20/17, ECLI:EU:C:2018:89, apartados 26-27).

¹²⁸ Conclusiones del Abogado General Sr. M. Szpunar, presentadas el 22 de febrero de 2018, *Vincent Pierre Oberle*, C-20/17, ECLI:EU:C:2018:89, apartado 28. En el art. 1.2 del Reglamento (UE) 650/2012 no se han incluido preceptos que puedan sugerir que no están comprendidos en el ámbito de aplicación del mismo, los demás instrumentos jurídicos y procedimientos que se refieren a las sucesiones por causa de muerte (Considerando (69), segunda frase), entre los que se encontrarían los certificados sucesorios nacionales y los procedimientos relativos a ellos (Conclusiones del Abogado General Sr. M. Szpunar, presentadas el 22 de febrero de 2018, *Vincent Pierre Oberle*, C-20/17, ECLI:EU:C:2018:89, apartados 32-34).

¹²⁹ Art. 62.3 Reglamento (UE) 650/2012: “*El certificado no sustituirá a los documentos internos empleados en los Estados miembros para fines similares*”. *Vid.* B. KREBE, “Chapter VI: European Certificate of Succession”, en A.-L. CALVO CARAVACA/A.

Por su parte, el Abogado General Sr. M. Szpunar sigue esta misma línea interpretativa, de forma que del art. 62.2 del Reglamento sucesorio se deduce que no será obligatoria la utilización del certificado sucesorio europeo¹³⁰. A la luz de la segunda frase del Considerando (69), las personas con derecho a solicitar un certificado sucesorio europeo no deben estar obligadas a ello¹³¹. Estas personas pueden recurrir “a los demás instrumentos que el presente Reglamento pone a su disposición (resoluciones, documentos públicos o transacciones judiciales)”¹³². Así pues, el legislador europeo quiso que se utilizaran estos instrumentos, entre los que está el certificado sucesorio nacional, para los mismos fines para los que puede utilizarse el certificado sucesorio europeo¹³³.

Tampoco lleva a una postura diferente, el hecho de que los certificados sucesorios nacionales se destinen al tráfico interior en un Estado miembro determinado, tal y como se deduce de la interpretación del art. 62.3 del Reglamento (UE) 650/2012¹³⁴. En este sentido, el certificado sucesorio europeo “no sustituirá” a los certificados sucesorios nacionales, puesto que el certificado sucesorio europeo se expide para ser utilizado en otros Estados miembros que no sean el Estado cuyos órganos son competentes para expedir dicho certificado europeo (art. 62.1 Reglamento (UE) 650/2012)¹³⁵. Esto es así, siempre y cuando, las normas de competencia internacional no sean las mismas para la expedición de ambos tipos de certificados; porque si son las mismas, tal y como se desprende del fallo de la Sentencia en el asunto *Vincent Pierre Oberle*, las personas van a preferir solicitar el certificado sucesorio europeo, para reducir los costes de tener que trasladarse a cada uno de los Estados miembros que sean competentes para solicitar los correspondientes certificados nacionales.

50. En resumen, el ámbito de aplicación del Reglamento (UE) 650/2012 ha sido delimitado por el legislador de la Unión, de tal modo que, tanto en lo relativo a las normas de conflicto como a las normas de competencia, éste abarca la totalidad de las materias relacionadas con la sucesión por causa de muerte; siempre y cuando dicho Reglamento no prevea una exclusión relativa a determinadas materias. De forma, que tal y como señala el Abogado General en sus Conclusiones, no existe en el Reglamento (UE) 650/2012 una exclusión explícita de los certificados sucesorios nacionales y de los procedimientos en relación a los mismos¹³⁶.

Así pues, el Sr. M. Szpunar considera que aquellos instrumentos jurídicos como son los certificados sucesorios nacionales y los procedimientos que se refieren a ellos se encuentran dentro del ámbito de aplicación del Reglamento (UE) 650/2012¹³⁷.

DAVÌ/H.-P. MANSEL (eds.), *The EU Succession Regulation: a commentary*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016, p. 681; D. STAMATIADIS, “Chapter VI: European Certificate of Succession”, en H. PAMBOUKIS (ed.), *EU Succession Regulation N.º 650/2012: A Commentary*, C.H. Beck/Hart Publishing, Oxford, 2017, p. 591.

¹³⁰ Sobre la no obligatoriedad del certificado sucesorio europeo se volverá cuando se aborde la interpretación teleológica del Abogado General en sus Conclusiones al asunto *Vincent Pierre Oberle*.

¹³¹ Conclusiones del Abogado General Sr. M. Szpunar, presentadas el 22 de febrero de 2018, *Vincent Pierre Oberle*, C-20/17, ECLI:EU:C:2018:89, apartado 37.

¹³² Considerando (69) Reglamento (UE) 650/2012.

¹³³ En relación al carácter alternativo de ambos certificados sucesorios -el europeo y el nacional- *vid.*, A. DAVÌ/A. ZANOBBETTI, “Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni nell’Unione Europea”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, (Octubre 2013), Vol. 5, N.º 2, p. 134; P. WAUTELET, “Chapitre VI: Certificat Successoral Européen” en A. BONOMI/P. WAUTELET/I. PRETELLI/A. ÖZTÜRK, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement n.º 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2^a ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, pp. 780-791; B. KREBE, “Chapter VI: European Certificate of Succession”, en A.-L. CALVO CARAVACA/A. DAVÌ/H.-P. MANSEL (eds.), *The EU Succession Regulation: a commentary*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016, pp. 680-685; D. STAMATIADIS, “Chapter VI: European Certificate of Succession”, en H. PAMBOUKIS (ed.), *EU Succession Regulation N.º 650/2012: A Commentary*, C.H. Beck/Hart Publishing, Oxford, 2017, pp. 590-593. El Abogado General Sr. M. Szpunar señala la posibilidad, sobre la que tiene dudas, de acudir a la diferenciación de ambos certificados en función de la finalidad de los certificados sucesorios, pero nada ha indicado el legislador de la Unión al respecto (Conclusiones del Abogado General Sr. M. Szpunar, presentadas el 22 de febrero de 2018, *Vincent Pierre Oberle*, C-20/17, ECLI:EU:C:2018:89, apartado 39).

¹³⁴ Conclusiones del Abogado General Sr. M. Szpunar, presentadas el 22 de febrero de 2018, *Vincent Pierre Oberle*, C-20/17, ECLI:EU:C:2018:89, apartado 38.

¹³⁵ *Ibidem*, apartado 38.

¹³⁶ *Idem*, apartado 40.

¹³⁷ *Idem*, apartado 41.

51. Efectivamente en mi opinión, de la redacción del Reglamento (UE) 650/2012 no se puede interpretar que los certificados sucesorios nacionales estén excluidos del ámbito de aplicación del mismo. Sin embargo, sobre todo en lo que afecta a la coexistencia de ambos certificados sucesorios -el europeo y el nacional- debería haberse adoptado por cualquiera de estas opciones: a) la exclusión explícita de los certificados sucesorios nacionales, dejando a las normas de producción interna de los Estados miembros su regulación; b) la inclusión dentro del ámbito de aplicación del Reglamento (UE) 650/2012, pero añadiendo un precepto en el que se indique que los certificados sucesorios nacionales quedarán regulados por las normas de producción interna; c) la inclusión en el ámbito de aplicación del Reglamento sucesorio de los certificados sucesorios nacionales, mediante una regulación específica, como la que ya existe para los certificados sucesorios europeos, y haber distinguido claramente las funciones o la finalidad de cada tipo de certificado; d) la inclusión en el ámbito de aplicación del Reglamento (UE) 650/2012 de los certificados sucesorios nacionales, mediante la eliminación de las normas de competencia de los certificados sucesorios europeos, con lo cual regirían las normas de competencia general para ambos tipos de certificados. Esta última solución propuesta es la que, según los Gobiernos alemán y portugués, debería haberse realizado si se hubiesen querido incluir los certificados sucesorios nacionales en el ámbito de aplicación del Reglamento (UE) 650/2012¹³⁸.

En ese sentido, mediante la inclusión de los procedimientos en relación a la expedición de los certificados nacionales en el ámbito de aplicación del Reglamento (UE) 650/2012, se puede llegar a contradecir la norma que señala que el uso del certificado europeo es alternativo al certificado nacional¹³⁹. Se volverá a abordar esta cuestión cuando se trate el asunto de la no obligatoriedad del certificado sucesorio europeo, en el apartado correspondiente a la interpretación teleológica del Abogado General en sus Conclusiones al asunto *Vincent Pierre Oberle*.

C) La competencia en materia de expedición de los certificados sucesorios nacionales: el art. 4 del Reglamento (UE) 650/2012

52. Una vez que se ha interpretado que la expedición de los certificados sucesorios nacionales y los procedimientos relativos a los mismos entran dentro del ámbito de aplicación del Reglamento (UE) 650/2012, se debe determinar si el art. 4 de dicho instrumento puede ser de aplicación a la expedición del certificado sucesorio alemán en el asunto *Vincent Pierre Oberle*. Si la respuesta es afirmativa, el fallo de la sentencia tendrá repercusiones en aquellos Estados miembros en los que existe la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales expidan certificados sucesorios nacionales, como ocurre en Alemania.

53. Para el órgano jurisdiccional remitente en el asunto *Vincent Pierre Oberle*, aunque el art. 4 del Reglamento (UE) 650/2012 fuese de aplicación pues los procedimientos relativos a los certificados sucesorios nacionales entran dentro del ámbito de aplicación de dicho instrumento internacional, esta disposición no resultaría aplicable. El motivo que señala es que el certificado sucesorio nacional al que se refiere el procedimiento principal no constituye una “resolución” en el sentido del Reglamento. En su opinión, aunque la expedición del certificado sucesorio nacional se produce por medio de la expedición de una “resolución”, el certificado se extenderá exclusivamente a los antecedentes de hecho, no incorporándose a él ningún elemento que pueda adquirir efecto de cosa juzgada¹⁴⁰.

¹³⁸ Se tratará de nuevo este asunto, en el último apartado, a modo de propuesta para el legislador europeo para futuras modificaciones del Reglamento (UE) 650/2012, pues dada la especial importancia que tiene dicha materia sobre los ciudadanos, es necesario una regulación lo más exhaustiva posible.

¹³⁹ *Vid.* en este sentido, M.-J. CASTELLANOS RUIZ, “Competencia internacional”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Litigación Internacional en la Unión Europea (IV): Comentario al Reglamento (UE) núm. 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre sucesiones mortis causa*, Aranzadi, Navarra, 2019, p. 92; I. ANTÓN JUÁREZ, “Certificado Sucesorio Europeo”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Litigación Internacional en la Unión Europea (IV): Comentario al Reglamento (UE) núm. 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre sucesiones mortis causa*, Aranzadi, Navarra, 2019, p. 335.

¹⁴⁰ Conclusiones del Abogado General Sr. M. Szpunar, presentadas el 22 de febrero de 2018, *Vincent Pierre Oberle*, C-20/17, ECLI:EU:C:2018:89, apartado 44.

Para ello se tratará este aspecto tan problemático de la “resolución” empezando por la postura de las partes, para seguir con la interpretación teleológica e histórica que realiza el Abogado General en sus Conclusiones al asunto *Vincent Pierre Oberle*, puesto que la interpretación literal y sistemática en relación con el art. 4 del Reglamento (UE) 650/2012 ya ha sido objeto de análisis.

a) Postura de las partes

54. Por un lado, los Gobiernos alemán, francés y portugués consideran que el art. 4 del Reglamento (UE) 650/2012 no es de aplicación a los procedimientos relativos a la expedición de los certificados sucesorios nacionales; mientras, por otro lado, el Gobierno polaco y la Comisión mantienen la postura contraria¹⁴¹.

55. El Gobierno alemán afirma que el art. 4 del Reglamento (UE) 650/2012 atribuye la competencia respecto de los procedimientos en los que se dictan “resoluciones”, naturaleza que no ostenta el certificado sucesorio nacional, del que es objeto la petición de decisión prejudicial. El legislador de la Unión no considera que los certificados sucesorios nacionales sean “resoluciones”, puesto que el art. 62.3 del Reglamento sucesorio los define como “documentos internos”. Para el gobierno alemán, el hecho de que la expedición del certificado sucesorio nacional se haga por parte de un órgano jurisdiccional no cambia la calificación de este certificado a la luz del Reglamento (UE) 650/2012¹⁴².

En esta línea interpretativa se encuentra el Gobierno francés, que señala que, aunque se puede aceptar como “resolución” el certificado sucesorio expedido en el ejercicio de la función jurisdiccional por parte de un tribunal; sin embargo, “*las actuaciones consistentes en la expedición de certificados sucesorios nacionales carecen de tal naturaleza cuando se limitan a constatar un determinado estado de cosas, sin valorarlo y sin que haya la posibilidad de iniciar actuaciones de oficio a este respecto*”¹⁴³.

En opinión del Gobierno portugués, el certificado sucesorio nacional al que se refiere el procedimiento principal –al igual que el certificado sucesorio europeo- debería ser considerado un instrumento de naturaleza híbrida. Esto implicaría que el art. 4 del Reglamento (UE) 650/2012 no sería de aplicación en el procedimiento principal¹⁴⁴.

56. Sin embargo, para la Comisión son los Estados miembros los que deben decidir de forma autónoma quiénes tienen que expedir los certificados sucesorios nacionales. Eso sí, el Estado miembro debe aceptar los efectos que produce esta elección cuando elige a los órganos jurisdiccionales para que desempeñen esta función, como sucede en Alemania. En ese caso, el certificado sucesorio nacional expedido por un órgano jurisdiccional constituye -como también lo señala el Gobierno polaco- una “resolución” en el sentido del art. 3.1.g) del Reglamento (UE) 650/2012, con independencia de la posición que haya adoptado el Derecho nacional en esta materia¹⁴⁵.

57. Tal y como señala el Abogado General Sr. M. Szpunar, las partes mencionan la argumentación dual del órgano jurisdiccional remitente, que resume la síntesis de las posturas existentes en la doctrina respecto de la cuestión analizada¹⁴⁶. Si bien en mi opinión la mayor parte de la doctrina no se ha planteado esta disyuntiva hasta el asunto *Vincent Pierre Oberle*, sino que se ha limitado a analizar: el ámbito de aplicación del Reglamento sucesorio; las normas de competencia internacional; así como las normas sobre el certificado sucesorio europeo, considerado un nuevo tipo de certificado, diferente al certificado nacional¹⁴⁷. Sin embargo, no se realiza mención alguna a las normas sobre competencia internacional en

¹⁴¹ *Ibidem*, apartado 45.

¹⁴² *Idem*, apartado 46.

¹⁴³ *Idem*, apartado 47.

¹⁴⁴ *Idem*, apartado 48.

¹⁴⁵ *Idem*, apartado 49.

¹⁴⁶ *Idem*, apartado 50.

¹⁴⁷ H. GAUDEMET-TALLON, “Quelques réflexions sur les propositions concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance

materia de expedición de certificados sucesorios nacionales, precisamente porque consideran que están excluidos de forma implícita del ámbito de aplicación del Reglamento (UE).

Existen muy pocos autores que consideran que el Reglamento sucesorio -con la excepción relativa a las medidas cautelares del art. 19 Reglamento (UE) 650/2012- regula la competencia nacional en las sucesiones de modo universal, de forma que sustituye a cualesquiera disposiciones nacionales relativas a estos asuntos¹⁴⁸.

58. En cuanto a la jurisprudencia, es importante destacar la sentencia del Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg (Tribunal Superior Regional de lo Civil y Penal de Hamburgo, Alemania) de 16 de noviembre de 2016¹⁴⁹. En la misma se señaló que una “resolución” en el sentido del art. 3.1.g) del Reglamento (UE) 650/2012 significa cualquier decisión en asuntos de sucesiones, expedida por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, con independencia del nombre de tal decisión, “y por tanto también el certificado sucesorio”¹⁵⁰.

Basándose en este argumento, se decidió que el órgano jurisdiccional alemán no era competente para conocer de un procedimiento relativo a la expedición de un certificado sucesorio nacional, en relación a un causante cuya última residencia habitual estuvo en España. En virtud del art. 4 del Reglamento (UE) 650/2012, los tribunales del Estado miembro en el que el causante tuviera su residencia habitual en el momento del fallecimiento tendrán la competencia para resolver sobre la totalidad de la sucesión.

b) Interpretación teleológica del Abogado General en las Conclusiones de la sentencia

59. Para realizar la interpretación teleológica, el Abogado General en las Conclusiones al asunto *Vincent Pierre Oberle* compara las conclusiones resultantes de la interpretación sistemática con los fines del Reglamento (UE) 650/2012.

et l'exécution des décisions en matière successorale dans l'Union européenne”, en *DNotI, Les Successions Internationales dans l'UE*, pp. 445-459, disponible en línea en <http://www.successions.org/16-Gaudemet-Tallon.pdf> (consultado el 1 de diciembre de 2019); P. LAGARDE, “Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions”, *Revue Critique Droit International Privé*, octubre-diciembre 2012, pp. 691-732; AA.VV. (sous la direction de G. KHAIRALLAH/M. REVILLARD), *Droit européen des successions internationales (Le Règlement du 4 juillet 2012)*, Defrénois, Paris, 2013; D. DAMASCELLI, *Diritto internazionale privato delle successioni a causa di morte*, Giuffrè Editore, Milano, 2013; A. DAVI/A. ZANOBETTI, “Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni nell'Unione Europea”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, (Octubre 2013), Vol. 5, N° 2, pp. 5-139; T. BALLARINO, “Il nuovo Regolamento europeo sulle successioni”, *Rivista di Diritto Internazionale*, Giuffrè Editore, Milano, Anno XCVI, Fasc. 4-2013, pp. 1116-1145; M. REVILLAD, Règlement (UE) N° 650/2012 du Parlement Européen et du Conseil du 4 juillet 2012, *LexisNexis, S.A.*, Fasc. 4-2013, pp. 1-27; A. DAVI/A. ZANOBETTI, *Il nuovo diritto internazionale privato europeo delle successioni*, Giappichelli Editore, Torino, 2014; R.-M. MOURA RAMOS, *Studi in onore de Laura Picchio Forlati - Le nouveau droit international privé des successions de l'union européenne premières réflexions*, Ed. Giappichelli, Torino, 2014; A.-L. CALVO CARAVACA/A. DAVI/H.-P. MANSEL (eds.), *The EU Succession Regulation: a commentary*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016; A. BONOMI/P. WAUTELET/I. PRETELLI/A. ÖZTÜRK, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2^a ed., Bruylant, Bruxelles, 2016; D. STAMATIADIS, “Chapter VI: European Certificate of Succession”, en H. PAMBOUKIS (ed.), *EU Succession Regulation N° 650/2012: A Commentary*, C.H. Beck/Hart Publishing, Oxford, 2017; A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Litigación Internacional en la Unión Europea (IV): Comentario al Reglamento (UE) núm. 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre sucesiones mortis causa*, Aranzadi, Navarra, 2019; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento sucesorio europeo 650/2012 de 4 de julio de 2012. Análisis crítico*, Rapid Centro Color, Murcia, 2019.

¹⁴⁸ K. WEITZ, “Jurysdykcja krajowa w sprawach spadkowych w świetle rozporządzenia spadkowego”, en M. PAZDAN (coord.), *Nowe europejskie prawo spadkowe*, Wolters Kluwer, Varsovia, 2015, p. 42. Algunos autores otorgan en este contexto una mayor importancia a la calificación del certificado sucesorio nacional y consideran que este constituye una “resolución” en el sentido del Reglamento (UE) 650/2012 (A. BONOMI, “Chapitre II: Competence: Introduction au chapitre II”, en A. BONOMI/P. WAUTELET/I. PRETELLI/A. ÖZTÜRK, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2^a ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 184).

¹⁴⁹ Sentencia del Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg (Tribunal Superior Regional de lo Civil y Penal de Hamburgo, Alemania) de 16 de noviembre de 2016, 2 W 85/16, *Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit* 2017, Heft 3, p. 129.

¹⁵⁰ Apartado 23 de la Sentencia del Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg (Tribunal Superior Regional de lo Civil y Penal de Hamburgo, Alemania) de 16 de noviembre de 2016, 2 W 85/16, *Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit* 2017, Heft 3, p. 129.

60. El carácter obligatorio del certificado sucesorio europeo. La doctrina destaca el carácter no obligatorio del certificado sucesorio europeo establecido por el art. 62.2 del Reglamento (UE) 650/2012¹⁵¹.

Sin embargo, el Gobierno alemán señala que si los procedimientos de expedición de certificados sucesorios nacionales están sujetos a la atribución de la competencia general de art. 4 del Reglamento (UE) 650/2012, esto provocaría que únicamente las autoridades de un Estado miembro podrían expedir certificados sucesorios nacionales; siendo dichas autoridades las competentes también para la expedición del certificado sucesorio europeo¹⁵². Por lo tanto, según el gobierno alemán, se les estaría imponiendo a los interesados la obligación de solicitar el certificado sucesorio europeo en contra de lo señalado en el art. 62.2 del Reglamento (UE) 650/2012¹⁵³.

En el lado opuesto, el Gobierno polaco considera que es mejor aquella solución que contribuya a un mayor papel del certificado sucesorio europeo¹⁵⁴.

61. El Abogado General no comparte la postura del Gobierno alemán, según la cual la aplicación de las normas de competencia general a los procedimientos de expedición de los certificados sucesorios nacionales no implica en la práctica que la utilización del certificado sucesorio europeo tenga carácter obligatorio¹⁵⁵.

En su opinión, dicha interpretación del art. 4 del Reglamento (UE) 650/2012 en la práctica no prohíbe a los interesados la posibilidad de obtener certificados sucesorios nacionales en el Estado miembro cuyas autoridades sean competentes para expedir el certificado europeo¹⁵⁶.

Por otro lado, según el Abogado General, parece que el Gobierno alemán hace una interpretación del art. 62.2 del Reglamento (UE) 650/2012, en el que se aborda la inexistencia de la obligación de utilizar el certificado sucesorio europeo, exclusivamente en el sentido de que establece la relación del certificado sucesorio europeo con respecto a los certificados sucesorios nacionales. Sin embargo, es el art. 62.3 del Reglamento sucesorio el que se refiere exclusivamente a esta cuestión. El art. 62.2 del Reglamento se refiere no solo a los certificados sucesorios nacionales, sino también a cualquiera de los “*instrumentos que el presente Reglamento pone a su disposición*” de los interesados¹⁵⁷.

62. Sin embargo, en mi opinión, aunque efectivamente al igual que señala el Abogado General, el certificado sucesorio europeo no tiene carácter obligatorio, en virtud del art. 62.2 del Reglamento (UE) 650/2012, sí que estoy de acuerdo con parte de los argumentos que señala el Gobierno alemán. Así

¹⁵¹ P. WAUTELET, “Chapitre VI: Certificat Successoral Européen” en A. BONOMI/P. WAUTELET/I. PRETELLI/A. ÖZTÜRK, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2^a ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, pp. 780-791; B. KREßE, “Chapter VI: European Certificate of Succession”, en A.-L. CALVO CARAVACA/A. DAVI/H.-P. MANSEL (eds.), *The EU Succession Regulation: a commentary*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016, pp. 680-685; D. STAMATIADIS, “Chapter VI: European Certificate of Succession”, en H. PAMBOUKIS (ed.), *EU Succession Regulation N° 650/2012: A Commentary*, C.H. Beck/Hart Publishing, Oxford, 2017, pp. 590-593; C. TOADER, “Primele aplicatii în jurisprudenta Curtii de Justitie a Uniunii Europene ale Regulamentului nr. 650/2012 privind succesiunile europene, cu elemente de drept succesoral comparat”, *Revista română de Drept European*, Nr. 1/2018, p. 33.

¹⁵² Conclusiones del Abogado General Sr. M. Szpunar, presentadas el 22 de febrero de 2018, *Vincent Pierre Oberle*, C-20/17, ECLI:EU:C:2018:89, apartado 95.

¹⁵³ Sin embargo, según el Gobierno alemán, en ocasiones, el uso de los certificados sucesorios nacionales expedidos por otros Estados miembros podría implicar más ventajas que la utilización del certificado sucesorio europeo (P. WAUTELET, “Chapitre VI: Certificat Successoral Européen” en A. BONOMI/P. WAUTELET/I. PRETELLI/A. ÖZTÜRK, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2^a ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 781; B. KREßE, “Chapter VI: European Certificate of Succession”, en A.-L. CALVO CARAVACA/A. DAVI/H.-P. MANSEL (eds.), *The EU Succession Regulation: a commentary*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016, pp. 680). Además, se les estaría privando a los interesados de la posibilidad de utilizar los certificados sucesorios nacionales expedidos por los órganos jurisdiccionales de otros Estados miembros, lo cual contradice el objetivo del Reglamento (UE) 650/2012 del Considerando (67) que es la tramitación rápida, ágil y eficiente de las sucesiones transfronterizas (Conclusiones del Abogado General Sr. M. Szpunar, presentadas el 22 de febrero de 2018, *Vincent Pierre Oberle*, C-20/17, ECLI:EU:C:2018:89, apartado 96).

¹⁵⁴ Conclusiones del Abogado General Sr. M. Szpunar, presentadas el 22 de febrero de 2018, *Vincent Pierre Oberle*, C-20/17, ECLI:EU:C:2018:89, apartado 97.

¹⁵⁵ *Ibidem*, apartado 98.

¹⁵⁶ *Idem*, apartado 99.

¹⁵⁷ Considerando (69) (Conclusiones del Abogado General Sr. M. Szpunar, presentadas el 22 de febrero de 2018, *Vincent Pierre Oberle*, C-20/17, ECLI:EU:C:2018:89, apartado 100).

pues, si para la expedición de los certificados sucesorios nacionales, se tienen que cumplir las normas de competencia internacional cuando en dicho Estado miembro es un tribunal el que los emite, no se está favoreciendo el que los Estados miembros soliciten la expedición de los certificados nacionales. Todo lo contrario, se está obligando a que por economía conflictual los interesados soliciten un certificado sucesorio europeo ante el tribunal competente tanto para la expedición del certificado sucesorio europeo como el certificado nacional; en vez de tener que ir solicitando diferentes certificados nacionales en Estados con distintas normas sobre competencia internacional para la expedición de dichos certificados¹⁵⁸.

En consecuencia, no se está obligando –teóricamente- a los interesados a solicitar el certificado sucesorio europeo, pero sí que se está favoreciendo la utilización en mayor medida del certificado sucesorio europeo frente al certificado nacional.

63. Los fines del Reglamento (UE) 650/2012. El fin principal para el que se adoptó el Reglamento sucesorio es conseguir la uniformidad de las normas de conflicto y de competencia aplicables a las sucesiones, en virtud de los Considerandos (7) y (8), tal y como señala el Abogado General¹⁵⁹.

Pues bien, la aplicación de las normas nacionales de competencia a los procedimientos de expedición de certificados sucesorios nacionales contradice precisamente la tendencia a uniformizar las normas de competencia y de conflicto en el marco de la Unión¹⁶⁰. Un claro ejemplo son las circunstancias del litigio principal, pues se solicitó al órgano jurisdiccional alemán la expedición de un certificado sucesorio nacional relativo a una sucesión sujeta al Derecho francés, en virtud de las normas nacionales de competencia.

64. Otro de los fines del Reglamento (UE) 650/2012 es el reconocimiento mutuo de las resoluciones dictadas en los Estados miembros en materia de sucesiones, como prevé el Considerando (59), y así contribuir a garantizar el buen funcionamiento de la justicia de la Unión, que señala el Considerando (34)¹⁶¹.

Así pues, dicho instrumento ha adoptado unas normas de conflicto uniformizadas en virtud de las cuales se designa la ley aplicable a la totalidad de la sucesión, en virtud del art. 23.1 del Reglamento (UE) 650/2012. Sin embargo, algunas cuestiones relevantes en la tramitación de las sucesiones se regulan en virtud de la ley designada por las normas nacionales de conflicto, tal y como señalan los Considerandos (11) a (13) y (71). Esto provocaría, en definitiva, situaciones en las que las autoridades de algunos Estados miembros expidan instrumentos de tramitación de la sucesión incompatibles entre sí¹⁶².

En la sentencia del asunto *Kubicka* el Tribunal, el TJUE declaró que es incompatible con los objetivos perseguidos por el Reglamento (UE) 650/2012, una interpretación de las normas del mismo que provoque una “fragmentación de la sucesión”¹⁶³. Aunque en la sentencia del caso *Kubicka* se hacía referencia a cuestiones relativas al ámbito del estatuto de la herencia; en opinión del Abogado General, esto puede ser utilizado para la interpretación de las normas del Reglamento sucesorio cuando se refieren a otras cuestiones¹⁶⁴. Precisamente la unidad de la sucesión, era uno de los principios inspiradores -la ratio- de la norma de conflicto española cuando todavía no era de aplicación el Reglamento (UE)

¹⁵⁸ Vid. en este sentido, M.-J. CASTELLANOS RUIZ, “Competencia internacional”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Litigación Internacional en la Unión Europea (IV): Comentario al Reglamento (UE) núm. 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre sucesiones mortis causa*, Aranzadi, Navarra, 2019, p. 92; I. ANTÓN JUÁREZ, “Certificado Sucesorio Europeo”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Litigación Internacional en la Unión Europea (IV): Comentario al Reglamento (UE) núm. 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre sucesiones mortis causa*, Aranzadi, Navarra, 2019, p. 335.

¹⁵⁹ Conclusiones del Abogado General Sr. M. Szpunar, presentadas el 13 de diciembre de 2017, *Doris Margret Lisette Mahnkopf*, C-558/16, ECLI:EU:C:2017:965, apartado 26; Conclusiones del Abogado General Sr. M. Szpunar, presentadas el 22 de febrero de 2018, *Vincent Pierre Oberle*, C-20/17, ECLI:EU:C:2018:89, apartado 101. Vid. M. SZPUNAR, “Droit international privé de l’Union: cohérence des champs d’application et/ou des solutions?”, *Revue Critique Droit International Privé*, juillet-septembre 2018, p. 578.

¹⁶⁰ Conclusiones del Abogado General Sr. M. Szpunar, presentadas el 22 de febrero de 2018, *Vincent Pierre Oberle*, C-20/17, ECLI:EU:C:2018:89, apartado 105.

¹⁶¹ *Ibidem*, apartado 106.

¹⁶² *Idem*, apartado 108.

¹⁶³ STJUE 12 octubre 2017, *Kubicka*, C-218/16, EU:C:2017:755, apartado 57.

¹⁶⁴ Conclusiones del Abogado General Sr. M. Szpunar, presentadas el 22 de febrero de 2018, *Vincent Pierre Oberle*, C-20/17, ECLI:EU:C:2018:89, apartado 109.

650/2012, sino que estaba en vigor el 9.8 CC¹⁶⁵. Así el principio de unidad y universalidad de la sucesión del Derecho internacional privado español regía la ley aplicable a sucesión, de manera que debía aplicarse una única ley con independencia del lugar de situación de los bienes hereditarios y la naturaleza de los mismos¹⁶⁶. Pues bien, con la entrada en vigor del Reglamento (UE) 650/2012 también se persigue la unidad de la sucesión en cuanto a la ley aplicable. Sin embargo, por lo que respecta de competencia internacional en materia de sucesiones es muy difícil que no haya fraccionamiento de la sucesión, cuando precisamente los foros de competencia previstos no contribuyen al mismo.

65. En tercer lugar, en opinión del Abogado General, el interés de las personas por la tramitación rápida, ágil y eficiente de las sucesiones puede suponer un argumento en favor de aquellos instrumentos que les permitan tramitar las sucesiones en otro Estado miembro distinto del Estado miembro cuyas autoridades son competentes en virtud de las normas del Reglamento (UE) 650/2012¹⁶⁷. En su opinión, se puede reconocer como uno de los fines del Reglamento (UE) 650/2012, pero no hay que olvidarse tampoco de la importancia del buen funcionamiento de la justicia¹⁶⁸.

En este mismo sentido, el Abogado General señala que en el marco del Reglamento (UE) 650/2012, no solo en interés de los causahabientes, sino también en aras del interés del buen funcionamiento de la justicia, se deben evitar situaciones en las que pueden existir instrumentos de tramitación de las sucesiones incompatibles entre sí¹⁶⁹. También se debe tener en cuenta la voluntad de garantizar la coincidencia del *ius* y del foro especialmente perseguidos por el Reglamento (UE) 650/2012¹⁷⁰.

66. Por lo tanto, el Abogado General no considera que los fines del Reglamento (UE) 650/2012 permitan que se interpreten sus disposiciones de forma opuesta a las conclusiones de la interpretación sistemática, para que los interesados consigan que los certificados sucesorios nacionales se expidan por los tribunales de un Estado miembro que no sea el Estado cuyas autoridades son competentes en virtud del art. 4 del Reglamento sucesorio¹⁷¹. Sin embargo, en mi opinión con esta conclusión se está incumpliendo con otro principio que rige el Reglamento sucesorio, que es el de subsidiariedad del certificado sucesorio europeo frente a los documentos que pueden existir con efectos similares en los Estados miembros¹⁷².

Para el Abogado General esta interpretación limitaría la posibilidad de expedir en diferentes Estados miembros certificados sucesorios nacionales y otros instrumentos, incluidos los certificados sucesorios europeos, resoluciones y documentos públicos incompatibles entre sí¹⁷³.

c) Interpretación histórica del Abogado General en las Conclusiones de la sentencia

67. Es cierto, que tal y como señala el Abogado General, las conclusiones que se han obtenido hasta ahora a partir de la interpretación sistemática y teleológica, –a las que he ido haciendo algunas observaciones–, son ratificadas por la interpretación histórica del Reglamento (UE) 650/2012¹⁷⁴.

¹⁶⁵ E. CASTELLANOS RUIZ, “Sucesión Hereditaria. El Reglamento Sucesorio Europeo”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2013, pp. 534.

¹⁶⁶ Así no se aceptaba el reenvío de primer grado que llevaba a la ley española, previsto en el art. 12.2 CC, si dicho reenvío provocaba un fraccionamiento de la sucesión (E. CASTELLANOS RUIZ, “Sucesión Hereditaria. El Reglamento Sucesorio Europeo”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2013, pp. 534).

¹⁶⁷ Conclusiones del Abogado General Sr. M. Szpunar, presentadas el 22 de febrero de 2018, *Vincent Pierre Oberle*, C-20/17, ECLI:EU:C:2018:89, apartado 102.

¹⁶⁸ *Ibidem*, apartado 111.

¹⁶⁹ *Idem*, apartado 112.

¹⁷⁰ *Vid.* M. SZPUNAR, “Droit international privé de l’Union: cohérence des champs d’application et/ou des solutions?”, *Revue Critique Droit International Privé*, juillet-septembre 2018, p. 578.

¹⁷¹ Conclusiones del Abogado General Sr. M. Szpunar, presentadas el 22 de febrero de 2018, *Vincent Pierre Oberle*, C-20/17, ECLI:EU:C:2018:89, apartado 114.

¹⁷² Considerando (69) Reglamento (UE) 650/2012.

¹⁷³ *Ibidem*, apartado 110.

¹⁷⁴ *Idem*, apartado 115.

La Propuesta de Reglamento sucesorio de la Comisión ya establecía que el certificado sucesorio europeo “no sustituirá a los procedimientos internos”, de su art. 36.2¹⁷⁵. Sin embargo, en el apartado 4.6 de la exposición de motivos de la Propuesta se dejó todavía más claro que el certificado europeo “no sustituye a los certificados ya existentes en algunos Estados miembros”. Así que finalmente en el art. 62.3 del Reglamento sucesorio -art. 36.2 de la Propuesta de Reglamento- quedó reflejada esta propuesta en “el certificado no sustituirá a los documentos internos empleados en los Estados miembros para fines similares”.

Por su parte, también el apartado 4.6 de la exposición de motivos de la Propuesta de Reglamento señaló expresamente “en el Estado miembro de la autoridad competente, la prueba de la cualidad de heredero y de los poderes del administrador o ejecutor de la sucesión se efectúa, por tanto, conforme al procedimiento interno”.

Así que en opinión del Sr. M. Szpunar, en la Propuesta de Reglamento ya se redujo el papel de la normativa procesal nacional a materias relacionadas con el curso del procedimiento, que tal y como propone debería iniciarse “en el Estado miembro de la autoridad competente”, no considerando que dicha competencia tenga que ser otorgada con arreglo a la ley nacional¹⁷⁶.

En opinión del Abogado General se puede afirmar que incluso en la redacción de la Propuesta del Reglamento sucesorio, ya se podía prever que la ley nacional no iba a decidir la competencia internacional de las autoridades de los Estados miembros en relación a la expedición de los certificados sucesorios nacionales, sino que iban a ser de aplicación las normas de competencia establecidas en el Reglamento¹⁷⁷.

En definitiva, el art. 4 del Reglamento (UE) 650/2012 debe interpretarse en el sentido de que determina la competencia también en relación con los procedimientos en los que conocen los tribunales de los Estados miembros para la expedición de los certificados sucesorios nacionales¹⁷⁸.

d) Conclusiones

68. Así pues, se procede a responder a la cuestión prejudicial, teniendo en cuenta que la interpretación literal no ofrece ninguna solución clara, pero que las interpretaciones sistemática y teleológica son unívocas y están apoyadas por la interpretación histórica. El Abogado General considera que el art. 4 del Reglamento (UE) 650/2012 atribuye la competencia con respecto a aquellos procedimientos en los que conocen los tribunales de los Estados miembros cuando dichos procedimientos se refieran a materias que pertenecen a “la totalidad de la sucesión”; siendo este el caso de los certificados sucesorios nacionales¹⁷⁹.

Se va a resumir brevemente los argumentos del fallo de la sentencia del TJUE que hace suyos los argumentos del Abogado General M. Szpunar, para finalizar este estudio con cuáles son las implicaciones de dicho resultado para los Estados miembros¹⁸⁰.

69. En el apartado 33, se señala en primer lugar, que las reglas para determinar la competencia, en la medida en que no remitan al Derecho de los Estados miembros para esclarecer su sentido y alcance, deben ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme. Esta debe realizarse teniendo en cuenta no solo el tenor literal de las propias disposiciones, sino también su contexto y los objetivos perseguidos por la normativa de la que formen parte, en este caso el Reglamento de sucesiones¹⁸¹.

¹⁷⁵ 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 (COM/2009/0154 final — COD 2009/0157).

¹⁷⁶ Conclusiones del Abogado General Sr. M. Szpunar, presentadas el 22 de febrero de 2018, *Vincent Pierre Oberle*, C-20/17, ECLI:EU:C:2018:89, apartados 114-117.

¹⁷⁷ *Ibidem*, apartado 118.

¹⁷⁸ *Idem*, apartado 120.

¹⁷⁹ *Idem*, apartado 119.

¹⁸⁰ STJUE 21 junio 2018, *Vincent Pierre Oberle*, C-20/17, ECLI:EU:C:2018:485.

¹⁸¹ STJUE 1 marzo 2018, *Mahnkopf*, C-558/16, ECLI:EU:C:2018:138, apartado 32.

En segundo lugar, según la redacción del propio art. 4, los tribunales del Estado miembro en el que el causante tuviera su residencia habitual en el momento del fallecimiento tendrán competencia para pronunciarse sobre la totalidad de la sucesión, luego la regla de competencia se refiere a la “*totalidad de la sucesión*”¹⁸².

70. Por otro lado, el tenor literal del art. 4 no permite establecer si la naturaleza contenciosa o de jurisdicción voluntaria del procedimiento afecta a la aplicabilidad de la regla para determinar la competencia, ni si por “resolver” ha de entenderse el hecho de adoptar una resolución de naturaleza jurisdiccional. Por lo tanto, la interpretación literal del artículo 4 no responde a la cuestión de si un procedimiento de expedición de los certificados sucesorios nacionales debe considerarse comprendido en el ámbito de aplicación del art. 4¹⁸³.

En cuanto al análisis del contexto en el que se circunscribe el art. 4, el art. 13 señala que además del tribunal competente para resolver la sucesión de conformidad con el Reglamento, los tribunales del Estado miembro de la residencia habitual de cualquier persona que, con arreglo a la ley aplicable a la sucesión, pueda efectuar una declaración relativa a la aceptación de la herencia, de un legado o de la parte legítima o la renuncia a los mismos, o una declaración de limitación de su responsabilidad respecto de las deudas y demás cargas de la herencia, serán competentes para conocer de esas declaraciones¹⁸⁴.

El art. 13 pretende simplificar los trámites de los herederos y de los legatarios, estableciendo excepciones a las reglas para determinar la competencia (arts. 4 a 11). Sin embargo, los tribunales competentes para resolver sobre la totalidad de una sucesión en virtud del artículo 4 del citado Reglamento son competentes para conocer sobre las declaraciones sucesorias, es decir, sobre procedimientos que no concluyen con la adopción de una resolución judicial¹⁸⁵.

En consecuencia, el art. 4 determina la competencia internacional de los tribunales de los Estados miembros relativa a los procedimientos sobre medidas acerca de la “*totalidad de una sucesión*”, tales como, la expedición de los certificados sucesorios nacionales, con independencia de la naturaleza contenciosa o de jurisdicción voluntaria de esos procedimientos¹⁸⁶.

Esta interpretación no es contradictoria con lo señalado por el art. 64 puesto que tiene por objeto precisar que tanto los tribunales como algunas otras autoridades serán competentes para expedir el certificado sucesorio europeo; al mismo tiempo que especifica que la determinación de la competencia para la expedición de tales certificados tendrá que hacerse de acuerdo con los arts. 4, 7, 10 y 11 del propio Reglamento¹⁸⁷.

71. Por último, se señala en dicha sentencia que uno de los objetivos del Reglamento es la unidad de la sucesión; así como ayudar a los herederos y legatarios, a las personas próximas al causante y a los acreedores de la herencia a ejercer sus derechos en situaciones de sucesión mortis causa con repercusiones transfronterizas; y permitir a los ciudadanos de la Unión preparar su sucesión. Por ello es necesario establecer un régimen uniforme aplicable a las sucesiones mortis causa con repercusiones transfronterizas, reduciendo el riesgo de que se sustancien procedimientos paralelos ante los tribunales de los distintos Estados miembros y de que surjan resoluciones contradictorias¹⁸⁸.

Así que se obstaculizaría la consecución de los fines del Reglamento sucesorio, si en una situación como la del litigio principal, las disposiciones del capítulo II tuvieran que interpretarse de manera que no determinan la competencia internacional de los tribunales de los Estados miembros en materia de los procedimientos relativos a la expedición de los certificados sucesorios nacionales¹⁸⁹.

72. Así pues, el art. 4 debe interpretarse de forma que se opone a una normativa de un Estado miembro, que señala que, aunque el causante no tuviera en el momento del fallecimiento su residencia

¹⁸² STJUE 21 junio 2018, *Vincent Pierre Oberle*, C-20/17, ECLI:EU:C:2018:485, apartados 34 y 37.

¹⁸³ *Ibidem*, apartados 38-40.

¹⁸⁴ *Idem*, apartado 41.

¹⁸⁵ *Idem*, apartado 42.

¹⁸⁶ *Idem*, apartado 44.

¹⁸⁷ *Idem*, apartados 45-46.

¹⁸⁸ *Idem*, apartados 49-57.

¹⁸⁹ *Idem*, apartado 58.

habitual en ese Estado miembro, los tribunales de dicho Estado miembro seguirán siendo competentes para expedir los certificados sucesorios nacionales, de conformidad con los criterios de sus normas de producción interna, que no son otros que la existencia de bienes hereditarios situados en dicho Estado miembro o que el causante hubiera sido nacional del mismo¹⁹⁰.

Por lo tanto, como ya se ha mencionado, con esta conclusión, se está favoreciendo que los interesados soliciten certificados sucesorios europeos. Si el causahabiente tiene que acudir al tribunal competente por el foro recogido en el art. 4 del Reglamento sucesorio y no coincide con el lugar de su residencia habitual, dado que tiene que soportar costes conflictuales, preferirá solicitar un certificado sucesorio europeo; pues contempla los mismos foros de competencia internacional¹⁹¹.

73. En conclusión, para la determinación de la competencia en materia de expedición de los certificados sucesorios nacionales y los procedimientos relativos a los mismos, se debe distinguir qué autoridad, judicial o no judicial, realiza el certificado sucesorio en el Estado miembro en cuestión:

1º) Si quienes emiten el certificado sucesorio nacional son órganos judiciales, estos deberán respetar las normas de competencia internacional del Reglamento (UE) 650/2012. Para el fallo de la sentencia *Vincent Pierre Oberle*, ha sido fundamental la consideración de que en el supuesto concreto, se trataba de órganos judiciales, en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, porque si no se hubiese entendido así, el fallo hubiese sido totalmente diferente¹⁹². Tal y como se ha podido comprobar posteriormente con el fallo de la sentencia sobre el asunto *WB c Notariusz Przemysława Bac*¹⁹³.

Así, en el asunto *Vincent Pierre Oberle*, se trataba de un caso en que el finado no había optado por una *professio juris*. Pero si la hubiera realizado, hubieran sido competentes para la expedición del certificado sucesorio nacional, los tribunales del Estado miembro de la nacionalidad del causante. Por las mismas razones, el foro de necesidad, en virtud del art. 11 del Reglamento sucesorio, podría igualmente otorgar competencia a los tribunales de un Estado miembro para los procedimientos relativos a la expedición de los certificados sucesorios nacionales, si se cumplen las condiciones restrictivas previstas en el Reglamento para su aplicación¹⁹⁴.

2º) Si quienes emiten el certificado sucesorio nacional son autoridades no judiciales que no ejercen funciones jurisdiccionales, no pueden ser considerados “tribunal” a los efectos del Reglamento sucesorio, por lo que no tendrán que respetar las normas de competencia internacional del Reglamento (UE) 650/2012. Precisamente esto es lo que se resuelve en el asunto *WB c Notariusz Przemysława Bac*¹⁹⁵. En ese caso, serán de aplicación las normas de producción interna para la determinación de la competencia en relación con la expedición de los certificados sucesorios nacionales y los procedimientos relativos a los mismos.

3º) Por último, si quienes expiden el certificado sucesorio nacional son autoridades no judiciales que ejercen funciones jurisdiccionales, deberán respetar las normas de competencia internacional, porque serán considerados “tribunal”, de conformidad con el art. 3.2 del Reglamento sucesorio. Aunque no existe sentencia del TJUE al respecto que lo establezca, esta última aseveración puede deducirse de los dos casos anteriores.

¹⁹⁰ *Idem*, apartado 59.

¹⁹¹ *Vid.* en este sentido, M.-J. CASTELLANOS RUIZ, “Competencia internacional”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Litigación Internacional en la Unión Europea (IV): Comentario al Reglamento (UE) núm. 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre sucesiones mortis causa*, Aranzadi, Navarra, 2019, p. 92; I. ANTÓN JUÁREZ, “Certificado Sucesorio Europeo”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Litigación Internacional en la Unión Europea (IV): Comentario al Reglamento (UE) núm. 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre sucesiones mortis causa*, Aranzadi, Navarra, 2019, p. 335.

¹⁹² STJUE 21 junio 2018, *Vincent Pierre Oberle*, C-20/17, ECLI:EU:C:2018:485, apartado 60.

¹⁹³ STJUE 23 mayo 2019, *WB c Notariusz Przemysława Bac*, C-658/17, ECLI:EU:C:2019:444, apartado 73.

¹⁹⁴ L. PERREAU-SAUSSINE, “Quelle place pour les certificats successoriaux nationaux dans le règlement européen Successions internationales, n° 650/2012?”, *Revue Critique Droit International Privé*, octubre-décembre 2018, p. 859.

¹⁹⁵ STJUE 23 mayo 2019, *WB c Notariusz Przemysława Bac*, C-658/17, ECLI:EU:C:2019:444, apartado 73.

2. Implicaciones para los Estados miembros

74. 1^ª) Normas de competencia para la expedición del certificado sucesorio nacional. En primer lugar, si es un órgano judicial de un Estado miembro el que realiza el certificado sucesorio nacional, será competente en lo relativo a la expedición de tales certificados y los procedimientos relativos a ellos, el tribunal del Estado miembro designado por las normas de competencia internacional del capítulo II del Reglamento (UE) 650/2012.

En mi opinión, para el TJUE es más difícil dictaminar que cuando son los órganos judiciales los que emiten los certificados sucesorios nacionales, no están ejerciendo “funciones jurisdiccionales”; así que para que decidan que no las ejercen, las circunstancias del caso deben ser determinantes y que no existan dudas al respecto; algo que sí sucedía en el asunto *Vincent Pierre Oberle*. Además, el TJUE será más proclive que en el caso de plantearse asuntos similares, en los que quien expide el certificado sucesorio nacional es un órgano judicial, éste tenga que respetar obligatoriamente las normas de competencia del Reglamento (UE) 650/2012. Me estoy refiriendo a que, por cuestiones de economía procesal, si es un órgano judicial el que realiza el certificado sucesorio nacional, dicho órgano judicial estará obligado a cumplir las normas de competencia internacional, sin tener que entrar a analizar los aspectos del caso concreto. Este efectivamente ha sido el fallo de la sentencia del *Vincent Pierre Oberle*, aunque no en base a estos argumentos, sino tras el análisis por parte del TJUE de las interpretaciones realizadas por el Abogado General, el Sr. M. Szpunar.

Se debe destacar que, para la Comisión son los Estados miembros los que deben decidir de forma autónoma quiénes tienen que expedir los certificados sucesorios nacionales. Eso sí, el Estado miembro debe aceptar los efectos que produce esta elección cuando elige a los órganos jurisdiccionales para que desempeñen esta función, como sucede en Alemania. En ese caso, el certificado sucesorio nacional expedido por un órgano jurisdiccional constituye -como también lo señala el Gobierno polaco- una “resolución” en el sentido del art. 3.1.g) del Reglamento (UE) 650/2012, con independencia de la posición que haya adoptado el Derecho nacional en esta materia.

El Abogado General concluye que el art. 4 atribuye la competencia respecto de los procedimientos planteados ante los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros cuando estos procedimientos se refieren a materias que pueden considerarse que entran dentro de “*la totalidad de la sucesión*”, con independencia de que este procedimiento sea o no contencioso.

75. En segundo lugar, si quienes emiten los certificados sucesorios nacionales son “*las demás autoridades y profesionales del Derecho*” en el sentido del art. 3.2 del Reglamento (UE) 650/2012, la solución es diferente, porque para que puedan ser consideradas “tribunales” es necesario que cumplan obligatoriamente funciones jurisdiccionales. Así sucedió en el asunto *WB c. Notariusz Przemysława Bac* que ha sido mencionado, en el que tras un análisis del concepto “funciones jurisdiccionales” y de su aplicación al caso concreto, se determinó que los notarios polacos, que tenían que redactar un documento a solicitud de todas las partes del procedimiento notarial, no ejercían funciones jurisdiccionales¹⁹⁶.

Como se trata de autoridades no judiciales, que desempeñan distintas funciones en un mismo Estado miembro y a su vez entre Estados miembros, el TJUE considera que se debe analizar si la autoridad no judicial cumple funciones jurisdiccionales en un Estado miembro, para el asunto en cuestión. Un ejemplo de esto es la sentencia del TJUE en el asunto *WB c. Notariusz Przemysława Bac*¹⁹⁷. Lo cual es lógico, porque las autoridades no judiciales, no siempre cumplen funciones jurisdiccionales en el sentido del Reglamento (UE) 650/2012.

Pero si en el asunto *WB c. Notariusz Przemysława Bac*, el TJUE hubiese considerado que los notarios polacos ejercían funciones jurisdiccionales, en el sentido del art. 3.2 del Reglamento (UE) 650/2012, hubieran sido de aplicación las normas de competencia internacional del capítulo II del Reglamento sucesorio; siguiendo la misma línea interpretativa realizada por el TJUE en el asunto *Vincent Pierre Oberle*.

¹⁹⁶ Conclusiones del Abogado General Sr. Y. Bot, presentadas el 28 de febrero de 2019, *WB c. Notariusz Przemysława Bac*, C-658/17, ECLI:EU:C:2019:166, apartados 81-98.

¹⁹⁷ STJUE 23 mayo 2019, *WB c. Notariusz Przemysława Bac*, C-658/17, ECLI:EU:C:2019:444, apartado 73.

76. 2^a) Comunicaciones de los Estados miembros a la Comisión, de conformidad con los arts. 78.1.c) y 79.1. En definitiva, las normas de competencia internacional del Reglamento (UE) 650/2012 determina la competencia también en relación con los procedimientos en los que conocen los tribunales de los Estados miembros para la expedición de los certificados sucesorios nacionales¹⁹⁸. El fallo de la sentencia en el asunto *Vincent Pierre Oberle* tiene repercusiones en aquellos Estados miembros en los que existe la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales expidan certificados sucesorios nacionales, como ocurre con Alemania y España.

Como se ha dicho en reiteradas ocasiones, también es posible que sean considerados “tribunal” no sólo los órganos judiciales, sino otras autoridades no judiciales como los notarios, porque ejercen funciones jurisdiccionales en un Estado miembro, en el sentido del art. 3.2 del Reglamento (UE) 650/2012. Así que los Estados miembros notificarán a la Comisión, las autoridades y los profesionales del Derecho que se consideran “tribunales” en el sentido del Reglamento sucesorio, de conformidad con el art. 79.1.

Así pues, Francia ha señalado que los notarios no ejercen funciones jurisdiccionales, y que no son un “tribunal” en el sentido del Reglamento¹⁹⁹. Por lo tanto, no ha hecho ninguna comunicación al respecto, de conformidad con el art. 79.1 del Reglamento (UE) 650/2012, indicando que los notarios deben ser considerados “tribunales” en el sentido del art. 3.2 del Reglamento (UE) 650/2012. Sin embargo, Francia ha señalado, que los notarios son las autoridades competentes para la expedición de los certificados sucesorios europeos, con lo que deberán respetar las normas de competencia previstas en el art. 64 del Reglamento sucesorio²⁰⁰.

En esta misma línea, ni Alemania, ni Bélgica han realizado ninguna notificación de conformidad con el art. 79.1 del Reglamento (UE) 650/2012, indicando que los notarios deben ser considerados “tribunales” a efectos del art. 3.2 del Reglamento (UE) 650/2012²⁰¹. Por lo tanto, ni los notarios alemanes, ni los belgas, tienen que respetar las normas de competencia internacional en materia de expedición de los certificados sucesorios nacionales. No obstante, de acuerdo con el art. 78.1.c), ambos países sí que han notificado a la Comisión que los notarios son “otra autoridad” a efectos de la expedición del certificado en virtud del artículo 64 del Reglamento (UE) 650/2012. Por ejemplo, Bélgica ha señalado de forma literal que “*Las autoridades competentes a efectos de la expedición del certificado en virtud del artículo 64 son los notarios*”²⁰².

En consecuencia, a diferencia de España, ninguno de los Estados miembros mencionados ha señalado que los notarios deban ser considerados “tribunal” en el sentido del art. 3.2 del Reglamento sucesorio, por lo tanto, no están sujetos a las normas de competencia judicial internacional, como es el caso del art. 4 de dicho instrumento internacional. Es más no han hecho ninguna notificación con respecto a qué otras autoridades o profesionales del Derecho deben ser considerados “tribunal”, además de los órganos judiciales; así que en dichos Estados miembros únicamente los órganos judiciales están sujetos a las normas de competencia judicial internacional del capítulo II del Reglamento sucesorio.

¹⁹⁸ *Idem*, apartado 59.

¹⁹⁹ H. GAUDEMET-TALLON, “LES RÈGLES DE COMPÉTENCE JUDICIAIRE DANS LE RÈGLEMENT EUROPÉEN SUR LES SUCCESSIONS”, EN AA.VV. (SOUS LA DIRECTION DE G. KHAIRALLAH/M. REVILLARD), *Droit européen des successions internationales (Le Règlement du 4 juillet 2012)*, Defrénois, Paris, 2013, p. 129; L. PERREAU-SAUSSINE, “Quelle place pour les certificats successoriaux nationaux dans le règlement européen Successions internationales, n° 650/2012?”, *Revue Critique Droit International Privé*, octobre-décembre 2018, p. 858.

²⁰⁰ La comunicación con respecto a las autoridades que son competentes para emitir el certificado sucesorio europeo, así como otras notificaciones previstas en el Reglamento (UE) 650/2012, de conformidad con los arts. 78 y 79, que Francia ha realizado, están disponibles en línea en https://e-justice.europa.eu/content_succession-380-fr-es.do?member=1 (consultada el 10 de diciembre de 2019).

²⁰¹ La comunicación indicando que los notarios deben ser considerados “tribunal” en el sentido del art. 3.2 del Reglamento (UE) 650/2012; o la notificación señalando si los notarios son “otra autoridad” en el sentido del art. 64 del Reglamento sucesorio, y que por tanto, son competentes para emitir el certificado sucesorio europeo, además de los tribunales; así como otras notificaciones previstas en el Reglamento (UE) 650/2012, de conformidad con los arts. 78 y 79; están disponibles en línea para Alemania en https://e-justice.europa.eu/content_succession-380-de-es.do?member=1; y para Bélgica en https://e-justice.europa.eu/content_succession-380-be-es.do?member=1 (consultadas el 10 de diciembre de 2019).

²⁰² Las notificaciones de Bélgica, de conformidad con los arts. 78 y 79 del Reglamento (UE) 650/2012, están disponibles en línea en https://e-justice.europa.eu/content_succession-380-be-es.do?member=1 (consultada el 10 de diciembre de 2019).

77. En el caso de España la situación en relación con los notarios es diferente porque España ha hecho las dos declaraciones, de conformidad con los arts. 78.1.c) y 79.1 del Reglamento (UE) 650/2012.

Así España ha comunicado a la Comisión que los “notarios” son “otras autoridades” en el sentido del art. 3.2 del Reglamento (UE) 650/2012 y que, por tanto, ejercen “funciones jurisdiccionales”²⁰³. España ha señalado que, en relación a determinados actos de jurisdicción voluntaria, los notarios ejercen funciones jurisdiccionales, concretamente ha notificado que son considerados “tribunal”: “*los notarios, en relación a las declaraciones de herederos abintestato, a los procedimientos de presentación, advección, apertura y protocolización de los testamentos cerrados, ológrafos y orales y a la formación de inventario*”²⁰⁴. Y a continuación indica los notarios territorialmente competentes en España para realizar estos actos de jurisdicción voluntaria: “*Arts. 55 y 56; 57 a 65 y 67 a 68 de la Ley del Notariado, en redacción dada por la Disposición Final 11^a de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria*”²⁰⁵.

En consecuencia, para estos actos de jurisdicción voluntaria, entre los que no se han incluido las actuaciones relativas a los contadores partidores o la aprobación de la partición—que también son actos de jurisdicción voluntaria— los notarios están sometidos a las normas de competencia internacional. De manera que, si no se cumple ningún foro de competencia internacional de los señalados en el capítulo II del Reglamento (UE) 650/2012 que atribuya competencia a un “tribunal”, ningún notario español podrá realizar ninguno de los actos de jurisdicción voluntaria antes indicados. Una vez que exista un foro de competencia internacional, será territorialmente competente el notario establecido por la Ley del Notariado, en virtud de los preceptos arriba señalados.

Ahora bien, el problema se plantea porque en relación con los certificados sucesorios europeos, España ha comunicado a la Comisión de forma literal que dicho certificado “*Se expedirá por órgano judicial o notario competente en cada caso*”, de conformidad con los arts. 78.1.c) del Reglamento (UE) 650/2012²⁰⁶. Dado que España ya había realizado la anterior comunicación señalando que los notarios deben ser considerados “tribunales”, en el sentido del art. 3.2 del Reglamento (UE) 650/2012, para los actos de jurisdicción voluntaria indicados; los notarios ya eran autoridad competente para expedir los certificados sucesorios europeos que derivan de dichos expedientes. Efectivamente el art. 64 del Reglamento (UE) 650/2012 señala que son autoridad competente para emitirlos tanto “los tribunales” según se define en el art. 3.2; como “otra autoridad” que, en virtud del Derecho nacional, sea competentes para sustanciar sucesiones mortis causa. Por lo que, además, con esta segunda notificación, los notarios españoles son “otra autoridad” para expedir certificados sucesorios europeos derivados de otros actos.

Así que cuando se trate de realizar un certificado sucesorio europeo que derive de un expediente de jurisdicción voluntaria relativo a cualquiera de los actos notificados a la Comisión, de conformidad con el art. 79.1, y por tanto ser considerado “tribunal”, el notario español no podrá declararse competente -en virtud de la Ley del Notariado-, si no cumple previamente con algún foro de competencia internacional del Reglamento (UE) 650/2012. Pero en relación con el resto de actos no notificados a la Comisión, como son las actuaciones relativas a los contadores partidores o la aprobación de la partición, el notario español no tendrá que respetar las normas de competencia internacional del Reglamento (UE) 650/2012; y podrá hacerlo para dichos actos en virtud del art. 66 de la Ley del Notariado²⁰⁷. En la comunicación de España a la Comisión no se incluyeron las actuaciones sobre albaceas o contadores, ni tampoco la aprobación de la partición, porque sólo notificó los expedientes sucesorios en los que

²⁰³ E. CASTELLANOS RUIZ, “Sucesión Hereditaria. El Reglamento Sucesorio Europeo”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRAS-COSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2018, p. 686.

²⁰⁴ Las notificaciones de España, de conformidad con los arts. 78 y 79 del Reglamento (UE) 650/2012, están disponibles en línea en https://e-justice.europa.eu/content_succession-380-es-es.do?member=1 (consultada el 10 de diciembre de 2019).

²⁰⁵ Las notificaciones de España, de conformidad con los arts. 78 y 79 del Reglamento (UE) 650/2012, están disponibles en línea en https://e-justice.europa.eu/content_succession-380-es-es.do?member=1 (consultada el 10 de diciembre de 2019).

²⁰⁶ Las notificaciones de España, de conformidad con los arts. 78 y 79 del Reglamento (UE) 650/2012, están disponibles en línea en https://e-justice.europa.eu/content_succession-380-es-es.do?member=1 (consultada el 10 de diciembre de 2019).

²⁰⁷ Art. 66 Ley del Notariado de 1862, Gaceta de Madrid núm. 149, de 29 mayo 1862, modificado por la Disposición Final undécima de la Ley 15/2015 de la Jurisdicción Voluntaria (BOE núm. 158, de 3 julio 2015: “*Será competente el Notario que tenga su residencia en el lugar en que hubiera tenido el causante su último domicilio o residencia habitual, o donde estuviere la mayor parte de su patrimonio, con independencia de su naturaleza de conformidad con la ley aplicable, o en el lugar en que hubiera fallecido, siempre que estuvieran en España, a elección del solicitante. También podrá elegir a un Notario de un distrito colindante a los anteriores. En defecto de todos ellos, será competente el Notario del lugar del domicilio del requirente*”.

los notarios poseen competencia exclusiva que sean actos de jurisdicción voluntaria²⁰⁸. Efectivamente, dichas actividades en los supuestos de los arts. 843 y 1057 CC se realizan de forma alternativa con los Secretarios judiciales (Letrados de la Administración de Justicia). Ahora bien, si las actuaciones sobre los albaceas o contadores y la aprobación de la partición son llevadas a cabo por los Secretarios judiciales, como actúan por mandato judicial, están sometidas a las reglas de competencia judicial internacional, como los jueces²⁰⁹.

En cualquier caso, esta disparidad de criterios para la atribución de la competencia a los notarios según qué actos, se produce si se sigue la línea interpretativa del art. 64 del Reglamento sucesorio, realizada por R. CRÔNE y P. WAUTELET, y que se analiza en el tercer apartado²¹⁰.

78. En cuanto a la notificación o comunicación que deberán hacer los Estados miembros en relación con el asunto *WB c Notariusz Przemysława Bac*, se señala al respecto que la falta de notificación a que se refiere el artículo 3.2 en su párrafo segundo, del Reglamento (UE) 650/2012, por parte de la República de Polonia, relativa al ejercicio por los notarios de funciones jurisdiccionales, no tiene carácter definitivo. Esto quiere decir que si los Estados no notifican que sus notarios son “otras autoridades” en el sentido del art. 3.2 Reglamento sucesorio, no implica que no puedan ser considerados “tribunal” y estar sometidos a las normas de competencia internacional del mismo.

El Abogado General Sr. Y. Bot señala que dicha calificación debe ser realizada por el órgano jurisdiccional nacional en cuestión, de forma autónoma, de manera que en cualquier caso la declaración realizada por la autoridad nacional competente no vincula a dicho órgano jurisdiccional; y eso se extrapolaría a los casos de ausencia de declaración²¹¹.

79. 3^o) Normas de competencia para la expedición del certificado sucesorio europeo. Lo que expresa el art. 64 es que cualquiera de los Estados miembros designados por los arts. 4, 7, 10 u 11 es competente para expedir un certificado europeo. Así que parece que, según este precepto, para la determinación de la competencia en materia de expedición de los certificados europeos, se tendría que acudir a los mismos foros previstos que para otros litigios relativos a sucesiones.

Sin embargo, según la interpretación realizada por R. CRÔNE, en relación a los notarios franceses, como operan de modo extrajudicial, éstos pueden hacer valer su “competencia universal”²¹². Esta interpretación conduce a afirmar que los notarios pueden expedir el certificado sucesorio europeo si el Derecho nacional del Estado miembro al que pertenecen les otorga competencia internacional al efecto, sin que sea preciso que concurren los foros de competencia internacional recogidos en el Reglamento 650/2012²¹³.

En este mismo sentido, P. WAUTELET señala que, aunque los notarios no sean calificados como “tribunales”, nada impide que sean considerados una autoridad que pueda emitir un certificado sucesorio europeo, puesto que según el art. 64, este puede ser emitido no sólo por un “tribunal” sino por “otra autoridad que, en virtud del Derecho nacional, sea competente para sustanciar sucesiones mortis causa”²¹⁴. En opinión del legislador alemán, es el derecho nacional el que regula la competencia interna-

²⁰⁸ A. FERNÁNDEZ-TRESGERRES GARCÍA, *Las sucesiones mortis causa en Europa. Estudio del Reglamento n.º 650/2012*, Aranzadi, Pamplona, 2016, pp. 466-468.

²⁰⁹ A. FERNÁNDEZ-TRESGERRES GARCÍA, *Las sucesiones mortis causa en Europa. Estudio del Reglamento n.º 650/2012*, Aranzadi, Pamplona, 2016, pp. 466-468.

²¹⁰ Si, por el contrario, se sigue la otra línea interpretativa, todas las autoridades señaladas por los Estados miembros para la expedición de los certificados sucesorio europeos, que en virtud del Derecho nacional sean competentes para sustanciar las sucesiones mortis causa, como son los notarios, deberán respetar las normas de competencia internacional del Reglamento (UE) 650/2012 y no podrán declararse competentes por sus normas de producción interna para la expedición de tales certificados.

²¹¹ STJUE 23 mayo 2019, *WB c Notariusz Przemysława Bac*, C-658/17, ECLI:EU:C:2019:444, apartados 40-49; Conclusiones del Abogado General Sr. Y. Bot, presentadas el 28 de febrero de 2019, *WB c. Notariusz Przemysława Bac*, C-658/17, ECLI:EU:C:2019:166, apartados 64-69.

²¹² R. CRÔNE, “Le certificat successoral européen”, en AA.VV. (sous la direction de G. KHAIRALLAH/M. REVILLARD), *Droit européen des successions internationales (Le Règlement du 4 juillet 2012)*, Defrénois, Paris, 2013, pp. 178-179.

²¹³ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Reglamento sucesorio europeo y actividad notarial”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, n.º 1, marzo 2014, p. 42.

²¹⁴ P. WAUTELET, “Article 3: Definitions” en A. BONOMI/P. WAUTELET/I. PRETELLI/A. ÖZTÜRK, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement n.º 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2^a ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, pp. 178-179.

cional para la expedición del certificado sucesorio europeo, independientemente de los art. 4 y siguientes del Reglamento, relativos a la competencia internacional²¹⁵.

En mi opinión, de la afirmación realizada en el apartado 22 por el Abogado General en sus Conclusiones en el asunto *Vincent Pierre Oberle*, podría deducirse que: cuando los Estados miembros comuniquen a la Comisión que los notarios son “otra autoridad” para emitir los certificados sucesorios europeos, estos no tienen que respetar las normas de competencia internacional, sino que su competencia deriva del derecho nacional del Estado miembro en cuestión. Esta es la opción más acertada y que se adapta mejor a los fines del Reglamento.

En opinión de J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, la victoria notarial es clara, puesto que mientras los tribunales están “limitados” por los foros recogidos en el Reglamento para expedir el certificado sucesorio europeo, los notarios no lo están, por lo que podrán expedir el certificado sucesorio europeo en un mayor número de casos que los tribunales.

80. En cualquier caso, la sentencia del asunto *Vincent Pierre Oberle* no resuelve la cuestión anterior de forma clara. Tampoco aborda la problemática en relación a si los foros de competencia del art. 64 son alternativos o jerárquicos; que será objeto con toda seguridad de una futura cuestión prejudicial.

81. 4^o) Obligatoriedad del certificado sucesorio europeo. Una de las conclusiones más importantes ya adelantadas del fallo de la Sentencia en el asunto *Vincent Pierre Oberle* es que, en mi opinión, aunque efectivamente al igual que señala el Abogado General, el certificado sucesorio europeo no tiene carácter obligatorio, en virtud del art. 62.2 del Reglamento (UE) 650/2012, sí que va a llegar a serlo en la práctica.

Si para la expedición de los certificados sucesorios nacionales, se tienen que cumplir las normas de competencia internacional cuando en dicho Estado miembro es un tribunal el que los emite, no se está favoreciendo el que los Estados miembros soliciten la expedición de los certificados nacionales. Todo lo contrario, se está obligando a que por economía conflictual los interesados soliciten un certificado sucesorio europeo ante el tribunal competente, tanto para la expedición del certificado sucesorio europeo como del certificado nacional; en vez de tener que ir solicitando diferentes certificados nacionales en Estados con distintas normas sobre competencia internacional para la expedición de dichos certificados²¹⁶. Por lo tanto, no se está obligando, en teoría, a los interesados a solicitar el certificado sucesorio europeo, pero sí que se está favoreciendo la utilización en mayor medida del certificado sucesorio europeo frente al certificado nacional.

Tampoco lleva a una postura diferente, según el Abogado General, el hecho de que los certificados sucesorios nacionales se destinen al tráfico interior en un Estado miembro determinado, tal y como se deduce de la interpretación del art. 62.3 del Reglamento (UE) 650/2012²¹⁷. En este sentido, el certificado sucesorio europeo “no sustituirá” a los certificados sucesorios nacionales, puesto que el certificado sucesorio europeo se expide para ser utilizado en otros Estados miembros que no sean el Estado cuyos órganos son competentes para expedir dicho certificado europeo (art. 62.1 del Reglamento (UE) 650/2012)²¹⁸. Esto es así, siempre y cuando, las normas de competencia internacional no sean las mismas para la expedición de ambos tipos de certificados; porque si son las mismas, las personas van a preferir solicitar el certificado sucesorio europeo, para reducir los costes de trasladarse a cada uno de los Estados miembros que sean competentes para solicitar los correspondientes certificados nacionales.

²¹⁵ E. GEIMER, “Die Ermittlung des gewöhnlichen Aufenthaltes des Erblassers durch das Nachlassgericht”, en R.A. SCHÜTZE (HRSG.), *Fairness Justice Equity: Festschrift für Reinhold Geimer zum 80. Geburtstag*, München, Beck, 2017, pp. 117-118.

²¹⁶ Vid. en este sentido, M.-J. CASTELLANOS RUIZ, “Competencia internacional”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Litigación Internacional en la Unión Europea (IV): Comentario al Reglamento (UE) núm. 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre sucesiones mortis causa*, Aranzadi, Navarra, 2019, p. 92; I. ANTÓN JUÁREZ, “Certificado Sucesorio Europeo”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Litigación Internacional en la Unión Europea (IV): Comentario al Reglamento (UE) núm. 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre sucesiones mortis causa*, Aranzadi, Navarra, 2019, p. 335.

²¹⁷ Conclusiones del Abogado General Sr. M. Szpunar, presentadas el 22 de febrero de 2018, *Vincent Pierre Oberle*, C-20/17, ECLI:EU:C:2018:89, apartado 38.

²¹⁸ *Ibidem*, apartado 38.

En este sentido, precisamente una de las críticas que ha recibido el Reglamento de sucesiones con respecto al certificado sucesorio europeo es que tiene normas que se contradicen entre sí, de forma que no es fácil saber cual debe usarse preferentemente, si el certificado sucesorio europeo o el certificado nacional²¹⁹. En el Reglamento se afirma que el certificado sucesorio europeo tiene carácter subsidiario con relación al certificado sucesorio nacional, y que no se va a favorecer al certificado sucesorio europeo; mientras que también se establece en otras disposiciones del Reglamento sucesorio que ambos certificados tienen carácter alternativo.

82. 5^o *Lege ferenda*. De la redacción del Reglamento (UE) 650/2012 no se puede interpretar que los certificados sucesorios nacionales estén excluidos del ámbito de aplicación del mismo.

Sin embargo, sobre todo en lo que afecta a la coexistencia de ambos certificados sucesorios -el europeo y el nacional- debería haberse optado por cualquiera de estas posibilidades: a) la exclusión explícita de los certificados sucesorios nacionales, dejando a las normas de producción interna de cada uno de los Estados miembros su regulación; b) la inclusión dentro del ámbito de aplicación del Reglamento (UE) 650/2012, pero añadiendo un precepto en el que se indique que los certificados sucesorios nacionales quedarán regulados por las normas de producción interna; c) la inclusión en el ámbito de aplicación del Reglamento sucesorio de los certificados sucesorios nacionales, mediante una regulación específica, como la que ya existe para los certificados sucesorios europeos, y haber distinguido claramente las funciones o la finalidad de cada tipo de certificado; d) la inclusión en el ámbito de aplicación del Reglamento (UE) 650/2012 de los certificados sucesorios nacionales, mediante la eliminación de las normas de competencia de los certificados sucesorios europeos, con lo cual regirían las normas de competencia general para ambos tipos de certificados.

Esta última solución propuesta es la que, según los Gobiernos alemán y portugués, en el asunto *Vincent Pierre Oberle*, debería haberse realizado, si se hubiesen querido incluir los certificados sucesorios nacionales en el ámbito de aplicación del Reglamento (UE) 650/2012. No obstante, si se hubiese optado por esta opción, la inclusión del art. 64 del Reglamento sería superflua y tendría que eliminarse. Esto en la práctica, hubiera imposibilitado que se pudiese acudir a otras autoridades que, en virtud del Derecho nacional, fuesen competentes para sustanciar sucesiones mortis causa, como son los notarios, para la expedición de los certificados sucesorios europeos; sin que estos tengan que respetar necesariamente las normas de competencia internacional. Esto es así, si se sigue la línea interpretativa del art. 64 realizada por R. CRÔNE y P. WAUTELE, que como ya he reiterado, parece la más apropiada en atención a los objetivos del Reglamento (UE) 650/2012.

²¹⁹ P. WAUTELET, “Chapitre VI: Certificat Successoral Européen” en A. BONOMI/P. WAUTELET/I. PRETELLI/A. ÖZTÜRK, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2^a ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, pp. 780-791; B. KREßE, “Chapter VI: European Certificate of Succession”, en A.-L. CALVO CARAVACA/A. DAVI/H.-P. MANSSEL (eds.), *The EU Succession Regulation: a commentary*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016, pp. 680-685; D. STAMATIADIS, “Chapter VI: European Certificate of Succession”, en H. PAMBOUKIS (ed.), *EU Succession Regulation N° 650/2012: A Commentary*, C.H. Beck/Hart Publishing, Oxford, 2017, pp. 590-593.

EXEQUATUR DE LAUDOS ARBITRALES EXTRANJEROS
EN ESPAÑA: COMENTARIO AL AUTO DEL TSJ DE MURCIA
DE 12 DE ABRIL DE 2019

*EXEQUATUR OF FOREIGN ARBITRAL AWARDS IN SPAIN:
COMMENTARY TO THE DECISION OF THE HIGH COURT
OF JUSTICE OF MURCIA OF 12TH APRIL 2019*

MARÍA JOSÉ CASTELLANOS RUIZ

*Profesora Ayudante Doctora de Derecho Internacional Privado
Universidad Carlos III de Madrid*

ORCID ID: 0000-0003-1869-4488

Recibido: 13/01/2020 / Aceptado: 15.01.2010

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5200>

Resumen: En el Auto del TSJ de Murcia de 12 de abril de 2019 se acuerda conceder al exequatur en España de un laudo arbitral dictado en Colombia, solicitado por la parte demandante Productos Florida, S.A. Los motivos de denegación del exequatur que son alegados por la parte demandada, AMC JUICES, S.L y que son objeto de análisis son: a) Sentencia arbitral no obligatoria para las partes o que ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya Ley, ha sido dictada esa sentencia (art. V.1.e) Convenio de Nueva York de 1958); b) Reconocimiento o ejecución del laudo arbitral contrarios al orden público del Estado requerido (art. V.2.b) Convenio de Nueva York de 1958).

En definitiva, la postura de los tribunales españoles en relación con el Convenio de Nueva York de 10 de junio de 1958 sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, es la de favorecer el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales, de manera que sólo rechazan el exequatur de un laudo arbitral por motivos muy claros y evidentes.

Palabras clave: laudos arbitrales extranjeros, convenios arbitrales, reconocimiento y ejecución, exequatur, Convenio de Nueva York de 1958, Ley española de Arbitraje de 2003.

Abstract: In decision of the High Court of Murcia of 12th April 2019, it is agreed the exequatur in Spain of an foreign arbitral award issued in Colombia, requested by the plaintiff Productos Florida, S.A. The grounds for refusal of the exequatur that are alleged by the defendant, AMC JUICES, S.L. and that are subject to analysis are: a) The award has not yet become binding on the parties, or has been set aside or suspended by a competent authority of the country in which, or under the law of which, that award was made. (art. V.1.e) New York Convention of 1958); b) Recognition or enforcement of the foreign arbitral awards would be contrary to its public policy (art. V.2.b) New York Convention of 1958).

In short, the position of the Spanish courts in relation to The New York Convention of June 10, 1958 on the recognition and enforcement of foreign arbitral awards, is to favor the recognition and enforcement of foreign arbitral awards, so that only they reject the exequatur of an arbitral award for very clear and obvious reasons.

Keywords: foreign arbitral awards, arbitral clauses, recognition and enforcement, exequatur, New York Convention of 10 June 1958, Spanish arbitration law of 2003.

Sumario: I. Introducción del Auto del TSJ de Murcia de 12 de abril de 2019, relativo al exequatur en España de un laudo arbitral dictado en Colombia. II. Análisis del Auto del TSJ de Murcia de 12 de abril de 2019. 1. Regulación del exequatur de laudos arbitrales extranjeros en España. A) Órganos competentes. B) Normas aplicables al exequatur de laudos arbitrales extranjeros en España. 2. Procedimiento de exequatur de laudos extranjeros en el Convenio de Nueva York de 1958. 3. Causas de denegación del exequatur en el Convenio de Nueva York de 1958, que son objeto de análisis en la sentencia: A) Sentencia arbitral que no es obligatoria para las partes o que ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya Ley, ha sido dictada esa sentencia (art. V.1.e)). B) Reconocimiento o ejecución del laudo arbitral contrarios al orden público del Estado requerido (art. V.2.b)). III. Conclusiones.

I. Introducción del auto del TSJ de Murcia de 12 de abril de 2019, relativo al *exequatur* en España de un laudo arbitral dictado en Colombia

1. Con fecha 12 de octubre de 2017 fue dictado en Bogotá (Colombia) un laudo arbitral, por parte de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París (ICC), con el número CCI22379/ASM/JPA. En virtud de dicho laudo arbitral se condenaba a la empresa AMC JUICES, S.L., mientras que era favorable a la empresa Productos Florida, S.A.

Por esta razón, el 20 de junio de 2018, Productos Florida, S.A. presentó ante la Sala de lo Civil y Penal de Murcia, una demanda de solicitud de *exequatur* y reconocimiento del laudo arbitral dictado el 12 de octubre de 2017. En dicha solicitud, se adjuntaban los documentos que fueron considerados necesarios para que fuese admitida a trámite la demanda de *exequatur* contra AMC JUICES, S.L.; y para que, tras el procedimiento oportuno, se dictase una resolución por la que se reconociese la validez y ejecutabilidad en España del laudo arbitral colombiano; señalando además que las costas deberían correr por cuenta de la parte demandada¹.

2. Por su parte, AMC JUICES, S.L., la parte demandada, presentó el 14 de diciembre de 2018 escrito de contestación y oposición a la demanda, a través de una doble vía argumental que más tarde será analizada, solicitando la desestimación íntegra de la demanda y la imposición de costas a la parte demandante².

En este sentido, el Ministerio Fiscal emitió un informe en el que apoyaba la denegación del reconocimiento del laudo colombiano, por concurrir la causa de denegación prevista en el art. V.1.e) de la Convención de Nueva York de 1958, mientras que no hubiese una resolución definitiva sobre este asunto en Colombia³.

II. Análisis del auto del TSJ de Murcia de 12 de abril de 2019

3. En el Auto del TSJ de Murcia de 12 de abril de 2019, se establece en primer lugar, de forma breve la regulación del *exequatur* de laudos arbitrales extranjeros en España.

Después se recoge también de forma concisa el procedimiento de *exequatur* de laudos extranjeros en el Convenio de Nueva York de 1958.

4. Por último y lo más importante, se estudian dos de las causas de denegación del *exequatur*, señaladas en el Convenio de Nueva York de 1958, y que son: A) Sentencia arbitral que no es obligatoria para las partes o que ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya Ley, ha sido dictada esa sentencia (art. V.1.e)). B) Reconocimiento o ejecución del laudo arbitral contrarios al orden público del Estado requerido (art. V.2.b)).

¹ Antecedente de hecho I ATSJ Murcia núm. 1/2019, de 12 abril (JUR\2019\152404) (ECLI:ES:TSJMU:2019:12A).

² Antecedente de hecho III ATSJ Murcia núm. 1/2019, de 12 abril (JUR\2019\152404) (ECLI:ES:TSJMU:2019:12A).

³ Antecedente de hecho IV ATSJ Murcia núm. 1/2019, de 12 abril (JUR\2019\152404) (ECLI:ES:TSJMU:2019:12A).

La razón del análisis de estos dos motivos de denegación del Convenio de Nueva York de 1958 está en que la empresa AMC JUICES, S.L se opone al *exequatur* del laudo arbitral colombiano en España, por dos motivos: 1º) Que el laudo colombiano no es firme, pues estaría pendiente una acción de tutela jurisdiccional ejercitada ante la Sala de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, siendo apoyada esta pretensión por el Ministerio Fiscal; 2º) La infracción del orden público internacional por la falta de imparcialidad del árbitro⁴.

1. Regulación del *exequatur* de laudos arbitrales extranjeros en España

5. En primer lugar, el TSJ de Murcia señala que efectivamente son competentes para dirimir la cuestión, en virtud de la normativa existente.

En segundo lugar, establece las normas aplicables al *exequatur* de laudos arbitrales extranjeros en España y que son de aplicación en relación con el *exequatur* del laudo colombiano.

A) Órganos competentes

6. La Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia es competente para el conocimiento de la presente demanda de *exequatur* del laudo colombiano, en virtud de lo establecido en los arts. 73.1.c) de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 8.6 de la Ley española de Arbitraje⁵.

Como Salas de lo Civil, las Salas de lo Civil y de lo Penal de los Tribunales Superiores de Justicia son competentes para librar también el *exequatur* de las resoluciones arbitrales extranjeras, no sólo de los laudos arbitrales, tal y como señala el art. 73.1.c) de la LOPJ⁶.

7. En cuanto a la competencia territorial, tal y como señala el art. 8.6 de la Ley española de Arbitraje, es competente: a) En primer lugar, la Sala de lo Civil y de lo Penal del domicilio o lugar de residencia de la parte frente a la que se solicita el reconocimiento; o también, alternativamente, la Sala que corresponda al lugar del domicilio o lugar de residencia de la persona a quien se refieren los efectos de aquellos; b) En segundo lugar, en defecto de los dos criterios anteriores, la Sala que corresponde al lugar de ejecución o donde aquellos laudos o resoluciones arbitrales deban producir sus efectos⁷. Por lo tanto, es competente la Sala de lo Civil y de lo Penal de la Región de Murcia, al cumplirse uno de estos requisitos.

B) Normas aplicables al *exequatur* de laudos arbitrales extranjeros en España

8. De conformidad con lo previsto en el artículo 46.2 de la Ley española de Arbitraje, el *exequatur* de laudos extranjeros se regirá en sus aspectos sustantivos por el Convenio sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York, el 10 de junio de 1958⁸.

⁴ FD III ATSJ Murcia núm. 1/2019, de 12 abril (JUR\2019\152404) (ECLI:ES:TSJMU:2019:12A).

⁵ FD I ATSJ Murcia núm. 1/2019, de 12 abril (JUR\2019\152404) (ECLI:ES:TSJMU:2019:12A).

⁶ El art. 73.1.c) de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE núm. 157, 2 julio 1985) fue introducido por el artículo único, apartado 1 de la Ley Orgánica 5/2011, de 20 de mayo, complementaria a la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado para la modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE núm. 121, 21 mayo 2011).

⁷ El art. 8.6 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (BOE núm. 309, 26 diciembre 2003) fue modificado por el artículo único, apartado 1 de la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado (BOE núm. 121, 21 mayo 2011).

⁸ Todo ello, sin perjuicio de lo dispuesto en otros convenios internacionales más favorables a la concesión del *exequatur* (A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Arbitraje privado internacional", en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho del Comercio Internacional*, Colex, Madrid, 2012, p. 1810; M. GÓMEZ JENE, *Arbitraje comercial internacional*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2018, p. 383; A. LÓPEZ DE ARGUMEDO PIÑEIRO, "La interpretación y aplicación de la Convención de Nueva York de 1958 en España", en A.-M. LÓPEZ RODRÍGUEZ/ K. FACH GÓMEZ (eds.), *Reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras en España y Latinoamérica*, Tirant Lo Blanch, Madrid, 2019,

Todos los aspectos relativos al procedimiento del *exequatur* de los laudos arbitrales extranjeros se rigen por el art. IV del Convenio de Nueva York de 1958. Sin embargo, en los aspectos no regulados por dicho precepto, son de aplicación las “normas de procedimiento” españolas (art. 46.2 *in fine* de la Ley española de arbitraje: “*el exequatur de laudos extranjeros (...) se sustanciará según el procedimiento establecido en el ordenamiento procesal civil para el de sentencias dictadas por tribunales extranjeros*”). Por lo tanto, las normas procesales aplicables serían las previstas en los arts. 50 a 55 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil¹⁰.

Esas son las normas aplicables al caso, tal y como señala el TSJ de Murcia, a pesar de que la parte demandada, de manera errónea, recurre a normas de producción interna españolas como la Ley 29/2015 de cooperación jurídica internacional en materia civil, como base jurídica para oponerse al *exequatur* del laudo colombiano¹¹.

9. El Convenio de Nueva York de 10 de junio de 1958 sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras es el texto más relevante en la materia¹². Esto es como consecuencia no sólo del gran número de Estados que son parte, sino de la regulación sustantiva del *exequatur* de los laudos extranjeros que contiene, pensada para favorecer la ejecución extraterritorial de laudos arbitrales y la circulación internacional de los mismos, de forma que los laudos arbitrales dictados en el extranjero no se queden en papel mojado¹³.

Es un sistema muy favorable al reconocimiento y *exequatur* de los laudos arbitrales extranjeros porque la mayor parte de las causas de denegación deben ser alegadas por la parte demandada (art. V)¹⁴. Se manifiesta además, el objetivo de favorecer en la mayor medida de lo posible el *exequatur* del laudo extranjero en que el Convenio de Nueva York de 1958 establece un número muy limitado de motivos de denegación del *exequatur* (art. V); se permite expresamente el *exequatur* del laudo arbitral recurrido en el país de origen (art. VI); y el juez del *exequatur* dispone de un amplio margen de discrecionalidad¹⁵. Este penúltimo aspecto adquiere especial importancia en relación con el *exequatur* del laudo colombiano en España, que es objeto del Auto del TSJ de Murcia de 12 de abril de 2019.

p. 102). Para un desarrollo de la conocida como “regla de la eficacia máxima”, *vid.* M.-J. CASTELLANOS RUIZ, “Laudos arbitrales extranjeros en España. El Tribunal Supremo y el Convenio de Nueva York de 10 de junio de 1958”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *El Tribunal Supremo y el Derecho internacional privado*, Volumen 1, Rapid Centro Color, S.L., Murcia, 2019, pp. 60-63.

⁹ FD I ATSJ Murcia núm. 1/2019, de 12 abril (JUR/2019\152404) (ECLI:ES:TSJMU:2019:12A). *Vid.* A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Arbitraje privado internacional”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho del Comercio Internacional*, Colex, Madrid, 2012, p. 1812.

¹⁰ Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, BOE núm. 182, 31 julio 2015.

¹¹ FD III ATSJ Murcia núm. 1/2019, de 12 abril (JUR/2019\152404) (ECLI:ES:TSJMU:2019:12A).

¹² Instrumento de Adhesión de España al Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958, BOE núm. 164, 11 julio 1977 (en adelante “Convenio de Nueva York de 1958”). *Vid.* P. SANDERS, “A Twenty Years’ Review of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards”, *International Lawyer*, vol. 13, 1979, p. 269; A. REMIRO BROTONS, *Ejecución de sentencias arbitrales extranjeras. Los Convenios internacionales y su aplicación en España*, Edersa, Madrid, 1980, p. 31; P. FOUCHARD/ E. GAILLARD/ B. GOLDMAN, *Traité de l’arbitrage comercial international*, Litec, París, 1996, p. 980; M. GÓMEZ JENE, *El arbitraje comercial internacional en la Unión Europea: la eficacia del laudo arbitral*, Colex, Madrid, 2000, p. 34; A. SABATER MARTÍN, *La eficacia en España de los laudos arbitrales extranjeros*, Tecnos, Madrid, 2002, pp. 29-30; A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Arbitraje privado internacional”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho del Comercio Internacional*, Colex, Madrid, 2012, p. 1810; A.-M. BALLESTEROS BARRO, “La relación entre la Convención de Nueva York de 1958 y otros instrumentos internacionales sobre jurisdicción, reconocimiento o exequátur”, en A.-M. LÓPEZ RODRÍGUEZ/ K. FACH GÓMEZ (eds.), *Reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras en España y Latinoamérica*, Tirant Lo Blanch, Madrid, 2019, p. 135.

¹³ A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Arbitraje privado internacional”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho del Comercio Internacional*, Colex, Madrid, 2012, p. 1810. Son parte del mismo 159 Estados, por lo que el Convenio puede ser considerado como un éxito (Situación actual de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958), *CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Intrenacional)*, disponible en línea en http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html (consultado el 27 de junio de 2019)).

¹⁴ A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Arbitraje privado internacional”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho del Comercio Internacional*, Colex, Madrid, 2012, p. 1811.

¹⁵ M. GÓMEZ JENE, *Arbitraje comercial internacional*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2018, p. 385.

10. Para España, el Convenio de Nueva York de 1958 tiene carácter *erga omnes*, es decir, que el convenio se aplica con independencia del Estado en el que se hubiera dictado el laudo y el Estado del que es nacional el demandante del mismo¹⁶.

2. Procedimiento de *exequatur* de laudos extranjeros en el Convenio de Nueva York de 1958

11. El procedimiento de *exequatur* previsto en el Convenio destaca por su sencillez documental. En virtud del art. IV del Convenio de Nueva York de 1958, el interesado en el *exequatur* del laudo arbitral sólo está obligado a aportar: a) el original debidamente autenticado de la sentencia o laudo arbitral o una copia de ese original; b) y el original del convenio arbitral o una copia autenticada¹⁷.

En este sentido, la documentación aportada por la parte demandante, Productos Florida, S.A., no ha sido ni impugnada ni cuestionada de contrario, que es la siguiente: a) el original debidamente apostillado del laudo cuyo reconocimiento se pretende¹⁸; y b) copia de los contratos escritos por los que ambas partes se obligaron a someter a arbitraje las diferencias que surgieran en el seno de su relación contractual¹⁹.

12. Tanto el convenio arbitral, como la sentencia o laudo arbitral deben presentarse en “*un idioma oficial del país en que se invoca la sentencia*” (art. IV.2). Si no fuera así, la parte que solicita el reconocimiento y la ejecución deberá presentar una traducción a ese idioma de dichos documentos. El precepto señala que la traducción deberá ser certificada por un traductor oficial o un traductor jurado, o por un agente diplomático o consular²⁰.

¹⁶ Art. I.3 y art. X.1 Convenio de Nueva York de 1958 (A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Arbitraje privado internacional”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho del Comercio Internacional*, Colex, Madrid, 2012, p. 1810). Para un desarrollo del ámbito de aplicación del Convenio de Nueva York de 1958, es decir, del ámbito de aplicación espacial, personal, material y temporal del mismo, *vid.* M.-J. CASTELLANOS RUIZ, “Laudos arbitrales extranjeros en España. El Tribunal Supremo y el Convenio de Nueva York de 10 de junio de 1958”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *El Tribunal Supremo y el Derecho internacional privado*, Volumen 1, Rapid Centro Color, S.L., Murcia, 2019, pp. 51-56.

¹⁷ Sobre la documentación que debe ser aportada cuando se presenta la solicitud de reconocimiento de un laudo arbitral extranjero, *vid.*, A.-J. VAN DEN BERG, *The New York Arbitration Convention of 1958. Towards a Uniform Judicial Interpretation*, Deventer/Netherlands, 1981, pp. 249, 250, 254 y 256; A. REMIRO BROTONS, *Ejecución de sentencias arbitrales extranjeras. Los Convenios internacionales y su aplicación en España*, Madrid, 1980, pp. 198-199. *Vid.* también, ATS 17 febrero 1998 (RJ\1998\760) (H. AGUILAR GRIEDER, “Reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros: un nuevo paso en la comprensión del sistema. A propósito del Auto del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 1998”, *Rev. Jur. Esp. La Ley*, núm. 6, 1998, p. 2170).

¹⁸ El art. IV.1.a) del Convenio de Nueva York de 1958 no especifica cómo llevar a cabo la “debida autenticación de la sentencia arbitral”. En principio, y dado que el precepto incorpora la palabra “*debidamente*” y no “*legalmente*”, el tribunal competente para librar el *exequatur* puede valorar, de manera libre, si el original presentado ha sido debidamente autenticado, esto es, si ha sido presentado con garantías de autenticidad. También es posible realizar la autenticación a través de “legalización” o trámite que lo sustituya. El laudo arbitral consta, normalmente, en un documento privado, así que no puede ser legalizado o apostillado. Para cumplir con dicho requisito, será necesario con carácter previo, incorporar el laudo arbitral a un documento notarial, mediante la oportuna “protocolización notarial del laudo arbitral”. También es posible realizar la autenticación a través de “legalización” o trámite que lo sustituya (A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Arbitraje privado internacional”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho del Comercio Internacional*, Colex, Madrid, 2012, pp. 1812-1813).

¹⁹ Para solicitar el *exequatur* debe presentarse, además, el original del convenio arbitral o una copia que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad (art. IV.1.b)). Por lo tanto, en principio, cualquier otro documento que no sea el original de la cláusula arbitral o una copia auténtica del mismo no satisface esta exigencia y el *exequatur* será denegado. Tal y como se desprende del Auto de 1 de abril de 2003, que es uno de los pocos casos en los que no se han cumplido los requisitos exigidos por el art. IV del Convenio de Nueva York y no se ha concedido el *exequatur*: “(...) Así, pretendida la acreditación de la existencia de sumisión a arbitraje de un canje de comunicaciones entre empresas mediadoras, los faxes aportados no son originales ni copias auténticas, no habiéndose aportado los correspondientes reportes de actividad. Los documentos aportados son copias simples que no permiten tener por satisfecho el requisito exigido por el art. IV.1-b) del Convenio aplicable (...)” (FD II ATS 1 abril 2003 (JUR 2003\118425)).

²⁰ Sobre la necesidad de que tenga que realizarse una traducción jurada, o se pueda admitir una traducción privada, o incluso ninguna traducción salvo para facilitar la labor del juez, *vid.* M. GÓMEZ JENE, *Arbitraje comercial internacional*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2018, pp. 390-392; M.-J. CASTELLANOS RUIZ, “Laudos arbitrales extranjeros en España. El Tribunal Supremo y el Convenio de Nueva York de 10 de junio de 1958”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *El Tribunal Supremo y el Derecho internacional privado*, Volumen 1, Rapid Centro Color, S.L., Murcia, 2019, pp. 65-66.

En el caso que nos ocupa, el *exequatur* de un laudo colombiano, no se plantea la necesidad de aportar la traducción de dichos documentos, pues la lengua oficial del país en el que se invoca el laudo arbitral es la misma en la que se han redactado los documentos, el castellano.

13. En teoría, la falta de cumplimiento de estos requisitos formales (copia autenticada y traducción) de dichos documentos comporta el rechazo del *exequatur*²¹. Sin embargo, estos requisitos son subsanables, tal y como señala el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en Auto de 17 de noviembre de 2011²².

Sin embargo, la parte demandante, Productos Florida, S.A., aporta la documentación que es solicitada conforme al art. IV del Convenio de Nueva York de 1958. No obstante, cuando la parte demandada, AMC JUICES, S.L., se opone al *exequatur* del laudo arbitral colombiano en España, porque el laudo colombiano no es firme, invoca en apoyo de su pretensión el mencionado art. IV y diversas normas de producción interna. Se trata de un error manifiesto de AMC JUICES, S.L., que tenía que haber fundamentado la demanda en el art. V.1.e) del Convenio de Nueva York de 1956, es decir, debería haber recurrido a uno de los motivos de denegación del *exequatur* contemplados en el art. V de dicho convenio, para oponerse al *exequatur* del laudo arbitral²³. El error en las normas en las que la parte demandada fundamenta o apoya sus pretensiones también se comete cuando utiliza la otra vía argumental para oponerse al *exequatur* del laudo arbitral: la infracción del orden público internacional por la falta de imparcialidad del árbitro.

Se pasan a analizar las causas de denegación del *exequatur* del laudo arbitral, recogidas en el Convenio de Nueva York de 1958, en las que la parte demandada, AMC JUICES, S.L., tenía que haber fundamentado sus pretensiones.

3. Causas de denegación del *exequatur* en el Convenio de Nueva York de 1958, que son objeto de análisis en la sentencia

14. Las causas de denegación del *exequatur* de los laudos arbitrales extranjeros previstas en el Convenio de Nueva York de 1958 son siete, tal y como señala en su art. V.

²¹ Vid. ATS 1 abril 2003 (JUR 2003\118425). En este caso, el Tribunal Supremo señala que los solicitantes de *exequatur* no sólo no cumplían con los requisitos formales (copia auténtica y traducción) exigidos en el procedimiento, sino que, aunque se hubiesen aportado, se tendría que denegar el *exequatur* porque: “al no haber logrado aportar la solicitante los documentos que permitiesen sostener sin ambages que en semejante relación contractual se incluía la cláusula compromisoria que motivó el procedimiento arbitral, deduciendo de forma indubitada que la voluntad de los contratantes fue incluir en el contenido del negocio que celebraban el compromiso de someter los litigios que surgieran en su aplicación al juicio de determinados árbitros”. Así que, por el principio de economía procesal el Tribunal Supremo aconsejaba no exigir la subsanación de la autenticidad de los documentos, porque si no se cumplen las condiciones del art. II, relativo a las exigencias de forma del convenio arbitral, no es necesario que se cumplan los requisitos del art. IV, que recoge los requisitos formales a cumplir en el procedimiento. Tal y como señala M. VIRGÓS SORIANO, “las exigencias del art. II deben ser interpretadas teniendo siempre en cuenta el propósito legislativo que está detrás de ellas (asegurar que pueda reputarse que las partes son conscientes, o deban serlo, del sometimiento al arbitraje de sus eventuales dificultades) para no llevar la aplicación de la norma más allá de lo que ese objetivo requiere, atendiendo al hecho de que el comercio internacional se mueve con una gran dosis de informalismo y de que precisamente para ampliar las posibilidades de conclusión de acuerdos de arbitraje se introdujo el inciso segundo del art. II relativo al canje o intercambio de cartas o telegramas (o cualquier otro medio análogo)” (Comentario de ATS 30 enero 1986, RCEA, 1986, p. 249 (M. VIRGÓS SORIANO, “Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros”, REDI, vol. XXXIX, 1987, p. 217).

²² Así se señala de forma literal: “(...) llevando a cabo el TS una interpretación amplia de dichos preceptos siempre que quede clara la inequívoca voluntad de las partes de someter sus controversias al arbitraje de tal modo que pueda deducirse, de las circunstancias de autos, que el contenido, incluido la cláusula de arbitraje, era conocida por las partes (...) siendo un requisito subsanable en el caso de que inicialmente se ha acompañado una copia (no auténtica) completada posteriormente en período hábil (que lo es al momento de contestar los motivos de oposición, si anteriormente no se le hubiera exigido la subsanación, por el Tribunal) mediante la aportación de su original que ha podido ser controvertido, en forma, en el acto de la vista, sin oponer objeción alguna a sus términos, sino todo lo contrario, como se verá en el cuarto de los fundamentos de la presente resolución. Con dicha solución no se causa indefensión a la contraparte, debiendo significarse, como declara el ATS 4 marzo 2003 (PROV 2003, 87951) que (...)” (FD II ATSJ Cataluña núm. 127/2011, de 17 noviembre (RJ\2012\540)).

²³ En este sentido, el Ministerio Fiscal, de forma acertada, apoya la pretensión de la demandada con fundamento en el art. V.1.e) del Convenio de Nueva York de 1958 (FD III ATSJ Murcia núm. 1/2019, de 12 abril (JUR\2019\152404) (ECLI:ES:TSJMU:2019:12A)).

Es importante destacar que la mayoría de las causas de denegación del reconocimiento sólo pueden examinarse “a instancia de parte” (art. V.1)²⁴. Es la parte que se opone al *exequatur* del laudo arbitral extranjero la que debe alegar alguno de los motivos contemplados en el Convenio de Nueva York de 1958, y es la parte que alega dichos motivos de denegación, quien tiene la carga de la prueba²⁵. Estas causas oponibles a instancia de la parte contra la que se solicita el *exequatur* son cinco: a) Incapacidad de alguna de las partes en el acuerdo arbitral o inexistencia o invalidez del acuerdo arbitral; b) Inobservancia de los derechos de defensa; c) Incongruencia del laudo arbitral; d) Constitución irregular del Tribunal arbitral o irregularidades del procedimiento arbitral; e) Sentencia arbitral no obligatoria para las partes o que ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya Ley, ha sido dictada esa sentencia.

No obstante, existen causas de denegación apreciables de oficio (art. V.2), pero son sólo dos: a) Materia objeto de la diferencia que no es susceptible de arbitraje; b) Reconocimiento o ejecución del laudo arbitral contrarios al orden público del Estado requerido.

15. Pues bien, frente a la pretensión de la demandante en este procedimiento de que se reconozca la validez y ejecutabilidad en España del laudo colombiano, la demandada se opone al reconocimiento recurriendo a dos de las causas de denegación del *exequatur*: a) Que el laudo colombiano no es firme, pues estaría pendiente una acción de tutela jurisdiccional ejercitada ante la Sala de la Corte Suprema de Justicia de Colombia; b) La infracción del orden público internacional por la falta de imparcialidad del árbitro²⁶. Sin embargo, ambas pretensiones no se apoyan en preceptos del Convenio de Nueva York de 1958, sino en artículos de otras normas de producción interna españolas²⁷.

A) Sentencia arbitral que no es obligatoria para las partes o que ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya Ley, ha sido dictada esa sentencia (art. V.1.e)

16. En el caso que nos ocupa, como fundamento de carácter jurídico procesal, la parte demandada, AMC JUICES, S.L., funda su pretensión de desestimación del *exequatur* en que el laudo no puede ser homologado por no ser firme. La razón de la misma estaría en que está pendiente de decisión la acción de tutela jurisdiccional ejercitada ante la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia. Invoca en apoyo de su pretensión el art. IV del Convenio de Nueva York, los arts. 41 y 44 de la Ley española de cooperación jurídica internacional en materia civil y los arts. 225, 403 y 404 de la Ley de Enjuiciamiento Civil²⁸.

El Ministerio Fiscal por su parte, apoya esta pretensión de la demandada con fundamento en el art. V.1.e) del Convenio de Nueva York de 1958.

17. Sin embargo, el TSJ de Murcia, señala que la cuestión de la firmeza o no del laudo extranjero, es irrelevante a efectos de su homologación interna. El TSJ de Murcia establece que el reconocimiento de un laudo extranjero no está condicionado a su firmeza, de forma que solo podría denegarse, *ex* artículo V.1.e), del Convenio de Nueva York en dos supuestos: a) Si el laudo no fuera aun obligatorio para las partes; o b) Si hubiese sido anulado o suspendido por una autoridad competente del país en que se dictó²⁹.

²⁴ ATS 6 octubre 1983, *RCEA*, vol. 1, 1984, pp. 193-195; ATS 26 julio 2005 (JUR\2005\214575); ATS 26 septiembre 2006 (JUR\2006\238962); AAP Madrid núm. 163/2009, 1 abril (JUR\2009\247192).

²⁵ *Vid.* H. AGUILAR GRIEDER, “Reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros: un nuevo paso en la comprensión del sistema. A propósito del Auto del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 1998”, *Rev. Jur. Esp. La Ley*, núm. 6, 1998, p. 2165-2166.

²⁶ FD III ATSJ Murcia núm. 1/2019, de 12 abril (JUR\2019\152404) (ECLI:ES:TSJMU:2019:12A).

²⁷ El Ministerio Fiscal, por su parte sí que fundamenta una de las pretensiones de la demandada en un precepto del Convenio de Nueva York de 1958, no recurre a las normas de producción interna españolas.

²⁸ *Vid.* Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, BOE núm. 7, de 8 julio 2000; Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, BOE núm. 182, 31 julio 2015.

²⁹ FD IV ATSJ Murcia núm. 1/2019, de 12 abril (JUR\2019\152404) (ECLI:ES:TSJMU:2019:12A).

Efectivamente, la causa de denegación del *exequatur*, recogida en el art. V.1.e) es muy polémica³⁰. Para empezar tal y como señala el TSJ de Murcia, no debe confundirse el carácter “obligatorio” del laudo con el carácter “firme” del laudo, que es algo muy diferente y que no se exige para la obtención del *exequatur* del laudo colombiano³¹.

4. Sentencia arbitral no obligatoria para las partes

18. El TSJ de Murcia señala que como se trata de un motivo de oposición apreciable a instancia de parte, la no obligatoriedad debe ser probada por quien la alega³². Se presume la fuerza obligatoria del laudo arbitral, sin necesidad de que se haya obtenido en el Estado de origen una declaración de ejecutividad, porque sino, se estaría volviendo al sistema del doble *exequatur* que establecía el sistema ginebrino, antecesor del Convenio de Nueva York de 1958³³.

En este mismo sentido, el TSJ de Cataluña, en el Auto de 17 de noviembre de 2011 rechazó este motivo de denegación del reconocimiento, porque la fuerza vinculante del laudo se presume, sin que sea necesario obtener una declaración de ejecutabilidad en el Estado de origen, y porque un laudo vinculante no puede asimilarse a un laudo definitivo. Para el TSJ de Cataluña, un laudo que se ha dictado válidamente, que cumple con las formalidades exigibles y que pone fin a un procedimiento arbitral, es un laudo vinculante³⁴.

19. Por lo que respecta a la argumentación de la parte demandada, el TSJ de Murcia señala, de forma acertada, que no es posible acoger la argumentación de la demandada sobre la firmeza del laudo, al invocar los arts. 41 y siguientes de la Ley española de cooperación jurídica internacional en materia civil. Toda la regulación del Título V de dicha Ley es de aplicación únicamente al reconocimiento de resoluciones judiciales extranjeras y, por tanto, solo de estas últimas es exigible el requisito de firmeza.

³⁰ A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Arbitraje privado internacional”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho del Comercio Internacional*, Colex, Madrid, 2012, p. 1818.

³¹ En este mismo sentido, *vid.* ATSJ Cataluña núm. 127/2011, 17 noviembre (RJ\2012\540).

³² *Vid.* ATS 4 octubre 1983, *RCEA*, vol. 1, 1984, pp. 191-193; ATS 20 julio 2004 (RJ\2004\5817). *Vid.* A. REMIRO BROTONS, *Ejecución de sentencias arbitrales extranjeras. Los Convenios internacionales y su aplicación en España*, Edersa, Madrid, 1980, p. 142.

³³ FD IV ATSJ Murcia núm. 1/2019, de 12 abril (JUR\2019\152404) (ECLI:ES:TSJMU:2019:12A). Precisamente es el Convenio de Nueva York de 1958 el que, con el objetivo de eliminar este doble control, hace recaer en el juez toda la responsabilidad en relación a la suerte del *exequatur*. Este fue elaborado a iniciativa de la CCI (Cámara de Comercio Internacional) y sustituye en materia de reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros al Convenio de Ginebra de 26 de septiembre de 1927 sobre la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras (art. VII.2 Convenio de Nueva York de 1958). El convenio ginebrino imponía un doble *exequatur*, en cuya virtud el laudo obtenía el *exequatur* en el país de destino únicamente si previamente había obtenido una declaración de ejecutividad en el país de origen. Aunque M. GÓMEZ JENE señala que en la práctica jurisprudencial se había denegado el *exequatur* del laudo arbitral extranjero porque no había obtenido esa declaración de ejecutividad en el Estado de origen, en relación a un Auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 14 de febrero de 2017, lo cierto es que: “conforme la legislación de Quebec que resulta aplicable para que el Laudo adquiera fuerza y se equipare a una sentencia judicial requiere de su homologación por los tribunales del país, homologación que puede concederse o ser suspendida conforme a la citada normativa”. Y esto es diferente de lo que sucede en España y en la mayoría de los países, como Francia, por lo que en este caso resultaba evidente que la homologación no había sido concedida y se había suspendido el otorgamiento de la misma, por lo que el laudo no podía ser eficaz; y no porque se pidiese una declaración de ejecutividad del laudo extranjero. Además, se añade en dicho pronunciamiento que el laudo no puede reconocerse, porque no han sido tenidas en cuenta las siguientes alegaciones realizadas por la demandante: “sobre que el procedimiento de homologación recogido en el CCP de Quebec, no se refiere a los Laudos Internacionales, sino solo a los Nacionales o domésticos, puesto que como es sabido, existen dos tipos de ordenamientos, el dualista, que establece un régimen aplicable distinto a los laudos internos y a los internacionales, y el monista, que contempla los mismos motivos, los mismos procedimientos, y requisitos de eficacia para los laudos internos y los internacionales -como el sistema español-, y en este caso nada se acredita al respecto por la demandante de que Quebec tenga un régimen dualista, ni se desprende de la prueba de derecho extranjero aportada por la demandada” (FD 5 ATSJ Madrid núm. 3/2017, 14 febrero (AC\2017\1481) (ECLI:ES:TSJM:2017:136A)). *Vid.* M. GÓMEZ JENE, *Arbitraje comercial internacional*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2018, p. 385.

³⁴ Se trataba de una disputa en relación con un contrato de licencia para distribuir películas en España y Andorra. El arbitraje tuvo lugar en París, por lo que la parte beneficiada solicitó su reconocimiento y ejecución en España, pero la otra parte se opuso al mismo afirmando que el laudo no era obligatorio en los términos del art. V.1.e) del Convenio de Nueva York de 1958 (ATSJ Cataluña núm. 127/2011, 17 noviembre (RJ\2012\540)).

El TSJ de Murcia afirma que la diferenciación entre ambas es lógica, si se tiene en cuenta la distinta naturaleza de los laudos arbitrales y de las resoluciones judiciales³⁵.

Es más, el TSJ de Murcia señala que la expresa remisión que la Ley de Arbitraje hace al Convenio de Nueva York de 1958 en lo relativo a la ley que rige el *exequatur* de laudos extranjeros, determina que dicho Convenio sea de aplicación preferente en materia de arbitraje a lo previsto en la Ley española de cooperación jurídica internacional en materia civil para el *exequatur* de sentencias judiciales extranjeras “firmes”³⁶.

Además, el TSJ, señala de forma acertada de nuevo, en concordancia con lo señalado en apartados anteriores, que la remisión que “*el citado artículo 46.1 de la Ley de Arbitraje*” hace al ordenamiento procesal civil para el *exequatur* de laudos extranjeros, se limita únicamente a los aspectos procedimentales y no sustantivos, del *exequatur* de sentencias dictadas por tribunales extranjeros³⁷.

En definitiva, la parte demandada se está oponiendo al *exequatur* del laudo colombiano, utilizando un argumento erróneo que es la “firmeza del laudo” –pensada para sentencias judiciales–, de forma que la fundamentación de dicha pretensión también es errónea. En este sentido, AMC JUICES, S.L. tenía que haberse opuesto al *exequatur* del laudo colombiano, a través de una de las causas de denegación del Convenio de Nueva York de 1958, tal y como hace el Ministerio Fiscal.

20. Sentencia arbitral que ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya Ley, ha sido dictada esa sentencia

21. Señalada, de forma acertada por parte del TSJ de Murcia, la irrelevancia de que el laudo sea o no firme a efectos de su *exequatur* en España, se tiene que determinar si, tal y como afirma el Ministerio Fiscal, debe denegarse dicha petición apoyándose en la causa de denegación del art. V.1.e) del Convenio de Nueva York de 1958. En virtud de dicho precepto, sólo se podrá denegar el reconocimiento a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento que la sentencia: no es aún obligatoria para las partes; o ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictada esa sentencia³⁸. El TSJ de Murcia señala a este respecto que tiene la facultad –no la obligación– de denegar el *exequatur* del laudo colombiano, en virtud de una de las causas de denegación recogidas en el art. V del Convenio de Nueva York de 1958³⁹.

³⁵ Vid. FD IV ATSJ Murcia núm. 1/2019, de 12 abril (JUR\2019\152404) (ECLI:ES:TSJMU:2019:12A).

³⁶ Se debe aclarar en este punto que, aunque el TSJ señala que el precepto de la Ley española de Arbitraje donde se contiene dicha remisión es el art. 46.1, en realidad está haciendo referencia al art. 46.2 de la Ley española de Arbitraje. El TSJ apoya la idea de que el Convenio de Nueva York de 1958 prevalece sobre la Ley de Cooperación Jurídica, en que el art. 2 establece que la cooperación jurídica internacional en materia civil y mercantil se regirá por: a) las normas de la Unión Europea y los tratados internacionales en los que España sea parte; b) las normas especiales del Derecho interno; y c) subsidiariamente, por la presente Ley. Pero además, debe completarse con lo establecido en la letra e) de su Disposición Adicional Primera cuando señala que a los efectos de lo previsto en el art. 2 de esta Ley tienen la consideración de normas especiales en materia de cooperación, entre otras, el art. 46 de la Ley española de Arbitraje (FD IV ATSJ Murcia núm. 1/2019, de 12 abril (JUR\2019\152404) (ECLI:ES:TSJMU:2019:12A)).

³⁷ De nuevo, se debe aclarar que, aunque el TSJ señala que el precepto de la Ley española de Arbitraje donde se contiene dicha remisión es el art. 46.1, en realidad está haciendo referencia al art. 46.2 de la Ley española de Arbitraje (FD IV ATSJ Murcia núm. 1/2019, de 12 abril (JUR\2019\152404) (ECLI:ES:TSJMU:2019:12A)).

³⁸ El art. V.1.e) del Convenio de Nueva York de 1958 arranca del presupuesto de que todo arbitraje se ha desarrollado y de que todo laudo se ha dictado con respeto a una “normativa estatal de arbitraje”. En concreto, la Ley que rige el arbitraje, su desarrollo y el laudo con el que termina, es la Ley del Estado donde dicho arbitraje se ha desarrollado, que suele coincidir con la Ley del Estado con arreglo a la cual se ha dictado el laudo. Sin embargo, es posible, aunque muy poco frecuente, que el arbitraje se haya desarrollado en un Estado, donde se dicta el laudo, pero que se haya aplicado a dicho arbitraje la Ley de otro Estado. Pues bien, para que constituya un motivo de denegación del reconocimiento y ejecución, el laudo debe haber sido anulado por tribunales del país en que se ha dictado, es decir, por los tribunales del país sede del arbitraje, o conforme a cuya Ley se ha dictado el laudo, que es la Ley rectora del proceso arbitral. En consecuencia, no puede denegarse, en ningún caso, el *exequatur* de un laudo anulado por tribunales de un tercer Estado. Vid. A. SABATER MARTÍN, *La eficacia en España de los laudos arbitrales extranjeros*, Tecnos, Madrid, 2002, pp. 74-75; A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Arbitraje privado internacional”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho del Comercio Internacional*, Colex, Madrid, 2012, p. 1818.

³⁹ El texto del Convenio no es nada clarificador con respecto al carácter facultativo o imperativo del control de legalidad del laudo arbitral extranjero para la consecución del *exequatur*. Cierta jurisprudencia norteamericana ha entendido que el tribunal dis-

Se va a estudiar de forma separada estas dos posibilidades: a) Que el laudo arbitral ya haya sido anulado conforme a una de las dos leyes señaladas; b) Que el laudo extranjero esté pendiente de una acción de anulación, de acuerdo a una de las dos leyes indicadas.

22. Sentencia arbitral anulada como causa de denegación del exequatur. La relevancia de las decisiones de anulación adoptadas por los tribunales de la sede del arbitraje es controvertida. En general, si un laudo se anula en el Estado de origen, no será susceptible de reconocimiento en otro Estado, puesto que, si no es válido en su Estado de origen, no puede serlo en ninguna otra jurisdicción⁴⁰.

En cualquier caso, denegar el laudo extranjero porque ha sido anulado por sentencia judicial extranjera supone dar efectos en España, indirectamente, a dicha resolución judicial⁴¹.

Es posible denegar el *exequatur* del laudo anulado, aunque las partes se hubieran comprometido previamente a no impugnarlo. Los efectos que ello puede tener los debe vigilar el juez extranjero ante el que se impugna la validez del laudo⁴².

23. Si se otorga el *exequatur* a un laudo extranjero nulo, ello impedirá un ulterior *exequatur* de la sentencia extranjera que anuló el laudo, siempre que dicha sentencia sea posterior a la fecha del auto por el que se otorga el *exequatur* al laudo anulado en España. Se evita, así, la existencia en España de dos resoluciones contradictorias⁴³.

Aun cuando el laudo haya sido anulado en un país de los mencionados en el precepto y que la parte lo haya hecho valer ante el tribunal español encargado de otorgar el *exequatur*, dicho tribunal no está obligado a denegar el *exequatur*, pues el precepto sólo dice que *podrá* denegarse el *exequatur*⁴⁴. Por lo tanto, existe un amplio margen de maniobra para que los tribunales españoles no denieguen el *exequatur* de laudos arbitrales extranjeros que han sido anulados por motivos contrarios al orden público español⁴⁵. Sin embargo, ningún laudo anulado en el Estado de la sede del arbitraje ha sido reconocido y ejecutado en España, aunque sí en otros Estados, como son el caso *Yukos* en el Reino Unido o *Commisa* en los Estados Unidos⁴⁶.

pone de un “poder discrecional” para denegar o no el *exequatur*, porque el art. V del Convenio de Nueva York de 1958 indica que el reconocimiento y *exequatur* del laudo “puede ser rechazado” (“*may be refused*”) por las causas recogidas en el art. V del Convenio, y no que “deba ser rechazado”. Existe división de opiniones al respecto: algunos autores defienden esta lectura facultativa del rechazo del *exequatur*, mientras que otros autores indican que el rechazo del *exequatur* es obligatorio cuando concurre un motivo de denegación del *exequatur*. A favor de que es potestativo por parte del juez la denegación del *exequatur* *vid.*, B. GOLDMAN, “Arbitrage (Droit international privé)”, *Repertoire de Droit International Dalloz*, París, 1968, t. I, p. 136. A favor de que es obligatorio por parte del juez la denegación del *exequatur* si existe algún motivo de denegación *vid.* A. REMIRO BROTONS, *Ejecución de sentencias arbitrales extranjeras. Los Convenios internacionales y su aplicación en España*, Edersa, Madrid, 1980, pp. 155-156.

⁴⁰ A. LÓPEZ DE ARGUMEDO PIÑEIRO, “La interpretación y aplicación de la Convención de Nueva York de 1958 en España”, en A.-M. LÓPEZ RODRÍGUEZ/ K. FACH GÓMEZ (eds.), *Reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras en España y Latinoamérica*, Tirant Lo Blanch, Madrid, 2019, p. 113. Por esta razón, como el Convenio de Nueva York de 1958 busca facilitar el *exequatur* de laudos extranjeros, es la parte que no quiere que se reconozca y ejecute el laudo, la que se tiene que enragar de impugnar el laudo y hacer valer siempre que sea necesario la sentencia que lo anula (A. SABATER MARTÍN, *La eficacia en España de los laudos arbitrales extranjeros*, Tecnos, Madrid, 2002, p. 74).

⁴¹ Por eso, tal sentencia judicial debe cumplir con los requisitos establecidos en las normas de procesales españolas, de manera que el tribunal español que deniega el *exequatur* al laudo arbitral extranjero anulado, controlará también, de modo incidental, que la sentencia extranjera de anulación del laudo se ajusta dichas normas o a los instrumentos legales internacionales en vigor para España (A. SABATER MARTÍN, *La eficacia en España de los laudos arbitrales extranjeros*, Tecnos, Madrid, 2002, p. 89).

⁴² A. SABATER MARTÍN, *La eficacia en España de los laudos arbitrales extranjeros*, Tecnos, Madrid, 2002, pp. 95-96.

⁴³ *Vid.* A. SABATER MARTÍN, *La eficacia en España de los laudos arbitrales extranjeros*, Tecnos, Madrid, 2002, pp. 108-111.

⁴⁴ Por lo tanto, los tribunales españoles, y en concreto el Tribunal Supremo, señalan que es potestativo o facultativo denegar el *exequatur* en virtud a uno de los motivos de denegación.

⁴⁵ Este sería el caso de Arabia Saudí, pues en dicho país los laudos pueden ser anulados si los árbitros no profesan la religión musulmana o si el presidente del colegio arbitral desconoce los preceptos de la Shari'a o Ley musulmana inspirada en el Corán. Así que como ese motivo de anulación del laudo atenta contra el orden público español, el laudo extranjero que ha sido anulado, puede ser reconocido y ejecutado en España.

⁴⁶ J.-I. GARCÍA CUETO/ J. SORIANO LLOBERA/ J. ROIG HERNANDO, “Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales anulados en la sede del arbitraje”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Marzo 2016, Vol. 8, No 1, pp. 101-110; M. GÓMEZ JENE, *Arbitraje comercial internacional*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2018, pp. 415-416; A. LÓPEZ DE ARGUMEDO PIÑEIRO, “La interpretación y aplicación de la Convención de Nueva York de 1958 en España”, en A.-M. LÓPEZ RODRÍGUEZ/ K. FACH GÓMEZ (eds.), *Reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras en España y Latinoamérica*, Tirant Lo Blanch, Madrid, 2019, p. 122.

No obstante, la situación es diferente si se solicita en España el reconocimiento de un laudo arbitral extranjero que el Estado de origen ha confirmado como válido, después de haber querido ser anulado. En este caso, el Tribunal Supremo ha confirmado que los tribunales españoles son libres para analizar los motivos de oposición del *exequatur*⁴⁷. Por lo tanto, si se considera que el motivo de oposición, que fue el mismo que el de anulación, impide el reconocimiento, la decisión anterior del tribunal de Estado de origen no vincula a los tribunales españoles⁴⁸.

24. En cualquier caso, este no es el caso que se plantea en el Auto del TSJ de Murcia de 12 de abril de 2019, es decir, que el Ministerio Fiscal no alega que el laudo colombiano haya sido anulado. Tanto el Ministerio Fiscal, como AMC JUICES, S.L., se oponen al *exequatur* porque dicha empresa había iniciado actuaciones para la anulación del laudo (acción de tutela jurisdiccional ejercitada ante la Sala de la Corte Suprema de Justicia de Colombia)⁴⁹.

25. Sentencia arbitral pendiente una acción de anulación. Si el recurso para la anulación del laudo en un país extranjero está aún pendiente, el tribunal español del *exequatur* puede aplazar la decisión sobre la ejecución del laudo (art. VI)⁵⁰.

Ciertos ordenamientos jurídicos contemplan la suspensión *ex lege* de la ejecución mientras esté pendiente ante sus tribunales la acción de anulación. En este sentido no es lo mismo una suspensión *ex lege*, que una suspensión declarada judicialmente. Muchos son los motivos que justifican esa diferenciación en relación a los efectos que la suspensión del laudo debe tener en sede de *exequatur*⁵¹.

En este sentido, los tribunales españoles, tienen preferencia por otorgar el reconocimiento a laudos extranjeros, que tienen pendiente una acción de anulación en el Estado de origen. Sin embargo, esto ha sido criticado por parte de la doctrina, pues en su opinión si se otorga un *exequatur* a un laudo, aunque no es ejecutable en la jurisdicción de origen, el laudo produciría una serie de efectos legales de los que carece⁵².

Así, en el Auto del Juzgado de Primera Instancia de Rubí (Barcelona) de 11 de junio de 2007, la parte que se oponía al reconocimiento alegó que, en virtud del art. V.1.e) del Convenio de Nueva York de 1958 el laudo arbitral no podía ser reconocido porque había sido objeto de una acción de anulación ante la Corte de Apelación de París. Pues bien este laudo no podía ser ejecutado en Francia, ya que la ley procesal francesa, que estaba entonces en vigor, señalaba que cuando el laudo arbitral es objeto de acción de anulación, este no puede ser ejecutado⁵³. Sin embargo, el Juzgado distinguió entre la ejecutabilidad de un laudo y su carácter vinculante para las partes⁵⁴. De forma que, aunque el laudo no era susceptible de ejecución en el Estado de origen, seguía siendo vinculante para las partes⁵⁵. Este argumento está en la misma línea interpretativa seguida en el Auto del TSJ de Cataluña, en el Auto de 17 de noviembre de 2011, mencionado al estudiar la obligatoriedad del laudo⁵⁶.

⁴⁷ ATS 16 abril 1998 (RJ\1998\2919).

⁴⁸ A. LÓPEZ DE ARGUMENTO PIÑEIRO, "La interpretación y aplicación de la Convención de Nueva York de 1958 en España", en A.-M. LÓPEZ RODRÍGUEZ/ K. FACH GÓMEZ (eds.), *Reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras en España y Latinoamérica*, Tirant Lo Blanch, Madrid, 2019, p. 113.

⁴⁹ FD IV ATSJ Murcia núm. 1/2019, de 12 abril (JUR\2019\152404) (ECLI:ES:TSJMU:2019:12A).

⁵⁰ A. SABATER MARTÍN, *La eficacia en España de los laudos arbitrales extranjeros*, Tecnos, Madrid, 2002, p. 111.

⁵¹ *Vid.* M. GÓMEZ JENE, *Arbitraje comercial internacional*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2018, pp. 410-413.

⁵² M. VIRGÓS SORIANO/ F.-J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, Madrid, Aranadi, 2007, pp. 760-772; A. LÓPEZ DE ARGUMENTO PIÑEIRO, "La interpretación y aplicación de la Convención de Nueva York de 1958 en España", en A.-M. LÓPEZ RODRÍGUEZ/ K. FACH GÓMEZ (eds.), *Reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras en España y Latinoamérica*, Tirant Lo Blanch, Madrid, 2019, p. 124.

⁵³ AJPI Rubí (Barcelona) 11 junio 2007 (JUR\2010\96143). *Vid.* A. LÓPEZ DE ARGUMENTO PIÑEIRO, "La interpretación y aplicación de la Convención de Nueva York de 1958 en España", en A.-M. LÓPEZ RODRÍGUEZ/ K. FACH GÓMEZ (eds.), *Reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras en España y Latinoamérica*, Tirant Lo Blanch, Madrid, 2019, pp. 122-123.

⁵⁴ ATSJ Cataluña núm. 127/2011, 17 noviembre (RJ\2012\540).

⁵⁵ AJPI Rubí (Barcelona) 11 junio 2007 (JUR\2010\96143). *Vid.* A. LÓPEZ DE ARGUMENTO PIÑEIRO, "La interpretación y aplicación de la Convención de Nueva York de 1958 en España", en A.-M. LÓPEZ RODRÍGUEZ/ K. FACH GÓMEZ (eds.), *Reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras en España y Latinoamérica*, Tirant Lo Blanch, Madrid, 2019, pp. 122-123.

⁵⁶ ATSJ Cataluña núm. 127/2011, 17 noviembre (RJ\2012\540).

26. En cualquier caso, en el Auto del TSJ de Murcia de 12 de abril de 2019, la parte demandada, AMC JUICES, S.L únicamente ha probado el inicio de actuaciones para la anulación del laudo colombiano, pero no ha conseguido demostrar que su pretensión haya sido estimada por la autoridad competente, ni tampoco que se haya acordado la suspensión del laudo durante la sustanciación de su acción de tutela⁵⁷. En este sentido, la parte demandante, Productos Florida, S.A., ha aportado documentación en la que sustenta su afirmación de que las acciones de tutela emprendidas por la demandada fueron finalmente desestimadas⁵⁸.

Por lo tanto, el TSJ de Murcia determina, de forma acertada, que como el laudo no ha sido ni anulado ni suspendido, éste es obligatorio para las partes, con independencia de que se hubieran intentado ejercer acciones de cualquier tipo para conseguir su anulación. Y añade, tal y como ya ha sido señalado anteriormente, que no debe confundirse la obligatoriedad del laudo con la firmeza de laudo.

27. Además, la “no obligatoriedad” del laudo debe ser valorada según el Derecho del país con arreglo al que se dictó el laudo o donde este fue dictado⁵⁹. Así, en un Auto de 20 de julio de 2004, el Tribunal Supremo concluyó que la cuestión de si un laudo es o no vinculante debe determinarse con arreglo a las normas que regulan el arbitraje⁶⁰.

También, el TSJ de Murcia en el caso objeto de estudio, señala que la obligatoriedad del laudo resulta de lo previsto en el art. 45.1 de la Ley española de Arbitraje, cuando establece su ejecutabilidad aun cuando se haya ejercitado contra él una acción de anulación; salvo acuerdo de suspensión por el tribunal encargado de la ejecución y previa prestación de la oportuna caución. Además, el TSJ añade que la regulación es idéntica a la prevista por la legislación colombiana en el art. 109.5 de la Ley 1536 de 2012, relativa al estatuto del arbitraje nacional e internacional⁶¹.

28. Por lo tanto, el TSJ de Murcia, de forma correcta, concluye que como no ha quedado acreditado que se hubiese pedido a la autoridad competente prevista en el art. V.1.e) del Convenio de Nueva York la anulación o la suspensión del laudo, no estima necesario ni oportuno hacer uso de la facultad de aplazamiento de la decisión prevista en el art. VI.1 del Convenio de Nueva York.

Por lo que, el TSJ de Murcia procede a desestimar las alegaciones tanto de la parte demandada como del Ministerio Fiscal, aduciendo la falta de firmeza del laudo como motivo de rechazo del *exequatur* del laudo⁶².

B) Reconocimiento o ejecución del laudo arbitral contrarios al orden público del Estado requerido (art. V.2.b))

El segundo de los argumentos que utiliza la parte demandada, AMC JUICES, S.L, como fundamento de carácter jurídico material para oponerse al *exequatur*, no es otro que la imparcialidad del árbitro, en virtud del art. 14.a) de la Ley española de cooperación jurídica internacional en materia civil⁶³.

Sin embargo, el TSJ de Murcia señala que la infracción del orden público español no debe apoyarse en el art. 14.a) de la Ley española de cooperación jurídica internacional en materia civil, sino que, tal y como ya se ha explicado, es de aplicación preferente la cláusula de orden público prevista en el art. V.2.b) del Convenio de Nueva York de 1958⁶⁴.

⁵⁷ Tal y como prevé el art. 7 del Decreto 2591 de 1991, regulador de la Acción de Tutela en el Derecho colombiano.

⁵⁸ FD IV ATSJ Murcia núm. 1/2019, de 12 abril (JUR\2019\152404) (ECLI:ES:TSJMU:2019:12A).

⁵⁹ A. REMIRO BROTONS, *Ejecución de sentencias arbitrales extranjeras. Los Convenios internacionales y su aplicación en España*, Edersa, Madrid, 1980, p. 143.

⁶⁰ ATS 20 julio 2004 (RJ\2004\5817). A este Auto de 20 de julio de 2004, precisamente hacía referencia el Auto de 17 de noviembre de 2011 dictado por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en el que se rechazaba el motivo de denegación del reconocimiento del art. V.1.e) del Convenio de Nueva York de 1958 (ATSJ Cataluña núm. 127/2011, 17 noviembre (RJ\2012\540)).

⁶¹ FD IV ATSJ Murcia núm. 1/2019, de 12 abril (JUR\2019\152404) (ECLI:ES:TSJMU:2019:12A).

⁶² *Ibidem*.

⁶³ FD III ATSJ Murcia núm. 1/2019, de 12 abril (JUR\2019\152404) (ECLI:ES:TSJMU:2019:12A).

⁶⁴ FD V ATSJ Murcia núm. 1/2019, de 12 abril (JUR\2019\152404) (ECLI:ES:TSJMU:2019:12A).

Si bien, se debe aclarar que, aunque no lo señale el TSJ de Murcia, la cláusula de orden público, es un motivo de denegación del *exequatur* apreciable de oficio, al igual que la arbitrabilidad de la controversia, motivos ambos recogidos en el art. V del Convenio de Nueva York de 1958.

30. En primer lugar, el TSJ de Murcia señala que el motivo de oposición al *exequatur* de la imparcialidad del árbitro, no se fundamenta verdaderamente en hechos que lleven a afirmar que tal imparcialidad se ha producido⁶⁵. En definitiva, la parte demandada reconduce la cuestión de la imparcialidad del árbitro hacia un examen interno del propio laudo en la medida que del mismo y, más concretamente, de su errónea valoración de la prueba y de su falta de exhaustividad, se estaría atentado contra e al orden público interno español. Por eso, el TSJ de Murcia quiere destacar que es innecesariamente forzada la tesis de la demandada.

Con base en la disposición del art. V.2.b) del Convenio de Nueva York de 1958, el tribunal tendría que denegar el *exequatur* del laudo arbitral extranjero cuya ejecución pudiera vulnerar los principios básicos del Derecho del país en donde se solicita tal *exequatur*, es decir, cuando dicha ejecución atente contra el orden público del Estado requerido⁶⁶. Sin embargo, existe un sector doctrinal que proclama que a la hora de valorar si existe una violación del orden público, se tiene que hacer una distinción entre orden público nacional y orden público internacional, siendo este último el que se aplicaría al reconocimiento de laudos extranjeros y sería mucho más restrictivo⁶⁷. El orden público nacional estaría formado por el conjunto de principios fundamentales sobre los que se asienta la organización social, económica y política de la sociedad española. Mientras que el orden público internacional estaría integrado por: a) los principios esenciales de justicia o moralidad que un Estado desea proteger; b) las normas que regulan los intereses esenciales de naturaleza política, social o económica de un Estado; y c) el deber de un Estado de respetar sus obligaciones para con otros Estados y organizaciones internacionales⁶⁸.

En este sentido, el TSJ de Murcia acoge la tesis de que el concepto de orden público que debe tenerse en cuenta es el del orden público español⁶⁹. El TSJ de Murcia no tiene en cuenta que, tal y como señala el Tribunal Supremo, la cláusula del art. V.2.b) del Convenio de Nueva York de 1958, ha de interpretarse y aplicarse de modo restrictivo⁷⁰.

31. De forma acertada, el TSJ de Murcia advierte que la causa de denegación del *exequatur* basada en el orden público español no puede convertirse en una oportunidad de revisar, desde una perspectiva fáctica y jurídica, el fondo del asunto: ni para corregir los errores en que hubiera podido incurrir el árbitro; ni para la valoración del acierto o desacierto de la decisión arbitral; ni tampoco para proceder a un nuevo juicio de la cuestión litigiosa⁷¹.

En consecuencia, no es posible la revisión de fondo de la sentencia arbitral⁷². Así lo señala el Tribunal Supremo en en Auto de 29 de septiembre de 1998: “(...) la *irrazonabilidad de la sentencia arbitral*», *causa de oposición en que la demandada pone de manifiesto su disconformidad con el fallo arbitral*,

⁶⁵ Vid. FD V ATSJ Murcia núm. 1/2019, de 12 abril (JUR\2019\152404) (ECLI:ES:TSJMU:2019:12A).

⁶⁶ Como el Convenio de Nueva York no contiene una definición de orden público, concede discrecionalidad a los tribunales de cada Estado para que interpreten este concepto (A. LÓPEZ DE ARGUMENTO PIÑEIRO, “La interpretación y aplicación de la Convención de Nueva York de 1958 en España”, en A.-M. LÓPEZ RODRÍGUEZ/ K. FACH GÓMEZ (eds.), *Reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras en España y Latinoamérica*, Tirant Lo Blanch, Madrid, 2019, p. 126).

⁶⁷ Para un análisis del orden público interno y el orden público internacional *vid.*, M. GÓMEZ JENE, *Arbitraje comercial internacional*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2018, pp. 435-438.

⁶⁸ A. LÓPEZ DE ARGUMENTO PIÑEIRO, “La interpretación y aplicación de la Convención de Nueva York de 1958 en España”, en A.-M. LÓPEZ RODRÍGUEZ/ K. FACH GÓMEZ (eds.), *Reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras en España y Latinoamérica*, Tirant Lo Blanch, Madrid, 2019, pp. 126-127.

⁶⁹ Vid. la definición de orden público español de la STC núm. 54/1989, 23 febrero (RTC\1989\54).

⁷⁰ ATS 29 abril 1985, *BIMJ*, núm. 1391, 1985. Comentario de ATS 29 abril 1985, *BIMJ*, núm. 1391, 1985 (A. ALCOVER SAN PEDRO, “Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros”, *REDI*, 1986, p. 279).

⁷¹ Vid. FD V ATSJ Murcia núm. 1/2019, de 12 abril (JUR\2019\152404) (ECLI:ES:TSJMU:2019:12A).

⁷² ATS 5 mayo 1998 (RJ\1998\4291); ATS 9 junio 1998 (RJ\1998\5323); ATS 4 marzo 2003 (RJ\2003\87951); ATS 20 julio 2004 (RJ\2004\5817). Vid. A. LÓPEZ DE ARGUMENTO PIÑEIRO, “La interpretación y aplicación de la Convención de Nueva York de 1958 en España”, en A.-M. LÓPEZ RODRÍGUEZ/ K. FACH GÓMEZ (eds.), *Reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras en España y Latinoamérica*, Tirant Lo Blanch, Madrid, 2019, p. 112.

afirmando el exceso cometido por el Tribunal Arbitral en la interpretación del contrato litigioso y en la declaración de incumplimiento contractual. El argumento expuesto debe rechazarse y obliga a recordar, en primer término, la naturaleza estrictamente procesal de este procedimiento, encaminado al desarrollo de una función meramente homologadora de los efectos de la decisión por reconocer, sin que esté permitido en su seno -tal y como parece pretender la mercantil oponente- la revisión del fondo del asunto más que en la medida indispensable para asegurar el respeto a los principios esenciales de nuestro ordenamiento que conforman el concepto de orden público en sentido internacional, criterio éste consagrado por el Tribunal Constitucional (SSTC 54/1989 [RTC 1989\54] y 132/1991 [RTC 1991\132])”⁷³.

32. Así pues, el TSJ de Murcia señala de manera detallada las infracciones paradigmáticas del orden público reconocidas en la jurisprudencia⁷⁴. En resumen, el control por aplicación de la cláusula de orden público alcanza a los principios generales básicos, a la motivación del laudo, a la correcta aplicación de normas imperativas y a la valoración de la prueba⁷⁵.

Por ello, el TSJ establece que no es necesario que la parte demandada AMC JUICES, S.L. fundamente su queja en la imparcialidad del árbitro, cuando en realidad lo que se cuestiona es la errónea valoración de la prueba o la falta de exhaustividad del laudo, y ambos supuestos se encuentran dentro del concepto jurídico de orden público interno. En consecuencia, el TSJ de Murcia procede a analizar si, como afirma la parte demandada, el laudo carece de falta de exhaustividad o de una valoración razonable y razonada de la prueba, de manera se pueda considerar que atenta contra nuestro orden público interno⁷⁶.

El TSJ de Murcia considera que no se infringe el orden público español, pues tras analizar los hechos segundo y tercero de la contestación a la demanda y el tenor literal del laudo de 80 páginas, se constata un exhaustivo análisis probatorio, una ordenada consideración de las pretensiones de las partes sobre cada aspecto litigioso y una fundamentada argumentación que soporta la decisión del árbitro. Este señala, todo lo contrario, que de la lectura del laudo se puede afirmar que el mismo está ampliamente motivado y que dicha motivación contiene una fundamentación jurídica de forma que la decisión arbitral es fruto de una interpretación y aplicación del Derecho plenamente reconocible; y que dicho laudo arbitral no puede considerarse arbitrario, ni manifiestamente irrazonable, ni aquejado de error patente.

En consecuencia, procede, desestimar este segundo motivo de oposición de la parte demandada a las pretensiones de la parte demandante⁷⁷. Aunque es acertado desestimar la pretensión señalada - sin olvidar que esta cláusula de orden público debe apreciarse de oficio-, el TSJ de Murcia no ha fundamentado su decisión en el concepto de orden público en sede de *exequatur*, que se pasa a explicar.

33. Orden público en sede de exequatur. Sin embargo, el TSJ de Murcia no tiene en cuenta que el Convenio de Nueva York de 1958 acoge un sistema simplificado de obtención de *exequatur*, que favorece la eficacia internacional del laudo arbitral, puesto que tal y como señala el Tribunal Supremo existe una “presunción de legalidad y veracidad” del laudo arbitral⁷⁸.

⁷³ FD VI ATS 29 septiembre 1998 (RJ\1998\9002).

⁷⁴ Así pues, el TSJ de Murcia señala que dentro de las infracciones del orden público se encuentran, citando de manera textual: “además de la parcialidad de los árbitros (*St TSJ Madrid 13/2015 (JUR 2015, 79489)*), las siguientes: la infracción del derecho de defensa y de los principios procesales fundamentales de audiencia, contradicción e igualdad (*SSTC 54/1989, 132/1991 (RTC 1991, 132)* y *91/2000 (RTC 2000, 91)*); los errores patentes de legalidad en el arbitraje de Derecho (*SSTC 57/2003 (RTC 2003, 57)* y *178/2014 (RTC 2014, 178)* y *St TSJ Madrid 58/2015 (AC 2015, 1184)*); la falta absoluta de motivación o su evidente insuficiencia (*SSTC 186/1992 (RTC 1992, 186)* y *117/1996 (RTC 1996, 117)*); la desconexión de la motivación con la realidad de lo actuado (*STC 215/2006 (RTC 2006, 215)* y *STS 20/12/2013*); la contradicción interna y notoria incoherencia entre la argumentación desplegada y lo que luego se resuelve (*STC 261/2000 (RTC 2000, 261)*); la arbitrariedad patente o la manifiesta irrazonabilidad o absurdo de la decisión (*STC 248/2006 (RTC 2006, 248)*); o, incluso -partiendo del principio de intangibilidad del juicio de hecho realizado por el laudo- la valoración irracional, ilógica o arbitraria de la prueba, deducible de su propia motivación, así como también la ausencia de mínima prueba sobre los hechos en que se basa la decisión (*STC 54/1989*)” (FD V ATSJ Murcia núm. 1/2019, de 12 abril (JUR\2019\152404) (ECLI:ES:TSJMU:2019:12A).

⁷⁵ M. GÓMEZ JENE, *Arbitraje comercial internacional*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2018, p. 432.

⁷⁶ *Vid.* FD V ATSJ Murcia núm. 1/2019, de 12 abril (JUR\2019\152404) (ECLI:ES:TSJMU:2019:12A).

⁷⁷ *Ibidem*.

⁷⁸ *Vid.* ATS 10 febrero 1984, *RCEA*, vol. I, 1984, pp. 197-200. Comentario de ATS 10 febrero 1984, *RCEA*, vol. I, 1984, pp. 197-200 (A. BORRAS RODRIGUEZ, “Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros”, *Revista Española de Derecho*

Por lo tanto, el Convenio de Nueva York de 1958 establece una limitación de las cuestiones que son objeto de control⁷⁹. El *exequatur* sólo puede denegarse por ciertas causas que el Convenio enumera taxativamente, causas que conforman un *numerus clausus*⁸⁰. En consecuencia, a la vista de la jurisprudencia en sede de *exequatur* se debe afirmar que:

- a) No se atenta contra el orden público internacional, cuando se alegan motivos de fondo de la controversia, que sólo pueden hacerse valer en el procedimiento de arbitraje o en el procedimiento de ejecución del laudo ya *exequaturizado*⁸¹.
- b) Tampoco se atenta contra el orden público internacional, si se alega infracción de los derechos de defensa, pues este extremo se controla a instancia de parte. Se debe mencionar el Auto del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 1998, en el que de forma errónea, el recurrente alega que: “*En primer lugar porque el examen de la concurrencia o no de la vulneración de los derechos constitucionales de audiencia y defensa y la correlativa proscripción de la indefensión supone que al informar éstos el orden público procesal interno puedan y deban ser examinados sin necesidad de denuncia de parte, (...)*”⁸².

Es más, en ocasiones, el Tribunal Supremo ha vinculado el motivo de vulneración de los derechos de defensa recogido en el art. V.1.b) con el orden público, que es otra de las causas de denegación del *exequatur* recogida en el art. V.2.b) del Convenio de Nueva York de 1958. Esto sucedió en el caso resuelto por el Auto del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 1999, en el que el demandado no había sido correctamente notificado porque se hallaba *in absentia*, pero además el demandante conocía el domicilio del Consejero-Delegado de la compañía y de manera consciente decidió no enviar notificación alguna a esa dirección⁸³. Así que como el arbitraje concluyó sin que el demandado hubiese intervenido, el Tribunal Supremo denegó el reconocimiento del laudo porque se había producido una infracción del orden público, con infracción de los derechos y garantías del art. 24 de la CE (Constitución Española)⁸⁴.

- c) Se considera motivado un laudo cuando se hace constar al menos, la *ratio decidendi* del caso, es decir, los preceptos en que se basa la decisión, sin necesidad de que se justifique el fallo en detalle⁸⁵.
- d) La parcialidad manifiesta del órgano arbitral implica una vulneración del orden público del Estado requerido⁸⁶.

34. En definitiva, se debe señalar que el orden público procesal aludido en el Auto del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 1998, es el más utilizado para oponerse al reconocimiento y ejecución de laudos⁸⁷. El *exequatur* es un procedimiento de naturaleza estrictamente procesal, que no permite una

Internacional (REDI), 1984, p. 661). *Vid.* ATS 29 abril 1985, *BIMJ*, núm. 1391, 1985. Comentario de ATS 29 abril 1985, *BIMJ*, núm. 1391, 1985 (A. ALCOVER SAN PEDRO, “Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros”, *REDI*, 1986, p. 279).

⁷⁹ A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Arbitraje privado internacional”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho del Comercio Internacional*, Colex, Madrid, 2012, p. 1814.

⁸⁰ ATS 17 febrero 1998 (RJ\1998\760). *Vid.* H. AGUILAR GRIEDER, “Reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros: un nuevo paso en la comprensión del sistema. A propósito del Auto del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 1998”, *Rev. Jur. Esp. La Ley*, núm. 6, 1998, p. 2166).

⁸¹ ATS 20 marzo 2001 (RJ\2001\5520); ATS 4 marzo 2003 (RJ\2003\87951).

⁸² FD II ATS 24 noviembre 1998 (RJ\1998\9227).

⁸³ En relación a otros casos de vulneración de derechos de defensa *vid.*, A. LÓPEZ DE ARGUMENTO PIÑEIRO, “La interpretación y aplicación de la Convención de Nueva York de 1958 en España”, en A.-M. LÓPEZ RODRÍGUEZ/ K. FACH GÓMEZ (eds.), *Reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras en España y Latinoamérica*, Tirant Lo Blanch, Madrid, 2019, pp. 116-118.

⁸⁴ ATS 16 noviembre 1999 (RJ\1999\9909).

⁸⁵ A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Arbitraje privado internacional”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho del Comercio Internacional*, Colex, Madrid, 2012, pp. 1820-1821.

⁸⁶ A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Arbitraje privado internacional”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho del Comercio Internacional*, Colex, Madrid, 2012, p. 1820.

⁸⁷ A. LÓPEZ DE ARGUMENTO PIÑEIRO, “La interpretación y aplicación de la Convención de Nueva York de 1958 en España”, en A.-M. LÓPEZ RODRÍGUEZ/ K. FACH GÓMEZ (eds.), *Reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras en España y Latinoamérica*, Tirant Lo Blanch, Madrid, 2019, p. 128.

revisión de los hechos del caso, salvo para asegurar los principios esenciales de nuestro ordenamiento jurídico, que forman parte del orden público internacional. Por lo tanto, dentro del orden público, se debe distinguir el orden público material y el procesal⁸⁸.

Sin embargo, puede afirmarse que la aplicación de la cláusula de orden público en sede de *exequatur* es poco habitual⁸⁹. La situación es diferente cuando la valoración del orden público constituye un motivo de anulación del laudo arbitral⁹⁰.

De nuevo, en relación al motivo de denegación del *exequatur* de laudos extranjeros que es el orden público, los tribunales españoles, mantienen su postura pro-reconocimiento, de manera que sólo rechazan el *exequatur* de un laudo por motivos muy claros y evidentes⁹¹.

35. Pues bien, si se tiene en cuenta este concepto de orden público, la desestimación de ese segundo motivo de oposición de la parte demandada al *exequatur* del laudo colombiano, se habría apoyado en otros argumentos. Para empezar, si se hubiera constatado la imparcialidad de los árbitros, como aducía la parte demandada, este hubiera tenido cabida en el concepto de orden público procesal en sede de *exequatur*.

Sin embargo, si tal y como ha costado el TSJ de Murcia, AMC JUICES, S.L. fundamenta su queja en la imparcialidad del árbitro, cuando en realidad lo que se cuestiona es la errónea valoración de la prueba o la falta de exhaustividad del laudo; se debe señalar que la argumentación para la desestimación de tales motivos es también diferente a la que realiza el TSJ de Murcia.

Así, la errónea valoración de la prueba, es una cuestión del procedimiento arbitral que debe ser alegada a instancia de parte, como una causa de denegación del art. V.1.d) del Convenio de Nueva York de 1958, que recoge la constitución irregular del Tribunal arbitral y las irregularidades del procedimiento arbitral. Por lo tanto, la errónea valoración de la prueba, no estaría dentro del concepto de orden público en sede de *exequatur*.

Es más, en la interpretación del art. V.1.d) del Convenio de Nueva York de 1958, los tribunales españoles han venido aplicando el principio en virtud del cual siempre que se produzca un defecto en el curso del procedimiento, éste debe ser denunciado de forma inmediata⁹². Por eso, en el caso resuelto por el Auto de 7 de octubre de 2003, el Tribunal Supremo sostuvo que la parte que se oponía al reconocimiento debió haber alegado durante el procedimiento, que la institución arbitral había designado a los árbitros sin tener en cuenta lo que las partes habían pactado. Así que el Tribunal Supremo consideró que la parte había aceptado tácitamente el arbitraje, al no haberlo manifestado en su momento⁹³.

Por último, la falta de exhaustividad del laudo, cuando se trata del *exequatur* de dicho laudo, no constituye una infracción del orden público, puesto que como ya se ha señalado, se considera motivado un laudo cuando se hace constar al menos, la *ratio decidendi* del caso, es decir, los preceptos en que se basa la decisión, sin necesidad de que se justifique el fallo en detalle⁹⁴. En cualquier caso, el TSJ de Murcia estima que el laudo arbitral está ampliamente motivado, con lo cual no infringe ni el orden público en sede de *exequatur*, ni el orden público español con los contornos establecidos por el TSJ de Murcia.

⁸⁸ El orden público material, sería el conjunto de normas y principios materiales que, en un momento histórico determinado, regulan las materias en un ordenamiento jurídico. Mientras que el orden público procesal sería el conjunto de normas y principios materiales que, en un momento histórico determinado, reflejan el esquema de valores procesales en un ordenamiento jurídico. Para un mayor desarrollo del orden público procesal y el orden público material *vid.* M. GÓMEZ JENE, *Arbitraje comercial internacional*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2018, pp. 438-446.

⁸⁹ *Vid.* M. GÓMEZ JENE, *Arbitraje comercial internacional*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2018, pp. 441-442.

⁹⁰ Sobre el orden público en sede de anulación, *vid.* M. GÓMEZ JENE, *Arbitraje comercial internacional*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2018, pp. 442-446.

⁹¹ A. LÓPEZ DE ARGUMENTO PIÑEIRO, "La interpretación y aplicación de la Convención de Nueva York de 1958 en España", en A.-M. LÓPEZ RODRÍGUEZ/ K. FACH GÓMEZ (eds.), *Reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras en España y Latinoamérica*, Tirant Lo Blanch, Madrid, 2019, p. 128.

⁹² A. LÓPEZ DE ARGUMENTO PIÑEIRO, "La interpretación y aplicación de la Convención de Nueva York de 1958 en España", en A.-M. LÓPEZ RODRÍGUEZ/ K. FACH GÓMEZ (eds.), *Reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras en España y Latinoamérica*, Tirant Lo Blanch, Madrid, 2019, p. 120.

⁹³ ATS 7 octubre 2003 (JUR\2003\261577).

⁹⁴ A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Arbitraje privado internacional", en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho del Comercio Internacional*, Colex, Madrid, 2012, pp. 1820-1821.

36. Por lo tanto, el TSJ de Murcia concluye que quedan rechazados totalmente los motivos de oposición de la demandada, acordándose el *exequatur* del laudo arbitral colombiano, así como su reconocimiento y ejecutividad en España. Todo ello con expresa condena en costas a la parte demandada.

III. Conclusiones

37. En primer lugar, se debe señalar que frente a la pretensión de la demandante, Productos Florida, S.A, en este procedimiento de que se reconozca la validez y ejecutabilidad en España del laudo colombiano, la demandada se opone al reconocimiento recurriendo a dos de las causas de denegación del *exequatur*: a) Que el laudo colombiano no es firme, pues estaría pendiente una acción de tutela jurisdiccional ejercitada ante la Sala de la Corte Suprema de Justicia de Colombia; b) La infracción del orden público internacional por la falta de imparcialidad del árbitro.

Pues bien, la parte demandada, AMC JUICES, S.L, no funda sus pretensiones en los motivos de denegación del *exequatur*, recogidos en el art. V del Convenio de Nueva York de 1958, sino en artículos de otras normas de producción interna españolas como la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil.

Por lo que el TSJ de Murcia acierta cuando señala que el art. 46.2 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje –aunque el TSJ de Murcia establece que es el art. 46.1 de dicha Ley- contiene una remisión expresa al Convenio de Nueva York de 1958 en lo relativo a la ley que rige el *exequatur* de laudos extranjeros. Por lo que dicho convenio es de aplicación preferente en materia de arbitraje a lo previsto en la Ley española de cooperación jurídica internacional en materia civil para el *exequatur* de sentencias judiciales extranjeras “firmes”.

Además, el TSJ, señala que la remisión que el citado art. 46.1 de la Ley de Arbitraje *in fine* hace al ordenamiento procesal civil para el *exequatur* de laudos extranjeros, se limita únicamente a los aspectos procedimentales y no sustantivos, del *exequatur* de sentencias dictadas por tribunales extranjero.

38. El Ministerio Fiscal, de forma correcta, sí que apoyó la primera de las pretensiones de la demandada en virtud de un precepto del Convenio de Nueva York de 1958, no recurriendo a las normas de producción interna españolas. Así pues, el Ministerio Fiscal emitió un informe en el que apoyaba la denegación del reconocimiento del laudo colombiano, por concurrir la causa de denegación prevista en el art. V.1.e) de la Convención de Nueva York de 1958, mientras que no hubiese una resolución definitiva sobre este asunto en Colombia. Este motivo de denegación se activa cuando la sentencia arbitral no es obligatoria para las partes o ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya Ley, ha sido dictada esa sentencia.

Para empezar, el TSJ de Murcia señaló que no debe confundirse la obligatoriedad del laudo con la firmeza de laudo, pues son cosas diferentes, de forma que la firmeza del laudo no se exige para la obtención del *exequatur* del laudo colombiano, sino que es un requisito exigible a las resoluciones judiciales extranjeras.

En relación a la obligatoriedad del laudo, la fuerza vinculante del laudo se presume, sin que sea necesario obtener una declaración de ejecutabilidad en el Estado de origen, y porque un laudo vinculante no puede asimilarse a un laudo definitivo. Así que un laudo que se ha dictado válidamente, que cumple con las formalidades exigibles y que pone fin a un procedimiento arbitral, es un laudo vinculante.

Por lo que respecta, a que la sentencia arbitral haya sido anulada o suspendida por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya Ley, ha sido dictada esa sentencia, debe señalarse que: aun cuando el laudo haya sido anulado y la parte lo haya hecho valer ante el tribunal español encargado de otorgar el *exequatur*, dicho tribunal no está obligado a denegar el *exequatur*, pues el precepto sólo dice que *podrá* denegarse el *exequatur*.

Además, los tribunales españoles, tienen preferencia por otorgar el reconocimiento a laudos extranjeros, que tienen pendiente una acción de anulación en el Estado de origen; lo cual ha sido criticado por parte de la doctrina, porque si se otorga un *exequatur* a un laudo, que no es ejecutable en la jurisdicción de origen, el laudo produciría una serie de efectos legales de los que carece.

En cualquier caso, el TSJ de Murcia concluyó que la parte demandada, AMC JUICES, S.L. únicamente había conseguido probar el inicio de actuaciones para la anulación del laudo colombiano, pero no había conseguido demostrar que su pretensión hubiese sido estimada por la autoridad competente, ni tampoco que se hubiese acordado la suspensión del laudo durante la sustanciación de su acción de tutela. En este sentido, la parte demandante, Productos Florida, S.A., sí que había aportado documentación en la que sustentaba su afirmación de que las acciones de tutela emprendidas por la demandada fueron finalmente desestimadas.

Por lo tanto, el TSJ de Murcia determinó, de forma acertada, que como el laudo no había sido ni anulado ni suspendido, éste era obligatorio para las partes, con independencia de que se hubieran intentado ejercer acciones de cualquier tipo para conseguir su anulación.

39. En cuanto al segundo de los argumentos que utiliza la parte demandada, AMC JUICES, S.L., como fundamento de carácter jurídico material para oponerse al *exequatur*, la imparcialidad del árbitro, el TSJ de Murcia señala que la cláusula de orden público constituye un motivo de denegación del *exequatur* recogido en el art. V.2.b) del Convenio de Nueva York de 1958. Si bien, la parte demandada reconduce la cuestión de la imparcialidad del árbitro hacia un examen interno del propio laudo en la medida que del mismo y, más concretamente, de su errónea valoración de la prueba y de su falta de exhaustividad, se estaría atentado contra e al orden público interno español. Se debe observar que esta causa de denegación del *exequatur* es apreciable de oficio, no a instancia de parte, como sí sucedía con la norma contenida en el art. V.1.e).

El TSJ de Murcia procede a realizar una interpretación del orden público Murcia en la que se recogen las infracciones del orden público reconocidas en la jurisprudencia: el control por aplicación de la cláusula de orden público alcanza a los principios generales básicos, a la motivación del laudo, a la correcta aplicación de normas imperativas y a la valoración de la prueba.

Así pues, dicho tribunal considera que no se infringe el orden público español, pues tras la lectura del amplio laudo, se constata un exhaustivo análisis probatorio, una ordenada consideración de las pretensiones de las partes sobre cada aspecto litigioso y una fundamentada argumentación que soporta la decisión del árbitro. Es más, se puede afirmar que el mismo está ampliamente motivado y que dicha motivación contiene una fundamentación jurídica de forma que la decisión arbitral es fruto de una interpretación y aplicación del Derecho plenamente reconocible; y que dicho laudo arbitral no puede considerarse arbitrario, ni manifiestamente irrazonable, ni aquejado de error patente. En consecuencia, procede, desestimar este segundo motivo de oposición de la parte demandada a las pretensiones de la parte demandante.

Sin embargo, si se tiene en cuenta que el Convenio de Nueva York de 1958 acoge un sistema simplificado de obtención de *exequatur*, que favorece la eficacia internacional del laudo arbitral, de forma que existe un orden público en sede de *exequatur* y que es el que debe valorarse en relación con el convenio, los argumentos en los que se apoyaría la desestimación de ese segundo motivo de denegación serían otros. Si se hubiera constatado la imparcialidad de los árbitros, como aducía la parte demandada, este hubiera tenido cabida en el concepto de orden público procesal en sede de *exequatur*, aunque finalmente no se observó dicha imparcialidad.

Por otro lado, la errónea valoración de la prueba, es una cuestión del procedimiento arbitral que debe ser alegada a instancia de parte, como una causa de denegación del art. V.1.d) del Convenio de Nueva York de 1958: constitución irregular del Tribunal arbitral y las irregularidades del procedimiento arbitral. Por lo tanto, la errónea valoración de la prueba, no estaría dentro del concepto de orden público en sede de *exequatur*. En este sentido, para la interpretación del art. V.1.d) del Convenio de Nueva York de 1958, los tribunales españoles han venido aplicando el principio en virtud del cual siempre que se produzca un defecto en el curso del procedimiento, éste debe ser denunciado de forma inmediata.

En cuanto a la falta de exhaustividad del laudo, no constituye una infracción del orden público, puesto que se considera motivado un laudo cuando se hace constar al menos, la *ratio decidendi* del caso, es decir, los preceptos en que se basa la decisión, sin necesidad de que se justifique el fallo en detalle. En cualquier caso, el TSJ de Murcia estima que el laudo arbitral está ampliamente motivado, con lo cual no infringe ni el orden público en sede de *exequatur*, ni el orden público español con los contornos establecidos por el TSJ de Murcia.

En cualquier caso, el resultado final es el mismo, pues son rechazados totalmente los motivos de oposición de la demandada, acordándose el *exequatur* del laudo arbitral colombiano, así como su reconocimiento y ejecutividad en el España. Los tribunales españoles, mantienen su postura a favor del *exequatur* de los laudos extranjeros, de manera que sólo rechazan el *exequatur* de un laudo por motivos muy claros y evidentes.

EL DERECHO A LA LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS
O LIBRE CIRCULACIÓN DE CAPITALES EN LA UNIÓN
EUROPEA VS LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR
NACIONAL CROATA A LA LUZ DEL ASUNTO C-630/17
ANICA MILIVOJEVIĆ VS. RAIFFEISENBANK
ST. STEFAN-JAGERBERG-WOLFSBERG EGEN

THE RIGHT TO FREE PROVISION OF SERVICES OR FREE
MOVEMENT OF CAPITAL IN THE EUROPEAN UNION VS.
THE PROTECTION OF THE CROATIAN NATIONAL
CONSUMER IN THE CONTEXT OF THE CASE C-630/17
ANICA MILIVOJEVIĆ VS. RAIFFEISENBANK ST. STEFAN-
JAGERBERG-WOLFSBERG EGEN

MARÍA JOSÉ CATALÁN CHAMORRO

*PSI de Derecho Procesal de la Universidad de Córdoba
(Acreditada a Profesora Contratada Doctora)*

Recibido: 08.12.2019 / Aceptado: 10.01.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5201>

Resumen: En el presente trabajo se analiza el impacto que ha tenido la Ley de nulidad de los contratos de préstamo con elementos internacionales celebrados en la República de Croacia con un acreedor no autorizado y su confrontación con la normativa europea. Esto se realiza a través de las cuestiones prejudiciales planteadas por un Tribunal municipal croata sobre la afectación del derecho a la libre prestación de servicios y libre circulación de capitales en la Unión Europea; alteración de los fueros competenciales, extensión del concepto de consumidor a empresarios y la concepción de los derechos reales.

Palabras clave: Derecho a la libre prestación de servicios, Reglamento 1215/2012, defensa de los consumidores y derecho real de hipoteca.

Abstract: This paper analyses the impact of the Law on the nullity of loan contracts with international elements entered into in the Republic of Croatia with an unauthorised creditor and its confrontation with European regulations. This is done through prejudicial questions raised by a Croatian Municipal Court on the effect of the right to the free provision of services and free movement of capital in the European Union; alteration of the jurisdictional privileges, extension of the concept of consumer to entrepreneurs and the conception of mortgage rights.

Keywords: Right to freedom to provide services, Regulation 1215/2012, consumer protection and mortgage lien.

Sumario: I. Consideraciones preliminares. 1. Presentación. 2. Supuesto de hecho. II. Breve contextualización de la normativa croata. III. Cuestiones planteadas al TJUE. IV Cuestión prejudicial relativa a la confrontación con el derecho a la libre prestación de servicios y libre circulación de

- capitales. V. Cuestiones prejudiciales relativas al ámbito de aplicación del Reglamento 1215/2012.
1. La afectación de la competencia legalmente establecida.
 2. Análisis del concepto de consumidor.
 3. Interpretación del préstamo y su escritura como derecho real inmobiliario.

I. Consideraciones preliminares

1. Presentación

1. La STJUE de 14 de febrero de 2019, *Anica Milivojević vs. Raiffeisenbank St. Stefan-Jagerberg-Wolfsberg eGen*¹ objeto del presente trabajo resuelve una cuestión prejudicial planteada por el Općinski Sud u Rijeci (Tribunal Municipal de Rijeka, Croacia) surgida en torno a la aplicabilidad de la polémica *Ley de nulidad de los contratos de préstamo con elementos internacionales celebrados en la República de Croacia con un acreedor no autorizado* (en adelante, Ley de 14 de julio de 2017). A través de esta Ley, el citado Estado Miembro pretendía establecer la nulidad de todos los contratos de préstamo no satisfechos, con efectos retroactivos a la entrada en vigor de la citada Ley de 14 de julio de 2017. Siempre y cuando estos contratos de préstamo contuviesen elementos internacionales y el prestador del servicio de préstamo, en el momento de la celebración del mismo tuviese su sede social fuera de la República de Croacia. Es decir, contratos de préstamo celebrados entre deudores croatas y prestamistas extranjeros no autorizados por el Hrvatska narodna banka (Banco Central de Croacia) para prestar servicios de crédito en Croacia. Así las cosas, tras la declaración de nulidad del préstamo se obliga a las partes a reestablecerse a la situación anterior a la firma del mismo, devolviéndose por parte del deudor la cantidad prestada y por la del prestamista los intereses y comisiones recibidas desde la celebración del contrato.

2. Supuesto de hecho

2. La demanda planteada el 23 de abril de 2015 por Anica Milivojević (en lo sucesivo, la demandante), fue resuelta por los Tribunales croatas el 3 de julio de 2017, antes de que fuese promulgada la citada Ley. Sin embargo, este órgano jurisdiccional vuelve a reabrir el proceso mediante resolución de 10 de agosto de 2017, debido a la entrada en vigor de la citada Ley de 14 de julio de 2017, ya que el Gobierno Croata habría informado del efecto de retroactividad de la citada Ley el 25 de mayo de 2017, cuando ésta era solo un proyecto.

3. La demandante, pretendía la nulidad *ab initio* de un contrato de préstamo, de 47.000 euros recibido en metálico en la sucursal de Raiffeisenbank St. Stefan-Jagerberg-Wolfsberg eGen (en lo sucesivo, la demandada) sita en Austria donde este prestador tiene su residencia habitual, firmado el 5 de enero de 2007 junto con su cónyuge -fallecido posteriormente-. Este préstamo fue garantizado con hipoteca ante notario sobre un inmueble situado en Croacia, que dio lugar a la inscripción en el Registro de la Propiedad el 12 de enero de 2007, pretendiéndose también dentro del *petitum* de la demanda la nulidad y la cancelación de dicha garantía otorgada dentro del contrato de préstamo.

4. Si bien, es cierto que aunque este contrato fue facilitado por un intermediario croata, que recibió una comisión, el Tribunal no ha aceptado el vínculo de este intermediario croata para entender que este fuese el prestador del servicio y por tanto, a la luz del Reglamento Roma I art. 4.1.b) sea la legislación croata la aplicable a los conflictos nacionales y con la consecuencia de que no se le pueda aplicar la citada Ley de 14 de julio de 2017, al no contener elementos internacionales en el contrato.

5. Finalmente, es necesario apuntar que el préstamo tenía como finalidad acometer unas obras para adaptar la vivienda familiar al negocio del alquiler de apartamentos turísticos y por ende la también renovación de la vivienda familiar en su uso privado.

¹ ECLI:EU:C:2019:123,C-630/17.

II. Breve contextualización de la normativa croata

6. La aspiración de esta Ley nacional croata, de 14 de julio de 2017, era la protección del consumidor, ante contratos hipotéticamente leoninos firmados entre el año 2000 y el año 2010 por sus ciudadanos y cuya estimación de afectados se sitúa en torno a los tres mil contratos por un valor total de 360 millones de euros según las alegaciones del Gobierno croata. Las pretensiones del Gobierno croata en el presente asunto van en la línea de preservar el orden público, la reputación, el buen funcionamiento del sector financiero y la protección de la parte contractual más débil, los consumidores y por ello, aluden a la desprotección total de los derechos de los deudores.

Sin embargo, en el concepto de consumidor deudor, el citado Gobierno engloba sin distinción al consumidor medio, al consumidor vulnerable² y a los empresarios –sin distinción del tamaño de estos en sus alegaciones– ante cláusulas hipotéticamente engañosas. A través de esta Ley nacional, el Gobierno pretende declarar la nulidad de estos contratos de préstamo, con hipotéticas cláusulas engañosas, *ex ante* es decir, sin necesidad de analizar o probar el contenido de los mismos, y de forma retroactiva a la entrada en vigor de la citada Ley.

De este modo, entendemos crea una inseguridad jurídica desde el inicio a los operadores extranjeros prestamistas a los que les quedan pocas herramientas para una tutela judicial efectiva, creando además una situación de desigualdad de partes difícilmente amparable en la discriminación positiva al generalizar la adopción de esta medida a todo tipo de consumidores y empresarios como analizaremos más adelante.

7. Sin embargo, posiblemente haya sido el elemento discriminatorio por razón de la nacionalidad, el que más haya incitado al Tribunal croata a elevar esta cuestión al TJUE, ya que estos contratos de los que se pretendía la nulidad debían haber sido celebrados por parte de prestamistas no nacionales croatas -hasta la entrada en vigor de la Ley *del contrato de crédito al consumo modificada* de 30 de septiembre de 2015- y por ende estos tipos de préstamos se establecen como excepción flagrante a la libre prestación de servicios dentro del mercado único europeo en pro de una supuesta protección a sus consumidores nacionales.

Con este estado de la cuestión nos proponemos analizar brevemente tres cuestiones aludidas en la sentencia necesarias de comentarios, aunque no son parte fundamental de las cuestiones prejudiciales planteadas, pero que nos ayudan a situarnos en el escenario croata.

8. En primer lugar, la Ley de 14 julio de 2017 cuestiona de forma universal la protección al consumidor en el marco de la Unión Europea y cuyas mermas afectan según el gobierno croata al orden público y al buen funcionamiento del sistema financiero. Pues bien, la protección del cliente y, sobre todo del cliente financiero, ha sido uno de los pilares básicos a la hora de construir el mercado único europeo. El éxito del mercado europeo es, sin duda alguna, la confianza mutua entre sus consumidores y comerciantes, independientemente de la nacionalidad de estos. Así las cosas, no solo se ha protegido al consumidor en los bienes que compraba a otros Estados miembros, sino que también se le ha protegido en el ámbito de los servicios y especialmente de los servicios financieros³.

² Cuestión controvertida en la doctrina del ámbito europeo ver más en: M.D. HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, *Consumidor Vulnerable*, Colección de Derecho de Consumo, Ed. Reus, Madrid, 2015, pp. 21-24 y M.T. ÁLVAREZ MORENO, *La protección jurídica del consumidor en la contratación en general (Normas imperativas y pactos al respecto)*, Reus, Madrid, 2015, pp. 23-32.

³ Ejemplo de esta protección vinculada al objeto de la sentencia analizada son 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 y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo; 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 o la Directiva 2011/90/UE de la Comisión de 14 de noviembre de 2011 por la que se modifica la parte II del anexo I de la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, en la que se establecen supuestos adicionales para calcular la tasa anual equivalente, entre otras.

9. En segundo lugar, en el presente trabajo apuntamos al concepto de cláusulas hipotéticamente engañosas o prestamos hipotéticamente leoninos, debido a que en virtud de esta Ley de 14 de julio de 2017 no es necesario presentar prueba sobre las condiciones de abusividad de estos contratos de préstamo por parte de los deudores hipotecarios. De este modo, la citada Ley, establece una norma retroactiva, general y casi automática que declara nulos de pleno derecho todos los contratos de crédito que presenten elementos internacionales celebrados con prestamistas no autorizados, a excepción de aquellos que hayan sido íntegramente ejecutados, sin ni siquiera entrar a analizar el contenido de los mismos.

10. Así mismo tampoco cabía plantear esta medida para los prestamistas croatas, que a la luz de esta Ley parecen estar exentos de toda duda sobre la posible inclusión de cláusulas abusivas en sus contratos de préstamo hasta el 30 de septiembre de 2015. A partir de esta fecha, la nulidad de los contratos de crédito celebrados con un prestamista no autorizado se extendió también a los contratos con prestamistas establecidos en dicho Estado miembro, tras la entrada en vigor de la *Ley del contrato de crédito al consumo modificada*. De este modo quedan exentos de la nulidad de los contratos de préstamo aquellos prestamistas croatas no autorizados que celebrasen contratos anteriores al 30 de septiembre de 2015. Tal y como se desprende de la interpretación de la *Ley del contrato de crédito al consumo modificada*, aportada por el Vrhovni sud (Tribunal Supremo), donde resulta que la nulidad de los contratos de crédito al consumo celebrados por un prestamista no autorizado no se aplica, sobre la base de dicha Ley, con carácter retroactivo a las situaciones anteriores a su entrada en vigor.

11. Y, en tercer lugar, se debe analizar las diferencias en la apreciación del concepto de especial protección que requieren los consumidores medios, los consumidores vulnerables y los empresarios a la luz del acervo comunitario -tal y como analizaremos en el presente trabajo-. Así las cosas, la Ley de 14 de julio de 2017 otorga esta especial protección a los consumidores, entendiendo a estos como una globalidad que alcanza hasta los empresarios. De este modo, la citada Ley no busca una especial protección hacia un conjunto de consumidores concretos y especialmente vulnerables, sino que, igual que hace con la nulidad genérica de los contratos objetos del préstamo, también concibe una aplicación general de lo que debería ser aplicado con excepcionalidad extrema debido a las consecuencias jurídicas previstas para estos contratos de préstamos. Quizás hubiera sido aceptada por el Tribunal una medida de nulidad para aquellos contratos de préstamo con prestamista no nacional y no autorizado, siempre que hubiese prueba de abusividad en el contrato y los consumidores afectados se encontrasen en una situación de especial vulnerabilidad como pueden ser ancianos, menores de edad o personas con capacidad de obrar modificada⁴. En esos casos excepcionales el TJUE sí podría haber aceptado las razones de orden público, de seguridad y salud públicas, previstas por el artículo 52 TFUE, como veremos más adelante.

III. Cuestiones planteadas al TJUE

12. En la comentada sentencia se plantean cuatro cuestiones prejudiciales sobre la aplicabilidad de la Ley de 14 de julio de 2017 en relación con el acervo comunitario, centrándose en la conjugación de esta Ley con cuestiones tan importantes como la libre prestación de servicios o la libre circulación de capitales, establecidos en los artículos 56 y 63 del TFUE respectivamente. Así como la oposición del articulado de la Ley de 14 de julio de 2017 modificando la competencia y su prórroga establecidos en el Reglamento 1215/2012. Todo ello, amén de cuestionarse el Tribunal si estamos realmente ante un consumidor en este caso particular a la luz del citado Reglamento. Y finalmente, debido a la pluralidad de objetos procesales existentes en este proceso que dan lugar a diferentes fueros competentes si es posible o no la acumulación de acciones.

⁴ La Unión Europea ya se ha hecho eco de la problemática circundante a la especial vulnerabilidad de determinados sectores de consumidores, prueba de ello es el informe *Consumer vulnerability across key markets in the European Union (Final Report)*, Ed Publications Office of the European Union, enero 2016.

IV. Cuestión prejudicial relativa a la confrontación con el derecho a la libre prestación de servicios y libre circulación de capitales

13. En esta primera cuestión prejudicial, el Tribunal ha tenido que resolver dos excepciones procesales antes de entrar a enjuiciar el fondo del asunto. En primer lugar, una cuestión de competencia que planteó el Gobierno Croata. En ella, se debatía que, si el contrato de préstamo sobre el que el Tribunal enjuicia se firmó y comenzó a producir efectos el 5 de enero de 2007, es decir, antes de la adhesión de Croacia a la Unión Europea -el 1 de julio de 2013-, este Tribunal podría no ser competente para responder a la interpretación del Derecho de la Unión Europea cuando las circunstancias de hecho a las que debe de aplicarse son anteriores a la adhesión de este Estado miembro.

Esta cuestión es desestimada por el TJUE con gran acierto, mencionando el artículo 2 del Acta relativa a las condiciones de adhesión de la República de Croacia y a las adaptaciones del Tratado de la Unión Europea, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, donde las disposiciones de los Tratados originarios, y en particular los artículos 56 TFUE⁵ y 63 TFUE, que se enjuician en esta primera cuestión, ya que vinculan a la República de Croacia desde la fecha de su adhesión y por ello, se aplican a los efectos futuros de una situación nacida antes de la adhesión⁶. Por lo tanto, este Tribunal se entiende competente para enjuiciar esta cuestión debido a que los efectos jurídicos sobre el contrato de préstamo objeto del litigio que se extienden con posterioridad a la referida adhesión.

14. Y, en segundo lugar, el Tribunal ha tenido que resolver, antes de entrar en el fondo del asunto, una pretensión sobre la admisibilidad de la primera cuestión prejudicial ya que tanto el Gobierno como la demandada planteaban dudas al respecto. Los problemas de admisibilidad de la primera cuestión circundan en torno al momento en el que el Tribunal Municipal de Rijeka, -Croacia- había emitido su cuestión prejudicial. Este Tribunal Municipal había remitido esta cuestión prejudicial antes de determinar el lugar de celebración del contrato, punto esencial para apreciar la aplicabilidad de la Ley de 14 de julio de 2017 o no. Sin embargo, de conformidad con la jurisprudencia del TJUE⁷ en este tipo de cuestiones de admisibilidad, corresponde en exclusiva al tribunal remitente la elección del momento más oportuno para plantear la cuestión prejudicial y por lo tanto quedan desestimadas las pretensiones de inadmisión de la primera cuestión prejudicial planteada por el Gobierno croata y la parte demandada.

15. Finalmente, el TJUE entra a valorar el fondo de la primera cuestión prejudicial, que en esencia cuestiona si los artículos 56 y 63 del TFUE (sobre libertad de prestación de servicios y de movimiento de capitales, respectivamente) deben interpretarse en el sentido de que la normativa de Croacia en este litigio planteado se opone a los principios citados y recogidos en el TFUE.

16. Con carácter preliminar el Tribunal alude a la necesidad de discernir si la normativa nacional puede afectar al ejercicio de la libre prestación de servicios o a la libre circulación de capitales o a ambas. La *Ley de nulidad de los contratos de crédito que presentan elementos internacionales* afecta a servicios financieros prestados por establecimientos de crédito solo en los casos en los que su domicilio estatutario esté situado fuera del territorio croata y que además no gozan de las autorizaciones nacionales croatas competentes previstas por el Derecho nacional croata para el ejercicio de estas actividades en su Estado.

17. En el asunto *Vorarlberger Landes-und Hypothekbank*⁸ el TJUE ya había declarado con anterioridad a este asunto que las actividades de concesión de créditos con carácter profesional afectan

⁵ Muy interesante es el estudio realizado para la interpretación jurisprudencial del artículo 56 del TFUE en: EUROPEAN COMMISSION, *Guide to the case law of the european court of justice on articles 56 et seq. TFEU*, 2015, pp. 55-56.

⁶ Por analogía la STJUE de 29 de enero de 2002, *Pokrzeptowicz-Meyer*, C-162/00, EU:C:2002:57, en su apartado 50

⁷ STJUE de 22 de junio de 2010, *Melki y Abdeli*, C-189/10, EU:C:2010:363, apartado 41, y STJUE de 4 de junio de 2015, *Kernkraftwerke Lippe-Ems*, C-5/14, EU:C:2015:354, apartado 31.

⁸ STJUE de 22 de noviembre de 2018, *Vorarlberger Landes-und Hypothekbank* C-625/17, EU:C:2018:939, apartado 23 y jurisprudencia citada en la misma.

tanto a la libre prestación de servicios del artículo 56 del TFUE, como a la libre circulación de capitales del artículo 63 del TFUE. Así las cosas, el Tribunal en este caso debía de discernir cuál de ellas predomina sobre la otra.

En este caso, el Tribunal entiende que los efectos restrictivos de la normativa sobre la libre circulación de capitales son solo una consecuencia ineludible de la restricción impuesta respecto a las prestaciones de servicios, ya que la nulidad establecida para todo el contrato de préstamo celebrado en Croacia, por un prestamista no autorizado y cuya sede se encuentre fuera de dicho Estado, afecta de forma frontal con el acceso a las prestaciones de servicios financieros en el mercado croata de los operadores económicos que se encuentren establecidos en otros Estados miembros y que no cumplan con los requisitos de dicha norma, por lo que se concluye que la citada Ley afecta de manera preponderante a la libre prestación de servicios.

Todo ello, además de que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia haya establecido en más de una ocasión que la actividad de una entidad de crédito consistente en la concesión de créditos constituye un servicio a efectos de lo dispuesto en el artículo 56 TFUE⁹.

18. Por ello, el Tribunal, entrará a analizar la oposición de la Ley de 14 de julio de 2017 croata al artículo 56 del TFUE sobre la libre prestación de servicios en el marco del mercado común europeo, dejando fuera de la cuestión la libre circulación de capitales del artículo 63 del TFUE.

Así las cosas, la jurisprudencia emitida por el alto Tribunal establece que la libre prestación de servicios exige por un lado, eliminar toda discriminación en perjuicio del prestador de servicios establecido en un Estado miembro distinto debido a su nacionalidad, y por otro lado, suprimir cualquier restricción, aunque se aplique indistintamente a los prestadores de servicios nacionales y a los de los demás Estados miembros, cuando pueda prohibir, obstaculizar o incluso hacer menos interesantes las actividades del prestador establecido en otro Estado miembro en el que presta legalmente servicios análogos¹⁰.

19. El Tribunal, advierte también en su sentencia que la legislación croata contiene duplicidad de normas en las que se establece la nulidad de los contratos de crédito celebrados por un prestamista no autorizado -en la *Ley del contrato de crédito al consumo modificada* y en la *Ley de nulidad de los contratos de crédito que presentan elementos internacionales*-. Sin embargo, el tribunal señala que tal duplicidad no implica identidad en sus contenidos. Por un lado, la *Ley de nulidad de los contratos de crédito que presenta elementos internacionales* -que es la más comentada en esta sentencia- se aplica a todos los contratos de crédito, incluidos los celebrados con fines profesionales, englobando así a todo el tejido empresarial, independientemente del tamaño de estas empresas. Mientras que, por otro lado, la *Ley del contrato de crédito al consumo modificada* tiene por objeto solamente los contratos celebrados por consumidores, sin embargo, ésta no es punto de discusión dentro de la sentencia ya que no produce efectos retroactivos en la nulidad de los contratos de préstamo.

Así mismo, tal y como comentábamos en el apartado previo, la aplicación retroactiva de la *Ley de nulidad de los contratos de crédito que presentan elementos internacionales*, hizo que desde la adhesión de Croacia a la Unión Europea -el 1 de julio de 2013- hasta la entrada en vigor de la *Ley del contrato de crédito al consumo modificada* -el 30 de septiembre de 2015-, la citada nulidad fue válida únicamente para los contratos de crédito celebrados por los prestamistas no autorizados que tuviesen su domicilio fuera de Croacia, todo ello en virtud de la interpretación dada por el Vrhovni sud (Tribunal Supremo) sobre la *Ley del contrato de crédito al consumo modificada*.

De este modo, el Tribunal de Justicia entiende que la legislación croata discrimina directamente y produce una restricción al ejercicio de la libre prestación de servicios a los prestamistas comunitarios establecidos fuera de Croacia hasta el 30 de septiembre de 2015, fecha a partir de la cual la nulidad de los contratos de crédito celebrados con un prestamista no autorizado se extendió también a los contratos con prestamistas establecidos en dicho Estado miembro.

⁹ Prueba de ello es la STJUE de 12 de julio de 2012, *SC Volksbank România*, C-602/10, EU:C:2012:443, apartado 72 y jurisprudencia citada en la misma

¹⁰ Para ello, el Tribunal se apoya en la STJUE el 18 de julio de 2013, *Citroën Belux*, C-265/12, EU:C:2013:498, apartado 35 y en la jurisprudencia citada en la misma.

Así las cosas, el Tribunal concibe que la *Ley de nulidad de los contratos de crédito que presentan elementos internacionales* supedita el acceso al mercado de los servicios financieros croatas, a la obtención de una autorización expedida por el Banco Central de Croacia a los prestamistas que tengan su sede fuera de Croacia, haciendo así menos atractivo el acceso a ese mercado, además de la falta de exigencia de esta autorización del Banco Central de Croacia al momento de la firma del contrato de préstamo objeto del debate. Así las cosas, el TJUE establece como consecuencia de todo ello la infracción de la libertad garantizada por el artículo 56 TFUE.

20. Sin embargo, el Gobierno croata en un último intento de seguir defendiendo su legislación intentó justificar la excepción legal prevista por razones de orden público, seguridad y salud públicas. Así las cosas, al amparo del artículo 52 TFUE se podrían contemplar disposiciones legales, reglamentarias y administrativas que prevean un régimen especial para los extranjeros por las razones aludidas por el Gobierno croata¹¹. El Tribunal en este caso no solo se plantea si existen tales razones sino también si la citada Ley responde a razones imperiosas de interés general, e incluso si es adecuada y proporcional para garantizar la realización del objetivo perseguido. Así mismo, para su apreciación, el Tribunal señala que es necesario exista una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad en consonancia con la jurisprudencia previamente marcada por el asunto C-546/07¹². Y a pesar de que el Gobierno croata argumenta, como se ha comentado *supra*, que la finalidad de la normativa era preservar el orden público, la reputación y el buen funcionamiento del sector financiero, así como la protección de la parte contractual más débil y, en particular, los derechos de los consumidores, (incluyendo en el concepto de consumidores también a los empresarios). El Tribunal considera que el Gobierno no ha alegado ningún dato convincente que pueda hacerle apreciar una afectación del orden público, ya que para ello se necesita que exista una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad. Amén de que al amparo del artículo 52 TFUE¹³ las consideraciones de naturaleza económica no pueden justificar una excepción de tal calado, citándose por analogía, el asunto C-546/07 mencionado *supra*¹⁴.

21. Posteriormente el Tribunal procede a analizar si las restricciones que implica el régimen de nulidad de los contratos de préstamo para todos los prestamistas no autorizados con independencia de su nacionalidad desde el 30 de septiembre de 2015 en adelante, podrían ser justificadas por darse razones imperiosas de interés general. Sobre estas líneas de especial protección se ha pronunciado en multitud de ocasiones y la jurisprudencia del TJUE y las ha apreciado siempre bajo el criterio estricto del principio de proporcionalidad de la medida, como por ejemplo para normas profesionales destinadas a proteger a los destinatarios del servicio¹⁵, la buena reputación del sector financiero¹⁶, o las orientadas a la protección de los consumidores¹⁷.

Sin embargo, el Tribunal deja de analizar este punto debido a que el Gobierno peca nuevamente de no aportar ni las pruebas adecuadas, ni un examen de la idoneidad y de la proporcionalidad de la medida restrictiva adoptada y ni siquiera datos precisos en los que pueda sustentarse su alegación. Por ello, el Tribunal de Justicia resuelve incidiendo en la dejadez del Gobierno croata que debería haber proporcionado al órgano jurisdiccional todos los datos que le permitiesen comprobar que dicha medida de nulidad cumple las exigencias del principio de proporcionalidad.

Así las cosas, el Tribunal declara que la *Ley de nulidad de los contratos de crédito que presentan elementos internacionales* excede manifiestamente los límites de lo necesario para alcanzar los objetivos

¹¹ Como son las STJUE de 9 de septiembre de 2010, *Engelmann*, C-64/08, EU:C:2010:506, apartado 34; STJUE de 22 de octubre de 2014, *Blanco y Fabretti*, C-344/13 y C-367/13, EU:C:2014:2311, apartado 38, y STJUE de 28 de enero de 2016, *Laezza*, C-375/14, EU:C:2016:60, apartado 26.

¹² STJUE de 21 de enero de 2010, *Comisión/Alemania*, C-546/07 EU:C:2010:25, apartado 49 jurisprudencia citada en la misma.

¹³ EUROPEAN COMMISSION, *Guide to the case law of the european court of justice on articles 56 et seq. TFEU*, 2015, pp. 41 y 42.

¹⁴ STJUE de 21 de enero de 2010, *Comisión/Alemania*, C-546/07 EU:C:2010:25, apartado 50.

¹⁵ A través de la STJUE de 25 de julio de 1991, *Collectieve Antennevoorziening Gouda* C-288/89, EU:C:1991:323, apartado 14.

¹⁶ A través de la STJUE de 10 de mayo de 1995, *Alpine Investments* C-384/93, EU:C:1995:126, apartado 44.

¹⁷ A través de la STJUE de 18 de julio de 2013, *Citroën Belux* C-265/12, EU:C:2013:498, apartado 38.

que persigue, en la medida en que, mediante una norma retroactiva, general y automática declara nulos de pleno derecho todos los contratos de crédito que presentan elementos internacionales celebrados con prestamistas no autorizados, a excepción de aquellos que hayan sido íntegramente ejecutados.

Así mismo, el Tribunal se hace eco de las alegaciones realizadas por la Comisión Europea donde se establece que podrían haberse adoptado otras medidas menos lesivas y gravosas para la libre prestación de servicios, que permitieran un control de la legalidad de los contratos de crédito y la protección de la parte más débil.

En definitiva, podrían haberse planteado normas que facultasen a las autoridades competentes a intervenir, sobre la base de una notificación o de oficio, en caso de prácticas comerciales desleales o de que se vulnerasen los derechos de los consumidores y no hacerlo de forma automática y generalizada.

22. Por todo ello, el Tribunal entiende que en este caso el artículo 56 TFUE debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro como la controvertida en el litigio principal en la que se establece la nulidad de pleno derecho de los contratos de crédito y de los actos jurídicos basados en tales contratos, celebrados en el territorio de dicho Estado miembro entre deudores nacionales y prestamistas establecidos en otro Estado miembro, que no cuenten con una autorización expedida por las autoridades competentes del primer Estado miembro, para desarrollar su actividad en el territorio de este, desde el día de su celebración, aun cuando se hayan celebrado antes de la entrada en vigor de la citada normativa.

En esta misma línea se pronunció el Abogado General, el Sr. Evgeni Tanchev en sus conclusiones y no se pronunció sobre ninguna cuestión más de las planteadas por el juez croata.

V. Cuestiones prejudiciales relativas al ámbito de aplicación del Reglamento 1215/2012

23. Antes de entrar en el fondo del asunto, el Tribunal nuevamente ha tenido que resolver una pretensión de inadmisibilidad de la pregunta segunda y tercera en torno a la aplicabilidad en el objeto del litigio del Reglamento 1215/2012 y al momento procesal del planteamiento de estas cuestiones. El TJUE inadmite nuevamente la pretensión de inadmisibilidad, reiterando que el Tribunal de Justicia está, en principio, obligado a pronunciarse cuando las cuestiones planteadas se refieren a la interpretación del Derecho de la Unión. Así las cosas, según reiterada jurisprudencia, el momento de plantear las cuestiones sobre la interpretación del Derecho de la Unión por el juez nacional en el contexto de hecho y normativo queda bajo su estricta responsabilidad. Y, por lo tanto, la idoneidad del momento en el que se plantea la cuestión no corresponde verificarlo al Tribunal de Justicia, debido a que estas cuestiones gozan de una presunción de pertinencia, concluyendo de esta manera el Tribunal en la admisibilidad de las cuestiones segunda y tercera.

1. La afectación de la competencia legalmente establecida

24. La Ley de nulidad de los contratos de crédito que presentan elementos internacionales regula los litigios relativos a los contratos de crédito con elementos internacionales, entrando así de pleno dentro del ámbito de aplicación de dicho Reglamento. La citada Ley en su artículo 8.1 y 8.2 confiere a los deudores el derecho a la libre elección del fuero judicial, dejándole elegir entre interponer un recurso contra los prestamistas no autorizados ante los tribunales del Estado en cuyo territorio tienen su sede esos prestamistas, o bien hacerlo ante los tribunales del lugar en el que tengan su domicilio o sede estos los deudores.

Además, la legislación croata va más allá y reserva la competencia para conocer de los recursos de los referidos prestamistas contra sus deudores nacionales de forma exclusiva y excluyente a los tribunales del Estado en el que dichos deudores tienen su domicilio, es decir, Croacia. Todo ello además de establecer esta prerrogativa de extensión del fuero de la competencia a todos los deudores sin excepción, es decir, sin diferenciar si estos son consumidores o profesionales.

25. Así las cosas, el Tribunal de Justicia procede a constatar que este precepto se aparta de la regla general de competencia fijada en el artículo 4, apartado 1, del Reglamento n° 1215/2012, es decir, la del domicilio del demandado¹⁸. Esto, en la medida en que extiende a todos los deudores el ámbito de aplicación de las reglas de competencia más protectoras y especiales establecidas en el citado Reglamento, donde sólo con carácter excepcional, de manera taxativa y enumerada, la acción judicial contra el demandado puede o debe entablarse ante un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro, como es por ejemplo el artículo 18, apartado 1 de ese Reglamento únicamente en favor de los consumidores, entendiendo a estos como personas físicas que actúen bajo un interés no profesional como desgranaremos en el siguiente epígrafe. En definitiva, el Tribunal viene a establecer que dicho precepto contraviene el sistema establecido por el referido Reglamento, y más concretamente su artículo 4. Así mismo, el Tribunal no pone en duda que la actividad financiera como materia sustantiva pueda ser objeto de derecho del consumidor como lo ha hecho en reiteradas ocasiones de manera previa a este asunto¹⁹.

26. Por otro lado, el Tribunal también es preguntado por la conjugación de esta normativa con el artículo 25 del Reglamento n° 1215/2012 donde se reconoce en determinadas condiciones, la legitimidad de los acuerdos atributivos de competencia celebrados por las partes, para así determinar los tribunales competentes de un Estado miembro para conocer de cualquier litigio que hubiere surgido o que pudiere surgir con ocasión de una determinada relación jurídica²⁰.

Si bien es cierto que, aunque el Tribunal no pone ninguna traba en cuanto a esta extensión de la competencia a los consumidores a la luz de los artículos 17 a 19 del citado Reglamento donde se establece la competencia especial en materia de contratos celebrados por los consumidores. Sin embargo, de conformidad con el artículo 25, apartado 4, del Reglamento, una cláusula atributiva de competencia solo puede aplicarse a tal contrato en la medida en que no sea contraria a lo dispuesto en el artículo 19 del mismo Reglamento. Y por ello, el Tribunal de Justicia encomienda al Tribunal croata remitente de la cuestión la comprobación de que las reglas de competencia que establece el Reglamento se aplican a pesar de que se hayan pactado libremente acuerdos atributivos de competencia y por lo tanto que respondan a las exigencias planteadas por el artículo 25 del Reglamento n° 1215/2012. No obstante, el Tribunal declara finalmente que la Ley objeto de la cuestión contraviene el artículo 25 del citado Reglamento de acuerdo con lo determinado por la doctrina²¹.

2. Análisis del concepto de consumidor

27. La tercera cuestión planteada ante el TJUE en el presente asunto es la concepción como consumidor a la persona que haya celebrado un contrato de crédito a fin de realizar obras de renovación en un bien inmueble que es su domicilio con el fin, en particular, de prestar en este servicio de alojamiento turístico a la luz del artículo 17 del Reglamento 1215/2012²². En definitiva, lo que se apela es al concepto

¹⁸ M.L. LORENZO GUILLÉN, “Competencia”, en F. GARAU SOBRINO, M.L. LORENZO GUILLÉN, P. BLANCO-MORALES LIMONES, F.J. MONTERIO MURIEL (Coords.), *Comentarios al Reglamento (UE) n° 1215/2012 relativo a la competencia judicial el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters, 2016, pp. 132-133.

¹⁹ Ejemplo de ello son la STJUE de 28 de enero de 2015, *Kolassa*, C-375/13, EU:C:2015:37, de donde se desprende que el artículo 17, apartado 1, del Reglamento n.º 1215/2012 no restringe la protección de los consumidores en materia de instrumentos financieros y de inversión.

²⁰ Ver un estudio en profundidad sobre la determinación del Derecho aplicable en: F. ESTEBAN DE LA ROSA, “La determinación del Derecho aplicable a los contratos de consumo transfronterizos: perspectiva europea y española”, *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, volumen 25, 2017, pp. 7-8.

²¹ A. RODRÍGUEZ BENOT, “Prórroga de la competencia”, en F. GARAU SOBRINO, M.L. LORENZO GUILLÉN, P. BLANCO-MORALES LIMONES, F.J. MONTERIO MURIEL (Coords.), *Comentarios al Reglamento (UE) n° 1215/2012 relativo a la competencia judicial el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters, 2016, pp. 547-550.

²² Estudio de la doctrina con más profundidad en: A. ARROYO APARICIO, “Competencia en materia de contratos celebrados por los consumidores”, en F. GARAU SOBRINO, M.L. LORENZO GUILLÉN, P. BLANCO-MORALES LIMONES, F.J. MONTERIO MURIEL (Coords.), *Comentarios al Reglamento (UE) n° 1215/2012 relativo a la competencia judicial el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters, 2016, pp. 440-446.

de los contratos de doble finalidad, donde un mismo contrato, con un único firmante está destinado, por una parte, a un uso particular y por lo tanto actúa como consumidor, y otra parte, ese contrato también está destinado a un uso empresarial y donde el mismo firmante se convierte a la vez empresario²³.

28. A la luz de esta situación el Tribunal, apoyado en la jurisprudencia establece que la interpretación del artículo 17²⁴ debe ser autónoma, uniforme y restrictiva en relación con la posición de esta persona en un contrato determinado, con la naturaleza y la finalidad de este, y no con la situación subjetiva de dicha persona, dado que una misma persona puede ser considerada consumidor respecto de ciertas operaciones y operador económico respecto de otras. Así las cosas, la especial protección del consumidor como parte considerada más débil no se justifica en casos de contratos cuyo objeto consiste en una actividad profesional, a pesar de que esta actividad se prevea para un momento posterior, dado que el carácter futuro de una actividad no afecta en nada a su naturaleza profesional²⁵. De modo que, aunque en el presente pueda estar actuando fuera de su ámbito de actividad con un contrato de adhesión y si sea considerado consumidor a la luz del TJUE²⁶, esa futura actividad profesional por la que se realiza esta contratación produce la pérdida de esa condición²⁷.

29. En cuanto a la doble finalidad del contrato préstamo que se pone de manifiesto en la sentencia, el Tribunal establece que solo podría dejar de considerarse el aspecto empresarial o profesional de la finalidad del presente contrato en el supuesto de que el vínculo de dicho contrato con la actividad profesional de esa persona fuera tan tenue que pudiera considerarse marginal y, por tanto, tuviera un papel insignificante en el contexto de la operación, considerada globalmente²⁸. Este criterio de la actividad predominante sobre la actividad minoritaria ya ha sido objeto ratificación por parte de nuestro Tribunal Supremo en España, apoyando la misma línea seguida en esta sentencia²⁹.

En este mismo sentido, sería acertado pensar, en el presente caso que, si no se hubiesen tenido que realizar estas obras con la finalidad empresarial del arrendamiento de apartamentos turísticos, es posible que no hubiese sido necesario realizar las obras en el domicilio de la deudora y por ende tampoco habría sido necesario el préstamo.

30. Finalmente, el Tribunal de Justicia, nuevamente encomienda al Tribunal croata remitente que examine si la Sra. Milivojević celebró el contrato de crédito a fin de realizar obras de renovación en un bien inmueble en el que tiene su domicilio, con el fin, en particular, de prestar en él servicios de alojamiento turístico, y siendo así no podría calificársele como consumidora, en el sentido de esta disposición. Salvo que, dado el contexto de la operación, considerada en su conjunto, para la que se celebró dicho contrato, este tenga un vínculo tan tenue con esa actividad profesional que resulte evidente que el referido contrato persigue esencialmente fines privados.

²³ Esta cuestión de los contratos mixtos o de doble finalidad tampoco ha sido abordada por la Normativa Común de Compraventa Europea (CESL). Ver más en: O. OLARIU y F. ESTEBAN DE LA ROSA, “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”, *InDret*, 1/2013, pp. 14 y 15.

²⁴ STJUE 25 de enero de 2018, *Schrems*, C-498/16, EU:C:2018:37, apartado 28.

²⁵ La STS 230/2019 de 11 abril 230/2019 (RJ 2019\1364) nos da una clase magistral sobre la condición de consumidor a la luz de la legislación comunitaria y nacional y su interpretación jurisprudencial.

²⁶ STJUE de 3 de septiembre de 2015, *Horățiu Ovidiu Costea contra SC Volksbank România SA*, C-110/14, ECLI:EU:C:2015:538.

²⁷ En esta misma línea se ha seguido manteniendo el TJUE en el posterior pronunciamiento en la reciente STJUE de 3 de octubre de 2019, *J.P. contra FIBO Group Holdings Limited*, C-208/18, ECLI:EU:C:2019:123, en concreto en su párrafo 43.

²⁸ Todo ello en virtud de la jurisprudencia previa establecida por el TJUE como la sentencia de 25 de enero de 2018, *Schrems*, C-498/16, EU:C:2018:37, apartados 28, 29, 30 y 32 y jurisprudencia citada en la misma o la sentencia de 3 de julio de 1997, *Benincasa*, C-269/95, EU:C:1997:337, en su apartado 17.

²⁹ STS 224/2017, de 05 de abril de 2017, comentario de la sentencia disponible en: https://www.iustel.com//diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1173996&, visitado el día 13 de diciembre de 2019.

3. Interpretación del préstamo y su escritura como derecho real inmobiliario

31. La deudora demandante en su demanda solicita un triple petitum, por un lado, la ya comentada declaración de la nulidad de un contrato de crédito, por otro lado, nulidad de la escritura notarial de constitución de una hipoteca suscrita como garantía del crédito que surge de este contrato de préstamo, y por último la cancelación de la inscripción del Registro de la Propiedad de la hipoteca que grava un inmueble.

32. Resueltas las cuestiones respecto a la aplicabilidad del fuero general en detrimento de la aplicación del fuero especial al no poder ser considerada a priori la demandante como consumidora a la luz del artículo 17 del Reglamento 1215/2012. Como última cuestión, el juez remitente cuestiona la aplicabilidad de un fuero exclusivo recogido en el apartado 1 del artículo 24 del citado Reglamento. En este apartado se establece que los tribunales del Estado miembro donde el inmueble se halle sito serán competentes de manera exclusiva y excluyente para conocer de las acciones en materia de derechos reales inmobiliarios, sin consideración del domicilio de las partes.

33. En esta cuestión nuevamente el Tribunal de Justicia nos apunta que la reiterada jurisprudencia establece que la interpretación de la expresión “*en materia de derechos reales inmobiliarios*” debe interpretarse de manera autónoma, para garantizar su aplicación uniforme en todos los Estados miembros y por tanto no debe interpretarse en un sentido más amplio de lo que requiere su finalidad, ya que como consecuencia priva a las partes de la posibilidad de elegir un fuero que, en otro caso, sería el suyo y, en algunos casos, someterlas a un órgano jurisdiccional que no es el del domicilio de ninguna de las partes.

34. Así las cosas, el Tribunal de Justicia apoyándose en el caso Schmidt, -ya citado en varias ocasiones en el presente trabajo- donde se planteaba también una acción para la anulación de un acto de donación de un inmueble y la cancelación en el registro de la propiedad de la inscripción de un derecho de propiedad³⁰, ha recordado que la competencia exclusiva de los tribunales del Estado contratante en el que esté situado el inmueble no engloba la totalidad de las acciones relativas a los derechos reales inmobiliarios, sino únicamente aquellas que, al mismo tiempo, pertenezcan al ámbito de aplicación de dicho Reglamento y estén destinadas, por una parte, a determinar la extensión, la consistencia, la propiedad o la posesión de un bien inmueble o la existencia de otros derechos reales sobre dichos bienes y, por otra, a garantizar a los titulares de esos derechos, la protección de las facultades inherentes a sus títulos, y en esa línea ha continuado pronunciándose el alto Tribunal meses más tarde de la sentencia objeto de comentario, por lo que se confirma esta línea jurisprudencial³¹.

Además, siguiendo la jurisprudencia citada supra el Tribunal de Justicia repasa la importante diferencia existente entre un derecho real donde al gravar un bien corporal, surte sus efectos *erga omnes*, y un derecho personal que únicamente puede invocarse contra el deudor.

Por ello, en el presente caso el Tribunal de Justicia establece que tanto el contrato de préstamo como su escritura notarial de constitución de una hipoteca se basan en un derecho personal que solo puede invocarse contra el demandado y no frente a todos, y en consecuencia el TJUE establece que estas pretensiones no entran en el ámbito de aplicación de la regla exclusiva de competencia incluida en el artículo 24, punto 1, del Reglamento.

35. Sin embargo, la tercera y última pretensión requerida por la demandante para que se cancele la inscripción de una hipoteca en el Registro de la Propiedad si es considerada un derecho real. Así las cosas, procede observar que la hipoteca, una vez que se ha constituido debidamente conforme a las normas formales y sustantivas establecidas por la normativa nacional en la materia, es un derecho real que produce efectos *erga omnes*. Esta situación hace que la cancelación de la hipoteca corresponda a la competencia exclusiva del tribunal del Estado miembro donde se halla el inmueble, es decir, Croacia.

³⁰ Como la STJUE de 16 de noviembre de 2016, *Schmidt*, C-417/15, EU:C:2016:881, apartados 29, 30, 31, 41 y jurisprudencia citada en la misma.

³¹ STJUE de 10 de julio de 2019, *Norbert Reitbauer y otros contra Enrico Casamassima*, C-722/17, ECLI:EU:C:2019:577.

36. Todo ello da como resultado que será este fuero exclusivo, del Tribunal donde se encuentre el bien inmueble del que se pretende cancelar la hipoteca del Registro de la Propiedad, el que absorba la resolución de los anteriores *petitum* debido a la intensa conexión entre los objetos del proceso e identidad subjetiva de los actores. En virtud del artículo 8, apartado 4, del Reglamento 1215/2012³², que permite la acumulación de una acción real relativa a un bien inmueble y otra de naturaleza contractual ante los tribunales del Estado de situación del inmueble relacionado este artículo con los mencionados 24.1 y 71 del citado Reglamento. Así las cosas, se permite conocer las demandas por las que se solicita la declaración de nulidad del contrato de crédito y de la escritura notarial de constitución de dicha hipoteca, en la medida en que esas demandas se dirijan contra el mismo demandado y puedan acumularse, como resulta de los documentos que obran en los autos del Tribunal de Justicia.

37. Así las cosas, el Tribunal de Justicia entiende que esta cuestión constituye una acción en materia de derechos reales inmobiliarios, debido a la petición por la que se solicita que se cancele del Registro de la Propiedad una hipoteca que grava un inmueble, pero que no está comprendido en el ámbito de este concepto de derechos reales la nulidad de un contrato de crédito y de una escritura notarial de constitución de una hipoteca suscrita en garantía del crédito nacido de ese contrato.

En definitiva, nos hemos encontrado con una sentencia ratificadora de las líneas jurisprudenciales ya emitidas por el TJUE. Debido a la inquisitiva formulación de la normativa croata planteada, a nuestro juicio al Tribunal le ha quedado muy poco margen de movimiento interpretativo, ya que han sido cuestiones básicas, que chocaban con principios básicos, bien conocidos y reconocidos por todos los operadores del Derecho europeo, por ello, el resultado de esta sentencia puede resultar conservadora.

Si bien es cierto, debemos ponernos en el lugar de Croacia, cuya pertenencia a la Unión Europea es de tan solo seis años de antigüedad por lo que se han tenido que adaptar a un acervo comunitario complejo, con abundancia de normativas y poco flexible en muy poco tiempo. Por ello, el resultado de esta Sentencia forma parte del proceso de adaptación y armonización del ordenamiento jurídico Croata al escenario comunitario.

³² Ver más en: I. HEREDIA CERVANTES, “Artículo 8.4”, en F. GARAU SOBRINO, M.L. LORENZO GUILLÉN, P. BLANCO-MORALES LIMONES, F.J. MONTERIO MURIEL (Coords.), *Comentarios al Reglamento (UE) n° 1215/2012 relativo a la competencia judicial el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters, 2016, pp 327-328.

CAN HARMONIZED TIME LIMITS IN EUROPEAN CIVIL PROCEDURE ENHANCE THE EFFECTIVENESS OF THE ENFORCEMENT OF EU LAW?

POSSONO TERMINI PROCESSUALI ARMONIZZATI IN MATERIA CIVILE INCREMENTARE L'EFFETTIVITÀ NELL'ESECUZIONE DEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA?

GIOVANNI CHIAPPONI

*Research fellow Max Planck Institute Luxembourg for International, European and Regulatory Procedural Law
PhD Candidate University of Luxembourg**

Recibido: 14.12.2019 / Aceptado: 13.01.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5202>

Abstract: The article focuses on the judgment *Al Bosco*, rendered by the ECJ on 4th October 2018. *Al Bosco* gives a new insight as to how the ECJ interprets the following questions: firstly, it clarifies the relationship between the doctrine of extended effects and that of equivalent effects; secondly, it underlines the importance of the principle of legal certainty; finally, it addresses issues concerning the time limit for the enforcement of a provisional measure issued in a Member State other than the Member State in which enforcement is sought. Against such a background, I will examine the possibility of introducing a uniform and autonomous concept of harmonized time limits within the EU.

Keywords: Time limits, provisional measures, recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, civil judicial cooperation, harmonisation.

Riassunto: lo scritto è di commento alla sentenza “*Al Bosco*”, pronunciata dalla CGUE il 4 ottobre 2018. L’arresto in parola si segnala per il *quid novi* introdotto dalla Corte di Lussemburgo sull’interpretazione di talune questioni: inizialmente, chiarifica il rapporto tra il principio di estensione dell’efficacia e quello di equivalenza degli effetti; sottolinea, quindi, la centralità del principio di legalità giuridica. Affronta, da ultimo, talune problematiche relative all’applicazione del termine per l’esecuzione di una misura cautelare (un sequestro conservativo) in un contesto transfrontaliero. La sentenza mi fornisce lo spunto per svolgere alcune brevi considerazioni circa l’opportunità di valutare l’introduzione di un concetto autonomo ed uniforme di termini processuali armonizzati all’interno dell’Unione Europea.

Parole chiave: termini processuali, misure cautelari, riconoscimento ed esecuzione di decisioni in materia civile e commerciale, cooperazione giudiziale in materia civile, armonizzazione.

Summary: I. Introduction. II. The *Al Bosco* case. 1. Question referred to the CJEU for a preliminary ruling. 2. The opinion of Advocate General Szpunar. 3. CJEU’s judgment. III. Ensuing comments. 1. Doctrine of extended effects vs doctrine of equivalent effects. 2. Legal certainty and effectiveness of EU law. 3. The time limit for the enforcement of provisional measures in a cross border context. A. Consistency in EU law. B. The *dies a quo*. IV. Potential improvements.

*Supported by the Luxembourg National Research Fund (FNR) – 10965388

I. Introduction

1. Time limits play a key role in civil litigation. In the past, it was up to the Member States to regulate time limits. This led to vastly diverging rules across the European Union. In light of the increasing development of European civil procedural law¹, it is thus by no means a surprise that time limits have come under increasing scrutiny from the EU legislator.

2. Time limits appear to be a mere technical question, but in fact they raise much broader issues that are at the heart of civil procedure. Their role in the development of proceedings is indeed crucial, as the activities of parties and judges must often be completed within a definite temporal period. All modern legal systems establish a precise timeframe to ensure the protection of rights. It follows that parties must act within and comply with these time limits. On the one hand, time limits are necessary to ensure the structured development of proceedings and to achieve finality of judgments, which are both required by the public interest in legal disputes being resolved swiftly, so as not to create a source of uncertainty, or unfairness or increased costs of litigation (*interest rei publicae ut sit finis litium*). However, on the other hand it is hard for a party to accept that they have lost a right just because a time limit has elapsed. In this regard, it is manifestly unjust to hold a party accountable if they were unable or could not reasonably be expected to exercise their right (assuming that they acted without any fault).

3. Specifically, conflicting interests underlie time limits provisions: on the one hand, the necessity to respect parties' rights and, on the other hand, the necessity for legal certainty. All legislation tries to strike a fair balance between these interests, improving in such a way the efficiency of proceedings. However, how each country has weighed and balanced these interests varies considerably and this factor may represent a practical hurdle in cross border proceedings. These differences risk making the exercise of a judicial right unequal, preventing the achievement of the objectives put forth by EU instruments. Some systems are more rigid as they tend to have one-size-fits-all time limits, while others allow a more tailored organisation of deadlines. Consequently, time limits provisions significantly influence the development of a trial in its different stages. It follows that the importance of setting reasonable time limits is paramount and can hardly be underestimated by the Member States. In that respect, the lack of uniformity concerning some time limits may represent an obstacle to the free circulation of judgments in the area of Freedom, Security and Justice, hindering, as such, the intention of the European instruments².

4. Against this backdrop, I will comment on the *Al Bosco* judgment³, which was rendered by the CJEU on 4 October 2018. This decision gives new insight into how the CJEU interprets several issues. Firstly, it clarifies the relationship between the doctrine of extended effects and that of equivalent effects; secondly, it underlines the core function of the principle of legal certainty; and finally it addresses the issues concerning time limits for the enforcement of a provisional measure issued in a Member

¹ For a closer look see B. HESS, "Harmonized rules and minimum standards in the European law of civil procedure", 2016, available at [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2016/556971/IPOL_IDA\(2016\)556971_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2016/556971/IPOL_IDA(2016)556971_EN.pdf), pp. 5-14; B. HESS, "The State of the Civil Justice in the Union", in B. HESS, M. BERGSTROM, E. STORSKRUBB, *EU Civil Justice Current Issues and Future Outlook*, Hart publishing, 2016, Volume 7, pp.1-23; B. HESS, X. KRAMER, "From common rules to best practices in European Civil Procedure: An introduction", in B. HESS, X. KRAMER, *From common rules to best practices in European Civil Procedure*, Studies of the Max Planck Institute Luxembourg for International and Regulatory Procedural Law, Hart Publishing, Nomos, 2017, pp. 9-31; X. KRAMER, "Strengthening Civil Justice Cooperation: the Quest for Model Rules and Common Minimum Standards of Civil Procedure in Europe", in M. A. RODRIGUES AND H. ZANETI JR (ed.), *Repercussões do CPC - Processo Internacional*, Editora Juspodivm, 2019, pp. 591-606; T. EVAS, W. VAN BALLEGOOL, "Common minimum standards of civil procedure", November 2019, available at [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2019/642804/EPRS_STU\(2019\)642804_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2019/642804/EPRS_STU(2019)642804_EN.pdf), pp. 1-23.

² As shown for instance in B. HESS, M. REQUEJO ISIDRO, F. GASCON INCHAUSTI, P. OBERHAMMER, E. STORSKRUBB, G. CUNIBERTI, C. KERN, E. WEITZ, X. KRAMER, "An evaluation study of national procedural laws and practices in terms of their impact on the free circulation of judgments and on the equivalence and effectiveness of the procedural protection of consumers under EU consumer law", <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/531ef49a-9768-11e7-b92d-01aa75ed71a1/language-en>, June 2017, pp. 106-112, pp. 265-269, pp. 296-300.

³ CJEU, 4 October 2018, C-379/17, Società Immobiliare Al Bosco Srl, ECLI:EU:C:2018:806.

State other than the Member State in which enforcement is sought. More precisely, *Al Bosco* has been adopted in the context of the Brussels I Regulation⁴, but the main terms of the question are unchanged under the regime of the Brussels I bis Regulation⁵. Thus, in such a context the free circulation of judgments in civil and commercial matters is involved.

II. The *Al Bosco* case

1. Question referred to the CJEU for a preliminary ruling

5. *Al Bosco* involved an Italian property company (*Al Bosco*) that obtained from an Italian district Court (Gorizia) a preventive attachment (freezing) order authorizing it to attach debtor's movable and immovable, tangible and intangible assets. The regional Court of Munich, pursuant to Regulation 44/2001, declared that preventive attachment order enforceable in Germany. However, the claimant applied for its enforcement⁶ after the time limit of one month, provided under Section 929(2) German Code of Civil Procedure (ZPO), had already elapsed. On this ground, the Land Registry attached to the Local Court of Munich rejected the application. This rejection was, subsequently, confirmed by the Higher Regional Court of Munich. Nevertheless, *Al Bosco* appealed against the decision on the grounds that the time limit for enforcement of the attachment laid down in the law of the Member State in which that instrument was issued (Art. 675 Italian Civil Procedure Code⁷) had been observed. In line with this submission, it considered that the time limit in accordance with the law of the Member State where the title was declared enforceable (Germany, Section 929(2) ZPO) was not relevant for the enforcement of the attachment order.

6. Thus, with regard to these facts a significant question arose: is it in line with Art. 38(1) Brussels I Regulation⁸ to apply a time limit for the enforcement of a provisional measure (that of Section 929(2) ZPO) which is laid down in the law of the State in which enforcement is sought (Germany), to a preventive attachment instrument issued in another Member State (Italy) and recognized and declared enforceable in the State in which enforcement is sought? Might the German time limit undermine the effectiveness of the Brussels I Regulation?

7. On this basis, the German Federal Court of Justice decided to stay the proceedings and refer the question to the CJEU for a preliminary ruling.

8. To answer the latter question it is firstly necessary to determine whether the German provision of the ZPO (Section 929(2) ZPO) pertains to the enforceability of the order authorizing a preventive attachment issued by a court of a Member State other than the Member State in which enforcement is sought, or whether that provision comes within the scope of enforcement in the strict sense. It is a subtle distinction, but the implications are very relevant. Indeed, according to general principles established in Regulation 44/2001 (and in Regulation 1215/2012), in the former case, the law of the Member State that delivered the provisional measure (Italy) will apply. Otherwise, the procedural rules of the Member State in which enforcement is sought are to apply to matters relating to enforcement, given that neither Regulation 44/2001 nor Regulation 1215/2012 have provided for harmonization of enforcement rules.

⁴ Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters [2001] OJ L12/1.

⁵ Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters [2012] OJ L351/1.

⁶ According to German law a preventive attachment order is enforced through the registration of a debt-securing mortgage in the Land Register (Section 932(1) ZPO) within the time limit of one month provided for in Section 929(2) ZPO.

⁷ In order to enforce a preventive attachment order Art. 675 Italian Code of Civil Procedure provides for a time limit of 30 days starting from the rendering of the decision.

⁸ Art. 38 states that "a judgment given in a Member State and enforceable in that State shall be enforced in another Member State when, on the application of any interested party, it has been declared enforceable there".

This opposition of views is particularly visible in the disagreement between the opinion of Advocate General Szpunar⁹ and the judgment of the CJEU in the context of the *Al Bosco* case.

9. Secondly, whether the German time limit is compatible with the objectives laid down in the Brussels I and in the Brussels I bis Regulations will be examined. There exists no uniform interpretation on this point and this lack of consistency led to dissimilar solutions being proposed by the Advocate General and the CJEU.

2. The opinion of Advocate General Szpunar

10. Advocate General Szpunar observed that under German law, a preventive attachment order loses legal validity owing to the expiry of a time limit. It follows that the time limit laid down in Section 929(2) ZPO does not concern enforcement in the strict sense of the *lex fori* in connection with the enforcement of foreign judgments in Germany, but rather its enforceability¹⁰. To classify that provision, Advocate General Szpunar did not take into account its classification under domestic law, but he underlined its autonomous nature in the context of EU law. Furthermore, to consolidate this conclusion he pointed out that the latter time limit is strictly related to the conditions under which preventive attachment may be ordered in Germany. It follows that it cannot be applied in isolation, irrespective of the origin of a judgment for which enforcement is sought¹¹. Consequently, it does not apply to the provisional measure issued in Italy and declared enforceable in Germany. In that regard, in order to take into account certain cross-border aspects of the case in the main proceedings, Advocate General Szpunar affirmed that rights which are not granted in the Member State of origin¹² should not be granted to a judgment given in one Member State, when it is enforced in another Member State (he considered in such a way prevalent the principle of extended effects rather than that of equivalent effect). Thus, according to German law, in national situations, when the German authorities issue a preventive attachment order and then enforce it, a creditor who has not observed the time limit provided for in Section 929(2) of the ZPO, may immediately obtain another preventive order. However, in a cross border context, where Section 929(2) ZPO applies as a rule of the *lex fori* of the Member State addressed, there is no clear rule as to how the creditor must proceed when he has not observed the time limit laid down by that provision. Therefore, according to Advocate General Szpunar this lack of clarity and consistency may create a “deadlock”¹³, which may undermine the attainment of the objectives of Regulation 44/2001 and the effectiveness of its provision, preventing in such a way the free circulation of judgments in civil and commercial matters

3. CJEU’s judgment

11. Contrary to Advocate General’s Szpunar opinion, the CJEU stated that the German time limit comes within the remit of procedural rules laid down in German law for the enforcement of orders authorizing preventive attachments. It follows that the latter time limit restricts the enforcement of a preventive attachment order, but not its validity. On this basis, the CJEU affirmed that it, certainly, belongs to the phase of enforcement in the strict sense¹⁴. In that regard, the CJEU balanced the relationship between the principle of equivalent effects and that of extended effects in a different way to the Advocate General. Indeed, according to settled case-law, once a judgment is incorporated into the legal order of the Member State in which enforcement is sought, national legislation of that Member State relating to enforcement applies in the same way as to judgments delivered by national courts (principle

⁹ Opinion of Advocate General Szpunar, 20 June 2018, C-379/1, *Società Immobiliare Al Bosco Srl*, ECLI:EU:C:2018:472.

¹⁰ See paragraph 46 of Advocate General Szpunar’s opinion in *Al Bosco*.

¹¹ See paragraph 53 of Advocate General Szpunar’s opinion in *Al Bosco*.

¹² See paragraph 63 of Advocate General Szpunar’s opinion in *Al Bosco*.

¹³ See paragraph 72 of Advocate General Szpunar’s opinion in *Al Bosco*.

¹⁴ See paragraph 31 and 32 of the *Al Bosco* judgment.

of equivalent effects)¹⁵. In light of the foregoing, the CJEU affirmed that the time limit laid down in Section 929(2) ZPO applied to the Italian provisional measure recognized and declared enforceable in Germany. Moreover, in the view of the CJEU the starting point of the analyzed time limit is calculated from the date on which the declaration of enforceability was notified to the creditor¹⁶. Finally, despite Advocate General's opinion, the CJEU, ensuring respect of legal certainty, observed that attainment of the objectives set out in Regulation 44/2001, i.e. to ensure the free circulation of judgments in civil and commercial matters within Member States, is not undermined by the application of the time limit laid down in Section 929(2) ZPO. Indeed, in the reasoning of the CJEU that time limit affects only the enforcement of a title which has already been recognized and declared enforceable. Therefore, Regulation 44/2001 (and especially Art.38) does not prevent the application of such a time limit.

III. Ensuing comments:

12. In light of the foregoing, I would like to provide some comments that follow from the *Al Bosco* Judgment.

1. Doctrine of extended effects vs doctrine of equivalent effects

13. A problematic topic in the solution of this case concerns the legal effects of a decision in the law of the Member State where enforcement of a foreign title is sought. Namely, which law should be applied for the purpose of determining the scope of a foreign judgment? Which prevails between the doctrine of extended effects and that of equivalent effects?¹⁷.

14. Previously, in the *Hoffmann* case¹⁸, the CJEU affirmed that recognition must result in principle in the conferral on foreign judgments of the same effects and authority accorded to them in the State in which they were given. Here, the CJEU adhered to the doctrine of extended effect and that case law has been reiterated in its subsequent case law. In contrast, in *Apostolides*¹⁹ the CJEU explored some variations of the doctrine of extension, stating that “there is... no reason for granting to a judgment, when it is enforced... effects that a similar judgment given directly in the Member State in which enforcement is sought would not have” The CJEU confirmed the above dictum in *Prism Investments*²⁰ and the EU lawmaker in Regulation 1215/2012 (in Art. 41 read in conjunction with Art. 39 and Recital 26), made express reference to that statement. Consequently, against such a backdrop, it is reasonable that the CJEU, in *Al Bosco*, excluded the application of Italian law and affirmed that German procedural rules (Section 929(2) ZPO) alone were applicable.

2. Legal certainty and effectiveness of EU law ²¹

15. Furthermore, the CJEU ensured respect for the principle of legal certainty linked, in the present case, on the one hand to the fact that the recovery of an interim measure (related to a requirement

¹⁵ See paragraph 37 and 38 of the *Al Bosco* judgment. Furthermore, in the view of the CJEU, this interpretation is borne out by recital 26 of Regulation 1215/2012, read in conjunction with Article 39 thereof.

¹⁶ See paragraph 50 of the *Al Bosco* judgment.

¹⁷ For further clarifications, see X. KRAMER, “The Recognition and Enforcement of Member State Judgment”, in A. DICKINSON, E. LEIN, *The Brussels I Regulation Recast*, Oxford University Press, 2015, pp. 416, 417.

¹⁸ CJEU, 4 February 1988, C- 145/86, *Horst Ludwig Martin Hoffmann v Adelheid Krieg*, ECLI:EU:C:1988:61.

¹⁹ CJEU, 28 April 2009, C-429/07, *Meletis Apostolides v David Charles Orams and Linda Elizabeth Orams*, ECLI:EU:C:2009:271.

²⁰ CJEU, 13 October 2011, C- 139/10, *Prism Investments BV v Jaap Anne van der Meer*, ECLI:EU:C:2011:653.

²¹ In this regard see R. MANKO, “Europeanisation of civil procedure: Towards common minimum standards?”, 2015, available at [http://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=EPRS_IDA\(2015\)559499](http://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=EPRS_IDA(2015)559499), p.7.; CJEU, 12 February 2015, C-48/14, *European Parliament v Council of the European Union*. (Radioactive Water Directive), paragraph 45.

of urgency) cannot be pursued for an indefinite period of time; and, on the other hand, to the certainty of registrations in land registers. In that regard the CJEU considered that the length of the time limit (one month), laid down in Section 929 (2) ZPO, complied with EU rules. Indeed, in their reasoning the European judges considered the importance of respecting legal certainty and underlined its core function for the protection of human rights. Therefore, to disregard legal certainty would entail, in the view of the CJEU, the risk of considerably reducing respect for individual's rights. The necessity to establish a fair balance between legal certainty and other EU principles follows. Namely, this was the case in *Al Bosco*, where the CJEU, rightly so, pointed out that the objective of making the free circulation of judgments in civil and commercial matters more effective cannot be achieved at the cost of legal certainty.

3. The time limit for the enforcement of provisional measures in a cross border context:

A) Consistency in EU law

16. Moreover, in the context of the *Al Bosco* case, the relevance of Advocate General Szspunar's conclusions which deeply analyzed the conditions and effects that may result from the application of the German time limit for the enforcement laid down in Section 929 (2) German Code of Civil Procedure to a provisional measure issued in a Member State other than Germany should be underlined. As pointed out above, according to the Advocate General, the application of that time limit is strictly related to the requirements under which a preventive attachment may be ordered in Germany. Its application in a cross border context would raise some doubts, namely as to how the creditor who did not respect the time limit for the enforcement of a preventive attachment order must proceed to obtain a new one. Thus, in the Advocate General's view, that situation of uncertainty may create a deadlock which may prevent the free circulation of judgments in civil and commercial matters. Therefore, despite the formalistic classification of the CJEU, the impact of the Advocate General's conclusions cannot be underestimated. Indeed, in my opinion it is evident, as it arises from the considerations of Advocate General Szspunar in the case at hand, that national provisions on time limits for the enforcement of provisional measures are not consistent within EU territory. The fact that the CJEU did not consider a frustration of the objectives of the Brussels I Regulation does not solve that issue for the future. A solution characterized by a higher level of uniformity is clearly required.

B) The *dies a quo*

17. Finally, in this scenario it is important to deal with the question concerning the starting point of the time limit for the enforcement of preventive attachment orders in the context of measures delivered by the courts of Member States other than the Member State in which enforcement is sought. Thus, in *Al Bosco*, the CJEU explicitly stated that under Regulation 44/2001 the starting point of such a time limit is calculated from the date on which the declaration of enforceability was notified to the creditor. However, the CJEU did not address that specific issue within Regulation 1215/2012. In that regard, a significant issue related to the Brussels I recast arises. Indeed, the Brussels I bis Regulation provided for a new framework, where exequatur has been abolished and a declaration of enforceability is no longer required in the Member State addressed. So, without the decree of exequatur there is no clarity concerning the starting day to calculate the *dies a quo* to lodge an application for enforcement. Will it be calculated according to the law of the Member State that issued the decision or according to that in which enforcement is sought? Given that on this point there is no settled case law, each State is free to calculate the starting point to lodge an application for enforcement according to the *lex fori* or to the *lex causae*. In that regard, I think that the most reasonable solution, in accordance with the jurisprudence developed under the Brussels I Regulation, is to calculate that *dies a quo* from the date on which the certificate issued pursuant to Art. 53 Brussels I bis Regulation is served on the person against whom enforcement is sought. However, that solution cannot easily be applied everywhere within the EU. For instance in Spain, according to domestic

settled case law²² the relevant moment for the mentioned delay to run is the finality of the decision in the Member State of origin²³. Consequently, which law applies may become an issue potentially leading to denial of enforcement of a decision under the regime of the Brussels I bis Regulation. Thus, a frustration of the purposes of the latter Regulation may occur, hampering, in such a way, civil judicial cooperation. Therefore, this lack of uniformity introduces a source of uncertainty, that can counter the objective of simplifying the free circulation of judgments in civil and commercial matters.

IV. Potential improvements

18. In conclusion, the issues discussed above (namely on the one hand, that concerning the application of the time limit laid down in Section 929 (2) German Code of Civil Procedure in a cross-border context; and on the other that related to the starting point of the mentioned time limit) illustrate negative consequences that may follow from the diversity of national procedural rules on time limits.

19. In my opinion, a potential solution to overcome complications and failures in the context of European procedural law (namely in civil and commercial matters), would be the introduction of an autonomous and uniform concept of harmonized time limits within European territory. This could solve several problems connected with the current fragmented scenario in which each Member State lays down its own procedural rules on time limits. I think that the basis for this stronger cooperation may be found in the mutual trust that Member States have in the common administration of justice. Namely, the legal basis to achieve this goal may be Art. 81 Treaty on the Functioning of the European Union, which empowers the EU to enact legislation to improve and guarantee effective access to justice and to eliminate obstacles to the proper functioning of civil proceedings. Thus, two possibilities could be envisaged: on the one hand, the creation of an autonomous EU instrument, which provides for harmonized rules that will, subsequently, apply to other EU instruments (such as for instance the Service Regulation²⁴ or the Regulation determining the rules applicable to periods, dates and time limits²⁵); on the other hand, the introduction of a specific provision laid down in different Regulations (such as for instance Art. 32 Brussels I bis Regulation or Art. 4 (4), Art. 5 (3), and Art. 7 Small Claims Regulation²⁶). Through this harmonization, the effectiveness of EU law would be strengthened and enhanced, so that its application and enforcement would be improved.

²² See Spanish Supreme Court 16-10-2014 (Sala Civil, Sección 1a).

²³ For a closer look on this issue see M. REQUEJO ISIDRO, "The Enforcement of Monetary Final Judgments under the Brussels Ibis Regulation (A Critical Assessment)", in V. LAZIĆ, S. STUIJ, *Brussels Ibis Regulation Changes and Challenges of the Renewed Procedural Scheme*, Springer, 2017, pp. 71-97; see also R. ARENAS GARCIA, "Plazo para la ejecución en un Estado miembro de una medida cautelar dictada en otro estado", *La Ley Unión Europea*, n. 65, 2018, pp. 9,10,11.

²⁴ Regulation (EC) No 1393/2007 of the European Parliament and of the Council of 13 November 2007 on the service in the Member States of judicial and extrajudicial documents in civil or commercial matters [2007] OJ L324/79.

²⁵ Regulation (ECC, Euratom) No 1182/71 of the Council of 3 June 1971 determining the rules applicable to periods, dates and time limits [1971] OJ L124/1.

²⁶ Regulation (EC) No 861/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 establishing a European Small Claims Procedure [2007] OJ L199/1.

BENEFICIARIO EFECTIVO DE LOS INTERESES, ABUSO DE DERECHO Y LIBRE CIRCULACIÓN DE CAPITALES: A PROPÓSITO DE LA STJUE DE 26 DE FEBRERO DE 2019

BENEFICIAL OWNER OF INTERESTS, ABUSE OF RIGHTS AND FREE MOVEMENT OF CAPITALS: BY PURPOSE OF THE JUDGMENT OF THE COURT 26 FEBRUARY 2019

CARLOS MARÍA LÓPEZ ESPADAFOR

*Catedrático de Derecho Financiero y Tributario
Universidad de Jaén*

ORCID ID: 0000-0002-5994-2196

DAVID GARCÍA GUERRERO

*Contratado FPU de Derecho Financiero y Tributario
Universidad de Jaén*

ORCID ID: 0000-0002-0300-4360

Recibido: 13.12.2019 / Aceptado: 13.01.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5203>

Resumen: La STJUE de 26 de febrero de 2019 puede aportar herramientas útiles a las Administraciones tributarias de los Estados miembros para interpretar y aplicar el Derecho de la Unión Europea en materia de exención en origen de los intereses que se satisfacen por una entidad a otra al amparo de la Directiva 2003/49. El punto clave es determinar si una sociedad es beneficiario efectivo de los intereses. Esta Sentencia delimita escenarios en los que existe abuso de derecho frente a los supuestos en que simplemente no se da la condición de beneficiario efectivo. Se subrayan ciertas situaciones en las que se ha violado la libre circulación de capitales.

Palabras clave: beneficiario efectivo, abuso de derecho, principio general de prohibición de prácticas abusivas, libre circulación de capitales.

Abstract: The Judgment Of The Court (Grand Chamber) 26 February 2019 can contribute useful tools to the Tax Administrations of the Member States when interpreting and applying European Union law in respect of exemption of interest and royalty payments which are satisfied by one entity to another one according to the Directive 2003/49. The key point is to determine if a company is a beneficial owner of the interests. This Judgment provides arrangements in which there is abuse of rights against the cases where the beneficial owner condition simply does not exist. It highlights certain situations in which the free movement of capital has been violated.

Keywords: beneficial owner, abuse of rights, general principle prohibiting abuse, free movement of capital.

Sumario: I. Introducción. II. El concepto de “beneficiario efectivo de los intereses” en relación a la Directiva 2003/49 y la inaplicabilidad directa por parte de las Administraciones tributarias de los Estados miembros del Derecho de la Unión Europea ante un abuso o fraude por parte del

contribuyente.III. Indicios sobre la existencia de abuso de derecho y carga de la prueba.IV. Las disposiciones internas de los Estados miembros ante el principio comunitario de libre circulación de capitales. V. Incidencia en el Ordenamiento jurídico español de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de febrero de 2019.VI. Apuntes finales.

I. Introducción

1. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 26 de febrero de 2019 acumula varios asuntos que guardan relación con la Directiva 2003/49/CE del Consejo, de 3 de junio de 2003, relativa a un régimen fiscal común aplicable a los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados miembros¹ y cuya resolución tiene una relevancia significativa en materia de clarificación del concepto de beneficiario efectivo de los intereses, existencia de abuso de derecho y violación de libertades comunitarias, en particular, de la libre circulación de capitales, por parte de disposiciones nacionales de los Estados miembros.

2. Esta resolución acumula una serie de casos que son de una complejidad importante, pero que el mismo TJUE ha resumido, en su conjunto, intentando buscar las bases o patrones comunes a todos ellos: en todos los asuntos acumulados existen estructuras societarias complejas en las que, al final, se establecen operaciones o sociedades interpuestas con el fin de cumplir los requisitos que recaen sobre el beneficiario efectivo de los intereses para que estén exentos en el origen, en la fuente, por la Directiva 2003/49.

3. Para proceder al análisis del contenido y las consecuencias jurídicas que implica esta Sentencia, procederemos a dividir el artículo en distintos puntos según las tres temáticas a través de las cuales los magistrados del TJUE han agrupado el conjunto de cuestiones prejudiciales que les han planteado los tribunales daneses.

II. El concepto de “beneficiario efectivo de los intereses” en relación a la Directiva 2003/49 y la inaplicabilidad directa por parte de las Administraciones tributarias de los Estados miembros del Derecho de la Unión Europea ante un abuso o fraude por parte del contribuyente.

4. Como se ha procedido a agrupar el conjunto de cuestiones prejudiciales de los tribunales daneses elevadas al TJUE en los tres conjuntos de temáticas que ha realizado este último, comenzaremos con la definición de “beneficiario efectivo de los intereses” y la interpretación de la misma que realiza este órgano jurisdiccional de la Unión Europea, pasando, a continuación, al análisis de si se requiere la existencia de una norma nacional o una disposición contractual que permita a un Estado miembro la denegación de la exención para evitar el fraude y el abuso.

5. Comenzando por el concepto de “beneficiario efectivo”, ha realizado esta labor interpretativa atendiendo a la Directiva 2003/49, al Modelo de Convenio Fiscal de la OCDE y sus correspondientes comentarios y a los convenios fiscales de los Estados miembros de que se trate.

6. En primer lugar, el TJUE ha comenzado restringiendo este concepto al ámbito del Derecho de la Unión Europea en materia de pagos de intereses -esto es, las rentas que se obtienen como consecuencia de cualquier tipo de crédito-, entre las denominadas sociedades asociadas de distintos Estados miembros. En particular, desde la Unión se busca que no haya una doble tributación por esta clase de rendimientos siempre y cuando suceda entre este tipo de sociedades asociadas que se encuentren radicadas en suelo de Estados miembros², estableciéndose de forma expresa en el art. 1.1 de la Directiva 2003/49.

¹ En adelante Directiva 2003/49.

² El objetivo no es otro -tal y como se señala en el párrafo 85 de la Sentencia, que remite, a su vez, a los considerandos 2 a 4 de la Directiva 2003/49- que la consecución de un tratamiento fiscal igual entre las transferencias nacionales y transfronterizas.

7. El beneficiario, además, ha de ser efectivo. Es una cuestión que podría generar controversia porque no en todas las traducciones de la Directiva 2003/49 se ha introducido este calificativo de efectivo. Sin embargo, el TJUE recuerda que sí se ha realizado en la mayor parte de traducciones, por lo que no estaremos ante un caso de una entidad que aparezca formalmente como receptora de los intereses, sino que ha de aunar el requisito de la efectividad.

8. Así, se entenderá que es efectivo cuando el beneficiario ostente la facultad de disposición de tales rendimientos, esto es, que pueda determinar el destino de los mismos de forma libre. No se trata, pues, de una entidad que actúa como mera intermediaria, recogido expresamente en el art. 1.4 de la Directiva 2003/49.

9. Para afianzar este concepto, el Tribunal recurre al Modelo de Convenio Fiscal de la OCDE. Los representantes legales de las sociedades alegan que la utilización de este Modelo carece de legitimidad democrática. En parte, se podría entender esta argumentación, toda vez que es un texto que no ha nacido de las instituciones comunitarias. Sin embargo, esta Directiva nace de la inspiración en el art. 11 del citado Modelo, con la misma finalidad de evitar la doble imposición en el plano internacional, reteniendo el Tribunal que no está realizando una interpretación basándose en exclusividad en este Modelo de la OCDE, sino que se atiene, principalmente, a la Directiva y a sus antecedentes normativos. Así, tanto el Modelo de la OCDE como sus respectivos comentarios sirven para completar la fundamentación jurídica de los magistrados. Efectivamente, están completando, como decimos, la fundamentación, clarificando aún más el concepto de beneficiario efectivo con el Modelo -y sus comentarios- que inspiró la Directiva.

10. Precisamente, la revisión de los comentarios de 2003 al Modelo de Convenio Fiscal de la OCDE en materia de renta y patrimonio excluye, al igual que la Directiva, a las sociedades instrumentales del concepto de beneficiario efectivo dado el escaso o nulo poder de disposición de los intereses recibidos que ostentan. Posteriormente, en la revisión de los comentarios que se llevó a cabo en 2014, se establecían algunas formas de combatir el aprovechamiento que realizaban ciertas entidades de estas cláusulas que tratan de evitar la doble imposición internacional mediante la utilización de sociedades instrumentales, entre las cuales destacaban las siguientes: disposiciones que se recojan específicamente en convenios, normas generales contra este tipo de irregularidades, normas que priman el fondo sobre la forma y normas que abarquen el tema de la “sustancia económica”.

11. Junto a la Directiva 2003/49 y al referido Modelo de Convenio para evitar la doble imposición de la OCDE, así como a los comentarios que se han realizado a este último, tendremos de atender también a los convenios firmados entre los Estados miembros donde tienen residencia esos entes o donde se localizan los establecimientos permanentes que entren en juego³.

12. Por último, recuerda el TJUE que es posible la siguiente situación: una sociedad de un Estado miembro percibe los intereses, pero no se le puede catalogar de beneficiario efectivo atendiendo a lo expuesto anteriormente. Entonces, ante tal panorama, no se puede aplicar la exención. Ahora bien, sería de aplicación la exención si quien percibe posteriormente tales intereses es otra sociedad de un Estado miembro que cumple los mencionados requisitos. No es necesario subrayar que no estarían sometidos a tributación en el Estado de la fuente.

13. La segunda cuestión que se aborda desde el TJUE es si un Estado miembro puede actuar contra una operación fraudulenta que consista en un abuso de derecho aun cuando no tenga normativa interna que sea una transposición de la Directiva, invocando principios generales de Derecho de la Unión Europea.

³ En el caso de la Sentencia que analizamos, tanto los convenios firmados entre los Estados miembros, como el Convenio Fiscal entre los países nórdicos, recogen, en el mismo sentido, la idea de “beneficiario efectivo”.

14. Los magistrados aportan una respuesta bastante contundente: la jurisprudencia comunitaria ha afirmado la existencia de un principio general según el cual no se puede invocar el Derecho de la Unión Europea para amparar un fraude o un abuso. Tal es la virtualidad práctica de este principio que el TJUE defiende que los Estados miembros, ante esta situación, esto es, cuando se encuentren frente a la utilización, por parte de un sujeto, de una serie de operaciones que tiendan al lucro fraudulento y que vayan en contra de los objetivos de las normas de la Unión, denegarán la sujeción al Derecho de ésta.

15. Ahora bien, esta Sentencia matiza cómo ha de interpretarse el principio general de prohibición de prácticas abusivas al que estamos haciendo referencia en relación con los apartados 1 y 2 del art. 5 de la Directiva 2003/49. Si bien el art. 5.1 establece que la Directiva no se opondrá a las normas nacionales o contractuales que impidan el fraude fiscal y los abusos, esto no quiere decir que se excluye la aplicación del citado principio general. Por su parte, el art. 5.2 habilita a los Estados miembros a negar el amparo a la Directiva cuando se trate de situaciones de prácticas fraudulentas, aspecto que no ha de interpretarse en el sentido de que se excluye mediante este apartado la aplicación del principio general de prohibición de prácticas abusivas, dado que este último no necesita del procedimiento de transposición normativa que, por el contrario, sí que requieren las Directivas para que formen parte de los Ordenamientos jurídicos de los Estados miembros.

16. Por tanto, se remarca que no es necesario que exista una disposición nacional o contractual para que los Estados miembros puedan denegar la obtención de una ventaja de forma fraudulenta por un sujeto amparándose en el Derecho de la Unión. Simplemente se aplicaría el citado principio general de prohibición de prácticas abusivas. Además, aunque las directivas no suelen ser, en principio, susceptibles de aplicabilidad directa, los Estados miembros han de tenerlas en cuenta cuando interpreten su propio Derecho interno; aunque no es lo más usual, también caben supuestos de invocación directa de las mismas, aunque no hayan sido desarrolladas por normas nacionales⁴.

17. Otro aspecto relevante consistiría en que un sujeto que quiera optar por una tributación más ventajosa para su situación e intereses no puede constituir una presunción general de fraude o abuso. Habría que realizar el correspondiente análisis para comprobar que no se hubieren utilizado estructuras y/u operaciones artificiosas desde el punto de vista económico y que no hubieren pretendido la inaplicación del Ordenamiento jurídico nacional correspondiente.

III. Indicios sobre la existencia de abuso de derecho y carga de la prueba

18. El objeto de elevar una cuestión prejudicial en la que se pregunte cuáles son los elementos constitutivos del abuso de derecho no es otro que cerciorarse de la existencia de una práctica abusiva. Pues bien, atendiendo a la jurisprudencia del TJUE, deben concurrir dos elementos, uno objetivo y otro subjetivo. Por un lado, el elemento objetivo consiste en la comprobación de si se han cumplido los objetivos pretendidos por la norma implicada, aunque haya apariencia de cumplimiento de las condiciones estable-

⁴ Las directivas son el instrumento normativo fundamental para armonizar las legislaciones nacionales y, claro está, los ordenamientos tributarios internos de los Estados miembros. Aunque las directivas normalmente necesitan de normas de adaptación del Derecho interno para desplegar su plena eficacia en el mismo, no siempre debe ser así. Puede suceder que, ante una directiva de armonización de los tributos nacionales, un Estado miembro no haya creado una norma de adaptación de su ordenamiento tributario a la directiva y que, sin embargo, ésta vea aplicado su contenido en el mismo, porque contenga una norma paralela a otra contenida en un Tratado de Derecho Comunitario originario, consiguiéndose el objetivo perseguido por la directiva aplicando el contenido que se corresponde con el Tratado. Puede suceder también, ante la falta de tal norma interna y sin que se dé la circunstancia anterior, que la directiva pueda tener eficacia directa porque exista una disposición interna que entre en contradicción con la misma, consiguiéndose así dejar sin efecto esa norma interna, en colisión con la norma comunitaria, y en la medida en que la directiva sea idónea para definir derechos que los contribuyentes pueden alegar frente al Estado. De esta forma lo ha reconocido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, por ejemplo, en su Sentencia de 19 de enero de 1982, Asunto 8/81, Sentencia que ha tenido un gran predicamento en materia tributaria. Sobre la posible eficacia directa de las directivas de armonización fiscal, véase A. CAYÓN GALIARDO/ R.FALCÓN Y TELLA/ F. de la HUCHA CELADOR, *La armonización fiscal en la Comunidad Económica Europea y el Sistema tributario español: Incidencia y convergencia*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1990, pp. 668 - 672.

cidas en esta última. En cuanto al elemento subjetivo, el sujeto pretende conseguir una ventaja o beneficio de la norma comunitaria creando de forma artificial las condiciones a que acabamos de hacer referencia. El TJUE proporciona unas pautas, unos indicios, con el fin de que los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros puedan apreciar la existencia de abuso de derecho, hablando la Sentencia de escenarios.

19. Algunos de esos indicios son la creación de una estructura societaria que responda puramente al cumplimiento formal de las condiciones y requisitos de una norma para poder obtener una ventaja reflejada en dicha norma. También que se establezcan sociedades interpuestas que tengan como actividad la transmisión de la totalidad o de la mayor parte de los intereses percibidos a sociedades que, en el caso de que percibiesen tales intereses directamente, no podrían aplicar la exención y, por tanto, habrían estado sometidos a tributación en origen. En relación a este último indicio, el TJUE establece la forma en que se puede probar que una sociedad es instrumental: habrá que atender, primero, a la actividad de la misma y a sus circunstancias y, posteriormente, a ciertos elementos como la gestión de la actividad, la contabilidad, costes y gastos reales soportados, capital humano e infraestructuras.

20. Estos indicios se aprecian en el caso de varias sociedades que componen las estructuras societarias de los distintos grupos de empresas a que hacen referencia las sentencias danesas que se analizan (sociedades que generaron los asuntos C-119/16 y C-299/16): se han creado distintas sociedades interpuestas con el fin de que los intereses percibidos estuvieran exentos en la fuente, que luego transmiten a otras sociedades que no cumplen con los requisitos de la norma comunitaria en cuestión, esto es, la Directiva 2003/49; así, en el caso de que no se hubieran creado estas sociedades interpuestas que tienen residencia fiscal en Estados extracomunitarios, no habrían podido disfrutar de esta ventaja las últimas empresas que reciben los intereses.

21. Otro escenario de abuso de derecho que contempla el TJUE es la celebración de un contrato que tenga como finalidad la transferencia de los beneficios de una sociedad a otra que participa del capital social de la primera. Ello se ha de probar mediante el tipo de financiación mediante la que se han llevado a cabo las operaciones financieras, si la sociedad instrumental no ostenta poder de disposición alguno sobre los intereses que va a transferir desde el punto de vista económico (sociedades interpuestas objeto de los asuntos C-115/16, C-118/16 y C-119/16). Además, será un indicio que se produzcan dichas operaciones financieras en el periodo de tiempo en que se aprueban cambios de tipo legislativo que se pretenden evitar mediante tales operaciones.

22. Ahora bien, no excluye el abuso de derecho la existencia en el entramado de transmisión de los intereses a que hacemos referencia sociedades cuya residencia fiscal se localiza en terceros Estados en los que existe un convenio de doble imposición con el Estado miembro de la fuente. De hecho, lo importante es que concurren los dos elementos que mencionábamos antes. Piénsese que es posible que exista tal convenio, pero que la sociedad que reside en ese tercer Estado con convenio no tenga actividad económica y haya intentado cumplir con las condiciones de la norma comunitaria a través de operaciones artificiosas porque existía la voluntad de llevar a cabo la práctica fraudulenta con el fin de que los intereses estuviesen exentos en la fuente. Así, se han de dar ambos requisitos, tanto el objetivo, como el subjetivo, de forma acumulativa.

23. Toda inaplicación de la Directiva 2003/49 a una sociedad no conlleva la existencia de un abuso de derecho. Tal es así que puede ser que, simplemente, no concurren en esa persona jurídica los requisitos para poder aplicarse la exención de los intereses en origen, sin que exista la voluntad del elemento subjetivo imprescindible para la apreciación de una práctica abusiva.

24. Así las cosas, la existencia de una práctica abusiva conlleva la inaplicación de la Directiva 2003/49 en aplicación del principio general comunitario de prohibición de este tipo de prácticas. Si no se cumpliesen tales requisitos, sin más, sin que concorra alguno o los dos elementos del abuso de derecho, se denegaría la aplicación de la referida Directiva.

25. En cuanto a la carga de la prueba, de una parte, es el supuesto beneficiario efectivo de los intereses quien ha de acreditar tal condición ante la Administración tributaria pertinente. Por otra parte, en el caso de posible existencia de un abuso de derecho, será la Administración tributaria competente quien deberá probar de forma fehaciente los indicios que justifiquen que existe un escenario de abuso de derecho; de igual forma, la denegación de tal exención corresponde a dicha Administración. En ninguno de estos dos últimos supuestos la Administración tributaria deberá acreditar quién es el beneficiario efectivo real de esos intereses, tal determinación puede resultar difícil de realizar dada la naturaleza compleja de la estructura societaria de que se trate.

IV. Las disposiciones internas de los Estados miembros ante el principio comunitario de libre circulación de capitales

26. Para responder a esta tercera temática, el TJUE distingue, tal y como apuntábamos *supra*, en la causa de la denegación de protección de la Directiva 2003/49 por parte de las autoridades fiscales del Estado miembro de que se tratare: si la causa es la existencia de un abuso o fraude, no se podría hablar, en ningún caso, de que el Ordenamiento jurídico interno del Estado miembro en cuestión viole libertades del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea; si, por el contrario, la causa es que la sociedad no cumple los requisitos establecidos en la Directiva, podría estudiarse, entonces, si la normativa interna viola o no las libertades comunitarias.

27. Pues bien, aquí agrupa el TJUE distintas cuestiones prejudiciales que se elevan para determinar si ciertas disposiciones del Ordenamiento jurídico-fiscal danés se oponen a determinadas libertades comunitarias; especialmente en particular, la libre circulación de capitales (art. 63 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea). En concreto, se plantean tres supuestos en los que la legislación danesa en ámbito tributario recoge un trato diferente si hay implicadas o no en el supuesto en cuestión sociedades no residentes.

28. La primera cuestión recoge la obligación de tributación inmediata en el supuesto de una sociedad residente que paga intereses a una sociedad no residente, cuestión que, sin embargo, es distinta cuando la sociedad perceptora de tales intereses es una sociedad residente, permitiendo que no estén obligadas a realizar ningún pago a cuenta durante los dos primeros ejercicios fiscales. El TJUE dictamina que es contraria tal disposición al principio comunitario de libre circulación de capitales.

29. También se pregunta si es contrario a esta libertad comunitaria un precepto que aplica un interés de demora para sociedades residentes que han realizado la retención en la fuente extemporáneamente, consecuencia del pago intereses a una sociedad no residente que le ha concedido un préstamo. Responde el Tribunal que, efectivamente, es contrario a tal libertad del art. 63 TFUE, dado que el interés de demora que se aplica en el mismo supuesto, pero entre sociedades residentes, es menor.

30. Por último, en el mismo caso de sociedad que tiene que retener por el pago de intereses a una sociedad que le ha concedido un préstamo, para la legislación danesa no serán gastos deducibles los soportados en el caso de que la sociedad prestamista sea no residente, mientras que sí son deducibles si el prestamista es una sociedad residente. También sería contrario a la libre circulación de capitales comunitaria.

V. Incidencia en el Ordenamiento jurídico español de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de febrero de 2019

31. En cuanto a las repercusiones de este pronunciamiento para España, no podemos afirmar que tenga por ahora, *a priori*, un impacto excesivamente significativo, toda vez que las legislaciones

danesa y española son distintas en la materia que se estudia⁵. Sin embargo, estamos en presencia de la jurisprudencia del TJUE y, por tanto, ante la interpretación que le sería aplicable por parte de la última instancia de recurso a que tiene derecho todo ciudadano europeo –dentro de las condiciones y requisitos establecidos al respecto– y, así, un contribuyente de cualquier Estado miembro.

32. No obstante, la primera consecuencia que podría tener esta Sentencia es la interpretación que ha de realizar la Agencia Estatal de Administración Tributaria respecto al concepto de beneficiario efectivo de los intereses en relación con la Directiva 2003/49. Pero, además, visto que el TJUE ha utilizado los comentarios al Modelo de Convenio Fiscal de la OCDE, puede ser una referencia para nuestra Administración también.

33. En segundo lugar, y en relación con la primera consecuencia que anteriormente comentábamos, guardarían una relevancia importante las pautas que han de seguir las autoridades competentes de los Estados miembros para dilucidar si estamos ante una práctica abusiva. Si así fuera, podrían impedir la protección de un contribuyente por la Directiva 2003/49 con el fin de obtener las ventajas recogidas en la misma mediante la creación de estructuras y operaciones artificiosas, como la creación y puesta en funcionamiento de sociedades interpuestas que no tengan actividad económica alguna.

34. Además, el TJUE recuerda que, en el caso de existencia de un supuesto que constituya abuso de derecho en relación a una práctica que pudiere reputarse como fraudulenta, ascendiendo al plano general, se puede aplicar directamente el principio comunitario de prohibición de prácticas abusivas, sin necesidad de trasponer ninguna directiva.

VI. Apuntes finales

35. El TJUE, mediante esta Sentencia, ha aclarado, en primer lugar, el término de beneficiario efectivo de los intereses: así, ha de ser una entidad que ostente las características que estipula la referida Directiva y, además, que sea el “efectivo” beneficiario, esto es, que tenga un poder de disposición económica sobre los rendimientos que recibe y no un mera sociedad que sirva para transmitir los intereses a otra sociedad que, de haber recibido esta última directamente los intereses, no se hubiese podido aplicar la exención en origen.

36. Además, no es necesario que exista una norma interna del Estado miembro en que se haya de aplicar la exención por ser el Estado de la fuente o del origen quien transponga el art. 5 de la Directiva 2003/49, que trata de evitar las situaciones de fraude o abuso. Esto es así porque, en el caso de que se pueda corroborar la existencia de abuso de derecho, se puede aplicar directamente el principio comunitario de prohibición de prácticas abusivas.

37. Centrándonos en el abuso de derecho, el TJUE ha recordado que han de concurrir dos elementos: uno objetivo (el cumplimiento formal de las condiciones, pero no alcanzándose el objetivo de la norma) y otro subjetivo (la voluntad del contribuyente de que le sea aplicable la ventaja prevista en la norma en cuestión mediante un entramado de operaciones artificiosas). Dada la poca concreción de tales términos, se aportan algunos indicios o escenarios que individualizarían un abuso de derecho: entre otros, sociedades interpuestas que sirven de “puente” o meras transmisoras de los intereses a terceras sociedades que, de haber aparecido formalmente como beneficiarios efectivos, no habría podido aplicarse la exención en la fuente; la creación de estructuras o realización de operaciones financieras en el momento en que entran en vigor cambios normativos, pretendiendo eludir estos últimos. Además, la

⁵ D.J. JIMÉNEZ-VALLADOLID DE L'HOTELLERIE-FALLOIS, “Interpretación de la cláusula de beneficiario efectivo en la directiva sobre intereses y cánones y la virtualidad del principio de prohibición de abuso de derecho en el ordenamiento europeo. Análisis de la STJUE de 26 de febrero de 2019, N Luxembourg 1 y otros (asuntos acumulados C-115/16, C-118/16, C-119/19 y C-299/16)”, en *Nueva Fiscalidad*, núm. 1, 2019, pp. 276 y 277.

existencia de un convenio de doble imposición con un país extracomunitario donde esté situada la sociedad no residente, en un Estado miembro no excluye la contemplación del abuso de derecho.

38. De modo excluyente, se establece que no siempre cuando no concurren los requisitos para aplicar la exención en la fuente de los intereses se está en presencia de un abuso de derecho, ya que abuso existirá siempre que concurren y se prueben los dos elementos anteriormente explicados.

39. Son los contribuyentes los que han de acreditar su condición de beneficiario efectivo de los intereses a la hora de aplicar los beneficios recogidos en la Directiva 2003/49, mientras que las Administraciones tributarias pertinentes tendrán la carga de la prueba si quieren reflejar y constatar un abuso de derecho.

40. Por último, respecto a la tercera temática en la que el TJUE engloba distintas cuestiones prejudiciales, se concluye que no se puede establecer un trato tributario diferente por parte de los Ordenamientos nacionales en función de la residencia fiscal de los sujetos que intervienen en el hecho, acto o negocio jurídico; en particular, con respecto a intereses de demora distintos, a cuándo nace la obligación de realizar pagos a cuenta o a la posibilidad de deducción de gastos. Por tanto, no han de existir disposiciones nacionales que establezcan diferencias, desde el punto de vista fiscal, dependiendo de si se trata de situaciones que se dan exclusivamente entre sociedades residentes o de situaciones que se dan entre sociedades residentes y no residentes.

41. Ante la complejidad de los distintos asuntos que se han acumulado en esta Sentencia, ésta no deja de ser un fiel reflejo de la globalización y de la realidad actual. El TJUE ha realizado una labor muy difícil debido a que, si bien las normas deben prever situaciones complejas, no pueden, sin embargo, estipular cada situación particular posible o hipotética ante la cada vez más desarrollada ingeniería fiscal. Por ello, este Tribunal otorga discrecionalidad a las Administraciones a la hora de apreciar ciertos indicios en sede de abuso de derecho ante la normativa comunitaria. Discrecionalidad que, en ningún caso, puede convertirse en arbitrariedad, pues tiene que conjugarse el deber de todos de aportar al sostenimiento del gasto público a través del pago de impuestos, con los derechos y garantías que tiene el contribuyente en cuanto tal, no pudiendo dejar en manos de las Agencias Tributarias de los Estados miembros una discrecionalidad no bien acotada, que pueda ir más allá de los parámetros normales de la técnica tributaria.

42. Si tuviésemos que destacar lo que más nos ha llamado la atención de la Sentencia que ha sido objeto central de este estudio y aunque no sea la cuestión central abordada en este trabajo, deberíamos señalar la toma en consideración por el TJUE del Modelo de Convenio de la OCDE para evitar la doble imposición internacional en materia de impuestos sobre la renta y el patrimonio y prevenir el fraude fiscal. Obviamente el TJUE conoce de problemas de doble imposición internacional, analizados a la luz del Derecho de la Unión Europea⁶. Pero el referido Modelo no deja de ser un mero formulario, modelo, plantilla a seguir por los Estados para luego celebrar sus convenios bilaterales en la materia. Ahora bien, la globalización ha hecho que sea difícil encontrar convenios para evitar la doble imposición que no lo sigan. El Modelo no es un convenio, no es norma jurídica, pero sin embargo marca el devenir principal de la fiscalidad internacional y por lo menos, no como Derecho, sino al menos como precedente fáctico no puede dejar de ser tomado en consideración incluso por el TJUE, hasta en casos de una complejidad técnico-jurídica destacable como éste, por muy residenciados que deban estar en la disciplina de la Unión.

⁶ En este sentido, véase M.LANG, “Double Taxation Conventions in the Case Law of the CJEU”, en *Intertax*, Vol. 46, 3, 2018, p. 181.

LA CRISIS DE IDENTIDAD DEL DERECHO SOCIETARIO DE LA UNIÓN EUROPEA. COMENTARIO AL ASUNTO POLBUD Y A CUESTIONES DERIVADAS

THE IDENTITY CRISIS OF THE EUROPEAN UNION'S CORPORATE LAW. A REVIEW ON THE POLBUD CASE AND DERIVATED MATTERS

JOSÉ ANTONIO GONZÁLEZ LÓPEZ

Graduado en Derecho por la Universidad de Cantabria

Recibido: 14.12.2019 / Aceptado: 13.01.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5204>

Resumen: La regulación de la vida y muerte de las sociedades es una cuestión que corresponde a cada uno de los Estados miembros de la UE. Ante un quizás interesado desinterés armonizador, ha sido el TJUE el encargado de solventar en la medida de lo posible los problemas que, a la luz de la libertad de establecimiento, ha suscitado la mencionada falta de interés. En este trabajo se comenta de manera crítica la jurisprudencia del mencionado Tribunal y los problemas que evidencia. Tales problemas son, en esencia, las contradicciones entre las regulaciones societarias laxas y estrictas de los diferentes Estados miembros y la gran contradicción: las dos teorías contrapuestas para la determinación de la *lex societatis* que conviven en territorio europeo.

Palabras clave: domicilio social, traslado, sede real, incorporación, empresa, compañía.

Abstract: The regulation of life and death of companies is a competence of each EU member states. Due to a lack of interest in harmonizing, the CJEU has been in charge of solving the conflict between the freedom of establishment and the mentioned lack of interest. This paper contains a critical commentary of the case law of the CJEU and the problems that it shows. Such problems are basically the contradictions between the lax and strict corporate regulations of the different Member States and, also, the great contradiction: the two opposed theories for the regulation of the *lex societatis* that coexist in European territory.

Keywords: registered office, transfer, real seat, incorporation, enterprise, company.

Sumario: I. Introducción.– II. El asunto Polbud. Un antes y un después en materia de establecimiento y traslado del domicilio social intra UE.– 1. La cuestión prejudicial.– A) Breve introducción fáctica y conceptual.– B) La cuestión prejudicial.– C) Razones que sostienen la compatibilidad de la Ley polaca con la libertad de establecimiento.– D) Razones que sostienen la incompatibilidad de la Ley polaca con la libertad de establecimiento.– E) Fallo.– III. La libertad de establecimiento. Un breve encuadre.– 1. El mercado único.– 2. La libre circulación de personas.– 3. La libertad de establecimiento.– IV. El traslado de domicilio social en el marco de la libertad de establecimiento.– 1. Marco regulatorio de las transformaciones transfronterizas del domicilio social.– A) Las teorías de determinación de la *lex societatis*.– B) La problemática de la oposición entre incorporación y sede real.– 2. La jurisprudencia del TJUE en materia de ley aplicable a las sociedades y al traslado intracomunitario de domicilio social.– A) Jurisprudencia relativa a medidas restrictivas de la libertad de establecimiento impuestas por el Estado de destino.– B) Jurisprudencia relativa a medidas restrictivas de la libertad de establecimiento impuestas por el Estado de origen.– 3. Consideraciones críticas. Especial referencia al asunto Polbud.– A) Del ajuste del fallo al derecho vigente.– B) De las consecuencias prácticas del fallo.– 4. La crisis de identidad del Derecho societario europeo.– V. El futuro tras Polbud: ¿hacia una nueva directiva de la UE?.– VI. Conclusiones.

I. Introducción

En el presente trabajo se analizará la situación legal de la posibilidad de migración internacional del domicilio social que el ordenamiento jurídico europeo, a consecuencia de la consagración de la libertad de establecimiento como uno de los principios básicos de la Unión Europea, ofrece a las sociedades de sus Estados miembros.

La apariencia trivial que la cuestión de las transformaciones transfronterizas otorga puede venir suscitada por la impresión de ser una cuestión completamente de Derecho interno. Sin embargo, lo cierto es que dentro de la UE esto no es del todo así, ya que, como se verá, existe un reducido conjunto de pronunciamientos del TJUE que reflejan la gran repercusión que los domicilios sociales tienen sobre la piedra de toque del Derecho mercantil europeo: la libertad de establecimiento.

Y es que quizás el prejuicio, un tanto *legeforista*, de que el establecimiento del domicilio social –o mejor dicho la completa determinación de la *lex societatis*– es una cuestión puramente de Derecho interno, ha dado lugar a una situación de absoluta carencia regulatoria en dicha materia. Este páramo legal difiere sobremanera al panorama a observar en otros ámbitos del Derecho societario internacional, como por ejemplo el de la gobernanza corporativa o el de las fusiones transfronterizas, más parecidas estas últimas con respecto a lo que nos concierne.

Esta carencia de regulación, que desde largo la UE ha planeado cubrir mediante una directiva, ha suscitado, como es de esperar, diversas controversias, de las cuales algunas han quedado materializadas en una serie de Sentencias del TJUE que serán objeto de análisis en las páginas que se siguen. Con el objeto de clarificar todas las consideraciones que la materia objeto de este trabajo requiere, utilizaremos como epicentro de este la Sentencia del TJUE del conocido como asunto *Polbud*¹, que marca un antes y un después en lo relativo a la migración o traslado intraeuropeo del domicilio social con respecto a los antiguos pronunciamientos del Tribunal.

II. El asunto Polbud. Un antes y un después en materia de establecimiento y traslado del domicilio social *intra ue*.

1. La cuestión prejudicial

A) Breve introducción fáctica y conceptual

1. Polbud - Wykonawstwo sp. z o.o. (en adelante, Polbud) es una sociedad de responsabilidad limitada que se constituye en Łąck, una pequeña villa en Polonia con apenas 1000 habitantes.

2. En el año 2011, se acuerda en junta extraordinaria el traslado del domicilio social de Polbud a Luxemburgo.

3. Lo que pareciese un *simple* cambio de domicilio internacional se complica, sin embargo, cuando se repara en que la intención de los socios de la mercantil no es, como pudiera parecernos, transferir el ejercicio de sus actividades y, con ello, su nota registral, a otro país.

Lo que realmente pretenden los socios de *Polbud* es, en el ejercicio de su derecho a la libertad de establecimiento, pasar a ser una sociedad luxemburguesa *sobre el papel*, aprovechando que en dicho Estado miembro no se exige a las sociedades, como condición indispensable para su existencia, correlación entre el lugar del desempeño de su actividad mercantil y el lugar en el que se inscriben.

4. En otras palabras, Luxemburgo aplica en su ordenamiento jurídico la teoría de la incorporación, que básicamente –sin perjuicio de que *a posteriori* profundicemos en ello– determina que la ley aplicable a una sociedad, o la nacionalidad que esta adquiere, es la del lugar en cuyo registro se inscribe.

¹ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 25 de octubre de 2017, *Polbud*, asunto C-106/16, EU:C:2017:804

5. La mentada teoría es la opuesta a la de la sede real, que se sigue en otros Estados miembros de la UE, entre ellos España, que viene a significar que la ley aplicable a las sociedades es la del lugar en donde estas tienen su sede real o, en otras palabras, donde localizan su centro efectivo de negocios.

6. En relación con el asunto, sucede en este, sin embargo, que la Ley polaca exige a sus sociedades liquidarse cuando trasladen su domicilio social al extranjero. Refleja esta exigencia concreta el art. 270 del Código de Sociedades Mercantiles polaco².

7. Con esto último, el conflicto se materializa en su mayor expresión: la ley polaca obliga a las sociedades a dejar de existir. Sin embargo, *Polbud* reniega, se resiste a morir. Su objetivo es, tan solo, pasar a domiciliarse en Luxemburgo y, para más inri, allí solo se le exige inscribirse en un Registro y no desempeñar sus actividades dentro de las fronteras estatales.

B) La cuestión prejudicial

8. Visto el problema la cuestión se plantea casi por sí misma:

¿Se oponen los artículos 49 TFUE y 54 TFUE a la aplicación de disposiciones de Derecho interno del Estado miembro en el que se constituyó una sociedad de responsabilidad limitada que supeditan la cancelación de la inscripción en el Registro Mercantil a la disolución de la sociedad una vez efectuada la liquidación, cuando la sociedad ha sido reconstituida en otro Estado miembro sobre la base de un acuerdo social que prevé la continuidad de la personalidad jurídica que se adquirió en el Estado miembro de la constitución?

9. En otras palabras, ¿es contraria la ley polaca que mencionábamos en anteriores líneas a la libertad de establecimiento? ¿Tiene *Polbud*, pues, derecho a trasladar su domicilio social, solo a efectos registrales, a otro Estado miembro?

10. Antes de entrar en el fallo, resulta bastante enriquecedor el pararse a analizar los argumentos que cada una de las partes esgrime que, en definitiva, van en direcciones opuestas en relación con la adaptación de la legislación polaca a la libertad de establecimiento.

En todo caso, como veremos, las posiciones de cada una de las partes responden de manera bastante satisfactoria la cuestión que se nos presenta. Con ello, sin duda, la polémica está servida.

C) Razones que sostienen la compatibilidad de la Ley polaca con la libertad de establecimiento

11. Como ha podido adelantarse con respecto a lo avanzado hasta el momento, las razones –o mejor dicho: la razón– que determinan la compatibilidad de la Ley polaca con la libertad de establecimiento vienen a ser, más que técnicas o jurídicas, políticas.

12. El Gobierno austriaco y, evidentemente, el polaco, señalaron que esta suerte de movilidad que pretendía *Polbud* no estaba salvaguardada por la libertad de establecimiento, puesto que la mercantil no tenía intención alguna – y esto era completamente cierto – de ejercer actividad de ningún tipo en Luxemburgo. A este respecto citaban ávidamente desde Polonia la jurisprudencia del TJUE relativa a medidas aparentemente restrictivas de la libertad de establecimiento impuestas por el país en el que la sociedad nace o se constituye.

El asunto *Daily Mail*³, que trataremos más adelante, les servía así de excelente seguro: en efecto, dejaba sentado el Tribunal en el fallo que el Estado que da vida a la sociedad es competente para

² Código de Sociedades Mercantiles de Polonia: Kodeks spółek handlowych, de 15 de septiembre de 2000, en su versión modificada (Dz. U. de 2013, n.o 1030).

³ Sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de septiembre de 1988, *Daily Mail*, asunto 81/87, EU:C:1988:456

quitársela, para regularla, para componer su *lex societatis* a su modo y voluntad –en otras palabras, para determinar los puntos de conexión que unen a una determinada sociedad a su ordenamiento–. Sin embargo, ya en el citado asunto y posteriores, el TJUE señaló que no tenía relevancia en cuanto al ejercicio de la libertad de establecimiento el hecho de que la sociedad desarrolle toda su actividad en uno u otro Estado miembro.

13. Además, cita el Estado polaco una sentencia del TJUE que, a pesar de serle útil en sus alegaciones, termina por darle a sus pretensiones el fracaso que, podría decirse, no esperaban.

En efecto, tras los *obiter dicta* del asunto *Cartesio*⁴, aquel que citó el Estado polaco, el poder determinar completamente cada uno de los aspectos de sus leyes societarias, que era antes una certeza para los Estados miembros, se convierte lentamente en una incierta –y rodeada de pesimismo, tal vez– posibilidad.

14. Con *Polbud*, como veremos en el tratamiento del fallo, esta posibilidad se transforma definitivamente en una mala noticia para los Estados miembros en su ambición por regular y mantener lo que, hasta ahora, era absolutamente suyo. Sin embargo, antes de profundizar en lo descrito, pasaremos a analizar los argumentos contrarios a la pretensión de Polonia y Austria.

D) Razones que sostienen la incompatibilidad de la Ley polaca con la libertad de establecimiento

16. Evidentemente, como parte interesada en el sostenimiento de una pretendida, de momento, incompatibilidad entre Ley polaca y libertad de establecimiento, nos encontramos a la sociedad *Polbud*.

17. Como ya se tuviera oportunidad de comentar, *Polbud* solicita cancelación en el Registro polaco en cuanto que ha trasladado su domicilio a Luxemburgo. Sin embargo, desde la institución, el Registro, se le deniega la citada operación, puesto que la Ley polaca exige para llevarla a cabo que la sociedad se liquide.

La cuestión es que *Polbud* no se ha liquidado ni tiene intención de hacerlo. Solo quiere que su asiento registral polaco se cancele ya que su nuevo domicilio, en otras palabras, su nuevo asiento, se encuentra en Luxemburgo.

18. La mercantil considera tal exigencia, la de llevar a cabo la liquidación, una clara restricción a su libertad de establecimiento, ya que cumple con todas las condiciones exigidas en el país de destino para constituirse o, mejor dicho, establecer allí su domicilio y, además, por el momento, estaba válidamente constituida en su país de origen, Polonia.

19. Debe señalarse que, de contrario, podría aducirse –como ya hemos visto– que la exigencia de liquidación controvertida es, en efecto, una cuestión de Derecho nacional. El Estado polaco es quien debería decidir cómo y cuándo se le reconoce personalidad jurídica a una sociedad o, por contra, se le niega –se le exige la liquidación, por ejemplo–: esta era una cuestión pacífica en el TJUE, de hecho, hasta el fallo de este preciso asunto, el cual pasa a comentarse a continuación.

E) Fallo

20. El fallo que el Tribunal emite, visto el asunto, es el siguiente:

Los artículos 49 TFUE y 54 TFUE deben interpretarse en el sentido de que la libertad de establecimiento es aplicable al traslado del domicilio social de una sociedad constituida de conformidad con el Derecho de un Estado miembro al territorio de otro Estado miembro, en orden a su transformación,

⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 16 de diciembre de 2008, *Cartesio*, asunto C-210/06, EU:C:2008:723

conforme a los requisitos impuestos por la normativa de ese otro Estado miembro, en una sociedad regida por el Derecho de este último, sin que se desplace el domicilio real de la mencionada sociedad.

Los artículos 49 TFUE y 54 TFUE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa de un Estado miembro en cuya virtud el traslado del domicilio social de una sociedad constituida de conformidad con el Derecho de un Estado miembro al territorio de otro Estado miembro, en orden a su transformación, conforme a los requisitos impuestos por la normativa de ese otro Estado miembro, en una sociedad regida por el Derecho de este último, está supeditada a la liquidación de la primera sociedad.

20. De su lectura se extrae, de una manera quizás más sencilla que de la cuestión prejudicial, una conclusión o idea general. Y es que, básicamente, el TJUE estima todas y cada una de las pretensiones de la mercantil Polbud:

21. Por un lado, permite que esta se ampare en la libertad de establecimiento para iniciar un procedimiento de transformación transfronteriza en la que solamente su domicilio registral, y no el real, se traslade de su Estado de origen a otro, en este caso Luxemburgo. Este movimiento pues, pese al tinte fraudulento que pueda ostentar, es para el TJUE perfectamente legítimo: de hecho, no parece ser sino la última consecuencia de, como veremos, la libertad de establecimiento.

Por otro, señala que la normativa impuesta por Polonia, que exige la liquidación de *Polbud* y que, en fin, transgrediría el recién mentado pronunciamiento: en efecto, exigirle la liquidación a la mercantil supondría no reconocerle continuidad y, por ende, no permitir la transformación que esta interesa. El silogismo es simple: prácticamente cualquier –por no decir todo– traslado de domicilio, aunque quede limitado al mero nuevo establecimiento de un “buzón” o un domicilio solamente registral, está amparado por la libertad de establecimiento.

22. En ese sentido, una normativa que no permite una transformación del domicilio social, que en última instancia es un cambio de domicilio, se opone, de plano, a la tan citada libertad.

23. Vista la Sentencia y visto el fallo, un tanto rompedor –si bien puede argüirse lo contrario a la vista del antecedente fundamental de este, el asunto *Cartesio*⁵–, conviene ahora comentar todos los antecedentes del asunto. En otras palabras, es imperativo analizar la historia de un problema que la UE carga desde prácticamente sus orígenes, que no es sino el de la determinación de la ley aplicable a las sociedades y su conflicto con la libertad de establecimiento.

Trataremos este ya histórico –y en ocasiones desatendido– conflicto jurídico por medio del comentario de la jurisprudencia que el TJUE ha venido estableciendo en relación con asuntos similares al tratado –que en pro de una mayor brevedad serán abordados de manera genérica–. Se comentará pues el cambio que el fallo de *Polbud*, interpretable como una última llamada del TJUE a la armonización en materia de Derecho aplicable a las sociedades, supone con respecto al resto de pronunciamientos existentes.

Asimismo, se realizará una clasificación sistemática de los diferentes asuntos a comentar que, si bien son parecidos, entrañan ciertas diferencias muy relevantes de cara al fallo de cada uno de ellos.

24. En todo caso, debe señalarse que tanto esta evolución como las contingencias que se presentarán con su explicación, están presentes de manera implícita en el asunto comentado, por lo que nos resultarán, a partir de ahora, familiares.

⁵ R. ARENAS GARCÍA, “De Obiter dicta a Ratio decidendi [a propósito de la STJ (Gran Sala) de 25 de octubre de 2017, As. C-106/16, *Polbud –Wykonawstwo SP. Z.O.O.* en liquidación]” *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2018, Nº 35, p.3. Disponible en <http://www.reei.org/index.php/revista/num35/archivos/12_Cronica_DIPR.pdf> (Último acceso a 18/07/2019)

III. La libertad de establecimiento. Un breve encuadre

1. El mercado único

25. Bien es sabido que el mercado único no es tan solo uno de los pilares fundamentales del desarrollo de la UE, sino que constituye además el principal ideal que llevó al nacimiento de esta⁶.

26. Si bien es del todo cierto que la UE del Tratado de Lisboa de 2007⁷ refleja una paulatina e imparable progresión en materias que nominalmente pueden parecer ajenas al mercado, como por ejemplo la creación del espacio Schengen o la de la ciudadanía de la UE –hitos que algunos autores califican de manifestaciones de una *refundación de la Unión*–⁸, es igualmente innegable que estos avances se encuentran a su vez muy estrechamente vinculados a la institución que nos concierne: el mercado único. Tan cercano es el lazo que los une que podría sostenerse que no son sino elementos accesorios a este, derivados en parte de una cierta democratización de la economía.

30. Sería de hecho el Tratado de Maastricht⁹ el que introdujese en 1992 principios fundamentales de la UE como el de subsidiariedad o el implícito principio de optatividad, ambos consolidados durante la última fase de la Unión Monetaria¹⁰.

31. En definitiva, conviene señalar que, desde que se instaurase a través del Tratado de la Comunidad Económica Europea, los cuatro fundamentos del mercado único son, y han sido, las libertades de circulación de bienes, personas, servicios y capitales. Como ya se ha manifestado, todas ellas son el germen de otras tantas ya integradas en la UE que comparten una naturaleza social, y ya no tan estrictamente mercantil, que partirán, por lo general, del importante principio europeo que se comentará a continuación: la libre circulación de personas.

2. La libre circulación de personas

32. En sus orígenes, la libre circulación de personas –a día de hoy *pedra angular de la ciudadanía de la Unión*¹¹– no era sino una manera de fomentar la libre competencia entre los mercados laborales de los Estados miembros de la Comunidad Europea.

Por lo tanto, habría de entenderse que “personas” significaba, hasta la aparición del Tratado de Maastricht, “trabajadores” o “prestadores de servicios”¹²; la ratificación de este Tratado y, posteriormente, del Tratado de Lisboa de 2007, supondría la introducción de términos como el de ciudadanía europea¹³ y de conceptos o instituciones como el espacio Schengen, que introducirían matices con un tono más social a, entre otras, esta libertad.

33. Volviendo de nuevo al ámbito más primitivo de la libre circulación de personas y adentrándonos ya en el objeto de este trabajo, debe de destacarse que esta libertad toma una doble vertiente:

⁶ C. ESCOBAR HERNÁNDEZ (dir.), y Vv.AA, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 2015, Ed. Tirant lo Blanch, 2ª ed, pp. 17-19

⁷ Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007, Diario Oficial nº C 306, de 17.12.2007, pp. 1–271.

⁸ *Op. Cit.* C. ESCOBAR HERNÁNDEZ (dir.), pp. 22-23

⁹ Tratado de la Unión Europea, Diario Oficial nº C 191 de 29/07/1992 p. 0001 - 0110.

¹⁰ J. BILBAO UBILLOS “Del mercado único a la Unión Monetaria; ¿hacia una política común? *Cuadernos europeos de Deusto*, 2014, Nº50, p. 73.

¹¹ Apartado 34 de la Resolución del Parlamento Europeo, de 2 abril 2009, sobre Problemas y perspectivas de la ciudadanía europea [DOUE C 137, de 27 mayo]], (2008/2234(INI)).

¹² E. LINDE PANIAGUA “La libre circulación de los trabajadores versus libre circulación de las personas. La ciudadanía europea” *Revista de Derecho de la Unión Europea*, 2003, Nº5, pp. 15-36. página 15.

¹³ L. DANS ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR “La libre circulación de personas tras el Tratado de Lisboa” *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración (ejemplar dedicado a Derecho social Internacional y Comunitario)*, 2011, Nº 92, pp. 257-282, página 259.

Por un lado, nos encontramos con la ya mencionada libertad de circulación de trabajadores y prestadores de servicios, como personas físicas.

Por otro, teniendo en cuenta que la actividad mercantil se desarrolla en gran número de ocasiones a través de personas jurídicas, de sociedades, la libre circulación de personas desemboca en la libertad de establecimiento. Esta última toma pues un enfoque dirigido no ya tanto al trabajador, sino al empleador o empresario que desarrolla su actividad a través de una persona jurídica o sociedad.

34. Beneficiarias de la libertad de establecimiento pueden ser, aunque pueda haberse entendido lo contrario, las personas físicas. Como se verá ahora, esta libertad conlleva lo evidente, el “establecerse” en cualquier Estado miembro de la UE, lo cual es un aspecto que la diferencia en cierto modo de la libre prestación de servicios.

De ahí que se haya hecho referencia al cariz más societario que reviste la libertad de establecimiento, puesto que es de sobra conocido que, desde que naciesen, posiblemente, a raíz de las compañías marítimas y los gremios, los mecanismos más efectivos para la realización de negocios son las sociedades mercantiles¹⁴.

3. La libertad de establecimiento

35. A través de esta especie de embudo de conceptos se ha llegado al que será el eje principal de este trabajo: la libertad de establecimiento, consagrada en el artículo 49 TFUE:

En el marco de las disposiciones siguientes, quedarán prohibidas las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro. Dicha prohibición se extenderá igualmente a las restricciones relativas a la apertura de agencias, sucursales o filiales por los nacionales de un Estado miembro establecidos en el territorio de otro Estado miembro.

La libertad de establecimiento comprenderá el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas y, especialmente, de sociedades, tal como se definen en el párrafo segundo del artículo 54, en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales, sin perjuicio de las disposiciones del capítulo relativo a los capitales.

36. Evidentemente, es inviable hablar de un mercado único y de una efectiva libre de circulación de personas si, además de poder circular libremente trabajadores, capitales y mercancías –entre otros– las empresas no pueden establecerse en cualquier punto del territorio de la Unión y competir en igualdad de oportunidades con otras entidades establecidas en las fronteras de esta. Precisamente es esta garantía y no otra la que el artículo transcrito asienta en su segundo párrafo.

37. Como puede observarse, es el propio art. 49 TFUE el que, haciendo hincapié en las sociedades como destinatarias principales de la libertad de establecimiento, resalta sobremanera la naturaleza mercantil de esta libertad, que la escinde o separa en cierto modo de la pura libertad de circulación tal y como puede observarse desde la óptica de una UE *refundada* o social¹⁵.

38. Explicado esto, es fundamental también distinguir la libertad de establecimiento de la libre prestación de servicios en la UE.

Comenzando por el principio, ha de señalarse que TFUE establece en su artículo 56, al igual que con la libertad de establecimiento, una prohibición general de cualquier medida tomada por los Estados

¹⁴ J. ÁLVAREZ RUBIO (Coord.) y Vv.AA, *Derecho de Sociedades*, Ed. Dykinson, 2ª ed., 2016. pp. 48-49.

¹⁵ Puesto que es cierto que la libertad de establecerse o residir en cualquier Estado de la UE, para las personas físicas, no va inevitablemente anudada al desempeño de actividad comercial alguna en el Estado de destino. Así, pueden discernirse dos tipos de actividades a llevar a cabo por los individuos ciudadanos de la UE: por un lado existe el derecho a circular libremente y establecerse en otro país como persona física, como ciudadano europeo, y, por otro, el de fundar una sociedad y establecerse en otro Estado miembro con el fin de desempeñar en este una actividad o, en fin, competir, al máximo exponente, en el mercado europeo.

miembros que pueda restringir la libre prestación de servicios. No obstante, el artículo 57 del mismo texto subordina la libre prestación de servicios a la libertad de establecimiento, señalando lo siguiente: *con arreglo a los Tratados, se considerarán como servicios las prestaciones realizadas normalmente a cambio de una remuneración, en la medida en que no se rijan por las disposiciones relativas a la libre circulación de mercancías, capitales y personas*¹⁶.

39. Dicha subordinación responde a la lógica más evidente: toda aquella actividad que no quede amparada por la libertad de establecimiento, que será aquella que no proceda de un agente establecido efectivamente en un Estado miembro distinto a aquel del cual sea nacional, será, sin más, una simple prestación de servicios en otro Estado miembro, esto es, más allá de sus fronteras.

40. En este sentido, precisamente, ha de hacerse referencia a la nota de habitualidad que sirve como distintivo fundamental entre la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios. Evidentemente, el establecimiento comprenderá actividades habituales, prolongadas en el tiempo. La mera prestación de servicios será puntual o, al menos, no reunirá la suficiente intensidad como para poder constatar que existe un establecimiento efectivo en un Estado miembro.

41. En lo relativo a la definición de esta temporalidad o habitualidad, así como en la de otros aspectos de la libertad de establecimiento y de prestación de servicios, son fundamentales la STJCE del Asunto *Gebhard*¹⁷ y las conclusiones a la luz de esta del Abogado General Léger¹⁸.

En estas últimas, Léger hace alusión a los criterios de temporalidad y enfoque de la actividad, sucediendo que, de estar esta orientada de manera principal al país de establecimiento, se hablaría de ejercicio de libertad de establecimiento, mientras que de ser esta orientación meramente accesorio, se entraría en el campo de la libre prestación de servicios.

42. Llegados a este punto ha de señalarse que esta diferenciación conceptual no es una cuestión baladí. El AG Léger señala, en las mismas conclusiones, la tentación de hacer pasar por prestación de servicios actividades aquellas que deberían de discurrir por el cauce de la libertad de establecimiento: un ejemplo claro de tal tentación es el de la abogacía, que de desarrollarse realmente en régimen de establecimiento ha de adaptarse a las normas del país en donde se asiente, para competir con los operadores allí establecidos.

A estos efectos, un despacho efectivamente asentado en un Estado debería de seguir sus reglas de colegiación o impositivas, por ejemplo. Sin embargo, este despacho, con el objetivo de eludir una normativa no beneficiosa, podría señalar estar efectivamente asentado en otro Estado y estar tan solo prestando unos determinados servicios en otros¹⁹. Hablaríamos, en definitiva, de un claro ejemplo de fraude de ley internacional.

43. Señalada esta diferencia con la libre prestación de servicios, que como vemos es de gran importancia, conviene, por último, hacer alusión de nuevo al artículo 49, que contempla implícitamente las dos modalidades posibles de libertad de establecimiento. Esta, como hemos podido ver, se acompañará siempre de una implantación efectiva en el Estado miembro en cuestión. Los dos tipos de libertad de establecimiento en cuestión son los siguientes:

La primera de ellas, a la cual no se hace mención, sería el establecimiento primario u originario de un nacional de un Estado miembro en otro, ya sea a través de sí mismo, como persona física, o a través de una sociedad.

La segunda sería, por otro lado, el establecimiento secundario, que en palabras del propio precepto comprendería *la apertura de agencias, sucursales o filiales por los nacionales de un Estado miembro establecidos en el territorio de otro Estado miembro*.

¹⁶ En la alusión del precepto a las libertades de circulación se refleja la derivación de estas que constituye la libertad de establecimiento y, además, su enfoque mercantil y/o societario.

¹⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de noviembre de 1995, *Gebhard*, asunto C-55/94, EU:C:1995:411

¹⁸ Conclusiones del Abogado General Léger presentadas el 20 de junio de 1995, *Gebhard*, asunto C-55/94, EU:C:1995:194

¹⁹ J. F. MESTRE DELGADO, "Libertad de establecimiento y libre prestación de servicios profesionales en la Unión Europea" *Derecho privado y Constitución*, 1997, N°11, pp. 131-156., página 141.

44. Como puede verse, la situación del domicilio social de una sociedad constituye un aspecto elemental de la libertad de establecimiento por la cual quedará asistida. En efecto, el lugar en donde esta asiente su domicilio o abra una filial no será sino una plena manifestación de su implantación en el Estado miembro de que se trate.

45. Visto esto, se evidencia ya del todo que una de las formas de ejercicio de esta libertad de establecimiento es, por ejemplo, la creación de una sociedad en un Estado miembro por un nacional de este y la posibilidad de operar con ella a través de agencias, sucursales o filiales en otro Estado miembro. Sin embargo, no todo se queda ahí: haciendo uso de la libertad de establecimiento, parece lógico que el nacional de un Estado miembro se desplace a otro para crear allí una sociedad con mayores facilidades, aunque luego vaya a realizar toda su actividad, a través de filiales, en su propio estado o en otros.

Este último, sin duda, es el ejemplo más controvertido: el establecimiento de domicilios sociales que no son más que un buzón y que no guardan detrás de sí implantación real de ningún tipo ni intención de llevar a cabo actividad alguna en el Estado miembro en el que se domicilian. Establecimiento que, dicho sea de paso, viene motivado generalmente por la intención de eludir normas más estrictas para la creación de sociedades o para la protección de acreedores y accionistas minoritarios.

46. Asimismo, debe decirse también que no todo quedará ahí, en la mera creación de una sociedad en cualquier Estado miembro. Otra posibilidad que queda abierta en este marco que se ha explicado es, en materia de domicilio social, la transformación societaria transfronteriza, que puede consistir en un cambio de domicilio a un Estado miembro diferente del de origen.

47. Realizadas estas superficiales explicaciones, puede notarse que las posibilidades citadas revisten una apariencia un tanto fraudulenta. Nada más allá de la realidad, en cierto modo podría sostenerse que, en efecto, lo son, sobre todo si se tienen en cuenta los estrictos criterios que existen a efectos de la determinación del domicilio fiscal o del domicilio a efectos del derecho europeo del trabajo.

48. Lo cierto es que, sin embargo, en materia de traslado del domicilio social, el escaso marco legal actual y una jurisprudencia del TJUE algo laxa o quizás extremadamente respetuosa con la libertad de establecimiento, permiten la realización de las operaciones que hemos citado como ejemplo. Y las consecuencias de ello, evidentemente, son bastante importantes²⁰.

IV. El traslado de domicilio social en el marco de la libertad de establecimiento

1. Marco regulatorio de las transformaciones transfronterizas del domicilio social

49. Las ya explicadas posibilidades para el traslado del domicilio social dentro de la UE no solo se suceden de la libertad de establecimiento en sí, sino que lo hacen también de una circunstancia que, si bien es ya del todo evidente, no ha sido aún mencionada.

²⁰ La normativa de constitución de sociedades varía bastante de un Estado miembro a otro. Entre otras, destaca la diferencia de requisitos de capital mínimo que existe entre ordenamientos jurídicos: si bien en España se necesitan 3.000 euros para constituir una SL, en el Reino Unido no existe capital mínimo para crear una Ltd o limited. Como ejemplo más extremo, en Bélgica se necesitarían 18.850 euros según el art. 214 del su *Code des Sociétés* –si bien esta exigencia se suprimirá totalmente durante el presente año 2019 a través de una reforma legislativa belga, quizás por influencia de las circunstancias que se explicarán en este trabajo, tómesese en cuenta que se cita a tan solo a modo de ejemplo: de hecho, son muchos otros los Estados europeos que exigen capitales mínimos que, desde nuestra perspectiva, quizás parezcan excesivos–.

La principal consecuencia de esta discordancia normativa es el hecho de que, efectivamente, ciertos Estados miembros son más protectores con los acreedores, trabajadores y accionistas minoritarios de las sociedades, en perjuicio esto de la libertad en el campo económico de estas. En esta coyuntura, es razonable que las sociedades decidan emigrar a Estados miembros menos protectores con estos grupos con el fin de gozar de un mayor margen de maniobra, lo cual puede ser un foco de conflictos entre los Estados dadas las distintas posiciones que en esta materia se pueden tomar. Estamos, en efecto, ante la clásica disyuntiva entre libertad económica y protección, foco de debate no solo ya en el ámbito comunitario, sino en el ámbito doméstico, puramente nacional.

Esta misteriosa circunstancia no es sino el punto de conexión de una sociedad con el ordenamiento de un Estado, un indispensable –tanto por razones de política legislativa como de pura lógica jurídica– para que la sociedad en cuestión pueda domiciliarse en él, esto es, existir o ser reconocida como persona jurídica en él. Y es que, desgraciadamente, la definición de este punto de conexión no corresponde aún al legislador europeo, sino al de cada uno de los Estados miembros.

50. Los contrastes y diferencias que existen entre los diferentes Ordenamientos de la Unión a la hora de regular este punto de conexión no están, en modo alguno, exentos de polémica. Y menos aún cuando se añade la libertad de establecimiento a la ya de por sí compleja situación.

En efecto, cada Estado tiene diferentes normas de constitución de sociedades: diferentes requisitos de capital mínimo, de protección a ciertos grupos, etc. Además de esto, cada Estado puede también determinar el punto de conexión de una sociedad con su territorio. Y este punto, irónicamente, no ha de consistir en un establecimiento real en sus fronteras, lo cual facilita aquellos movimientos que anteriormente nos aventurásemos, al menos en un principio, a tildar de fraudulentos.

51. Quedamos así pues ante las fauces del problema de las diferentes teorías de determinación de la *lex societatis* que concurren en el territorio europeo. En otras palabras, ante la problemática que suscita la variedad de criterios delimitadores de los puntos de conexión tomados por los diferentes Estados miembros.

Estas teorías o diferentes formas de definir los puntos de conexión, en definitiva, serán distinguibles entre sí por el contenido que el legislador de cada Estado miembro le de al punto de conexión, esto es, por la exigencia que este imponga a las sociedades para serlo, para que se las reconozca personalidad jurídica: para nacer bajo su Ordenamiento.

A) Las teorías de determinación de la *lex societatis*

52. Como ya se ha comentado existen, desde el punto de vista del derecho comparado, dos teorías fundamentales para determinar la ley aplicable a la constitución y funcionamiento de una sociedad, además de a la localización o determinación de su domicilio²¹.

53. La primera de las teorías, que entre otros países sigue España²², es la de la sede real o *real seat*²³. En nuestra legislación encontramos perfectamente reflejada la definición de esta teoría, señalando el artículo 9.1 de la Ley de Sociedades de Capital²⁴ que el domicilio de una sociedad se fija, dentro del territorio español, *en el lugar en que se halle el centro de su efectiva administración y dirección, o en el que radique su principal establecimiento o explotación*.

Bajo esta teoría se exigiría, por tanto, conexión entre domicilio social y actividad como requisito fundamental de aplicabilidad de la *lex societatis*. Además de España, otros Estados que rigen el nacimiento de sus sociedades haciendo uso de este planteamiento son Francia o Alemania.

54. Desde la perspectiva de segunda teoría, la teoría de la incorporación o *incorporation theory*, por otro lado, no se exige como requisito de aplicabilidad de la *lex societatis* que exista correspondencia alguna entre lugar de domiciliación de la sociedad y situación de su sede real. Por ello mismo es el lugar de creación de la sociedad el que determina la ley que la rige. En otras palabras, la *lex societatis* aplicable es aquella en la que la sociedad se registra, la del país que ha sido elegido como domicilio social, al menos sobre el papel.

²¹ A. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA, *Derecho internacional privado*, 2018, volumen II, Editorial Comares, Granada, 18.^a ed., pp. 855-856.

²² J.M. BLANCO FERNÁNDEZ, “La nacionalidad de la sociedad en la Ley de Sociedades Anónimas”, *Revista de Derecho Mercantil*, 1992, n.203/204, pp. 245-276.

²³ *Op. Cit.* A. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA, *Derecho internacional privado...*, pp. 855-856.

²⁴ Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, «BOE» núm. 161, de 03/07/2010, BOE-A-2010-10544.

55. Una variante de la explicada visión es la teoría de la sede estatutaria²⁵, según la cual la ley aplicable a la sociedad es aquella que los socios eligen en sus estatutos. Como puede evidenciarse, el matiz es realmente sutil, por lo que en este trabajo se hablará indistintamente de teoría de la incorporación o de la sede estatutaria: al fin y al cabo, ambas comportan una elección consciente – en cuanto que no es determinada por el lugar de actividad real de la sociedad– de la *lex societatis*²⁶.

56. Parece evidente que este criterio, seguido por países como Reino Unido, Dinamarca o los Países Bajos, es bastante más formalista que el de la sede real, puesto que no se exige concordancia entre domicilio o lugar de registro y situación de la sede real (determinación de esta última bastante sujeta a la casuística o a lo material).

En definitiva, el criterio de la incorporación es más formalista y menos fáctico, lo cual es a su vez garante de una mayor seguridad jurídica²⁷, habida cuenta de que siempre sería más fácil averiguar la nacionalidad de una sociedad desde esta perspectiva que desde la de la sede real, dado que en aplicación de esta última habría de buscarse dónde se halla la administración efectiva de la sociedad en cuestión en vez de tan solo atenerse al lugar de inscripción o registro de esta.

B) La problemática de la oposición entre incorporación y sede real

57. Como puede sustraerse del anterior apartado, las dos teorías explicadas son radicalmente opuestas y, evidentemente, esta contrariedad se agrava todavía más en materia de movilidad del domicilio. Idéntica conclusión se extrae de la lectura y análisis del ya analizado y tan mencionado Asunto *Polbud*.

58. Basta ahora con recordar el ejemplo que en el anterior epígrafe se daba con respecto al traslado transfronterizo del domicilio. El ejemplo más simple de dicha operación sería el siguiente: una sociedad constituida en un país que sigue la teoría de la incorporación decide trasladar su sede real o administración o centro efectivo de negocios (u operar, que es lo mismo) a un país que sigue la teoría contraria, la de la sede real. La problemática deslumbra, y la pregunta es del todo sencilla: ¿dónde se encuentra el domicilio de la sociedad? ¿Cuál es su *lex societatis*?

De igual manera, como vimos en *Polbud*, una sociedad constituida en un Estado que sigue la teoría de la sede real decide, sin más, trasladar su domicilio registral a otro con el objetivo de cambiar tan solo la *lex societatis* que se le aplica. ¿Podrá hacerlo? Una vez más, ¿dónde estará su domicilio social?, ¿qué ley se le aplicará a la sociedad?

59. Las preguntas, que serán respondidas en lo que queda de este análisis, no carecen en modo alguno de fundamento. Por el momento, conviene por comenzar señalando que la oposición entre teorías dentro de los Estados miembros de la UE es un problema *originario* de esta. Su ya deducible repercusión sobre la libertad de establecimiento y el mercado único no dejan duda al respecto de su importancia, al igual que tampoco la dejan sobre el hecho de que los diversos Estados miembros no hayan logrado armonizar aún sus criterios sobre la *lex societatis* aplicable. De hecho, el artículo 54 TFUE es tremendamente revelador al respecto, aludiendo en sus líneas a las dos teorías explicadas, y tomando ambas como válidas:

Las sociedades constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y cuya sede social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro de la Unión quedarán equiparadas, a efectos de aplicación de las disposiciones del presente capítulo, a las personas físicas nacionales de los Estados miembros

60. Desde luego, un problema principal que deriva de la conjugación de ambas teorías con la libertad de establecimiento puede ser el abuso de esta, al cual predisponen sus diferencias no solucio-

²⁵ *Op cit.* A. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA, *Derecho internacional privado...*, pp. 855-856.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ Sobre las ventajas y desventajas de la teoría de la sede real, véase la siguiente obra: J.F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ (2002), *Derecho de sociedades y conflicto de leyes. Una aproximación contractual*, Ed. Edersa. pp. 45-90.

nadas. Volvemos al sencillo ejemplo y esta vez, a su respecto, cabe recalcar que el hecho de que una sociedad se constituya válidamente en un Estado *incorporativo* con una normativa laxa y, amparándose en su libertad de establecimiento, desarrolle absolutamente toda su actividad fuera de él en Estados con normas más rigurosas de creación y funcionamiento de sociedades es, en cierto modo, fraudulento.

61. Dentro de este panorama permisivo en materia de traslado transfronterizo del domicilio social (entiéndase que dentro de la UE) puede encontrarse, eso sí, una excepción. Esta se recoge en el art. 52 TFUE, que enuncia lo siguiente:

Las disposiciones del presente capítulo y las medidas adoptadas en virtud de las mismas no prejuzgarán la aplicabilidad de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas que prevean un régimen especial para los extranjeros y que estén justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas

62. El citado precepto ha sido interpretado por el TJUE en el sentido de que los Estados miembros pueden, en efecto, imponer medidas que restrinjan la libertad de establecimiento siempre que estas estén justificadas por razones de orden, seguridad y salud públicas y, además, sean proporcionadas y no discriminatorias por razón de nacionalidad²⁸.

En definitiva, con respecto al control de las posibles restricciones a la libertad de establecimiento, podríamos hablar de que estas están sometidas a un control de proporcionalidad en sentido amplio (justificación y razonabilidad de la medida) que, a su vez, incluye otro en sentido estricto (que la medida sea, además de apropiada al supuesto, indispensable para proteger el interés superior en juego).

63. Dicho sea, para finalizar, que el citado control de las restricciones a la libertad de establecimiento deriva de una prolífica jurisprudencia del TJUE, si bien su aplicación al problema de la ley aplicable a las sociedades y a las migraciones de domicilio intra UE se recoge en un número bastante reducido de asuntos.

64. Como curiosidad, dentro ya del ámbito de las explicaciones que se darán en el siguiente apartado, pudiera decirse que el tratamiento del problema presentado por el cauce del *case law* no es sino una de las muchas influencias de un Reino Unido reacio desde siempre a realizar concesiones a una UE de la cual a día de hoy se está separando.

Es irónicamente, además, el Estado británico el que, junto a otros Estados miembros, ha defendido con firmeza su criterio de determinación de la *lex societatis* frente a toda ambición europea de armonizar esta materia que, como veremos más adelante, ha permanecido desde largo en la lista de tareas pendientes de la UE.

2. La jurisprudencia del TJUE en materia de ley aplicable a las sociedades y al traslado intracomunitario de domicilio social

65. A pesar de que exista la expectativa de una muy esperada Directiva en la citada materia, lo cierto es que esta aún no ha sido elaborada. Por ello, a la hora de tratar esta materia, es imperativo y, de momento, fundamental, comentar la jurisprudencia del TJUE al respecto.

66. Nótese que la jurisprudencia del alto Tribunal es del todo contraria a la legislación, análoga por materia, relativa a las sociedades europeas. Como a continuación se verá, esta primera es sobremanera conductiva del movimiento intracomunitario de las sociedades: Si bien en un primer momento quizás pudiese ser mínimamente restrictiva con este, lo cierto es que a día de hoy, más aún tras la Sentencia Polbud, otorga una libertad casi plena a las sociedades en la elección de su ley aplicable, lo cual, ciertamente, puede ser el nido de un aprovechamiento fraudulento del derecho a la libertad de establecimiento.

²⁸ R. ARENAS GARCÍA, “El legislador europeo y el DIPr de sociedades en la UE” *Revista Española de Derecho Internacional*, 2017, Vol. 69, nº1, p. 56

67. En pro de una mayor brevedad y claridad expositiva, la ocasión merece el tomarse la licencia de clasificar en dos categorías los asuntos que, en materia de traslado del domicilio social, ha resuelto el TJUE, desde el asunto *Daily Mail* de 27 de septiembre del 1988 al asunto *Polbud* de finales del año 2017 –concretamente de 25 de octubre de dicho año–.

De manera sucinta, podría señalarse que contamos con dos tipos de asuntos; por un lado, aquellos que enjuician restricciones impuestas por parte del Estado del cual la sociedad quiere moverse –ya sea trasladando su sede real o simplemente su domicilio registral– o, en otras palabras, de su Estado de origen; por otro, los relativos al enjuiciamiento de las medidas restrictivas de la libertad de establecimiento impuestas por parte del Estado de destino, que es aquel al cual la sociedad quiere llevar su nota registral o su sede real.

68. Bien es cierto, como puede deducirse, que *Polbud* rompe en cierto modo con esta categoría, al menos a nivel de hechos, siendo realistas jurídicos. No sucede así, opino, si llevamos esta división a un plano de reflexión teórica centrada en los conceptos, en la salida y entrada de sociedades de un Estado miembro de la UE a otro y en el alcance que debiera de dársele a las consideraciones relativas a la libertad de establecimiento en uno u otro caso²⁹.

A) Jurisprudencia relativa a medidas restrictivas de la libertad de establecimiento impuestas por el Estado de destino

69. En relación con lo explicado, esta categoría de asuntos es, posiblemente, la más fácil de deducir. El esquema es el siguiente: nos encontramos con una sociedad válidamente constituida en un Estado miembro que quiere ejercer actividades en otro Estado miembro.

Dicho traslado, siempre que esté libre de colisionar con la legislación del Estado en el que la sociedad nace, será, siempre y cuando no sea solo la apertura de una rama o filial, el de la sede real de esta –trasladar el domicilio registral sería una transformación propiamente dicha–.

70. Así el TJUE dictamina que *Centros*, una sociedad constituida en Inglaterra, con Administración central y establecimiento principal en Dinamarca, ha de ser reconocida en este último Estado como una sociedad inglesa, a pesar de que sus socios no desempeñen ninguna actividad en Inglaterra y puedan ser incluso de nacionalidad danesa –lo cual refleja que la libertad de establecimiento comprende la libertad de elección de ley aplicable para constituir una sociedad–. De manera prácticamente igual se pronuncia el Tribunal en los asuntos *Überseering*³⁰, *Inspire Art*³¹ o *Vale*³².

Como puede evidenciarse, una sociedad constituida en un Estado que siga la *incorporation theory*, puede, evidentemente, suscitar reticencia a ser recibida por otro Estado miembro en el que se siga la teoría de la sede real, en cuanto que, posiblemente, las exigencias de constitución allí sean más gravosas y la sociedad en cuestión las esté –en cierto modo– esquivando.

71. Es precisamente por lo explicado por lo que, usualmente, los Estados miembros adscritos a la teoría de la sede real tienden a rechazar la entrada de sociedades válidamente constituidas en Estados que siguen la *incorporation theory*, especialmente la de las que se crean bajo ordenamientos jurídicos *poco exigentes*.

Y es que es del todo cierto que estos movimientos pueden ser abusivos en cuanto al uso que dan de la libertad de establecimiento, especialmente en los casos en los cuales la sociedad que solicita el traslado no desempeña actividad alguna en su Estado de origen y tan solo busca constituirse válidamente en aquel, cumpliendo menores requisitos de constitución, y llevar a cabo toda su actividad en aquel Estado en el cual no ha querido –o no ha podido– constituirse.

²⁹ F. MUCCIARELLI, “Company ‘Emigration’ and EC Freedom of Establishment: Daily Mail Revisited”, *European Business Organization Law Review (EBOR)*, Ed. Cambridge University Press, 2008, Vol. 9, n°2, pp. 277-281.

³⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de noviembre de 2002, *Überseering*, asunto C-208/00, EU:C:2002:632.

³¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de septiembre de 2003, *Inspire Art*, asunto C-167/01, EU:C:2003:512.

³² Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 12 de julio de 2012, *Vale*, asunto C-378/10, EU:C:2012:440.

72. Aun así, ha de decirse que no es menos cierto que, quizás, la libertad de establecimiento comprenda también la libertad de decidir en qué Estado constituirse como sociedad para poder, posteriormente, llevar a la práctica el ámbito más evidente de esta: el poder establecerse o desempeñar una determinada actividad en cualquier Estado miembro –siempre y cuando la sociedad se constituya válidamente conforme a la legislación de cualquier Estado miembro–.

73. Precisamente, con respecto a estas medidas restrictivas impuestas por el Estado de destino se ha pronunciado el TJUE, y en estos pronunciamientos, ciertamente, la prosperidad o no de dichas medidas viene a depender de una ponderación que el Tribunal establece, que no es sino una regla de proporcionalidad que da respuesta a las cuestiones explicadas con anterioridad: ¿interfiere la medida con la libertad de establecimiento? ¿es apropiada –o fundamentada en razones de interés público–? ¿es proporcional y no discriminatoria? A rasgos generales, conviene señalar que las medidas puestas a tela de juicio no superan este filtro y suelen ser declaradas contrarias a la libertad de establecimiento. No sucedía así, como veremos, con las normas impuestas por el Estado de origen, que es el que, al fin y al cabo, decidía, hasta el fallo de *Polbud*, sobre *la vida y la muerte* de la sociedad.

B) Jurisprudencia relativa a medidas restrictivas de la libertad de establecimiento impuestas por el Estado de origen

74. Para comenzar, con respecto al primer tipo de asuntos que el TJUE ha conocido, es totalmente necesario hacer una sucinta alusión al hasta hace poco paradigmático asunto *Daily Mail*, resuelto en una dirección totalmente opuesta a *Polbud*.

En el citado asunto, por explicarlo de manera sucinta, una compañía domiciliada en el Reino Unido, *Daily Mail and General Trust PLC* –dueña de, entre otros, el reconocido periódico *Daily Mail*– solicita a dicho Estado permiso para trasladar su administración a los Países Bajos manteniendo, a la vez, su personalidad jurídica inglesa.

75. En otras palabras, *Daily Mail* quería trasladar su actividad real a otro país –con fines puramente fiscales– y mantener su domicilio registral en Reino Unido. En un principio, teniendo en cuenta lo comentado sobre la teoría de la incorporación, en la cual dicho Estado inspira su legislación societaria, esta maniobra debería de ser perfectamente posible.

76. En relación con lo anterior, sin embargo, la legislación fiscal inglesa exige a toda sociedad que quiera trasladar su domicilio a efectos fiscales una autorización previa de la Tesorería del Estado, lo cual, en cierto modo, es contradictorio con la filosofía tremendamente conductiva del movimiento de las sociedades en la que su legislación societaria se inspira. Dicha contradicción representa, a todas luces, la otra cara de la moneda de la teoría de la incorporación: no imponer prácticamente restricción alguna al movimiento societario, esto es, no solo en materia de Derecho societario, supondría para los Estados un tremendo foco de pérdidas fiscales. Y es que parece del todo lógico y evidente que el domicilio fiscal de la persona jurídica se corresponda con el lugar en el que desarrolla la mayor parte de su actividad y no de ninguna otra manera. Con respecto a la nacionalidad de esta, a efectos de la ley que le es aplicable, como puede verse, la cuestión se retuerce.

77. Independientemente de este comentario, como es de esperar, el TJUE ajusta su decisión a los hechos presentados y al escasísimo Derecho aplicable. En esta línea, con respecto al impedimento que el Reino Unido impuso a *Daily Mail*, señaló lo siguiente:

Al respecto, ha de recordarse que, al contrario que las personas físicas, las sociedades son entidades creadas en virtud de un ordenamiento jurídico, y, en el estado actual del Derecho comunitario, en virtud de un ordenamiento jurídico nacional. Sólo tienen existencia a través de las diferentes legislaciones nacionales que regulan su constitución y su funcionamiento.

78. El TJUE, en definitiva, reconoció el Derecho del Reino Unido o de cualquier otro Estado miembro a regular, evidentemente, los requisitos por los cuales se le reconoce personalidad jurídica a las sociedades creadas bajo el manto de su ordenamiento jurídico. Las Sociedades son pues creaciones de un ordenamiento jurídico, *criaturas* de cada uno de los Estado miembros.

79. Esto último, sin embargo, no fue óbice para que el Tribunal advirtiese – como si de una profecía se tratase– que las disposiciones del actual TFUE relativas a la libertad de establecimiento, además de actuar como protección de este derecho en cuanto a medidas restrictivas impuestas por el estado de destino o acogida:

Se oponen, asimismo, a que el Estado de origen obstaculice el establecimiento en otro Estado miembro de uno de sus nacionales o de una sociedad constituida de conformidad con su legislación.

80. Visto esto, resulta increíblemente difícil de imaginar, ponderando los dos fundamentos en juego –la libertad de cada Estado miembro para elaborar las leyes que rijan el funcionamiento de las sociedades constituidas bajo su propio ordenamiento y la libertad de establecimiento–, una medida impuesta por el Estado de origen que sea contraria a la libertad de establecimiento o que, al menos, restrinja esta de manera abusiva o discriminatoria.

81. De cualquier modo, conviene comentar que los asuntos encuadrados en esta categoría daban por sentada la competencia de cada Estado miembro para determinar su *lex societatis*. En este sentido, solían obviar la aplicación de la ya mencionada *rule of reason* –las tres cuestiones a las que ha de responder la medida conflictiva con la libertad de establecimiento– y venían considerando toda normativa relativa a la nacionalidad de las sociedades válida en contraste con la ya mencionada libertad.

82. En el mismo sentido se pronuncia el Tribunal en el asunto *National Grid Indus*³³. Curiosamente, este último asunto dibuja un conflicto entre dos Estados que siguen la teoría de la incorporación, Holanda y Gran Bretaña. Sin embargo, irónicamente, la sociedad *National Grid Indus*, domiciliada en Holanda, interesa de un traslado de su sede real a Reino Unido, operación para la cual el fisco holandés le exige el pago de un impuesto *de salida*. Dicho impuesto, consecuencia tremendamente menos grave que la impuesta en *Daily Mail*, que era la pérdida de personalidad jurídica si cae en el ámbito de aplicación del TFUE.

Precisamente por ello, por no mediar pérdida de personalidad, visto que las sociedades son creaciones de los derechos nacionales, en este caso si es aplicable el art. 49 TFUE y la sociedad Holandesa puede alzarse contra la medida y alegar su contrariedad a la libertad de establecimiento, por constituir esta primera un obstáculo para la última.

83. Citando al Tribunal, en relación con lo anterior este señala que *en virtud de la normativa nacional controvertida en el litigio principal, el traslado de la sede de dirección efectiva de una sociedad neerlandesa a otro Estado miembro conlleva la tributación inmediata de las plusvalías latentes correspondientes a los activos trasladados, sin que tales plusvalías sean objeto de gravamen cuando una sociedad de ese tipo traslada su sede dentro del territorio neerlandés. Las plusvalías correspondientes a los activos de una sociedad que traslade su sede dentro del Estado miembro en cuestión sólo serán gravadas cuando se hayan realizado efectivamente y en la medida en que lo hayan sido. Esta diferencia de trato por lo que respecta a la tributación de las plusvalías puede disuadir a una sociedad neerlandesa de trasladar su sede a otro Estado miembro.* Es por ello mismo por lo que el TJUE califica esta diferencia de trato como discriminatoria, en cuanto que no está sujeta a razones objetivas y rechaza también otras alegaciones de los estados francés, español y portugués que tratan de legitimar la medida holandesa.

³³ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 29 de noviembre de 2011, *National Grid Indus*, asunto C-371/10, EU:C:2011:785.

84. Visto esto, puede señalarse que a pesar de que se suele decir lo contrario, la normación o no de esta materia si puede tener ciertas repercusiones tributarias.

85. Siguiendo con el tema central, hasta el asunto *Cartesio*, que allana el camino a *Polbud*, esta sería la dinámica decisoria del tribunal: prácticamente toda restricción del Estado de origen de la sociedad no es sino una regulación de su vida y su muerte, cuestiones que, en todo caso, son de su absoluta competencia, ya que es este Estado el que, a través de su ordenamiento, confiere personalidad jurídica a la sociedad.

Así, casi diez años antes del fallo del asunto *Polbud*, en el año 2008, el TJUE introduce unos *obiter dicta* bastante reveladores –y quizás un tanto fuera de lugar– en su Sentencia *Cartesio* –que dirime una cuestión similar a la presentada en Daily Mail, y lo hace además de manera idéntica–.

86. Señala el Tribunal, en primer lugar, algo que ya sabemos: (...) *un Estado miembro ostenta la facultad de definir tanto el criterio de conexión que se exige a una sociedad para que pueda considerarse constituida según su Derecho nacional y, por ello, pueda gozar del derecho de establecimiento como el criterio requerido para mantener posteriormente tal condición.*

87. A pesar de lo evidente que es la anterior afirmación, añade también lo siguiente, dibujando un supuesto similar al resuelto en *Polbud*: *La referida facultad engloba la posibilidad de que ese Estado miembro no permita a una sociedad que se rige por su Derecho nacional conservar dicha condición cuando pretende reorganizarse en otro Estado miembro mediante el traslado de su domicilio al territorio de éste, rompiendo así el vínculo de conexión que establece el Derecho nacional del Estado miembro de constitución.*

Sin que esto último signifique tampoco, según se señala en el párrafo 112, que la posibilidad de llevar a cabo esta petición o exigencia, *lejos de implicar algún tipo de inmunidad de la normativa nacional en materia de constitución y de disolución de sociedades a la luz de las normas del Tratado CE relativas a la libertad de establecimiento, no puede, en particular, justificar que el Estado miembro de constitución, imponiendo la disolución y la liquidación de esa sociedad, impida que ésta se transforme en una sociedad de Derecho nacional del otro Estado miembro, siempre que ese Derecho lo permita.*

88. Todo lo anterior, de todos modos, antes de *Cartesio* o *Polbud*, hubiera podido ser interpretada en el sentido que, efectivamente, el Estado de origen de la sociedad puede exigir a esta liquidarse antes de un traslado del domicilio. Todo quedaría reducido a casos excepcionales en los que la extinción de la personalidad jurídica fuese de un carácter patentemente contrario y discriminatorio y, era, de hecho, poco previsible que fuese a extenderse a prácticamente cualquier supuesto de transformación transfronteriza, incluso sobre el papel.

89. Así, sin embargo, lanzó la primera piedra el Tribunal a una serie de fallos que habían sentado una jurisprudencia ya firme. Precisamente en este contraste o cambio jurisprudencial reside lo criticable del fallo del asunto que lo materializa, *Polbud*, de lo cual pasa a hacerse un comentario crítico a continuación.

3. Consideraciones críticas. Especial referencia al asunto Polbud

90. Con respecto al fallo que el TJUE emite en *Polbud* debe señalarse que, si bien este es bastante criticable, la realidad es que es, a su vez, del todo sabio por dos sencillas razones:

Por un lado el fallo es totalmente ajustado a Derecho, en cuanto no existe en absoluto regulación más allá de los principios generales o cuestiones incluso políticas que permitan realizar una crítica con la debida consistencia.

Por otro, la aplicación de ciertas normas tal y como algunos interesados plantean es, como veremos, totalmente irrazonable.

91. Sin perjuicio de ello, se comentará pues, además del acierto que supone el resolver de manera correcta o con arreglo a derecho, el lado negativo de tal camino, así como las alternativas –legales también– a este.

Es preciso ahora pues comentar las dos caras de este fallo que se encuentran, como se ha señalado, dentro de lo razonable. Comencemos.

A) Del ajuste del fallo al derecho vigente

92. En primer lugar debería señalarse que la pretensión de la Comisión de aplicar en casos similares –y en el asunto *Polbud*, por ejemplo– la legislación vigente para los traslados de domicilio intraeuropeos que se lleven a cabo por parte de las llamadas Sociedades Anónimas Europeas –SE– y las Sociedades Cooperativas Europeas –SCE– es inadmisibles de plano.

Ambos tipos sociales, creados en el seno de la UE como herramienta para la promoción de la libertad de establecimiento y el fortalecimiento del mercado interior, aparte de no haber tenido demasiado éxito, son precisamente lo que su nombre y fines indican: tipos sociales específicos a los cuales, evidentemente, se les ha de aplicar una normativa propia. Dicha normativa no es otra que la Comisión pretende aplicar y que toma la teoría de la sede real como criterio de determinación de la *lex societatis*.

Huelga señalar que aplicar esta normativa a todo el resto de sociedades, entendiéndose estas como las nacionales de cada Estado miembro, sería, cuanto menos, forzado. Por ser más ilustrativos, esas normas³⁴, las referidas a las SE y SCE, son las que regulan precisamente el nacimiento y vida de estas y, evidentemente, no las de cualquier otra.

93. Lo mismo sucede con la pretendida aplicabilidad que, desde algún sector doctrinal e institucional europeo, se pretende sostener con respecto de la 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. Son, del todo, inaplicables a estos casos, los concernientes al traslado o migración del domicilio social, dentro de la UE, de sociedades creadas con arreglo al Derecho de sus Estados miembros. Así y no de otra forma lo sostiene el propio TJUE.

94. Por otro lado, más allá de estas poco viables alternativas jurídicas, conviene asimismo señalar que, en la Sentencia del asunto *Cadbury Schweppes*³⁵, si bien lo hace refiriéndose a materia tributaria, el TJUE señala que *una medida nacional que restrinja la libertad de establecimiento puede estar justificada cuando tenga por objeto específico los montajes puramente artificiales cuyo objetivo sea eludir la aplicación de la legislación del Estado miembro de que se trate*. Supongo que es del todo natural preguntarse por qué el Tribunal no abraza las razones que tiempo atrás sostuvo, máxime cuando en este asunto puede apreciarse cierto abuso de la libertad de establecimiento.

95. Como respuesta a esta pregunta puede oponerse, eso sí, que en este caso no hay montaje artificial de ningún tipo: las sociedades constituidas con arreglo a ordenamientos jurídicos que optan por la *incorporation theory* no vulneran ninguna realidad, y su conjugación con la libertad de establecimiento y las posibles relaciones que pueda guardar con Estados que siguen la teoría de la sede real no puede seguir por el momento otro camino, dentro de la UE, que aquel que el TJUE señala en *Polbud* –en el sentido de que no puede señalarse que exista montaje artificial alguno–.

96. No obstante, como veremos, en comentarios sobre los ámbitos de aplicación de la libertad de establecimiento y, en especial, en el tratamiento de las conclusiones de la AG Kokott, es bastante argüible la inexistencia de este *montaje*. En otras palabras, si hay motivos más que razonables para

³⁴ Reglamento (CE) n° 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE), DOUE-L-2001-82441, y Reglamento (CE) n° 1435/2003: Estatuto de la sociedad cooperativa europea (SCE), DOUE-L-2003-81380.

³⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 12 de septiembre de 2006, *Cadbury Schweppes*, asunto C-196/04, EU:C:2006:544.

determinar que estamos en *Polbud* ante un montaje con el mero fin de elegir la ley aplicable y no ante una inocente elección de lugar, de Estado miembro, para constituir una sociedad y luego, en uso de la libertad de establecimiento, operar en otro o en cualquiera de ellos.

B) De las consecuencias prácticas del fallo

97. Ya en segundo lugar, con respecto a las consecuencias prácticas que el fallo de *Polbud* puede suscitar, sí es necesario realizar una crítica y un llamado a la armonización –pese a que, como se ha dicho, la aplicación del Derecho y los razonamientos del Tribunal son intachables: de hecho, como ya se tuviere oportunidad de señalar, parece ser, y es, que el propio TJUE llame en ocasiones a la armonización de la materia que estamos tratando–.

98. Es evidente que el fallo de *Polbud* y los *obiter dicta* de *Cartesio* van aparentemente más allá de los límites de la libertad de establecimiento. De hecho, es el propio TJUE el que, en su llamado a la armonización, termina por armonizar, pero desgraciadamente omitiendo todo debido cuidado con respecto a la distribución competencial entre la UE y los Estados miembros.

99. El Tribunal acaba, con *Polbud*, por dejar en una posición de preponderancia una de las tan comentadas tesis de determinación de la *lex societatis*. Aquella que queda en posición de dominancia no es sino la tesis de la incorporación, que es tremendamente más conductiva con la libertad de establecimiento que la de la sede real pero, en primer lugar, no es compartida por todos los Estados miembros y, en segundo, es incrustada vía jurisprudencia en los ordenamientos de estos últimos sin que estos hayan cedido competencia en la materia a la UE.

100. Puede argüirse que esta última tesis es, quizás, más respetuosa con la realidad. Así lo confirman las regulaciones europeas existentes en otras materias, como lo pueden ser la relativa a la competencia judicial internacional, la determinación del domicilio fiscal o la protección del consumidor o el trabajador. La sede real es precisamente eso: la sede real. El lugar en el cual realmente desarrolla su vida la sociedad.

Un indicio claramente revelador de esta postura aquí expuesta es precisamente la realidad en materia fiscal: como vimos con *Daily Mail*, incluso los Estados que siguen la teoría de la incorporación en lo referente a la determinación de la *lex societatis* siguen, por contra, una teoría de la sede real en lo relativo al domicilio fiscal. Qué sería si no de las arcas de sus Haciendas.

Además, como puede sustraerse de la STJUE del ya citado asunto *Cadbury Schweppes*, toda sociedad residente en el Reino Unido tributa, curiosamente, por impuesto de sociedades en concepto de los beneficios obtenidos por esta en el resto del mundo, y si bien se prevén bonificaciones fiscales como contrapeso para posibles dobles imposiciones, grandes facilidades para la constitución de sociedades unidas a un tipo impositivo bajo pueden resultar, dentro de esta lógica, en una considerable obtención de ingresos³⁶. Júntese esto al hecho de que las normas más laxas en lo referido a la constitución de sociedades mercantiles en Reino Unido hacen que este Estado esté en el primer puesto, a nivel europeo, en lo relativo a cantidad de sociedades administradas exclusivamente por nacionales de otros Estados miembros³⁷.

101. La postura que el TJUE defiende en esta última tendencia jurisprudencial no es otra que la legitimación de un hecho: que los domicilios sociales pueden ser un mero buzón, y todo esto pretendidamente amparado, a su vez, por una libertad impulsada por ideas tan nobles e integradoras como lo es la libertad de establecimiento.

³⁶ F. MARTÍNEZ RIVAS, “Traslado internacional de sede social en la Unión Europea: del caso “Daily Mail” al caso “Cartesio”. Veinte años no son nada” *CDT*, 2009, Vol. 1, nº1, p. 134.

³⁷ C. GERNER-BEUERLE; F. MUCCIARELLI; E. SCHUSTER; M. SIEMS, “Why Do Businesses Incorporate in Other EU Member States? An Empirical Analysis of the Role of Conflict of Laws Rules”, 2018, pp. 14-27. Disponible en: <https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID3012139_code1688367.pdf?abstractid=3012139&mirid=1> (Último acceso a 18/07/2019)

102. Ciertamente es que es necesaria la armonización y que así, sin duda, lo entiende el Tribunal. Pero no es menos cierto, de ningún modo, que la armonización responde a un principio fundamental en lo que respecta a la soberanía de los Estados: esta ha de ser “cedida” por ellos –en el sentido de que se firmaron en su momento Tratados constitutivos que responden al principio de atribución– y no absorbida directamente por el TJUE sino por las instituciones europeas competentes para legislar que, en principio, responden al compromiso unificador e integrador de los primeros.

103. Hablamos tras *Polbud* de, en definitiva, un exceso de alcance de la libertad de establecimiento³⁸ que puede llegar a una consecuencia que, irónicamente, es la que los Estados miembros de la UE pretendían evitar a través de la no regulación y la relativización del choque entre sus teorías de determinación de la *lex societatis*. Dicha consecuencia no es otra que el *Delaware effect*, del cual se hablará en posteriormente y que, en fin, puede suponer en este caso una armonización forzada y totalmente descontrolada. Y todo ello en perjuicio del individuo como tercero acreedor de una sociedad, socio, cliente e incluso –podría ser– mero interesado, aun a título completamente indirecto³⁹.

C) Sobre las conclusiones de la Abogada General Juliane Kokott

104. Tras una acertada explicación de las circunstancias del asunto *Polbud* en la cual no nos reiteraremos, la AG Kokott emite las conclusiones⁴⁰ que a continuación se resumen.

105. En primer lugar, comienza señalando la AG que el ámbito de protección de la libertad de establecimiento halla su límite en la intención o llevanza a cabo de una implantación real en otro Estado miembro destinada a desempeñar en este una actividad económica efectiva. Como ya hemos visto y señala la AG, todo esto queda sentado sin perjuicio de la facultad que el Estado miembro de destino y el de origen tienen para delimitar el punto de conexión exigible a una sociedad para considerarse constituida según su Ordenamiento.

106. En segundo, definida esta máxima del Derecho societario europeo para la AG, señala asimismo la Letrada que siempre que se cumpla esta, habrá una restricción de la libertad de establecimiento al exigirse, en el Estado de origen, la liquidación y disolución de la sociedad para poder cancelar su inscripción registral por haber trasladado esta su domicilio a otro Estado.

Esta concreta medida o exigencia de liquidación y disolución, pues, constituye una restricción a la libertad de establecimiento que, como se ha venido viendo en este trabajo, podría estar justificada en ciertos motivos. Sin embargo, concluye la AG, en tercer lugar, que esta no es un medio proporcionado para proteger a acreedores, socios minoritarios y trabajadores de la sociedad en cuestión.

107. Para llegar a tal solución, la AG comienza por diferenciar la libertad de establecimiento, en el sentido del derecho de las sociedades a abrir filiales o desempeñar actividades en el resto de Estados miembros, de las operaciones de transformación transfronteriza que solo tengan como objeto un cambio de ley aplicable. Por ende, citando la STJUE *Cadbury Schweppes*, señala que ha de apreciarse la actuación de la libertad de establecimiento cuando exista intención real, o al menos potencial, de establecerse efectivamente en otro Estado miembro y desarrollar allí una actividad económica.

Distingue sabiamente esto último de una mera transformación sobre el papel, a efectos de efectuar un cambio en la ley aplicable, operación que, según ella, no queda protegida por el ámbito de la libertad de establecimiento. Tiene tal argumentación un gran sentido: como vimos y se comentará tam-

³⁸ No hablamos aquí de un exceso de alcance en el sentido más puramente literal de la palabra, sino en otro: la armonización o la regulación de estas situaciones se hace ya imperativa.

³⁹ J.F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “De nuevo sobre el traslado de sede social al extranjero: comentario al caso *Polbud*” *La Ley mercantil*, 2017, N° 41, p. 6.

⁴⁰ Conclusiones de la Abogada General Sra. Juliane Kokott, presentadas el 4 de mayo de 2017, *Polbud*, asunto C-106/16, EU:C:2017:351.

bién más adelante, no es lo mismo el constituirse con arreglo al ordenamiento de un estado miembro y, después, efectuar actividades en otro, que el pretender que este cambio de ley aplicable, que puede no tener sustento alguno, quede amparado por la libertad de establecimiento.

108. Entre estos razonamientos la AG señala que la jurisprudencia del TJUE no admite un cambio de ley aplicable en sí, como fin y que, por lo tanto, un cambio de *lex societatis* sobre el papel, sin asentamiento real en el Estado de destino, no debería quedar amparado por la libertad de establecimiento.

109. A pesar de estar de acuerdo con esta afirmación final, he de señalarle sin embargo un matiz: el TJUE si admite, en la práctica, quizás de manera menos específica, la elección del derecho aplicable. Es un hecho que un nacional de un Estado miembro puede escapar a la normativa de su territorio creando una sociedad en otro Estado con una normativa más laxa y preferiblemente seguidora del principio de incorporación, lo cual, en cierto modo, comporta un cambio de la ley aplicable a una sociedad que, en realidad, solo operará en el primer Estado.

Esto último si halla fundamento en la libertad de establecimiento –el fin es desempeñar una actividad en un Estado, sea cual sea–, en la no discriminación –cualquier ciudadano de la UE puede constituir sociedades en Estados miembros– y en el principio de mutuo reconocimiento –los Estados miembros han de reconocer a las sociedades válidamente constituidas en sus homólogos–.

110. Las barreras son finas y las consecuencias similares, sea cual sea el caso. Esto no es óbice, sin embargo, para igualar situaciones que, en cierto modo pueden ser criticables –pero que quedan adscritas inevitablemente a la libertad de establecimiento, a falta de armonización o normación de tipo alguno–, con situaciones otras que no hallan casi ningún factor en su interior que grite “libertad de establecimiento”.

La polémica, sobre todo tras la entrada en juego de razonamientos como los de la AG Kokott y la puesta sobre la mesa de otras sentencias del TJUE – las cuales quedan en entredicho tras *Polbud*– queda así pues, servida. No hablamos ya de cuestiones relativas al establecimiento real en términos subjetivos –qué nacionales, qué individuos o con qué intenciones constituyen una sociedad en un Estado miembro–, sino en terminología puramente objetiva: ¿media o ha de respetarse la libertad de establecimiento en una transformación transfronteriza sobre el papel? ¿Qué clase de problemática de reconocimiento hay aquí? ¿Habría de prevalecer sobre la facultad, competencia, de los Estados miembros de definir a sus sociedades?

4. La crisis de identidad del Derecho societario europeo

111. En lo respectivo a estos dos tipos sociales que anteriormente mencionábamos, la doctrina se plantea una cuestión que es interesante, pero que por motivos de espacio no trataremos de manera completa.

En todo caso, la cuestión es la siguiente: ¿son realmente las SE y las SCE sociedades de dimensión comunitaria? El que se opte por la teoría de la sede real en su regulación puede ser un indicio claro de que no y de hecho, esta opción hace que las SE y las SCE tengan muchísima menos movilidad que las sociedades nacionales de cada Estado miembro –a las SE y SCE se les exige liquidación previa al traslado de su sede, lo cual es discriminatorio, y podría sostenerse que incluso contradictorio, con respecto a las libertades que el TJUE reconoce a las segundas⁴¹.

112. Como ya dijimos, la teoría de la incorporación es realmente conductiva con la libertad de establecimiento⁴². A su vez, por contra, la teoría de la sede real “ancla” a las sociedades, de manera

⁴¹ I. ALMAGRO ESPUNYES, “El domicilio social en el Derecho Comunitario: las Sociedades Europeas a la luz de la sentencia *Überseering*” *BFD. Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, 2004, Nº 25, p. 287.

En el mismo sentido, M.A. AMORES CONRADI, “Ubi Societas Europaea: sobre el domicilio social y legislación(es) aplicable(s) a la sociedad anónima europea (SE)” *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, 2003, Nº8, pp. 25-52.

⁴² Y así lo entiende la doctrina autorizada. Véase a tal respecto la siguiente obra, ya citada: A. CALVO CARAVACA, J. CARRAS-

irremediable, a un Estado. Por ende, ¿podemos hablar realmente de que exista una sociedad “europea”? La realidad es que los Estatutos de ambos tipos de sociedad ni tan siquiera hacen lo que se hizo en otras normas europeas y se lanza directamente a una de las teorías del derecho aplicable a las sociedades, no compartida por todos los Estados miembros.

Aquí ha de repararse de nuevo en la importancia de las pretensiones de la Comisión y ciertos sectores de la doctrina con respecto a la aplicación de la normativa de las SE y de las SCE al problema tratado en este trabajo.

Puede entenderse en este sentido que la teoría de la tesis de la incorporación es contraria a la que hasta ahora es la esencia del Derecho societario europeo, que como hemos visto sigue la tesis de la sede real en cuanto a regulación de sus tipos sociales específicos se refiere. Sin embargo, como veremos, esto es falaz, tanto como lo es el argüir que una sociedad creada conforme a las leyes de un Estado que sigue la teoría de la incorporación incurre necesariamente en un fraude⁴³.

113. Es cuestión pacífica que la regulación de la materia tratada en este análisis, los criterios para la determinación de la *lex societatis*, no es competencia de la UE. En este sentido, vista la “convivencia” no siempre pacífica entre la teoría de la sede real y la de la incorporación, es pertinente el realizar una matización del todo importante:

Somos concedores ya de un principio o libertad que, en fin, es un pilar básico de la UE: la libertad de establecimiento. Ello no obsta, por el contrario, de que conozcamos otro fundamento de la Unión, el principio de atribución, que hace necesaria una previa cesión de competencias por parte de los Estados miembros para que esta pueda legislar en cualesquiera que sean las materias sobre la mesa.

114. Conscientes ya de esto, y del hecho fundamental, que es que la UE no es competente para determinar los criterios de conexión de las sociedades con los Estados miembros, entra en juego la “regla de reconocimiento comunitario de situaciones jurídicas”.

Como señalan CALVO CARAVACA y CARRASCOSA⁴⁴, contraria al método clásico de Savigny, que remite la regulación material de una situación privada internacional al Derecho del país con el cual la situación presenta el vínculo más estrecho, la regla de reconocimiento comunitario de situaciones jurídicas o Anerkennungsprinzip se fundamenta en un adiós al método savigniano.

Dicho adiós a las remisiones a los Derechos nacionales, siendo breves, supone un reconocimiento o aceptación instantánea, por parte de un Estado de la UE, de las realidades que se materialicen en otro un Estado miembro que vayan a tener conexión con él –como sucede en materia societaria, cuando una sociedad constituida en un Estado de la UE quiere operar en otro–.

115. Visto esto, es evidente la conexión que esta teoría guarda con las decisiones del TJUE que han sido comentadas es cercanísima, ya que los Estados miembros han de reconocer y aceptar la operancia de sociedades constituidas en otros Estados miembros, todo ello con fundamento en el respeto a la libertad de establecimiento. Sin embargo, reiterandonos de nuevo en lo anteriormente dicho, el alcance dado a la libertad de establecimiento por el TJUE es, en cierta manera, y habida cuenta de las competencias de la UE, excesivo. Podría argüirse, como señalan ciertos autores, que el tribunal trasciende de lo jurídico y actúa como actor político. Y ello a costa de la regulación que, quizás, pudiera llegar en un futuro⁴⁵.

Con *Polbud*, y de manera previa con *Cartesio*, el TJUE desborda incluso la *Anerkennungsprinzip*. No hablamos en *Polbud* de un reconocimiento, propiamente dicho, de una situación privada acontecida en otro Estado miembro –como si sucede en *Überseering*–. Lo que ocurre en este caso es, en

COSA, “Sociedades mercantiles: libertad de establecimiento y conflicto de leyes en la unión europea” *Estudios de Deusto*, 2012, Vol. 55, nº1, p. 59.

⁴³ V. KNAPP, “Cross border mobility: what do we need in practice?”, Revista *ERA Forum*, 2018, Vol. 19, nº1, p. 72.

⁴⁴ A. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA, “Sociedades mercantiles: libertad de establecimiento y conflicto de leyes en la unión europea” *Estudios de Deusto*, 2012, Vol. 55, nº1, p. 88.

⁴⁵ T. BIERMEYER, M. MEYER, “Chaos days and tragedy in EU legislation making on cross-border corporate mobility?” *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2018, Vol. 25, nº1. Disponible en: <<https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/1023263X18767801>> (Último acceso a 18/07/2019)

definitiva, una contradicción con respecto a lo sentado años atrás en *Daily Mail* y una inmiscusión clara –a pesar de que se fundamente en la integración– en la soberanía de los Estados miembros: no puede considerarse, en ningún caso, que el hecho de que un Estado miembro haya de reconocer personalidad a una sociedad –de otro– que vaya a operar en él, sea idéntico a lo que ocurre en *Polbud*, que como hemos visto es imponer a un Estado miembro obligaciones que interfieren del todo con lo que es su competencia, que es el determinar la vida –y la muerte– de sus propias sociedades.

116. Llegados a este punto, hemos de plantearnos una última cuestión: ¿cuál es el futuro de nuestro Derecho societario europeo en la materia tratada? ¿que principios inspirarán la regulación, si es que llega? Porque, dicho sea de paso, las reflexiones positivas que cierto sector doctrinal ofrece con ocasión de *Polbud*, si bien son compartidas mayormente desde mi humilde ver, insisten quizás con demasiado ímpetu en que el fallo, además de correctísimo, era del todo esperable.

Cierto es que en el marco de la situación actual la teoría de la incorporación es más respetuosa con la integración de la UE y con la libertad de establecimiento. Cierto es también que facilita el reconocimiento de sociedades entre Estados, que se impone de manera vigorosa en el fallo de *Polbud*. Sin embargo, de ser esta preponderancia, ante todo lo demás, de la libertad de establecimiento totalmente correcta, ¿por qué toda la doctrina exige pues una regulación o una solución? *Polbud* parece dejar intranquilos a todos, tanto a los defensores de la integración máxima, como a los escépticos –cierto es que sin demasiada razón para serlo– con la libertad de establecimiento absoluta o, mejor dicho, con los supuestos tintes fraudulentos que pretendidamente por ellos oculta la incorporation theory. Sospecha esta última ya de sobra tratada y que llegados a este punto ha de señalarse que puede no guardar coherencia ni, por un lado, con el principio de confianza que rige entre Estados la UE ni, por otro, con la autonomía de otros conceptos de domicilio –en materia fiscal o a efectos laborales o de competencia judicial internacional, por ejemplo–⁴⁶.

117. Esta incomodidad, al parecer compartida por todos los sectores de la doctrina, se extiende también a otra última cuestión: ¿cómo será la regulación?, ¿y cuándo verá la luz o, al menos, comenzará a gestarse?

V. El futuro tras *Polbud*: ¿hacia una nueva directiva de la UE?

118. Como acertadamente señalan CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ, resulta del todo llamativa la ausencia de normas de conflicto de leyes en relación con las sociedades de capital en Derecho internacional privado europeo.

Para ambos autores, lo vistoso de la esta omisión reguladora radica en dos aspectos de sobra conocidos; la gran importancia, por un lado, de las sociedades como agentes activos de la libre circulación entre los Estados miembros y; por otro, el hecho de que existan ya diversas directivas societarias reguladoras de muy diversos aspectos legales de estas⁴⁷

119. Para entender la ausencia de normativa en materia de ley aplicable a las sociedades es necesario sin embargo remontarse, de nuevo, a los tiempos cercanos a los orígenes de la UE.

En concreto, debemos de remitirnos al año 1966, en el que se publica el *informe Berkhouver*⁴⁸, sobre a la propuesta de la Comisión de la CEE al Consejo relativa a la armonización de las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades en el sentido del art. 58.2 TCEE (art. 54 TFUE) para la protección de los intereses de socios y terceros.

⁴⁶ G. VAN GELDER “The *Polbud*-Case and New EU Company Law Proposal: Expanding the Possibilities for Cross-Border Conversions in Europe.” *EC TAX Review*, 2018, Vol. 27, nº5, p. 266.

⁴⁷ A. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA, *Derecho internacional privado*, 2018, Volumen II, Editorial Comares, Granada, 18.^a ed, p. 857.

⁴⁸ M. C. BERKHOUWER, Rapport, fait au nom de la commission du marche interieur sur la proposition de la Commission de la Communauté économique européenne au Conseil (doc. 10/1964-1965) relative à une directive tendant à coordonner, pour les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées, dans les États membres, des sociétés au sens de l'article 58, alinéa 2, du traité, pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers, 1966.

En el citado informe (que toma su nombre de Cornelis Berkhouwer, abogado y político neerlandés y miembro del Parlamento Europeo del cual fue, además, Presidente entre los años 1973 y 1975⁴⁹) se identificaban, a grandes rasgos, tres razones que hacían necesaria una armonización del Derecho societario de los Estados de la Unión, siendo estas las siguientes; en primer lugar, la necesidad de facilitar el ejercicio de la libertad de establecimiento por las sociedades de la Unión; en segundo, evitar la utilización abusiva de dicha libertad, algo plausible en ausencia de regulación y; en tercer lugar, evidentemente, ofrecer mayores garantías a socios y a terceros implicados en relaciones mercantiles (o no) intracomunitarias.

120. De la segunda de las razones deriva, sin lugar a dudas, la esencia del artículo 50.2.g) TFUE, que señala que se procurará coordinar en la medida necesaria y con objeto de hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el párrafo segundo del artículo 54, para proteger los intereses de socios y terceros.

121. Aquello que el mentado precepto contiene no es sino un patente temor al *Delaware effect*, a una competencia entre legislaciones tendente a la baja o, en otras palabras, a la desregularización y liberalización de los requisitos de constitución de las sociedades en cualquiera de los Estados miembros de la UE –*Delaware effect* que dicho sea de paso, dependiendo de la ideología o convicciones políticas del individuo, puede ser vista como una carrera a la alta⁵⁰–.

122. Como se habrá podido deducir, uno de los precursores de este temor es, evidentemente, el decantamiento por una u otra de las teorías de determinación de la *lex societatis*. Y es que, en efecto, una victoria de la teoría de la incorporación sobre la de la sede real sería, a todas luces, el catalizador perfecto para el estallido de la competencia regulatoria puesto que, al asumirse que una sociedad queda constituida con arreglo al derecho del país en el cual se inscribe, se descarta de plano el elemento fáctico, que es el lugar en el cual esta lleva a cabo su actividad real.

Dicho de otra manera, todo lo que habría de hacerse pues para constituir una sociedad sería inscribirla en el Registro de uno u otro Estado y, por ello, todo lo que tales Estados harían para evitar una fuga masiva de sociedades sería competir a la baja en los requerimientos exigidos a estas para constituirse, cosa que sería mas difícil que ocurriese si alguno de estos aún se atuviese a un elemento fáctico de tanta importancia como lo es el del lugar donde se lleve a cabo la mayor parte de la actividad societaria.

123. Fue precisamente el temor a esta competencia salvaje, a este *Delaware effect* que a fin de cuentas esconde detrás de sí una fundamental cuestión de la política y la economía –¿*laissez faire* o intervención?–, lo que llevó a la cristalización del debate en torno a este tan polémico segundo motivo para la armonización que reflejaba el *informe Berkhouwer*, el evitar el abuso de la libertad de establecimiento –entiéndase en este caso que es a través de la instrumentalización del juego u oposición existente entre las dos mentadas teorías–.

124. Fue esta cristalización la que, irónicamente, llevaría al ya conocido y citado artículo 54 TFUE, que como se ha señalado, recoge las dos teorías de ley aplicable a las sociedades. Asimismo, derivaría en que la armonización europea en Derecho societario discurriese por el cauce del aseguramiento de las relaciones mercantiles intraeuropeas y de la facilitación del ejercicio del derecho a la libertad de establecimiento. En estos ámbitos, el progreso se hace evidente al fijarse la vista en la regulación europea del Derecho de sociedades, que deja totalmente de lado el tema de la *lex societatis* aplicable y se centra en los citados ámbitos.

Otro de los rastros de esta polémica es el art. 24 del Reglamento Bruselas I bis, que a efectos de fijar el domicilio de la sociedad demandada señala que este será el registral, o el de su sede estatutaria, o el de la real –administración efectiva de la sociedad–.

⁴⁹ Esta información se encuentra disponible en la página web oficial del Parlamento Europeo <www.europarl.europa.eu>.

⁵⁰ C. HOLST, “European Company Law After Centros: Is the EU on the Road to Delaware?” *Columbia Journal of European Law*, 2002, Vol. 8, nº2. Disponible en: <<http://cjel.law.columbia.edu/print/2002/european-company-law-after-centros-is-the-eu-on-the-road-to-delaware/>> (Último acceso a 18/07/2019)

125. Queda patente pues que la parálisis regulatoria en materia de ley aplicable a las sociedades comporta una patología que la UE achaca desde el año 1968, en el que fracasase la Convención europea en esta área y, por ende, fuese desatendida una importante –cualitativa y cuantitativamente– parte del *informe Berkehouwer*, escrito dos años atrás a esta fecha.

126. Es oportuno ahora volver a un aspecto mencionado con anterioridad: si bien puede apreciarse la influencia de otros países que aplican la *incorporation theory* en sus ordenamientos jurídicos como criterio fundamental de determinación de la *lex societatis* aplicable, merece la pena destacar la repercusión que el Reino Unido tuvo en la mayor aún paralización de la armonización europea tendente a establecer un criterio o teoría única. Tal influencia, curiosamente, no solo quedó ahí, puesto que lo cierto es que, en ausencia de regulación, el vacío se ve obligado a ser colmado por la jurisprudencia del TJUE, implantándose así en esta área un sistema puro de *case law*, propio de los países del *Common Law* como el Reino Unido.

127. El único sector en el que se regula el traslado de domicilio social y la ley aplicable a las sociedades es el de las sociedades europeas –anónima y cooperativa–, habiéndose decantado el legislador en estos casos por la teoría de la sede real, en la obligada coincidencia entre domicilio registral y lugar de desempeño real de la actividad mercantil, curiosamente en dirección totalmente opuesta a la tomada por el TJUE en materia de sociedades mercantiles nacionales.

128. Conviene señalar que, en la actualidad, la posiblemente inminente marcha de la UE del Reino Unido puede ser el perfecto catalizador para una unificación Europea en materia de *lex societatis*, de derecho aplicable a las sociedades constituidas en los Estados miembros. De hecho, la decimocuarta directiva, aún planeándose, viene enfocada a la regulación de los traslados internacionales del domicilio social y, en definitiva, a la unificación de los criterios de determinación de la ley aplicable a las sociedades. Aun así, cabe esperarse que no todo será tan sencillo: quedan, sin embargo, más Estados miembros que optan en sus ordenamientos por la *incorporation theory* y es previsible que el conflicto que da pie a este trabajo siga latente, como siempre lo ha estado.

129. Ya en 2012, antes de *Polbud*, y como en otras ocasiones⁵¹, el Parlamento Europeo instaba a la Comisión a que presente una propuesta legislativa en que se establecen medidas destinadas a facilitar la movilidad transfronteriza de las empresas dentro de la UE, o, en otras palabras, a adoptar la famosa Decimocuarta Directiva sobre el Derecho de sociedades sobre la transferencia de la sede social de una sociedad⁵². En 2017, el Parlamento repite este llamado, haciendo alusión esta vez a otras circunstancias ya tratadas: *el traslado del domicilio social no debería eludir los requisitos jurídicos, sociales y fiscales previstos por la normativa de la Unión y de los Estados miembros de origen, sino que debería aspirar a establecer un marco jurídico uniforme que garantice la máxima transparencia y simplificación de los procedimientos y que luche contra el fenómeno del fraude fiscal*.

130. La última propuesta del Parlamento, de Abril de 2018⁵³, se refiere ya a *Polbud* e invoca, de nuevo, la necesidad de armonización, sobre todo en materia de transformaciones transfronterizas, basándose en –entre otras razones– *la situación poco satisfactoria en términos de seguridad jurídica* existente en dicha materia, máxime tras el fallo del TJUE.

Sugiere el Parlamento en este último caso, como solución, la instauración mediante Directiva de un procedimiento que comprenda la previa y regularizada información a los componentes de una Sociedad en casos de traslado del domicilio social y, además, ciertas regulaciones en lo que a aceptación de la domiciliación de esta por parte del Estado de destino.

⁵¹ V. KNAPP, “Cross border mobility: what do we need in practice?”, Revista *ERA Forum*, 2018, Vol. 19, nº1, p. 72.

⁵² Futuro del Derecho europeo de sociedades. Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de junio de 2012, sobre el futuro del Derecho europeo de sociedades (2012/2669(RSP)), 2012.

⁵³ Propuesta de DIRECTIVA DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 en lo que atañe a las transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas, 2018, COM/2018/241 final - 2018/0114 (COD).

131. Todo parece apuntar a que el camino regulatorio será pues el conflictual y no tanto el del puro y simple reconocimiento o el de la normación sustantiva en materia de *lex societatis*. Mediarán, posiblemente, remisiones a los Derechos nacionales, pero no será esto óbice para una armonización procedimental con fines garantistas⁵⁴ –volveremos, posiblemente, a la noción de sociedades *as creatures of national law*–.

132. Cabe preguntarse, para concluir, hasta qué punto será similar esta regulación a la un tanto peculiar organización que el TJUE ha establecido a lo largo de los años. Y, por supuesto, si podremos hallar dentro de ella dudas de similar calibre a aquellas que se han ido planteando a lo largo de este estudio, que reflejan, como ya se ha señalado, una eternamente larvada *crisis de identidad* del Derecho societario europeo.

En todo caso, visto el avance o expansión que en Polbud se promueve para la libertad de establecimiento, entendiéndolo que esta abraza incluso a las transformaciones transfronterizas, la regulación ha de materializarse. De lo contrario, la ya latente inseguridad jurídica no hará sino acrecentar⁵⁵.

VI. Conclusiones

133. A lo largo de este análisis se ha pretendido explicar la raíz o, mejor dicho, el problema subyacente al pronunciamiento analizado, el asunto *Polbud*. Dicha problemática no es otra que la conflictividad existente entre dos teorías de determinación de la nacionalidad de las sociedades diferentes, pues están basadas cada una en dos puntos de conexión con el ordenamiento en cuestión.

La primera, la *incorporation theory*, sitúa este punto de conexión en el domicilio registral, por lo que la mera inscripción de la sociedad en el Estado en cuestión bastará para que este le otorgue personalidad jurídica o, en otras palabras, le dé vida.

La segunda, la teoría de la sede real, sitúa el punto sin embargo en el lugar en el que la sociedad desarrolle sus actividades o, al menos, localice su administración, con lo cual el Estado que siga esta teoría exigirá como requisito de constitución correspondencia entre el lugar de inscripción y el de ejercicio.

134. A priori esta diferencia no se nos presentaba como un gran vacío o problema. Sin embargo, tratada la libertad de establecimiento, las cosas van tomando un sentido. Está claro que cada Estado decide los criterios por los que otorga personalidad jurídica a sus sociedades, pero ¿qué ocurre en el ámbito de la UE? ¿Deben los Estados miembros reconocer las sociedades de otros Estados miembros que quieran operar en su territorio? La respuesta actualmente, salvados ciertos matices, es que sí: los Estados miembros han de reconocer, prácticamente sin límite alguno, a las sociedades que hayan sido válidamente constituidas en cualquiera de sus homólogos.

Esto, apriorísticamente, parece plenamente coherente con la libertad de establecimiento y, aún teniendo en cuenta diferencias entre ordenamientos, proporcional y coherente también con la soberanía de cada uno de los Estados miembros, que habrán de aceptar, por un lado, la entrada en su territorio de diversas sociedades constituidas en territorio europeo aunque, por otro lado, serán siendo plenamente competentes para regular los requisitos que una sociedad necesita cumplir para obtener su nacionalidad. Sin embargo, en *Polbud*, el TJUE se encuentra con unos hechos ligados a esta competencia y, sorprendentemente –quizás no tanto habida cuenta del razonamiento *obiter* en *Cartesio*– la subordina a la libertad de establecimiento, sembrando serias dudas en primer lugar en lo relativo al alcance de esta y, en segundo, en el contenido de su propia jurisprudencia, que en determinadas ocasiones pudiera carecer de nexos lógicos.

⁵⁴ G. VAN GELDER, “The Polbud-Case and New EU Company Law Proposal: Expanding the Possibilities for Cross-Border Conversions in Europe.” *EC TAX Review*, 2018, Vol. 27, nº5, pp. 263-265.

⁵⁵ R. ARENAS GARCÍA, “De Obiter dicta a Ratio decidendi [a propósito de la STJ (Gran Sala) de 25 de octubre de 2017, As. C-106/16, Polbud –Wykonawstwo SP. Z.O.O. en liquidación]” *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2018, Nº 35, p.4. Disponible en <http://www.reei.org/index.php/revista/num35/archivos/12_Cronica_DIPR.pdf> (Último acceso a 18/07/2019)

135. A falta de normativa, es cierto que el razonamiento del Tribunal guarda, en fin, una gran lógica, que no es otra que el promover la integración y la libertad de establecimiento mediante la eliminación de toda barrera a esta, como lo podría ser el hecho de que una transformación transfronteriza como la que se presenta en el caso no estuviera amparada en tal libertad y, sin embargo, movimientos más sencillos como el acaecido en *Überseering* –constitución en un Estado miembro y desarrollo total de la actividad en otro–, que en esencia encierran idénticas consecuencias, si lo estuviesen.

136. En definitiva, en *Polbud* se iguala el mero ejercicio de la libertad de establecimiento a una transformación transfronteriza, lo cual, si bien halla su explicación en el fundamento explicado supra, relativiza y mezcla aun más el ya de por sí confuso panorama de la determinación de la *lex societatis* en territorio de la UE que, al menos anteriormente, podía ser dividido en dos tipologías ampliamente distinguibles con soluciones previsiblemente contrarias:

En lo relativo a medidas restrictivas de la libertad de establecimiento impuestas por el Estado de destino de la Sociedad lo imperante era, y es, el reconocimiento de las sociedades procedentes de otros Estados miembros al que queda sometido este último. Si las medidas, por contra, venían impuestas por el Estado de origen, se entendía que este era el soberano para determinar cuándo y cómo extingue la personalidad jurídica de una sociedad –*Daily Mail*–, sin que esto fuese en detrimento del derecho de los socios a, libremente y tras una eventual disolución, resignarse por un lado a ciertos condicionamientos o, por otro, a constituir una nueva sociedad en otro Estado miembro que pudiera otorgarles la ventaja que busquen.

Esto último, que antaño era el último bastión de competencia normadora de la *lex societatis* para los Estados –bastante reducido ya por el lógico hecho de que tuviesen que reconocer las sociedades del resto de sus compañeros de la UE que operasen en su territorio– queda infinitamente mermado tras *Polbud*, pues el fallo del asunto abre las puertas a que prácticamente cualquier supuesto de disolución de sociedades que el legislador de cada Estado miembro prevea sea, de mediar un elemento de traslado internacional –ya sea de actividad o de domicilio– contrario a la libertad de establecimiento.

137. Hubiera bastado, quizás, con seguir la corriente establecida desde el asunto *Daily Mail* que, permitiendo a los Estados miembros normar de manera prácticamente total los puntos de conexión de sociedades, permitía también ya, al unísono, la libre constitución de sociedades en cualquier Estado miembro y su consecuente e inevitable reconocimiento por parte del resto de Estados miembros en los que se operase –asunto *Centros*–.

138. A falta de armonización, debe señalarse, eso sí, que el reconocimiento o ventaja que, desde largo, el TJUE viene otorgando a las sociedades constituidas con arreglo a modelos que siguen la tesis de la teoría de la incorporación protege, evidentemente, la libertad de establecimiento, dándole una vida que la primacía de la teoría de la sede real no podría, en ningún caso, darle –en casos de sociedades con un alto nivel de operaciones o, al menos, muy igualmente repartido entre diferentes Estados, sería imposible determinar su nacionalidad o, aún peor, sería imperativo el obligar a estas a reconstituirse en cada uno de los Estados en el que operen, algo inconcebible en un proyecto como el europeo–.

Con relación a lo señalado, no puede obviarse tampoco que la incorporation theory, desde luego, garantiza de mejor manera la seguridad jurídica en el ámbito intra UE, siendo mucho más sencillo para los socios y los terceros el saber en lugar en el cual una sociedad se halla domiciliada: les bastaría con una consulta a los Estatutos sociales y, en todo caso, y posteriormente, al Registro pertinente. Del todo difícil sería, por el contrario, determinar en dónde una sociedad con una gran expansión localiza su actividad efectiva o, en todo caso, su sede real.

139. No obstante también es innegable que los estatutos de las SE y SCE optan por la teoría de la sede real en sus regulaciones, habida cuenta del mayor respeto a la realidad que esta promueve, que en definitiva supone la aplicación de la normativa correcta, aquella que enlazada por un vínculo estrecho al Estado que la dicta, con la situación que se presente, que como vimos puede ser relativa a la protección de los accionistas, de terceros e incluso al régimen de responsabilidad de los administradores.

Quizás una regulación que optase por una teoría de la sede real, pero modulada y respetando la libertad de establecimiento, pudiera no ser contraria al principio de reconocimiento de situaciones jurídicas intra UE, a pesar de que cierto sector de la doctrina opine lo contrario. Sin embargo, ya no para una mínima formulación, sino para su ideación, quizás fuese necesario otro estudio independiente y que tratase de aunar diferentes criterios acudiendo al Derecho comparado.

140. En todo caso basta con señalar que dicha teoría pondría sobre la mesa el factor *real*, que en mi opinión, no debería ser óbice al reconocimiento de situaciones jurídicas en tanto se objetivase qué es y qué no es la *sede real*. Hablaríamos, en definitiva, de reconocer situaciones pero con mayor fundamento que la hasta ahora posible elección de ordenamientos tildable, con pinzas quizás, de *bad forum shopping*.

141. Difícil es a su vez el rechazar que la teoría de la incorporación puede, potencialmente, proporcionar una gran seguridad jurídica. Pero esto sería así en el caso de una UE totalmente integrada y no en una como la actual en la que, por suerte o desgracia, existe la disquisición regulatoria que en estas páginas se ha tratado de describir. En términos absolutos, pues, la implantación de la teoría de la incorporación sería beneficiosa pero, relativamente hablando –y es que como hemos visto, nos encontramos ante un panorama normativo relativo, no armonizado o variable, en fin–, no suscita ninguna duda el hecho de que no lo es: la jurisprudencia del TJUE, si bien es correcta y sus razonamientos adaptados en la medida de lo posible a la realidad, no deja de otorgar cierta preponderancia a los ordenamientos incorporativistas con respecto a los sederrealistas y, esto mismo, se traduce en una mayor inseguridad jurídica de puertas para adentro en los primeros.

142. Hemos asistido a lo largo de los años, en conclusión, a una armonización vía case law del Tribunal de Justicia. Algunos Estados, ávidamente, ya han regulado la materia tratada, la de los traslados transfronterizos del domicilio social –en tanto que la del libre ejercicio del establecimiento, independientemente del lugar de fijación del domicilio, queda fuera de su alcance y está ya pertinentemente tratada por el Tribunal–. Sin embargo, estas regulaciones, en la medida en la que se dictan por cada uno de los Estados miembros y no han de seguir una misma filosofía –si bien lo inteligente sería que se adapten, al menos por el momento, a la promulgada por el TJUE–, siguen siendo absolutamente susceptibles del control jurisdiccional europeo que, como se ha visto a lo largo de este análisis, defiende de manera un tanto desbocada la libertad de establecimiento.

Ejemplar es el caso de nuestro legislador, que a través de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, recoge casi punto por punto los criterios de traslado internacional del domicilio social, y es que, guardando también cierta contradicción con el precepto que anteriormente se mencionaba de la Ley de Sociedades de Capital –en el cual se consagra el principio de la sede real–, termina por abrazar en este pequeño conjunto de tres artículos referidos al traslado internacional del domicilio social, la teoría de la incorporación: la fórmula, referida al traslado al extranjero, *si el Estado a cuyo territorio se traslada permite el mantenimiento de la personalidad jurídica de la sociedad*, lo deja más que patente.

Ciertas dudas ofrece sin embargo, el obstáculo del traslado a la sociedad en liquidación materializado en el artículo 93.2 de la citada Ley –que señala que *no podrán trasladar el domicilio al extranjero las sociedades en liquidación ni aquellas que se encuentren en concurso de acreedores*–, que por azares de la casuística podría acabar, por su cercanía a lo acaecido en Polbud, por ser cuestionado.

143. De todos modos, y como conclusión, cabría poner a nuestro país, de nuevo, como ejemplo o punto de partida explicativo de los peligros de la inseguridad jurídica vertida sobre el territorio de la UE. España, integrada según nuestra Constitución, por diversas nacionalidades, sigue un modelo autonómico, con a veces no muy claros repartos competenciales.

Esto, lo dicho, convierte a nuestro Estado en una “maqueta” de la Unión y, como es evidente, en él ya hubo problemas en el pasado con respecto al establecimiento de “domicilios sociales buzón” con el objetivo de disfrutar de, por ejemplo, los regímenes tributarios más beneficiosos de ciertos territorios.

Curiosamente esto fue combatido a través de la aplicación de la teoría de la sede real que actualmente puede ser fuertemente cuestionada, incluso en nuestro propio territorio, motivo de una armonización forzosa y quizás contradictoria en ocasiones, por parte del TJUE.

Armonización que, dicho sea de nuevo, no es garantista y que responde a la inactividad del legislador europeo que, si bien favorece la movilidad y la libre elección de ley societaria, todo ello beneficioso para el libre mercado y la desregularización, deja por el camino ciertos vacíos e interrogantes.

144. Quedan las puertas abiertas a situaciones que, si bien están tratadas por conceptos autónomos, no está exentas de interferencias por el concepto de domicilio social en términos de ley aplicable: las ya mentadas materias tributaria, laboral o de competencia judicial en sentido amplio.

145. Y quedan, por último, las puertas abiertas, esta vez de par en par, a posibles vulneraciones de los derechos de accionistas minoritarios y terceros, cuya protección en materia de traslado internacional de domicilio no tiene por qué ser legislada de manera obligatoria –como así sucede– por los Estados miembros y que, en ocasiones, de serlo, pueden ser contradictorias entre sí.

146. Por no hablar ya de la ley aplicable a la responsabilidad de los administradores, que supuestamente debiera ser la del país desde el cual realmente administran, convirtiéndose esto, en mi opinión, el límite último al *forum shopping* intraeuropeo en materia de elección de ley aplicable a las sociedades:

147. Es tolerable, en fin, la libertad de elección de los requisitos de constitución más favorables económicamente. Promueve la competitividad y el libre mercado. Pero: ¿Qué hay de la elección de la ley aplicable a ciertas responsabilidades con independencia del lugar en el cuál hayan sido contraídas? ¿Podría esto guardar nexos, además de con la materia mercantil, con la tributaria? ¿En que posición quedaría la jurisprudencia del TJUE con relación al lugar de generación de los daños o, dicho a la inversa, de generación de las responsabilidades?

148. La incertidumbre, como puede verse, es seria. Y trasciende de la temática jurídica, llegando a aquello no controlable por el jurista, la política. Depende de la voluntad integradora de la política europea el asiento de un marco para la regulación. Y hasta que este no sea establecido, la inseguridad jurídica en esta materia, producto de un caos común en una Unión Europea hoy por hoy un tanto desorientada, perdura y, con ello, desasosiega.

LA LEY APLICABLE A LA FORMA EN LAS DONACIONES INTERNACIONALES. EN TORNO A LA STSJ CATALUÑA DE 18 MARZO 2019

APPLICABLE LAW TO THE FORM REQUIREMENTS OF INTERNATIONAL GIFTS. AROUND THE SENTENCE OF THE HIGH COURT OF CATALUÑA OF 18 MARCH 2019

NATIVIDAD GOÑI URRIZA

Profesora Titular de Derecho Internacional Privado

Universidad Pública de Navarra

ORCID ID: 0000-0003-0119-3249

Recibido: 18.12.2019 / Aceptado: 10.01.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5205>

Resumen: La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 18 de marzo de 2019 resuelve sobre la validez de una donación entre esposos de un bien inmueble sito en Ingarö (Suecia). La sentencia se pronuncia sobre la aplicación al caso del Reglamento Roma I y del desplazamiento del art. 11CC como norma de conflicto aplicable a la validez formal de la donación, tampoco la considera ley de policía del foro.

Palabras clave: requerimientos de forma, donaciones internacionales entre esposos, leyes de policía, reglamento Roma I, art. 11CC.

Abstract: The Judgment of the High Court of Cataluña of 18 March 2019 ruled on the formal validity of an international gift between spouses of a land situated in Ingarö (Sweden). The Judgment apply the Rome I Regulation and avoid the application of art. 11CC even as an overriding mandatory provision of the law of the forum.

Keywords: form requirements, international gifts between spouses, overriding mandatory provisions, Rome I Regulation, art. 11CC.

Sumario: I. Planteamiento de la cuestión. II. Hechos. III. Aplicación del Reglamento Roma I. IV. Norma de conflicto aplicable a la donación entre esposos. V. Determinación de la Ley aplicable a la forma de la donación. 1. Norma de conflicto aplicable a la forma de la donación. 2. La aplicación de las leyes de policía del foro. VI. A modo de recapitulación.

I. Planteamiento de la cuestión

1. El litigio que da origen a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 18 de marzo de 2019 resuelve sobre la validez de una donación entre esposos, ambos de nacionalidad española y vecindad civil catalana, de una finca situada en Ingarö (Suecia)¹. El problema jurídico del que se

¹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 18 de marzo (Sala de lo civil y penal, sección 1ª, núm. 23/2019, RJ/2019/2021). En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona que es recurrida ante el TSJ de Cataluña se mencio-

ocupará principalmente este comentario de los que se plantean en el litigio es el de la ley aplicable a la forma del acuerdo de donación.

2. Las normas de DIPr. español y europeo sobre la forma de los actos jurídicos se basan en el principio de libertad de forma aceptando, sin embargo, ciertas excepciones que responden, como ocurre en el caso que nos ocupa, a la defensa de intereses públicos generales². En el caso comentado, la exigencia de las solemnidades de la transmisión de bienes inmuebles en el Derecho español se justificaría por la necesidad de la publicidad frente a terceros de los derechos reales y de la reflexión que requiere la disposición a título gratuito del propio patrimonio (art.633CC).

3. En el litigio que resuelve la sentencia del TSJ de Cataluña se cuestiona la validez de un acto de donación contenido en documento privado. Se trata, por tanto, de determinar si la situación jurídica creada y reflejada en el documento otorgado en España –la transmisión por donación de la propiedad de un bien inmueble sito en Suecia- debe tenerse por existente y válida. En el recurso de casación se cuestiona la validez del documento tanto por razones de fondo como por razones de forma.

II. Hechos

4. La donación litigiosa ha sido otorgada, entre esposos de nacionalidad española y vecindad civil catalana, estando vigente, desde la celebración del matrimonio en 1998, un régimen económico matrimonial de separación de bienes. En el año 2007 los cónyuges compran por mitad indivisa la finca objeto de la donación.

El 14 de junio de 2011, tras varias crisis conyugales, los esposos otorgan capitulaciones matrimoniales en las que acuerdan sustituir el régimen económico matrimonial de separación de bienes por el de comunidad, regulado en los arts. 232-30 y siguientes del Código Civil de Cataluña.

Siete meses más tarde, el matrimonio conviene, en un primer documento privado fechado el 1 de febrero de 2012, la donación del 40% de la propiedad de la finca del marido hacia su esposa. El acuerdo está firmado en Barcelona. En otro documento privado firmado meses más tarde se formaliza la donación del restante 10% de la propiedad del esposo. Como resultado de estos dos acuerdos figura inscrito el pleno dominio de la esposa en el Registro de la Propiedad de Suecia desde el 2 de noviembre del mismo año.

Mediante el documento privado de febrero de 2012 el esposo asume otras obligaciones económicas relacionadas con la construcción de la finca y con los gastos de mantenimiento.

Finalmente, los cónyuges se divorcian mediante sentencia de 25 de octubre de 2012 que aprueba el convenio regulador firmado semanas antes. Sentencia de divorcio en la que no figura referencia alguna a la donación litigiosa.

5. Se resume a continuación el historial procedimental en el que se plantea explícitamente un problema de la ley aplicable al fondo y a la forma de una donación que presenta elementos internacionales, pero en el que no se cuestiona la competencia judicial de los tribunales españoles.

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña decide el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 31 de octubre de 2017 de la Audiencia Provincial de Barcelona que resuelve el recurso de apelación contra la Sentencia de 31 de mayo de 2016 del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Barcelona. Esta última había desestimado íntegramente la demanda formulada por la esposa con el objeto de obtener una declaración de validez de la donación y de las otras obligaciones asumidas por el esposo en los acuerdos privados más arriba mencionados, por considerar que el acuerdo patrimonial de febrero de 2012 era inválido por no respetar la forma del negocio –escritura pública- requerida por el art. 531-12 CCCat aplicable al caso en virtud del art. 10.7 CC –ley nacional del donante-.

na la doble nacionalidad de la esposa sueca y española (Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, (secc. 4ª), núm. 733/2017, de 31 de octubre de 2017, JUR/2017/294021).

² A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Forma de los actos jurídicos”, en A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, Comares, Granada, 2017, p. 9.

La Audiencia Provincial estima, en parte, el recurso de apelación de la esposa y declara, entre otros pronunciamientos relativos al régimen económico-matrimonial, la plena validez de la donación, por lo que la esposa se considera propietaria a título privativo de la finca sita en Ingarö (Suecia) inscrita en el Registro de la Propiedad de ese país³. La segunda instancia considera aplicable el Reglamento Roma I para determinar la ley aplicable a la donación, en cuya virtud (arts. 4.1, c y arts. 11.1 y 11.5 RRI) debe aplicarse la ley sueca que considera válida la donación.

6. En los antecedentes se indica que el recurso de casación planteado por el esposo tiene por objeto: en primer lugar, la declaración de invalidez de la escritura de capitulaciones matrimoniales otorgada por los cónyuges el 14 de junio de 2011, por falta de causa y, como consecuencia no procede la liquidación de la aparente sociedad de gananciales indicada en él; en segundo lugar, la impugnación de la declaración de que la esposa es propietaria a título privativo de la finca situada en Suecia, después de la donación de la mitad indivisa que le otorgó su esposo en los documentos privados de 11 de febrero de 2012 complementado por otro de 28 de julio de ese mismo año y; finalmente, la impugnación de la condena al cumplimiento de obligaciones de índole dineraria vinculadas con la mencionada finca y asumidos en el primer acuerdo de 11 de febrero de 2012.

7. La impugnación de la validez de la donación inmobiliaria de la finca sita en Suecia en el acuerdo de 1 de febrero de 2012, tanto en la apelación como en casación, se basa en el no cumplimiento de los requisitos de forma solemne exigidos por el art. 531-12 del Código Civil de Cataluña aplicable al caso en virtud de lo dispuesto en los arts. 10.7 CC y 11.2 CC.

La sentencia de segunda instancia confirma íntegramente la del juzgado en todo lo referente a la validez de la escritura de capitulaciones pero declara la plena validez de la donación inmobiliaria a pesar de que fue otorgada en documento privado porque entiende la Audiencia de Barcelona que debe regirse por la ley sueca tanto en lo que se refiere al contenido del negocio como a su forma, en virtud de lo establecido en los artículos 4.1, letra c, 4.3 t 11.1 y 11.5 del Reglamento Roma I⁴. Dicha validez conforme a la ley sueca, argumenta la Audiencia, se plasma en el hecho de que el documento privado de donación dio lugar a la inscripción del negocio por el que se transmitió la propiedad en el correspondiente Registro de la Propiedad de Suecia.

También se entiende en la sentencia de la Audiencia de Barcelona que el resto de pactos patrimoniales son válidos por no tratarse de pactos en previsión de una ruptura matrimonial, previstos en el art. 231-20 CCCat sino de pactos patrimoniales válidos posteriores a la ruptura previstos en el art. 233-5 CCCat considerados legales si son posteriores al nacimiento de la crisis matrimonial.

8. Se suscita, por consiguiente, en el recurso, para poder pronunciarse sobre la validez de la donación, la cuestión de la ley aplicable al fondo y a la forma de la donación. Por un lado, la aplicación de las normas de Derecho Internacional Privado de origen interno, esto es, los artículos arts. 9.2 CC, 9.3 CC, 10.7 CC y 11.2 CC o, en cambio, los artículos 4.1, letra c, 11.1 y 11.5 del Reglamento Roma I.

La determinación de las normas de conflicto es crucial del resultado del litigio, ya que el art. 11.5 RRI nos lleva a aplicar la ley sueca a la forma de la donación, que considera válida la donación de bienes inmuebles en documento privado.

Sin embargo, se defiende por el recurrente en casación, de aplicarse el art. 9.2 CC y el art. 9.3CC, la donación debe estar sujeta a la legislación catalana, como la ley personal común a los cónyuges en el momento de contraer matrimonio. Esta ley, se alega en el recurso, es, además, la ley personal del donante (art. 10.7 CC) y la ley reguladora del contrato de donación y por extensión de la forma (art.

³ En el acuerdo suscrito entre los esposos el 1 de febrero de 2012, el marido, además se obliga a pagar la totalidad de los costes que quedan por satisfacer para la construcción de la finca de Ingarö, que ascendía a un total de 13.260.000 coronas suecas, así como al pago del 80% del coste de mantenimiento de la mencionada finca (entre ellos, las reparaciones y conservaciones necesarias) y del coste del asistente personal para el cuidado de la misma. En la Sentencia de Apelación se indica que el esposo ha incumplido las obligaciones derivadas de dicho contrato.

⁴ Reglamento (CE) 593/2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, de 17 de junio de 2008, DO L 177, de 4 julio 2008.

11.2 CC). El resultado de aplicar la ley española llevaría a considerar la donación inválida por no cumplir el requisito de forma -escritura pública- exigida con carácter esencial por el art. 531-12.1 CCCat.

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña desestima el recurso, en lo atinente a este motivo porque afirma el sometimiento de la donación al Reglamento Roma I y no al art. 9.3 CC.

III. Aplicación del Reglamento Roma I

9. La primera cuestión de Derecho Internacional Privado relevante que se plantea en el caso resuelto por la sentencia es la aplicación del Reglamento Roma I para determinar la ley aplicable a una donación entre esposos. Se expone por parte del recurrente que la donación inmobiliaria litigiosa se realiza entre los cónyuges y que, por tanto, queda fuera del ámbito de aplicación material del Reglamento Roma I. Se alega que en el art. 1.2 RRI se excluyen las obligaciones que derivan de las relaciones familiares y las que derivan de los regímenes económicos matrimoniales.

10. Tratándose de una donación entre esposos debe analizarse, como así hizo el TSJ de Cataluña, la aplicación del Reglamento 2016/1103 (UE) relativo a los regímenes económico matrimoniales (en adelante RREM). Acertadamente, el TSJ Cataluña consideró que éste no es aplicable al caso por razones temporales, ya que dicho Reglamento regula la competencia judicial internacional en los litigios relativos a los regímenes económico-matrimoniales a las acciones planteadas con posterioridad al 29 de enero de 2019 (art 69.1 RREM) y, en cuanto a la ley aplicable, el Reglamento se aplica a los matrimonios celebrados con posterioridad al 29 de enero de 2019 (art. 69.3 RREM).

11. Ante la ausencia de una interpretación vinculante del Tribunal de Justicia sobre la aplicación del Reglamento Roma I a las donaciones entre esposos, la doctrina ha propuesto varias soluciones:

Una parte de la doctrina ha abogado por una calificación *lege fori* con base en el considerando 8 de la exposición de motivos del Reglamento Roma I que indica que: “Las relaciones familiares deben abarcar parentesco, matrimonio, afinidad y familia colateral. La referencia en el artículo 1, apartado 2, a las relaciones con efectos análogos al matrimonio y otras relaciones familiares debe interpretarse de acuerdo con la legislación del Estado miembro en que se somete el asunto al tribunal”⁵.

En segundo lugar, se ha mantenido respecto del concepto de régimen económico matrimonial contenido en el art. 1.1 RREM que éste debe deducirse de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en el caso *Cavel c. Cavel*⁶. En los fundamentos jurídicos, este Tribunal establece que “la regulación provisional de las relaciones jurídicas patrimoniales entre cónyuges, cuando se impone en un proceso de divorcio, está estrechamente vinculada a las causas de divorcio, a la situación personal de los cónyuges y de los hijos nacidos del matrimonio y es, por todo ello, inseparable de las cuestiones relativas al estado de las personas, suscitadas por la disolución del vínculo conyugal y por la liquidación del régimen matrimonial” y añade que debe incluirse dentro del concepto de regímenes matrimoniales “todas las relaciones patrimoniales que resultan directamente del vínculo conyugal o de su disolución”.

En esta sentencia, el Tribunal de Justicia de la UE diferencia distintos litigios relativos a los bienes de los cónyuges en un proceso de divorcio, por un lado, los que están estrechamente vinculados a relaciones jurídicas patrimoniales entre cónyuges *que resultan directamente del vínculo conyugal o de su disolución* y, por otro, a relaciones jurídicas patrimoniales existentes entre ellos, pero sin relación con el matrimonio. El Tribunal incluye estos últimos litigios en el ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas I bis. Por ello, sólo los primeros estarían fuera del ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas I bis

⁵ A. RODRÍGUEZ BENOT, “La exclusión de las obligaciones derivadas del Derecho de familia y sucesiones del ámbito material de aplicación del Reglamento Roma I”, *CDT*, Nº 1 (2009), pp. 112-130, concr. p.115.

⁶ El Tribunal de Justicia se pronuncia en este caso sobre la interpretación del art. 1 del párrafo segundo del entonces vigente Convenio de Bruselas de 1968 que contiene las exclusiones del ámbito de aplicación material de esta norma que regula la competencia judicial internacional y el reconocimiento y ejecución de resoluciones en el ámbito civil y mercantil, hoy día sustituido por el Reglamento Bruselas I bis. STJCE de 27 de marzo de 1979, *De Cavel c. De Cavel*, asunto 143/78. I. BARRIÈRE BROUSSE, “Le patrimoine des couples internationaux dans l’espace judiciaire européen”, *Journal du Droit International. Clunet*, nº 2, 2017, pp. 485-514, concr. p.491.

actualmente vigente.

En tercer lugar, se ha afirmado que los contratos privados que crean obligaciones voluntarias para alguno de los esposos, por ejemplo, obligaciones de mantenimiento, están cubiertos por el Reglamento Roma I y, en cambio, estarían excluidas de esta norma las obligaciones de alimentos nacidas de la ley⁷. Este argumento, sin embargo, no aclara totalmente los concretos litigios a los que se aplicará el RREM, a pesar de incluir expresamente diversos aspectos patrimoniales de los regímenes económicos matrimoniales en su ámbito de aplicación.

Finalmente, respecto de las donaciones, en particular, se ha propuesto el siguiente procedimiento para determinar la ley aplicable a las donaciones excluidas del Reglamento Roma I por derivar de regímenes económico-matrimoniales⁸. Consideran ciertos autores que el tribunal competente debe aplicar las normas de conflicto incluidas en el RREM y si con arreglo a esa ley material la donación queda sujeta a las normas estatales del Derecho de Familia, dichas normas deben ser aplicadas y el litigio no debe someterse a las normas del Reglamento Roma I para determinar la ley aplicable. En cambio, si conforme al Derecho estatal al que nos remite el RREM el acto de donación no está sujeto a las disposiciones del Derecho de Familia, entonces debe aplicarse el Reglamento Roma I para determinar la ley aplicable.

12. El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña considera que el concepto de relaciones patrimoniales generadas entre los cónyuges por razón directa del matrimonio incluye tanto el régimen económico matrimonial primario (arts. 1318-1322CC o en los arts. 231-5 a 231-9 CCCat) como el régimen económico secundario, acordado por los cónyuges en capitulaciones matrimoniales o el supletorio legal (1315 y 1316 CC y 231-10CCCat) y cualquier otro negocio realizado en consideración del matrimonio, que en derecho catalán son las adquisiciones onerosas mediando pacto, las donaciones por razón del matrimonio otorgadas fuera de las capitulaciones o los derechos de viudedad familiares (arts. 231-15 a 231-18, y 231-27 a 231-31 CCat).

Sin embargo, juzga el TSJ de Cataluña que no forman parte de los efectos patrimoniales *derivados estrictamente del matrimonio* otros negocios distintos -con causa onerosa o gratuita- en los que participen los cónyuges en el ejercicio de su libertad de contratación ya que estos no son negocios que resulten o deriven directamente del vínculo matrimonial (FD2º). Y alega que esta es la interpretación útil que deriva del informe explicativo de su precedente, el Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales ya que las donaciones pueden tener lugar en el ámbito familiar y producir sus efectos con independencia del régimen económico matrimonial⁹.

Justifica, asimismo, el TSJ Cataluña la aplicación del Reglamento Roma I en la no aplicación por razón del ámbito material del RREM en que éste no contempla todas las cuestiones relativas a las relaciones entre los cónyuges. Se basa en el Considerando 18 y en el art. 3.1 del RREM que acepta una definición autónoma y amplia del concepto de régimen económico matrimonial. Sin embargo, considera el TSJ de Cataluña que esta norma evidencia que el legislador europeo ha creído conveniente la regulación de los regímenes económicos matrimoniales, dejando fuera de su ámbito de aplicación, por un lado, la regulación de los aspectos estrictamente personales vinculados al matrimonio -que siguen estando sometidos a la norma de conflicto interna (art. 9.2 CC)-, y, por otro lado, *la materia relativa a los negocios patrimoniales que realizan los cónyuges ente ellos amparados por la libertad de contratación y que no son el resultado directo del matrimonio*, quedando estos últimos sometidos al Reglamento Roma I.

⁷ A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Chapter I: Scope. Article 1", U. MAGNUS /P. MANKOWSKI, *European Commentaries on Private International Law, Commentary Brussels I bis Regulation*, Vol. I, OttoSchmidt, Köln, 2016, pp. , concr. p. 71.

⁸ A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Contratos internacionales II: contratos en particular", en A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, Comares, Granada, 2018, p. 1067, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Apuntes sobre la competencia judicial internacional y la ley aplicable a las donaciones: antes y después del Reglamento Roma I", *CDT*, vol. 1, nº 2, 2009, pp. 320-327, concr. p.325 y P. JIMENEZ BLANCO, "El Derecho aplicable a las donaciones", *R.E.D.I.*, 1997, pp. 63-89, concr. pp. 74-77.

⁹ De este modo, reconoce el TSJ de Cataluña que las normas de Derecho Internacional Privado del título preliminar del CC que hacen referencia a las obligaciones contractuales, esto es, los arts. 10 y 11 CC tienen carácter residual desde la aplicación del RRI.

Esta solución evita los problemas que plantean las propuestas realizadas por la doctrina que resultan complejas, en sí mismas, pero además, cuando sean de aplicación completa el RREM y el REPUR ignoran el problema de la necesaria determinación previa de la aplicación del RREM o REPUR para la determinación de la competencia judicial internacional. Además, otras soluciones serían contrarias al mantenimiento de un concepto autónomo del concepto de régimen económico matrimonial del art. 3 RREM que, por otra parte, tendría como consecuencia abrir la posibilidad de una aplicación no uniforme de los RREM y REPUR y, por consiguiente, del Reglamento Roma I.

IV. Norma de conflicto aplicable a la donación entre esposos

13. Concluido el sometimiento de la donación litigiosa al Reglamento Roma I, como no consta -en el acuerdo de 1 de febrero de 2012 ni en el posterior complementario en el que se completa la donación- la inclusión de convenio para la elección de ley entre las partes (art. 3 RRI) debe acudir al art. 4.1, letra c RRI.

En el litigio se resuelve tanto la ley rectora de la donación como del resto de pactos incluidos en el acuerdo de 2012. Diferenciando, por tanto, la determinación de la ley aplicable a los distintos negocios jurídicos incluidos en el documento. Sigue así, la jurisprudencia del TS en la que se afirma que el régimen económico matrimonial no es automáticamente extensible a las donaciones efectuadas en el escrito de capitulaciones matrimoniales¹⁰.

En aplicación del art. 4.1, letra c RRI la donación se rige por la ley del lugar donde esté situado el bien inmueble -para los contratos que tengan por objeto un derecho real inmobiliario-.

En cambio, sorprendentemente, a pesar de que el TSJ de Cataluña menciona el art. 4.1, letra c RRI y así lo hace también la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, no mencionan la norma de conflicto para determinar la ley aplicable a la validez del resto de obligaciones del acuerdo de 1 de febrero de 2012.

En efecto, tanto la Audiencia de Barcelona como el TSJ de Cataluña, tras realizar una calificación *lege fori* del acuerdo, aplican el Código Civil de Cataluña y consideran válidos los otros pactos -relativos a las obligaciones de mantenimiento de la finca de donación- incluidos en el documento privado de 1 de febrero de 2012 por considerarlos pactos patrimoniales fuera de convenio (art. 233-5 CCCat). Como consecuencia no resulta aplicable la norma aplicable a los pactos otorgados en previsión de una ruptura matrimonial, para los cuales se exige escritura pública (art. 321-20 CCCat).

14. La ley sueca regula, en virtud de lo dispuesto en el art. 12 RRI la interpretación de la donación, el cumplimiento de las obligaciones que genere, las consecuencias de un incumplimiento total o parcial de estas obligaciones, incluida la evaluación del daño en la medida en que la gobiernen normas jurídicas, los modos de extinción de las obligaciones, así como la prescripción y la caducidad basadas en la expiración de un plazo y las consecuencias de la nulidad del contrato.

En el apartado 2 del mismo artículo se indica que, en lo que se refiere a las modalidades del cumplimiento y a las medidas que se deben tomar en caso de cumplimiento defectuoso, se tendrá en cuenta la ley del país donde tenga lugar el cumplimiento. Como se ha indicado, ni la Audiencia Provincial ni el TSJ Cataluña abordan la ley aplicable al resto de obligaciones incluidas en los dos acuerdos de 2012 pero, resuelven sobre su validez aplicando la ley española, en concreto el Código Civil Catalán sin plantearse la aplicación de la ley sueca en virtud del art. 12.2 RRI. La aplicación del Código Civil Catalán le lleva tanto a la Audiencia Provincial que revoca la sentencia de primera instancia, como al TSJ de Cataluña, a considerar válidos los acuerdos por lo que condena al esposo al pago del 80% del coste de mantenimiento de la finca -en lo relativo a "las reparaciones y/o conservación necesarias", así como al pago del coste del asistente personal para el cuidado de la finca.

¹⁰ El Tribunal Supremo considera que hay que probar el régimen jurídico establecido en la ley extranjera aplicable a la donación con independencia de que se haya probado las disposiciones relativas a las capitulaciones matrimoniales que la contienen, STS de 5 de junio de 2000 (RJ 2000, 5094).

V. Determinación de la ley aplicable a la forma de la donación

1. Norma de conflicto aplicable a la forma de la donación

15. En el ordenamiento jurídico español las donaciones de bienes inmuebles son actos jurídicos formales, actos sujetos a forma *ad validitatem*, porque el art. 633 CC exige que revistan una determinada forma solemne, en concreto, que se otorguen en escritura pública. Si dicha forma no se observa la donación del bien inmueble es inválida porque la forma en escritura pública es un requisito de su validez¹¹.

16. En el litigio que resuelve la STJ de Cataluña se discrepa sobre la ley aplicable a la forma de la donación de la finca sita en Suecia. La determinación de la ley aplicable a las solemnidades en el caso es determinante, porque la aplicación de la ley sueca supone que la donación de la finca sea válida mientras que la aplicación de la ley española (art. 633CC) conlleva su nulidad por motivos de forma.

El motivo de recurso es el incumplimiento de lo establecido en el art. 11CC. Esta norma constituye, dentro de nuestras normas de origen interno, el régimen general para determinar la ley aplicable a la validez formal de los actos y los negocios jurídicos internacionales. En su apartado primero, esta norma determina la ley aplicable “a las formas y solemnidades de los contratos, testamentos y demás actos jurídicos”. Pero la doctrina ya ha destacado su desplazamiento por las diversas normas especiales de origen interno para ciertos actos jurídicos, como el matrimonio o la adopción, o, como nos interesa en este caso, por las normas de origen convencional o europeo, como el propio Reglamento Roma I¹². La doctrina ha considerado que la existencia de esta normativa relega al art. 11CC a la condición de regla residual¹³.

17. Esta norma establece tres conexiones que operan de manera alternativa con el fin de conseguir la validez del acto. De modo que, en su virtud, una donación será válida si lo es conforme a la ley del país de otorgamiento, la ley reguladora del fondo o la ley personal del donante. Además, este art. 11.1 in fine, contiene una regla especial que se añade a las anteriores para *los actos y contratos relativos a bienes inmuebles otorgados con arreglo a las formas y solemnidades del lugar en que éstos radiquen* para considerarlos válidos si respetan los requisitos de la ley del lugar de situación.

La doctrina ha destacado la justificación de este último criterio especial por la razonable necesidad del Estado de controlar estas transmisiones de bienes inmuebles y la necesaria imposición de rígidas exigencias formales. Estas exigencias formales y de publicidad pueden perseguir también la protección del adquirente y de los terceros de buena fe. Sin embargo, esta norma debe aplicarse también en los casos en los que las exigencias formales de la ley del lugar de situación del bien inmueble sean más laxas que las españolas, como ocurre en el caso analizado.

No obstante, esta regla es una conexión suplementaria a las tres generales, de manera que si la donación se ajusta a la forma prevista en la Ley rectora del fondo, o en la Ley del lugar de otorgamiento o en la Ley del donante debe considerarse válida sin que sea necesario el respeto de la forma prevista a la Ley del país donde radica el inmueble objeto de la donación en el caso de que impusiera una forma *ad validitatem*¹⁴.

18. En el caso que nos ocupa, el sometimiento de la forma de la donación entre los esposos a la Ley sueca no lo es por intervención del art. 11 CC sino en virtud de la aplicación del art. 11 RRI.

¹¹ Sobre un estudio de las finalidades de la exigencia de las formas en Derecho comparado, véase, M. REQUEJO ISIDRO, *El alcance del Estatuto formal en DIPr. Estudio de Derecho comparado y español*, 1996, tesis doctoral dirigida en la Universidad de Santiago de Compostela, pp. 35 y ss.

¹² M. GUZMÁN ZAPATER, Eficacia Probatoria y registral de documentos públicos. La forma de los actos”, en (DIR), *Lecciones de Derecho Internacional Privado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 185.

¹³ *Ibidem* y A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Forma de los actos jurídicos”, en, A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, Comares, Granada, 2017, p. 11.

¹⁴ Esta conexión hace coincidir la ley que rige la forma con la ley que rige el Derecho real. *Ibidem*, p. 25. Más dudosa es la necesidad de forma solemne para la donación de bien mueble. M. REQUEJO ISIDRO, *El alcance del Estatuto formal en DIPr. Estudio de Derecho comparado y español*, 1996, tesis doctoral dirigida en la Universidad de Santiago de Compostela, p. 40.

En aplicación de esta norma, que entiende correctamente aplicables el TSJ de Cataluña, considera aplicable la ley sueca a la validez formal de la donación. El TSJ de Cataluña aplica el art. 11, apartado 1º RRI relativo a la validez formal del contrato entre presentes y al art. 11 apartado 5º RRI relativo a los contratos que tienen por objeto un derecho real sobre bienes inmuebles.

La primera disposición somete la validez formal de una donación a la ley que lo rijan en cuanto al fondo o a la ley del lugar de otorgamiento.

La segunda establece que: “No obstante lo dispuesto en los apartados 1 a 4, todo contrato que tenga por objeto un derecho real sobre un bien inmueble o el arrendamiento de un bien inmueble estará sometido, en cuanto a la forma, a las normas de la ley del país en que el inmueble esté sito, siempre y cuando, en virtud de dicha ley: a) la aplicación de dichas normas sea independiente del país donde se celebre el contrato y de la ley que rijan el contrato, y b) dichas normas no puedan excluirse mediante acuerdo.”¹⁵.

De modo que, argumenta correctamente el TSJ de Cataluña, por un lado, la donación es formalmente válida porque todos los intervinientes en la donación se encontraban en un mismo país (España) en el momento de la perfección, de forma que el contrato es válido porque reunía los requisitos de forma de la ley que rige el fondo en virtud de la ley a la que nos remite el Reglamento Roma I -la ley sueca por mandato del art. 4.1, letra c. Por otro lado, indica el TSJ Cataluña que tratándose de un contrato que tiene por objetivo un derecho real sobre un bien inmueble prevalece la regla especial según la cual, en cuanto a la forma, rigen las normas de la ley del país en que se halla el inmueble siempre que, en virtud de esta ley, la aplicación de las normas sea independiente del país de celebración del contrato y de la ley que lo rige y estas normas no sean disponibles mediante pacto entre las partes. No se realiza el examen de estas últimas circunstancias en la sentencia, sino que se argumenta, únicamente, que para el Derecho sueco la forma de la donación es válida ya que ha accedido al Registro de la Propiedad de dicho país.

19. Dado que el recurrente en casación alega la aplicación del art. 11CC para determinar la ley aplicable a la forma de la donación, la sentencia se pronuncia sobre su posible aplicación al caso. La sentencia indica que la regulación específica del Reglamento Roma I, en todo aquello que hace referencia a la validez formal de los contratos sometidos al mismo, excluye la norma de conflicto interna que regula esta materia, esto es el art. 11 CC¹⁶. Por lo que, concluye el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que la forma de la donación litigiosa no debe quedar sometida a lo dispuesto en el art. 11.2 CC. Esta norma indica que: “Si la ley reguladora del contenido de los actos y contratos exigiere para su validez una determinada forma o solemnidad, será siempre aplicada, incluso en el caso de otorgarse aquéllos en el extranjero.”

Pero el TSJ de Cataluña considera acertadamente que la imperatividad del art. 11.2CC decae por la aplicación preferente del art. 11 RRI y esta norma no anuda de manera inseparable la validez formal del contrato a la ley aplicable al fondo, sino que, reconoce la facultad de elección de las partes, de manera que reconoce que las partes pueden elegir la ley aplicable a sus acuerdos —ex. art.3—, imponiendo únicamente las condiciones formales de la *lex rei sitae* en determinadas circunstancias para los negocios relativos a un derecho real sobre un bien inmueble o el arrendamiento de un bien inmueble (art. 11.5RRI).

Dado que el inmueble objeto de la donación está situado en Suecia no procede plantearse la aplicación del Derecho español en aplicación del art. 11.5RRI.

20. Admitida la aplicación de la ley sueca a la forma de esta donación, sus disposiciones determinarán no sólo la validez formal del acto, esto es la forma concreta que debe revestir la donación del bien inmueble sino también, las reglas relativas a los modos de subsanar la carencia de una forma particular, así como las consecuencias jurídicas de no haber observado la solemnidad requerida, en caso de que se hubieran planteado.

¹⁵ Considera, en aplicación de esta norma, inválida una donación relativa a un bien inmueble sito en España otorgada en el extranjero, sin respetar la forma de escritura pública. SAP de Las Palmas de 15 enero 2013, secc. 4ª.

¹⁶ Para un análisis de conjunto del art. 11CC véase, F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «Artículo 10», en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO (DIR.), *Comentarios al Código Civil*, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 250-328.

2. La aplicación de las leyes de policía del foro

21. La sentencia comentada también se pronuncia sobre la aplicación del apartado segundo del art. 11CC como Ley de policía del foro (art. 9RRI). En efecto, recordemos que el art. 11CC con tiene un párrafo segundo que ordena la aplicación de la ley aplicable al contenido de los contratos si ésta exigiere una determinada solemnidad, incluso en el caso de que los actos se hubieran otorgado en el extranjero.

La aplicación a una donación de las normas del foro como Leyes de Policía está prevista en el art. 9.2 RRI que establece que las normas del Reglamento no restringirán la aplicación de las leyes de policía del foro y define éstas como aquéllas *cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que fuese la ley aplicable al contrato.*

La doctrina ha señalado que el apartado segundo del art. 11CC pretende regular los supuestos en los que la forma es una condición de validez del acto o negocio jurídico, como así ocurre en nuestro ordenamiento con el requisito del otorgamiento en escritura pública para las donaciones de bienes inmuebles (art. 633CC).

La doctrina internacionalprivatista ha discrepado sobre la interpretación que debe darse a este segundo párrafo¹⁷. Para algunos se trata de una excepción al párrafo primero que debe interpretarse en el sentido de que si la ley rectora del fondo exige una forma determinada para la validez del acto esta debe ser respetada, sin que sea posible acudir alternativamente a las otras dos conexiones de la norma¹⁸.

Sin embargo, otros autores interpretan el conjunto del art. 11 CC en el sentido de que ambos apartados regulan las condiciones de validez del acto, pero el párrafo primero se aplicaría sólo a los supuestos en los que los requisitos formales son imperativos únicamente para los casos internos, esto es cuando se aplique la ley española al fondo del acto. Finalmente, una tercera postura, aboga por la aplicación del párrafo segundo cuando las solemnidades requeridas por la ley rectora del fondo exige su cumplimiento incluso a los supuestos en los que el acto está regulado por una ley extranjera (es decir, se trata de una norma internacionalmente imperativa)¹⁹. Y sólo para los casos en los que la ley rectora del fondo de la donación sanciona el incumplimiento de la forma en escritura pública con la nulidad²⁰.

Pero esta norma no se aplica para determinar la Ley aplicable a la forma de los actos que el Derecho español considera solemnes, sino a los que considera así la Ley que regula el fondo, en este caso de la donación. Análisis que no se ha hecho explícitamente en la argumentación de la sentencia respecto de la donación ya que, como se ha indicado, la sentencia menciona el art. 4.1, letra c RRI, en virtud del cual debemos aplicar la ley sueca a la donación, por ser Suecia el lugar donde de situación del bien inmueble objeto de la donación.

El TSJ Cataluña considera que la aplicación de la regla del art. 11.2 CC no se fundamenta en la excepción prevista en el art. 9.2 RRI según la cual sus disposiciones no restringirán la aplicación de las leyes de policía del foro.

Como ya se ha indicado, a juicio de TSJ Cataluña la imperatividad del art. 11.2 CC decae por la aplicación preferente de Roma I, cuyo art. 11 permite que las partes elijan la ley aplicable respecto de la forma del negocio y sólo impone bajo determinadas condiciones la regla de la *lex rei sitae* cuando se trata de negocios sobre bienes inmuebles. (FD 2).

¹⁷ F.J GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “Art. 11”, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, (DIR), Comentarios al Código Civil, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp: 328-333, conctr. p. 331.

¹⁸ A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Forma de los actos jurídicos”, op. cit., p. 28. M. GUZMÁN ZAPATER, Eficacia Probatoria y registral de documentos públicos. La forma de los actos”, en M. GUZMÁN ZAPATER (DIR), *Lecciones de Derecho Internacional Privado*, Tirant lo blanch, Valencia, 2019, p. 187.

¹⁹ M. REQUEJO ISIDRO, *El alcance del Estatuto formal en DIPr: Estudio de Derecho comparado y español*, 1996, tesis doctoral dirigida en la Universidad de Santiago de Compostela, pp. 655 y ss. Y M. REQUEJO ISIDRO, “La forma de los actos y el artículo 11 del Código civil: sobre su alcance e interpretación”, *Libro homenaje a Ildefonso Sánchez Mera*, Vol. 2, Consejo General del Notariado, Madrid, 2002, págs. 1863-1876, conctr. p. 1872.

²⁰ Sobre los casos cubiertos por el art. 11.2 CC véase F.J GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “Art. 11”, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, (DIR), Comentarios al Código Civil, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp: 328-333.

Pero el TSJ de Cataluña deja inacabado el argumento y no se pronuncia explícitamente sobre la exigencia de la forma en escritura pública de las transmisiones de propiedad de bienes inmuebles como ley de policía española²¹. El Código Civil exige la forma de la escritura pública para las donaciones que tienen por objeto un bien inmueble, y se trata de un requisito *ad solemnitatem*, por lo que en aplicación del art. 633CC la donación no sería válida. No obstante, no parece que esta exigencia formal *ad validitatem* para la transmisión de un bien inmueble sito en el extranjero sea esencial para la salvaguardia de un interés público español. Tanto más cuanto que el bien inmueble está situado en otro país y que, conforme a la ley de ese país la transmisión mediante donación en documento privado es perfectamente válida.

VI. A modo de recapitulación

22. En el litigio que resuelve esta sentencia no se trata los pactos entre los esposos suscritos en 2012 como acuerdos con elemento extranjero respecto de los cuales hay que determinar la ley estatal aplicable para determinar su validez. El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña realiza una calificación *lege fori* de los pactos matrimoniales que son objeto del litigio para calificarlos como pactos fuera de convenio, en aplicación del Código Civil de Cataluña y, por tanto, para considerarlos válidos a pesar de contenerse en documento privado.

El Tribunal resuelve la controversia relativa a las obligaciones asumidas por parte del marido en el mismo documento aplicando el Código Civil Catalán sin plantearse la ley aplicable a dichas obligaciones, a pesar de que se refieren al pago del mantenimiento de una finca sita en el extranjero y del pago del coste del personal al cuidado de la misma.

23. Dado que en el litigio se impugna, en segundo lugar, la donación -contenida en los mismos acuerdos de 2012- que tiene por objeto un bien inmueble situado en Suecia, se resuelve sobre la ley aplicable a la forma de la donación en aplicación del Reglamento Roma I, a pesar de tratarse de una donación entre esposos. Se interpreta, por tanto, de manera estricta la excepción prevista en el art. 1.2, letra b RRI de las obligaciones derivadas del Derecho de Familia de su ámbito de aplicación.

24. El TSJ de Cataluña aplica a la donación entre esposos el RRI por entender que la donación *nace de la voluntad de las partes y que no resulta directamente del matrimonio*. Por ello considera que no es de aplicación el art. 9.2 CC -cuando se cumplan las condiciones temporales la norma de conflicto será el RREM- para decidir la ley reguladora del negocio entre los esposos.

El TSJ interpreta por tanto la excepción del art. 1.2 RRI en coherencia con el ámbito de aplicación del RREM -régimen económico-matrimonial- que resulta de la jurisprudencia europea *De Cavel* para decidir si la donación deriva directamente del matrimonio o resulta de la libertad de contratación de los cónyuges. En el primer caso, la norma de conflicto aplicable será la prevista para las relaciones económico-matrimoniales (art. 9.3CC y RREM) y, en el segundo caso, el RRI.

25. Se aplica correctamente la ley sueca a la forma de la donación, en virtud del art. 11RRI y no se admite la aplicación del apartado 2 del art. 11CC como Ley de policía porque -ex. art. 9.2 RRI- se considera que la aplicación del Reglamento Roma I impide la aplicación de todo el art. 11CC, tanto del apartado primero como del segundo.

²¹ SAP de Las Palmas de 15 enero 2013, secc. 4ª.

APLICACIÓN PRÁCTICA DE LA LEY DE COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL EN MATERIA CIVIL. ANÁLISIS DE LA EXCEPCIÓN DE LITISPENDENCIA INTERNACIONAL Y DE OTROS ASPECTOS A PROPÓSITO DEL AUTO DE LA AP DE GERONA (SECCIÓN 2ª) DE 28 DE MARZO DE 2019

THE APPLICATION OF THE INTERNATIONAL LEGAL COOPERATION IN CIVIL MATTERS ACT. THE ANALYSIS OF THE PROVISION LIS PENDENS AND OTHER ASPECTS. SPANISH COURT OF APPEAL OF GERONA (SECTION 2ª) 28TH OF MARCH 2019

MÓNICA HERRANZ BALLESTEROS

*Profesora Titular de DIPr
UNED*

ORCID ID: 0000-0002-0748-6598

Recibido: 18.12.2019 / Aceptado: 10.01.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5206>

Resumen: La aplicación de las previsiones que hace la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil sobre la excepción de litispendencia internacional es uno de los aspectos que se plantean en la decisión de la Audiencia Provincial de Gerona y sobre el que se tratará en este trabajo. Junto a ello se abordará también: el razonamiento del tribunal en torno a la competencia judicial internacional en materia de divorcio, así como en materia de responsabilidad parental y derecho de alimentos, cuando la residencia del menor está en un tercer Estado.

Palabras clave: Litispendencia internacional, Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil, divorcio internacional, responsabilidad parental, derecho de alimentos, residencia habitual del menor en tercer Estado.

Abstract: The application of the new provision of lis pendens regulated in the International Legal Cooperation in Civil Matters Act is one of the aspects included in the decision adopted by the Provincial Court of Gerona. In this decision the Provincial Court also established the international jurisdiction in international matrimonial crises and parental responsibility when the child has his/her habitual residence in a third State. In this paper we will analyse all these aspects.

Keywords: International Lis pendens, Spanish Statute on international legal cooperation in civil matters, divorce, parental responsibility, maintenance obligations, habitual residence of the child in a third State.

Sumario: I. Introducción. II. Hechos. III. El auto del JPI. IV. Razonamientos jurídicos que suscita la decisión de la AP de Gerona: normativa aplicable y tratamiento de la litispendencia internacional. 1) Cuándo se produce la excepción de litispendencia internacional; A) Presupuestos generales; a) El elemento de la pendencia del proceso; b) Identidad de objeto, causa de pedir y partes;

B) Requisitos obligatorios; 2) Cómo ha de actuar la autoridad española; V. La competencia judicial internacional del Tribunal español en materia de divorcio; VI. La competencia judicial internacional de los Tribunales españoles para adoptar medidas de protección sobre menores sin residencia habitual en España; VII. Algunas reflexiones finales.

I. Introducción

1. El 28 de marzo de 2019 la AP de Gerona (Sección 2ª) admite parcialmente el recurso de apelación presentado contra el auto de fecha 30 de noviembre de 2017 dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Gerona. En dicho auto el juzgador en instancia declaraba su falta de competencia judicial internacional para conocer del procedimiento y decidía su archivo.

2. A continuación, en el presente trabajo se describen más detenidamente cuáles son los hechos que dan lugar a la situación litigiosa (II). Se profundizará en la decisión dictada en instancia (III). Se extraerán los razonamientos jurídicos que plantea el auto dictado en apelación (IV): así, se tratarán los presupuestos y requisitos relativos a la excepción de litispendencia internacional (1); cómo ha de actuar la autoridad española conforme a la normativa aplicable (2); también se analizará la competencia judicial internacional con respecto a la acción de disolución del vínculo matrimonial por divorcio, y en su caso a la extinción del régimen económico matrimonial y a la revocación de autorizaciones y poderes conferidos entre los cónyuges (V); para finalizar con los aspectos relativos a la competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental y alimentos (VI). Por último, expondremos alguna reflexión final respecto de los temas tratados (VII).

II. Hechos

3. D. Daniel y Dña. Evangelina, ambos de nacionalidad peruana, contraen matrimonio en Perú. Posteriormente, en el año 2011, trasladan su residencia a Gerona. Del matrimonio nace un hijo (no se indica ni la fecha ni el lugar de nacimiento). En el año 2017 la madre retorna a su país de origen con el hijo y desde entonces ambos residen en Perú. El progenitor continúa residiendo en España.

4. Ante el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Gerona D. Daniel presenta una demanda solicitando la acción de disolución del vínculo matrimonial por divorcio, así como medidas en relación al menor. El juzgador en primera instancia declara su falta de competencia judicial internacional para conocer del procedimiento, acordando en consecuencia el archivo del mismo.

A la vista de la decisión en instancia D. Daniel decide interponer recurso de apelación admitido por la AP de Gerona y frente al que se opone el Ministerio Fiscal. El recurso se resuelve por auto dictado el 28 de marzo de 2019¹.

III. El auto dictado en primera instancia

5. El juzgado de primera instancia, como ya se ha expuesto, se declaró incompetente para conocer del asunto y archivó el procedimiento.

La falta de competencia judicial internacional se basó, según se recoge en el Fundamento Jurídico Primero de la decisión de la AP de Gerona, en la existencia de una situación de litispendencia internacional. Conforme se relata Dña. Evangelina habría presentado en Perú una demanda previa a la

¹ El presente trabajo se adscribe al Proyecto de I+D DER2017-86017-R, "Obstáculos a la movilidad de personas en los nuevos escenarios de la UE", concedido por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, en los términos del artículo 37 de la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación (BOE nº 131, 2-VI-2011).

ECLI:ES:APGI:2019:183A

interpuesta por D. Daniel en territorio español, y dado que el menor reside en Perú difícilmente se pueden adoptar medidas paterno filiales sobre el mismo, según afirma el Juzgado de Primera Instancia y recoge textualmente la Audiencia en su decisión.

IV. Razonamientos jurídicos que suscita la decisión de la AP de Gerona: normativa aplicable y tratamiento de la litispendencia internacional

6. En el supuesto objeto de análisis se alega la existencia de litispendencia internacional², dado que, como indica la AP, Dña Evangelina habría presentado una demanda ante los Tribunales peruanos anterior a la presentada por D. Daniel ante los Tribunales españoles.

7. La Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil³ (en adelante LCJIMC) da respuesta a las situaciones de litispendencia internacional (Título IV, artículo 39). Es la primera vez que una norma de fuente interna incluye la reglamentación en torno a la litispendencia internacional⁴. Esta novedad ha supuesto un avance importante en la protección de la tutela judicial efectiva en los supuestos de litigación internacional⁵.

Es conocido como a través de la excepción de la litispendencia internacional se persigue principalmente: evitar decisiones inconciliables, tratando de preservar la armonía internacional de soluciones, y reducir los costes procesales que produce la duplicidad de los procesos⁶.

La primera cuestión que surge gira en torno a la determinación de los supuestos que van a quedar regulados por la LCJIMC. Con carácter general dicha norma resulta aplicable cuando no lo sea ni instrumento de la UE ni haya un convenio internacional⁷. Para este caso, dado que el proceso paralelo abierto en el extranjero se habría iniciado ante los tribunales de un *tercer Estado* con el que no existe un convenio internacional aplicable en el asunto objeto de litigio⁸, las previsiones de la LCJIMC resultan operativas.

El artículo 19 del Reglamento (CE) n.º. 2201/2003 relativo a la competencia, y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º. 1347/2000⁹ (en adelante Reglamento (CE) N. 2201/2003) no es aplicable cuando la demanda se presenta ante los tribunales de un tercer Estado y posteriormente ante los tribunales de un Estado Miembro.

La situación va a continuar igual tras el Reglamento (UE) N. 2019/111 del Consejo de 25 de junio de 2019 relativo a la competencia, y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsa-

² Así lo entiende el Ministerio Fiscal que se opone al recurso presentado.

³ BOE núm., 182 de 31 de julio de 2015.

⁴ El artículo 22 *nonies* de la LOPJ, introducido por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, determina: “Las excepciones de litispendencia y de conexidad internacionales se arreglarán y tramitarán con arreglo a las normas generales que regulen las leyes procesales”.

⁵ Sobre la trayectoria en la aplicación de la excepción de la litispendencia en España, *vid.*, E. CANO BAZAGA., *La litispendencia comunitaria*, Eurolex, Madrid, 1997. En relación a la nueva regulación, entre otros, *vid.*, C. AZCÁRRAGA MONZÓNIS., “Artículo 39. De la litispendencia internacional”, *Comentarios a la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil*, (dir., F.P. Méndez González, G. Palao Moreno), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 444-455. M. GARDEÑES SANTIAGO., “Procedimientos paralelos en España y en el extranjero: el Título IV de la Ley 29/2015 (arts 37 a 40)”, *REDI*, Vol. 68, (2016), 1, pp. 109-119.

⁶ F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, M. VIRGOS SORIANO., *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2ª edición, 2007, Thomson, pp. 362-364.

⁷ Carácter subsidiario de la norma recogido en el artículo 2 de la LCJIMC.

⁸ Como sostiene A. RODRÍGUEZ BENOT en relación a la aplicación de la LCJIMC las reglas de litispendencia y conexidad resultarán de aplicación “únicamente a aquellas materias no cubiertas por el ámbito de aplicación sustantivo del Reglamento, esto es, esencialmente al Derecho de personas, de familia, de sucesiones y de Derecho concursal”, *cf.*, “La Ley de Cooperación Jurídica Internacional”, *CDT*, (Marzo 2016), Vol. 8, N.º 1, pp. 234-259, en *espc.*, pp. 249-250. Se refiere el autor al Reglamento (UE) N. 1215/2012 que es el único instrumento de fuente UE que hasta el momento incorpora soluciones para la excepción de litispendencia en los supuestos extra-UE (art. 32).

En relación a la regulación de la litispendencia extra-UE en el Reglamento (UE) N. 1215/2012, por la similitud que tiene con el artículo 39 de la LCJIMC, pueden verse, entre otros muchos trabajos, P. DIAGO DIAGO., “Artículo 33”, *Comentario al Reglamento (UE) N. 1215/2012*, Edt., Aranzadi, 2016, pp. 673-686. J. SUDEROW., “Nuevas normas de litispendencia y conexidad para Europa: ¿El ocaso del torpedo italiano?” ¿Flexibilidad versus previsibilidad?”, *CDT*, (Marzo 2013), Vol. 5, núm., 1, pp. 184-195.

⁹ DOUE núm., 338, de 23 de diciembre de 2003.

bilidad parental, y sobre la sustracción de menores¹⁰ (versión refundida), dado que el texto únicamente regula la litispendencia intra-UE (artículo 20); por tanto, la LCJIMC seguirá aplicándose en los supuestos de litispendencia extra-UE en estas materias –salvo, claro está, que haya un convenio internacional–.

En consecuencia, en este supuesto, cuándo hay litispendencia internacional y cómo ha de actuar la autoridad española ante una situación de litispendencia internacional queda regulado por lo previsto en la LCJIMC (artículo 39).

1) Cuándo se produce la excepción de litispendencia internacional

A) Presupuestos generales

8. La identidad de objeto y causa de pedir en el proceso entablado por las mismas partes ante tribunales de distintos Estados son los elementos que han de confluír a la hora de apreciar la existencia o no de una situación de litispendencia (artículo 39.1 LCJIMC). De igual forma para apreciar la existencia de litispendencia es necesario que la presentación de la demanda ante los tribunales del tercer Estado sea *anterior* al momento en el que se interpone la demanda en España y que el *proceso siga pendiente*.

A continuación, se desarrollan los presupuestos citados.

a) El elemento de la pendencia del proceso

9. En relación a este último extremo, -momento de la pendencia-, el proceso abierto en el extranjero debe ser *anterior* al iniciado ante la autoridad española y, además, *debe estar pendiente* ante el tribunal extranjero. Sobre el concepto de pendencia el artículo 37 de la LCJIMC establece que a efectos de apreciar la litispendencia internacional un proceso se considera pendiente desde el momento de interposición de la demanda, si después es admitida¹¹.

En la decisión objeto de estudio no es posible determinar tales extremos dado que no se indica el momento en el que Dña. Evangelina presentó demanda ante los Tribunales peruanos y tampoco que el proceso esté pendiente ante las referidas autoridades. Ahora bien, este dato no es un elemento que haga dudar a la AP en torno a la existencia de la excepción de litispendencia -al menos, como veremos después, en lo que se refiere a la demanda sobre petición de alimentos-.

10. A modo de ejemplo traemos a colación decisiones de otras Audiencias en las que el tribunal ha verificado si se producía o no la concurrencia de la pendencia del litigio conforme a la previsión establecida en el artículo 37 de la LCJIMC.

En relación al requisito del *momento* en el que se ha de iniciar el proceso ante las autoridades extranjeras la AP de Valencia (Sección 10ª), en Auto dictado el 12 de noviembre de 2018, establece: “no cabe acoger la excepción de litispendencia dado que cuando se inicia el proceso en Marruecos ya se había dictado en España una orden de protección para la actora con medidas civiles, que posteriormente fueron ratificadas, por lo que la demanda que se presentó en Marruecos *después* de que se iniciaran actuaciones judiciales con el mismo objeto, la misma causa, y entre las mismas partes en España”¹².

También sobre el elemento de la temporalidad se pronuncia la AP de A Coruña (Sección 6ª) admitiendo el recurso de apelación interpuesto frente a la decisión dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm., 2 de Ribeira, en el que el juzgador declaraba carecer de jurisdicción por mantenerse en curso el asunto ante los Tribunales chilenos. Frente a esta decisión, tras la prueba del apelante, la AP verifica que: “la demanda de divorcio ante el Juzgado de Chile se interpuso *dos años después* de haber presentado demanda en España y, por tanto, no es argumento que justifique la abstención del Tribunal

¹⁰ DOUE núm., 178, de 2 de julio de 2019.

¹¹ Sobre el mímico *vid.*, P. QUINZÁ., “Artículo 37. Concepto de pendencia” *Comentarios a la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil*, (dir., F.P. Méndez González, G. Palao Moreno), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 433-439.

¹² Auto de la AP de Valencia (Sección 10ª) núm., 643/2018 de 12 de noviembre. JUR/2019/67370.

español sin perjuicio de los problemas que se puedan plantear de litispendencia, que conforme a lo que sostiene la AP, son ajenos a la decisión recurrida”¹³.

En referencia al elemento de la *admisión a trámite* de la demanda presentada ante las autoridades extranjeras y respecto de la cual se alega la litispendencia internacional, la AP de A Coruña (Sección 4ª) expresamente se refiere al hecho de que “no puede admitirse la litispendencia dado que la demanda que se argumenta se presentó en Luanda *no consta ni tan siquiera admitida a trámite, como muy fácil le hubiera sido demostrarlo al apelante*”¹⁴.

b) Identidad de objeto, causa de pedir y partes

11. En referencia a la identidad de objeto y causa de pedir, de conformidad con lo que se recoge en la decisión de la AP de Gerona, serían tres las distintas materias sobre las que se habría de analizar su concurrencia.

12. *Primero*, Dña. Evangelina habría entablado una acción ante las autoridades peruanas sobre medidas en relación al menor, pero no lo habría hecho sobre la disolución del vínculo matrimonial por divorcio, como expresamente indica la Audiencia en su decisión¹⁵.

Por tanto, en referencia a la petición de disolución del vínculo por divorcio no se produciría la excepción de litispendencia y, en consecuencia, el tribunal español siendo competente para conocer del asunto habría de resolver sobre el mencionado extremo (en relación a la competencia del tribunal español en materia de divorcio *vid., infra* apartado V).

13. *Segundo*, quedan dos aspectos más que tratar en torno a la identidad de objeto y causa para que exista litispendencia: lo relativo a la responsabilidad parental, así como sobre la petición de alimentos. La AP hace referencia a la interposición en Perú de una demanda de medidas en relación al menor sin concretar específicamente cuáles son tales medidas.

Pues bien, la Audiencia en su decisión acoge la excepción de litispendencia respecto de la solicitud de alimentos, dado que conforme se indica la progenitora habría interpuesto demanda sobre los mismos en Perú. En este caso existiría identidad de objeto, causa y partes.

En relación a la responsabilidad parental –en particular derecho de custodia y derecho de visita–, la AP de Gerona en el auto no se refiere de manera expresa a que la demanda, interpuesta por Dña. Evangelina ante las autoridades peruanas, hubiera incluido este aspecto; aunque parece lo más probable debido a los hechos que presenta el asunto.

Ahora bien, si en la demanda que Dña. Evangelina alega haber presentado en Perú se hubiera incluido una petición sobre la responsabilidad del menor, no puede existir litispendencia internacional, conforme al criterio de la AP. En el Fundamento de Derecho Segundo se argumenta, por parte la AP, la inexistencia de competencia judicial internacional de la autoridad española para conocer de la responsabilidad parental sobre el menor -derecho de custodia y visita-, lo que lleva a concluir que sin competencia judicial internacional de las autoridades españolas no habría litispendencia¹⁶. En efecto, la residencia habitual del niño está en Perú y no en España, en consecuencia, el Tribunal español determina que no resulta competente a estos efectos (ahora bien, véase más adelante el desarrollo que realizamos sobre la competencia de los Tribunales españoles para adoptar medidas de protección sobre menores sin residencia habitual en España *infra.*, apartado VI).

¹³ AP de A Coruña (Sección 6ª) Auto del 7 de junio de 2019. ECLI:ES:APC:2019:606A.

¹⁴ AP de A Coruña (Sección 4ª) Sentencia núm. 397/2016 de 23 de noviembre JUR/2017/5455. Fundamento de Derecho Segundo.

¹⁵ De forma textual en el Fundamento de Derecho Segundo se indica: “En consecuencia el Juzgado de Primera instancia de Girona si es competente para conocer de la demanda de divorcio. Por tanto, con respecto a la acción de divorcio, referida a la disolución del vínculo matrimonial, no puede acogerse la excepción de litispendencia internacional, máxime cuando la esposa no ha interpuesto en Perú una demanda de divorcio y si solo de medidas en relación al menor”.

¹⁶ Si lo que se quiere hacer es la impugnación de la competencia judicial internacional de los Tribunales españoles esta se tramita en el proceso español a través de la declinatoria, de su estimación resulta la inhibición del juez y el archivo de las actuaciones.

14. En consecuencia, en relación a la decisión de la AP de Gerona el único aspecto que por el momento suscita la posible aplicación de la excepción de litispendencia internacional sería el relativo a la petición de alimentos.

B) Requisitos obligatorios

15. La excepción de litispendencia tal y como está regulada en el artículo 39.1 de la LCJIMC requiere el obligado cumplimiento de una serie de condiciones adicionales establecidas en las letras a), b) y c) del citado artículo. Así, para que el Tribunal español pueda suspender el procedimiento tienen que cumplirse todas y cada una de las condiciones que a continuación se indican en el referido precepto. Requisitos que son cumulativos y han de ser verificados por el tribunal¹⁷.

16. La redacción del artículo 39.1 de la LCJIMC establece:

“Cuando exista un proceso pendiente con idéntico objeto y causa de pedir, entre las mismas partes, ante los órganos jurisdiccionales de un Estado extranjero en el momento en que se interpone una demanda ante un órgano jurisdiccional español, el órgano jurisdiccional español *podrá* suspender el procedimiento, a instancia de parte y previo informe del Ministerio Fiscal, siempre que se cumplan los siguientes requisitos”.

Este precepto viene a otorgar a la autoridad española potestad para decidir en torno a la suspensión o no del procedimiento¹⁸; de forma que, incluso existiendo identidad de partes, objeto y causa de pedir con una demanda anterior presentada ante un tribunal de un tercer Estado, el Tribunal español podría continuar con el procedimiento aún a riesgo de que se produzcan decisiones contradictorias¹⁹.

Pues bien, para que el órgano judicial español suspenda el procedimiento la petición ha de venir *a instancia de parte* y se requerirá el *informe preceptivo del Ministerio Fiscal* (estos dos aspectos se analizarán en el siguiente apartado 2). Junto a lo anterior el órgano judicial tendrá que verificar el cumplimiento de las condiciones previstas en el apartado primero del artículo 39.

17. El primero de los requisitos se centra en la *competencia de la autoridad extranjera* para conocer del asunto:

“Que la competencia del órgano jurisdiccional extranjero obedezca a una conexión razonable con el litigio. Se presumirá la existencia de una conexión razonable cuando el órgano jurisdiccional extranjero hubiere basado su competencia judicial internacional en criterios *equivalentes* a los previstos en la legislación española para ese caso concreto”.

En la decisión objeto de análisis la AP de Gerona se refiere, en relación a los alimentos, a los criterios de competencia recogidos en el Reglamento (CE) N. 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos²⁰ (en adelante Reglamento (CE) N. 4/2009) y, en particular, a los foros recogidos en su artículo 3, es decir a la competencia del tribunal de la residencia habitual del demandado o del acreedor).

Pues bien, parece que la AP con la referencia al criterio de la residencia del acreedor como foro de competencia refleja la vinculación razonable entre el litigio y los Tribunales peruanos y, por tanto, se daría

¹⁷ Así se indica de forma expresa en el Preámbulo de la LCJIMC.

¹⁸ Como se indica en el Preámbulo de la LCJIMC *la apreciación de la excepción es potestativa*. Carácter facultativo que se destaca en *Lecciones de Derecho Internacional Privado*, AAVV. (dir. M. GUZMÁN ZAPATER), Edt. Tirant lo Blanch, 2019, p. 116.

¹⁹ Este precepto es casi idéntico al artículo 33 del Reglamento (UE) N. 1215/2012, una valoración general sobre el mismo *vid.*, F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ., *Derecho internacional privado*, Thomson, 5ª edición, pp. 206-209

²⁰ DOUE, núm., 7, de 10 de enero de 2009.

A este Reglamento se refiere la AP como Reglamento relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de decisiones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, confundiendo con ello el ámbito material de aplicación del texto.

cumplimiento a este primer requisito adicional del artículo 39.1.a) de la LCJIMC que permite al Tribunal español acoger la excepción de litispendencia internacional en lo que se refiere a la petición de alimentos.

16. El segundo de los requisitos hace referencia al *juicio de reconocibilidad* de la decisión extranjera (artículo 39.1.b).

Se trata de una condición esencial que hace, como algún autor ha indicado, superfluo el requisito incluido en la letra a) del artículo 39.1²¹. Esto último se explica en que la superación del reconocimiento de la decisión extranjera en España conllevaría en su momento la aplicación de la condición del control de la competencia de la autoridad extranjera como juez de origen (artículo 46.1 (c) de la LCJIMC). También es cierto que en la práctica la competencia del juez de origen es la única condición que puede demostrarse en la fase inicial²² -hay que recordar que el proceso aún está pendiente-.

El incumplimiento del requisito del juicio positivo de reconocibilidad de la decisión extranjera -en este caso de un Tribunal marroquí- fue el argumento empleado por AP de Valencia, en una decisión dictada en 2018, en la que estimó el recurso de apelación presentado frente a un auto dictado por el Juzgado de Violencia sobre la mujer núm., 1 en el que se declaró el *sobresimiento* del proceso acogiendo la excepción de litispendencia internacional. La AP de Valencia argumenta que se prevé que la sentencia extranjera no pueda reconocerse y, en consecuencia, no puede acogerse la excepción de litispendencia internacional. Hay que apuntar que en este caso el reconocimiento de la decisión extranjera en España no sería posible debido a la aplicación del artículo 23.5 del Convenio entre el Reino de España y Marruecos de 30 de mayo de 1997²³.

Pues bien, en el supuesto objeto de análisis la AP de Gerona no se refiere al cumplimiento de este requisito para acoger la excepción de litispendencia. En este caso debido a la residencia habitual del progenitor en España -entendemos que demandado en el proceso de alimentos en Perú y por tanto posible deudor-, si éste no cumple con la sentencia que se dicte por las autoridades peruanas es muy probable que para el cobro de los alimentos se precise su reconocimiento en España; por tanto, el juicio de reconocibilidad por parte de la autoridad española a la hora de acoger la excepción de litispendencia internacional se justificaría aún más²⁴.

17. Por último el artículo 39.1 c) se refiere al requisito de que el juez español considere necesario suspender el procedimiento en *aras de la buena administración de la justicia*. Esta condición supone que ha de hacerse “una valoración del conjunto de las circunstancias del caso, en particular de las conexiones entre los hechos del asunto y las partes y el tercer Estado de que se trate, de la fase en la que se halla el procedimiento en ese tercer Estado y si cabe esperar que se dicte resolución en un plazo razonable”²⁵. Todo ello establecido en el Preámbulo de la LCJIMC -remitiéndose el mismo al considerando 24 del Reglamento (UE) N. 1215/2012-.

No se refiere a este aspecto la AP de Gerona cuando, se entiende que en aplicación del artículo 39 de la LCJIMC, acoge la excepción de litispendencia internacional en relación a la petición de alimentos.

2) Cómo ha de actuar la autoridad española

18. De acuerdo con lo previsto en el artículo 39.1 de la LCJIMC el tribunal podrá *suspender* el procedimiento, efecto que se requerirá a *instancia de parte y previo informe del Ministerio Fiscal*.

²¹ P. DE MIGUEL., “Comentario a la Ley 29/20015, de cooperación jurídica internacional en materia civil” <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com/2015/08/comentario-la-ley-292015-de-cooperacion.html>

²² F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ., *Derecho internacional privado...*, op. cit., p. 207.

²³ Auto de la AP de Valencia (Sección 10ª) núm., 643/2018 de 12 de noviembre. JUR/2019/67370.

²⁴ Ni a esta condición ni a la siguiente se refiere la AP de Gerona en su decisión sobre la admisión de la litispendencia internacional en el supuesto en cuestión Un análisis sobre tales aspectos en un supuesto también de divorcio en el que se alega litispendencia internacional puede verse en la Sentencia de AP de A Coruña (Sección 4ª) Sentencia núm. 397/2016 de 23 de noviembre JUR/2017/5455.

²⁵ Sobre la interpretación y valoración del conjunto de tales circunstancias *vid.*, P. DIAGO DIAGO., “Artículo 33”, op. cit., pp. 681-682.

19. En relación a la primera de las cuestiones, apreciación a instancia de parte de la excepción de litispendencia, el artículo 39.1 de la LCJIMC no contempla de forma expresa la posibilidad de suspender el procedimiento de oficio²⁶. Es cierto que quien va a tener información sobre la apertura del proceso en el extranjero, así como sobre el transcurso del propio proceso, será la parte que interesa la litispendencia²⁷, quien generalmente, como sucede en este supuesto objeto de análisis, será el demandado en el segundo proceso abierto en este caso ante las autoridades españolas.

Sobre este extremo distintas voces abogan por la posible suspensión de oficio en el supuesto de que juez tenga conocimiento por sí solo de la existencia de otro proceso (circunstancia difícil)²⁸.

20. En referencia al informe del Ministerio Fiscal, preceptivo conforme a la previsión del artículo 39.1 de la LCJIMC, está completamente justificado en el ámbito material objeto de la decisión. Si bien como condición obligatoria para todos los procesos ha sido una cuestión criticada por parte de la doctrina.

Que el informe del Ministerio Fiscal sea preceptivo no conlleva que sea vinculante para la autoridad que dicta la decisión sobre acoger o no la excepción de litispendencia internacional. Pero lo que sí nos parece adecuado es que el Ministerio Fiscal indique en su informe si concurren los presupuestos generales, así como las condiciones adicionales obligatorias que establece el artículo 39 de la LCJIMC para estar ante un supuesto de litispendencia internacional.

21. En relación a la resolución de la excepción procesal de litispendencia, de conformidad con el artículo 421.1 de la LEC, -precepto que regula la resolución en casos de litispendencia y conexidad internos-, si el tribunal acoge la litispendencia alegada dictará auto de sobreseimiento.

Pues bien, la doctrina vino defendiendo -antes de que se regulara la litispendencia internacional en la LCJIMC- que el efecto más correcto de la litispendencia internacional es el suspensivo y no el inhibitorio, dado que es esta la forma más correcta de garantizar los derechos ambas partes. La falta de certeza en torno al juicio positivo de reconocimiento al que se somete la sentencia, como condición de la que depende la aceptación de la litispendencia, aconsejan seguir esta opción²⁹.

Sin embargo, tras la LCMJIM, conforme a lo previsto en el artículo 38: “Las excepciones de litispendencia y conexidad internacional se alegarán y tramitarán como la excepción de litispendencia interna”, lo que conlleva el seguimiento en el plano internacional de la regulación que de estas dos figuras procesales hace la LEC para los supuestos puramente internos³⁰ y, en consecuencia, las previsiones que al respecto realiza la norma procesal.

22. En relación al supuesto objeto de análisis como hizo la AP de Gerona el juez puede estimar la litispendencia para algunos aspectos -por ejemplo, en la petición de alimentos- y no para otros -por ejemplo, en la disolución del vínculo por divorcio-. En el ámbito internacional se trata de cuestiones separables, aunque su tramitación sea conjunta.

²⁶ A diferencia de la previsión del artículo 31.4 del Reglamento (CE) N. 1215/2012 que prevé la suspensión de oficio o a instancia de parte cuando el derecho nacional lo prevea.

²⁷ En relación a este aspecto véase A. CALVO CARAVACA J. CARRASCOSA, *Derecho Internacional Privado*, Edt. Comares, Vol I, p. 376. Se inclinan por la opción de que, como sucede en el Reglamento (UE) N. 1215/2012 se hubiera contemplado la opción de la apreciación de oficio, M. GARDEÑES SANTIAGO, “Procedimientos paralelos...”, *op. cit.*, p. 113. C. AZCÁRRAGA MONZONIS, “Artículo 39”, *Comentarios a la Ley de Cooperación...op. cit.*, pp. 450-451.

²⁸ En particular véanse los argumentos empleados por P. QUINZÁ, “Artículo 38”, *Comentarios a la Ley de Cooperación...*, *op. cit.*, p. 441.

²⁹ Sobre este aspecto F. ROZAS, S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, Edt. Cívitas 7ª edición. Textualmente se afirma: “Conviene señalar que, en la litispendencia internacional, el sobreseimiento no parece la solución más razonable, sino la suspensión del procedimiento, que no es el efecto contemplado en la LEC para la litispendencia interna”, p. 112. M. VIRGOS SORIANO, F.J. GARCIMARTÍN ALFEREZ, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, Cívitas, 1ª edición, 2000, p. 256.

³⁰ P. QUINZÁ, “Artículo 38. Procedimiento”, *Comentarios a la Ley de Cooperación...*, *op. cit.*, pp. 440-443.

VI. La competencia judicial internacional del tribunal español en relación a la disolución del vínculo por divorcio

23. Conforme al auto dictado en Primera Instancia la autoridad española archiva todo procedimiento por falta de competencia judicial internacional. Respecto a este extremo la AP de Gerona declara *revocar en consecuencia parcialmente dicha decisión debiendo continuar la tramitación del procedimiento por corresponder la jurisdicción internacional a los Tribunales españoles con respecto a la acción de disolución del vínculo matrimonial por divorcio, y en su caso a la extinción del régimen económico matrimonial y a la revocación de autorizaciones y poderes conferidos entre los cónyuges*³¹.

24. Descartada la excepción de litispendencia internacional, -dado que según se recoge en el auto de la AP la ahora demandada en el proceso español no habría presentado demanda en relación al divorcio, y la demanda ante las autoridades peruanas solo sería sobre medidas de protección del menor-, el Tribunal español reproduce en su auto tanto la normativa de fuente interna -artículo 22 *quater* de la LOPJ- como la normativa de fuente UE -el Reglamento (CE) N. 2201/2003-. Para concluir declarando la competencia de los Tribunales españoles basada en el foro de la residencia habitual del esposo, demandante en el proceso (artículo 3 del Reglamento (CE) N. 2201/2003).

25. La AP de Gerona insiste, reproduciendo textualmente un auto dictado por la AP de Barcelona en 2018³², en la primacía del citado Reglamento frente a la LOPJ, aun cuando se trate, como en el caso, de nacionales extranjeros incluso de terceros Estados siempre que uno de ellos siga residiendo en España (vínculo real entre el interesado y el Estado miembro que ejerce la competencia)³³.

Aún hay decisiones que no tienen en cuenta el Reglamento (CE) N. 2201/2003 para fundamentar la competencia de los Tribunales españoles en materia de divorcio y directamente aplican las previsiones del artículo 22 *quáter* letra c) de la LOPJ. Si bien es cierto la transcripción casi literal que se ha hecho en la LOPJ de los foros de competencia del artículo 3 del Reglamento (CE) N. 2201/2003 supone que el resultado en la práctica sea el mismo.

Pues bien, dicho lo anterior desconocemos el motivo por el que cuando la AP de Gerona recapitula al final de su auto cita expresamente como instrumento aplicable a la competencia judicial internacional de los Tribunales españoles el artículo 22 *quater* c) de la LOPJ³⁴.

26. En consecuencia, la AP de Gerona admite parcialmente el recurso declarando la competencia judicial internacional del Juzgado de Primera Instancia, y continúa declarando: “Por tanto, con respecto a la acción de divorcio, referida a la disolución del vínculo matrimonial, no puede acogerse la excepción de litispendencia internacional, *máxime* cuando la esposa no ha interpuesto en Perú una demanda de divorcio y si solo de medidas en relación al menor” (la cursiva es nuestra). Creemos que esta última afirmación, junto con la que a continuación transcribimos, pueden resultar en cierta medida confusas.

“Recapitulando todo lo anterior con respecto a la acción de divorcio, referida a la disolución del vínculo matrimonial *no puede acogerse la excepción de litispendencia internacional, ya que la jurisdicción española es competente para resolver las pretensiones relativas a la extinción del régimen económico matrimonial y a la revocación de consentimientos y poderes otorgados entre cónyuges* tal como se recoge en el Art. 22, *quáter* c) de la L.OPJ antes referido” (la cursiva es nuestra).

En el caso objeto de estudio no puede acogerse la excepción de litispendencia internacional sobre este aspecto justamente porque, como indica la AP en su auto, no se ha presentado demanda de disolución del vínculo por divorcio ante los Tribunales peruanos. Si ello hubiera ocurrido, cumplidas las

³¹ Conforme a lo establecido por la AP en la parte dispositiva del Auto.

³² Auto de la AP Barcelona de 24/10/2018.

³³ Auto de la AP de A Coruña (Sección 6ª) Auto del 7 de junio de 2019. ECLI:ES:APC:2019:606A.

³⁴ Todo ello en distintos apartados del Fundamento Jurídico Segundo del auto de la AP de Gerona.

condiciones del artículo 39.1 de la LCJIMC, y siendo competente los Tribunales españoles estos podrían haber acogido la excepción de litispendencia internacional y, en consecuencia, que sobre el divorcio hubiera resuelto el Tribunal peruano³⁵.

27. La competencia judicial internacional de los dos tribunales ante los que se presenta una demanda con identidad de objeto, causa y partes es necesario para evitar el fin último que se persigue con la figura de la litispendencia internacional: conocimiento de un mismo asunto por dos tribunales, evitar la duplicidad de procesos y, por tanto, que no se produzcan decisiones inconciliables. Como ya hemos dicho, y reiteramos, sin competencia judicial internacional no hay litispendencia internacional.

VII. La competencia judicial internacional de los Tribunales españoles para adoptar medidas de protección sobre un menor sin residencia habitual en España

28. Analiza la AP de Gerona la competencia de los Tribunales españoles en relación a la adopción de medidas sobre el menor y, en particular, sobre la responsabilidad parental -derecho de custodia y de visita sobre el menor-. Concluye declarando la incompetencia de los Tribunales españoles para adoptar medidas relativas a la responsabilidad de un menor con residencia habitual en Perú.

La competencia de los tribunales españoles ante los que se solicita adoptar medidas de protección *sobre menores con residencia habitual en terceros Estados* se ha planteado en distintas ocasiones resolviendo las autoridades españolas de manera diferente a como lo hizo la AP de Gerona. Sirvan como muestra los siguientes casos:

29. En los dos primeros supuestos que se van a analizar, además de la residencia del menor en un tercer Estado, hay otro denominador en común: el acuerdo de los progenitores a la hora de que conozcan las autoridades españolas sobre las medidas relativas a los hijos que tienen su residencia habitual fuera de España. En ambos casos es la aplicación del Reglamento (CE) N. 2201/2003 el instrumento conforme al cual los Tribunales españoles declaran su competencia.

30. Supuesto resuelto por la AP de Barcelona (Sección 12) de 8 de enero de 2015³⁶. En este caso la AP confirma la competencia de los Tribunales españoles para adoptar medidas de protección sobre uno de los hijos de un matrimonio de nacionales chinos con residencia en España, aunque el niño tuviera su residencia habitual en China donde era cuidado por sus abuelos.

La AP de Barcelona se basa en artículo 12.1 del Reglamento (CE) N. 2201/2003 y se declara competente dado que ninguno de los progenitores había cuestionado la competencia de los Tribunales españoles para adoptar medidas de protección sobre el referido menor y, además continúa sosteniendo la AP, su competencia responde al interés del mismo, según requiere el apartado 4 del artículo 12 del citado Reglamento.

31. En el supuesto resuelto por de la AP de León (Sección 1ª) en sentencia de 6 de octubre de 2017, se plantea una demanda de común acuerdo sobre la disolución del matrimonio por divorcio ante los Tribunales españoles³⁷. En el convenio regulador las partes acuerdan medidas sobre el menor que tenía su residencia habitual en Senegal y era cuidado por su abuela.

Pues bien, en Primera Instancia se disuelve el vínculo por divorcio, pero por falta de competencia judicial internacional no se pronuncia sobre las medidas en relación con el menor. Ante ello ambas partes interpusieron recurso de apelación para pedir que se aprobara el convenio regulador en todos

³⁵ Mantenemos nuestras dudas en torno a la competencia judicial internacional de los Tribunales peruanos en lo relativo a la disolución del vínculo por divorcio dado que el supuesto no cumple ninguno de los foros contenidos en el Código Civil peruano en relación a su competencia en asuntos relativos a las relaciones familiares que establecen los artículos 2062 (foro en razón de la materia) y 2057 (foro general del domicilio del demandado).

³⁶ Sentencia núm. 10/2015 de 8 enero. JUR 2015\76317.

³⁷ ECLI: ES:APLE:2017:857.

sus extremos y, en particular, en relación con las medidas sobre guarda y custodia, así como sobre los alimentos en favor del menor.

La AP de León estima el recurso y revoca la decisión dictada en Instancia en relación a la falta de competencia judicial internacional del Tribunal español para decidir sobre las medidas relativas al menor. Para ello aclara: 1º) la aplicación del Reglamento (CE) N. 2201/2003 con independencia del lugar de residencia habitual del menor en un EM o no³⁸; 2º) la aplicación posteriormente en el marco del Reglamento del criterio de la residencia habitual como foro de competencia que determinará la competencia o no de las autoridades.

Establecida entonces la aplicación del Reglamento (CE) N. 2201/2003, no hay duda de la incompetencia de las autoridades españolas conforme a la regla general -artículo 8 lugar de residencia habitual del menor-. Ahora bien, la AP de León declara la competencia de los Tribunales españoles para conocer en aplicación de la prórroga de la competencia prevista en el artículo 12 del texto, estableciendo: *que nada hay de anómalo, sino todo lo contrario, en que los tribunales españoles decidan sobre responsabilidad parental cuando el menor reside fuera del territorio nacional*. Igualmente, la AP considera también competentes a las autoridades españolas en relación al establecimiento del derecho de alimentos en aplicación del foro por conexidad procesal previsto en la letra d) del artículo 3 del Reglamento (UE) N. 4/2009³⁹.

32. A diferencia de los dos supuestos anteriormente citados, en los dos casos siguientes no hay voluntad común de las partes en torno a que el Tribunal español acuerde medidas de protección en relación al menor. Por tanto, son otros los criterios en los que la autoridad española basa su competencia para adoptar medidas de protección en torno a un menor con residencia en un tercer Estado; si bien continúan siendo de aplicación las previsiones del Reglamento (CE) N. 2201/2003.

33. En el año 2018 se presenta ante la AP de León (Sección 2ª) recurso de apelación contra la decisión del Juzgado de Primera Instancia por el cual disolvía el matrimonio por divorcio entre dos nacionales pakistaníes con residencia habitual en España, y se declaraba incompetente para conocer sobre las medidas de protección de la hija cuya residencia habitual estaba en Pakistán junto a sus abuelos maternos⁴⁰. Recurrida la sentencia en apelación, la AP de León estima parcialmente el recurso declarando la competencia de los Tribunales españoles para adoptar medidas protección sobre la menor -en lo que hace al derecho de custodia y de visita- así como sobre la petición de alimentos.

En relación a la responsabilidad parental el Tribunal español descarta su competencia en aplicación de los artículos 8 y 12 del Reglamento (CE) N. 2201/2003⁴¹. Una vez comprobado que tampoco existe un tribunal de otro EM competente, y ante la previsión del artículo 14 del citado Reglamento, aplica de forma residual la normativa de fuente interna⁴². De manera que, conforme al artículo 22 quáter de la LOPJ, declara la competencia a los Tribunales españoles para conocer de la responsabilidad parental del menor dado que el demandante tiene su residencia habitual en España al tiempo de la demanda⁴³.

³⁸ Establece la AP en el Fundamento de Derecho Segundo: “Dado que el Reglamento no limita su aplicación a los supuestos en los que el elemento de extranjería se sitúe en alguno de los Estados miembros de la Unión Europea, resulta irrelevante que el menor tenga o no tenga su residencia en uno de ellos”.

³⁹ Establece el artículo 3 letra d) del Reglamento (UE) N. 4/2009: Serán competentes para resolver en materia de obligaciones de alimentos en los Estados miembros: d) el órgano jurisdiccional competente en virtud de la ley del foro para conocer de una acción relativa a la responsabilidad parental, cuando la demanda relativa a una obligación de alimentos sea accesoria de esta acción, salvo si esta competencia se basa únicamente en la nacionalidad de una de las partes

⁴⁰ ECLI: ES:APLE:2018:841.

⁴¹ El menor no tiene residencia habitual en España y los progenitores no han dado su consentimiento para que el Tribunal español competente para conocer del divorcio conozca de la responsabilidad parental (artículo 12).

⁴² El artículo 14 (competencia residual) del Reglamento (CE) N. 2201/2003 establece: “Si de los artículos 8 a 13 no se deduce la competencia de ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro, la competencia se determinará, en cada Estado miembro, con arreglo a las leyes de dicho Estado”.

⁴³ El artículo 22 de la LOPJ establece: “En materia de filiación y de relaciones paterno-filiales, protección de menores y de responsabilidad parental, cuando el hijo o menor tenga su residencia habitual en España al tiempo de la interposición de la demanda o el demandante sea español o resida habitualmente en España o, en todo caso, al menos desde seis meses antes de la presentación de la demanda”.

Establecida entonces la competencia de los Tribunales españoles sobre la responsabilidad parental continua la AP de León en su auto resolviendo el asunto relativo a la competencia en materia de alimentos. Para ello, y a través de la aplicación del foro por conexidad procesal, declaró la competencia de los Tribunales españoles en aplicación del artículo 3 d) del Reglamento (UE) N. 4/2009. Establece la AP en su decisión que: “si los Tribunales españoles son competentes para conocer de la responsabilidad parental del menor, y resultado los alimentos accesorios a dicha acción, también lo son para resolver sobre los alimentos”.

34. El tercer ejemplo estaría resuelto por sentencia dictada por la AP de Barcelona el 5 de noviembre de 2019⁴⁴. Este caso es el que presenta mayor parecido con el que resuelve la AP de Gerona en cuanto a los pocos elementos de vinculación con las autoridades españolas, al menos en lo que hace a su competencia para adoptar medidas en relación a los menores.

El demandante, nacional y con residencia habitual en España, presenta demanda de divorcio ante las autoridades españolas frente a una nacional india. Junto a ello solicita: medidas en relación a los dos hijos sobre la responsabilidad parental –pide que el derecho de custodia sea concedido a la progenitora y en su favor se establezca un régimen de visitas que le permita mantener el contacto con los menores–, igualmente el progenitor demandante ofrece el pago de una pensión de alimentos en favor de los hijos. Tanto la madre como los menores tienen su residencia habitual en India, si bien el domicilio de los tres es al parecer desconocido.

Pues bien, al igual que ocurre en la sentencia de la AP de León, la AP de Barcelona admite el recurso declarando la competencia de los Tribunales españoles tanto para la adopción de medidas en relación a la responsabilidad parental sobre los menores como en relación a la petición de alimentos. Para ambas materias aplica el mismo razonamiento y fundamento que la AP de León, es decir se remite a la normativa interna -artículo 22 quáter de la LOPJ- para las medidas relativas al derecho de custodia y de visita -por mandato del artículo 14 del Reglamento (CE) N. 2201/2003-, y al foro de conexidad procesal del Reglamento (UE) N. 4/2009 en lo referente a los alimentos; si bien en este caso, creemos que de forma errónea, argumenta su competencia en la letra c) del artículo 3 y no la letra d) del mismo⁴⁵.

35. Para finalizar, la cuestión que se suscita en torno a la decisión de la AP de Gerona después de haber analizado la jurisprudencia anterior parece lógica: ¿podría haber seguido la AP de Gerona el mismo razonamiento y en consecuencia declarar la competencia del Tribunal español para conocer? La pregunta formulada se responde de distinta manera en función de dirimir la competencia en materia de responsabilidad parental o en la materia de alimentos.

Respecto del derecho de alimentos ya apuntamos como al parecer era el único aspecto sobre el que se habría producido la excepción de litispendencia, y así se acogió en el recurso por la AP (*vid.*, *supra* párrafo núm., 13). Se entiende que cumplidos los requisitos previstos en el artículo 39 de la LCJIMC el Tribunal español, aunque tuviera competencia⁴⁶, suspende el procedimiento en favor de los Tribunales peruanos.

En lo que a la responsabilidad parental se refiere, el Tribunal español se declaró incompetente tanto en primera como en segunda instancia, dado que al aplicar las normas del Reglamento (CE) N. 2201/2003 ni el lugar de residencia del menor era España ni había acuerdo de los progenitores que permitiera aplicar las previsiones del artículo 12. Pero teniendo en cuenta que ningún tribunal de otro EM era competente para conocer podría haber aplicado el criterio de competencia residual del artículo 14 del Reglamento (CE) N. 2201/2003 y, en consecuencia, conforme a los foros del artículo 22 quater de la LOPJ, haber declarado su competencia dado que el demandante -progenitor- tenía su lugar de residencia en España⁴⁷.

⁴⁴ SAP B 13078/2019 - ECLI: ES:APB:2019:13078

⁴⁵ Hay que recordar que mientras la letra (c) del artículo 3 del Reglamento (UE) N. 4/2009 se refiere a una acción la de alimentos accesorios a una acción relativa al estado de las personas, la letra d) del citado precepto se refiere a la acción de alimentos como accesorios a una acción relativa a la responsabilidad parental.

En relación a la interpretación de las letras c) y d) del artículo 3 del Reglamento (UE) N. 4/2009 pueden verse las decisiones del TJUE en el asunto C-184/14, de 16 de julio de 2015 ECLI:EU:2015:479 y el asunto C-499/15, de 15 de febrero de 2017 ECLI:EU:C:2017:118. Sobre las mismas *vid.*, C.I CORDERO ÁLVAREZ., “Nota”, *REDI*, Vol. 68, 1, 2016, pp. 178-181.

⁴⁶ Recordemos que España es el lugar de residencia habitual del progenitor -se entiende que demandado en el proceso de alimentos si este es a título principal- (artículo 3 del Reglamento (UE) N. 4/2009).

⁴⁷ La respuesta sería distinta si el menor hubiera residido en un tercer Estado parte del Convenio de La Haya de 1996. De

Ahora bien, aunque las previsiones del Reglamento hubieran hecho posible que, en aplicación de la normativa de fuente interna, los Tribunales españoles fueran competentes no podemos dejar de concluir con alguna consideración que nos suscita esta posibilidad, más aún en un caso como el de la AP de Gerona.

Primero, en relación a la propia aplicación, aunque sea residual, de la normativa interna en el marco de la norma de fuente UE⁴⁸. La falta de vínculo del supuesto con un EM -en definitiva con la UE- permite la entrada de la normativa interna y con ello la declaración de competencia de un Tribunal de un EM por la aplicación de otros criterios de competencia. Estos criterios estarían contemplados en la normativa interna y no se corresponderían con los previstos en la normativa UE. La aplicación de la normativa interna y con ella sus foros de competencia es posible tras la autorización del instrumento de fuente institucional que además establece: “Las normas de competencia en materia de responsabilidad parental están concebidas en función del interés superior del menor, y deben aplicarse de acuerdo con este”⁴⁹. Criterio al que ha de responder igualmente las normas de competencia judicial internacional de fuente interna.

Segundo, en relación a la propia eficacia de la decisión adoptada en estos casos por los Tribunales españoles. Si el menor tiene su residencia habitual en un tercer Estado la propia efectividad de la decisión en el tercer Estado donde el menor reside puede ser dudosa. Parece lógico cuestionarse cómo se tutela el *interés del menor* si la decisión no puede reconocerse.

VII. Algunas reflexiones finales

36. En julio de 2020 se cumplirán cinco años desde que se aprobó la LCJIMC y por tanto desde que la regulación de la litispendencia internacional en la norma interna es aplicable.

Las previsiones de la LCJIMC van a tener operatividad en pocas materias; ahora bien, la relevancia cuantitativa que tienen los asuntos para los que resulta aplicable la reglamentación interna de la litispendencia internacional permiten augurar una significativa y numerosa práctica.

37. Por tanto, estamos ante una importante novedad legislativa sobre cuya correcta aplicación no creemos que el auto de la AP de Gerona constituya un ejemplo a seguir. La lectura del auto permite concluir que el tribunal no verifica prácticamente ninguno de los requisitos que el artículo 39 de la LCJIMC establece, y conforme a los cuales se faculta al Tribunal español para acoger o no de la excepción de la litispendencia internacional; y decidir, en consecuencia, en torno a la suspensión del procedimiento en favor de los tribunales extranjeros.

38. Más acertadas nos parecen las reflexiones que realiza la Audiencia en relación a la interpretación sobre la competencia judicial internacional de los Tribunales españoles por ejemplo en materia de divorcio.

Quiere dejar clara la Audiencia la aplicación del Reglamento (CE) N. 2201/2003 por encima de la norma interna y ello con independencia de los factores que conforman el caso –nacionales de terceros Estados–; si bien al final yerra cuando aplica la LOPJ en particular su artículo 22 quater letra c), como fundamento de su competencia.

39. Por último en relación a las medidas a adoptar sobre el menor, en ningún momento aclara cuáles han sido exactamente incluidas en la demanda que al parecer de forma previa interpuso Dña.

conformidad con su artículo 61 el Convenio de La Haya de 1996 es aplicable cuando el menor tenga su residencia habitual en un Estado parte del texto. El Convenio no contiene una norma que permita la aplicación residual de las normas de competencia judicial de fuente interna. En este caso la aplicación del artículo 10 -autonomía de la voluntad de los progenitores- o los artículos 8 y 9 –transferencia de la competencia a un tribunal mejor situado- podría permitir que un Tribunal español tuviera competencia para adoptar medidas de protección sobre un menor con residencia habitual en un tercer Estado parte del citado texto convencional. Véase el ejemplo resuelto por la AP de Barcelona (Sección 18ª) de 17 de mayo de 2017, ECLI: ES:APB:2017:3796A.

⁴⁸ Y que continúa estando presente en el marco del Reglamento (UE) N. 2019/1111 artículo 14.

⁴⁹ Considerando 19 del Reglamento (UE) N. 2019/1111.

Evangelina ante los Tribunales peruanos. Solo parece no quedar duda en que sí se solicitaron ante los mencionados tribunales alimentos en favor del menor -aspecto para el que la AP de Gerona acoge la excepción de litispendencia internacional-.

40. En lo que hace al derecho de custodia y de visita la Audiencia descarta su competencia en base al artículo 8 o el 12 del Reglamento (CE) N. 2201/2003. La AP no examina la posibilidad de que, ante la inexistencia de la competencia de un tribunal de otro Estado miembro, resulten aplicables de forma residual las normas de competencia judicial internacional nacionales; normativa que, por las previsiones del artículo 22 quater de la LOPJ, atribuiría competencia al Tribunal español para conocer sobre las medidas en relación a un menor sin residencia habitual en España y cuyo vínculo con el asunto estaría en la residencia del progenitor en España. En cualquier caso, se pone en duda la eficacia de la decisión que pudiera dictar el Tribunal español en caso de haberse declarado competente en base a la normativa de fuente interna.

LITISPENDENCIA INTERNACIONAL EXTRACOMUNITARIA:
UNA ALEGACIÓN IGNORADA (SAP BARCELONA
DE 30 DE MAYO DE 2019)

EXTRA-COMMUNITY INTERNATIONAL LITIS PENDES: AN
IGNORED ALLEGATION (DECISION OF THE PROVINCIAL
COURT OF BARCELONA OF 30 MAY 2019)

PILAR JUÁREZ PÉREZ

Profesora Titular de Derecho Internacional Privado

Universidad Carlos III de Madrid

ORCID ID: 0000-0003-3044-5679

Recibido: 12.12.2019 / Aceptado: 10.01.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5207>

Resumen: La sentencia objeto del presente comentario resuelve, en sentido confirmatorio, el recurso de apelación presentado contra una sentencia de instancia que declara la disolución de un matrimonio celebrado en Israel y adopta las correspondientes medidas definitivas respecto al hijo común. Entre los motivos de apelación, el recurrente alega la existencia de un proceso de divorcio pendiente en Israel, lo que constituye una situación de litispendencia internacional regulada por el artículo 39 LCJIMC. Pero la Audiencia Provincial de Barcelona ignora el precepto, limitándose a desechar la aplicación del artículo 19 del Reglamento 2201/2003, por no tratarse de un supuesto de litispendencia intracomunitaria. Un razonamiento correcto pero incompleto, que se deja en el camino justamente la resolución de la verdadera cuestión jurídica planteada en la *litis*.

Palabras clave: disolución de matrimonio, Reglamento 2201/2003, competencia judicial internacional, litispendencia internacional, Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil, Derecho internacional privado.

Abstract: The commented sentence resolves, in a confirmatory sense, the appeal filed against an instance judgement declaring the dissolution of a marriage celebrated in Israel and adopting the mandatory measures regarding the common child. Among the grounds of appeal, the appellant alleges the existence of a pending divorce process in Israel, which constitutes a situation of international litigation governed by article 39 Act 29/2015 of July 30. But the Provincial Court of Barcelona ignores the precept, limiting itself to rejecting the application of article 19 of Regulation 2201/2003, since it is not an intra-community litigation case. A correct but incomplete reasoning, which leaves precisely the resolution of the true legal issue raised in the litigation.

Keywords: dissolution of marriage, Council Regulation (EC) N° 2201/2003 of 27 November, international jurisdiction, Act on International Judicial Cooperation in Civil Matters (Act 29/2015 of July 30), international *lis pendes*, private international law.

Sumario: I. Los antecedentes de hecho y la decisión de instancia. II. Cuestiones de Derecho internacional privado. 1. Competencia judicial internacional. 2. Litispendencia extracomunitaria. III. Conclusión: el desmesurado protagonismo del Derecho comunitario.

I. Los antecedentes de hecho y la decisión de instancia

1. Con fecha de 30 de enero de 2018, el Juzgado de Primera Instancia nº 18 de Barcelona dicta sentencia de disolución de un matrimonio celebrado en abril de 2011 por el rito rabínico en Tel Aviv (Israel), habiendo fijado los cónyuges inmediatamente después el domicilio familiar en Barcelona. Del matrimonio nació un hijo, con el que ambos convivieron hasta abril de 2014, cuando el padre traslada su domicilio a Tel Aviv, permaneciendo la madre y el hijo común residiendo en Barcelona. Además de declarar la disolución del matrimonio, la sentencia de instancia adoptaba las medidas definitivas respecto a la patria potestad, guarda y custodia, y régimen de visitas del hijo del matrimonio, así como sobre el uso y disfrute de la vivienda conyugal, y el establecimiento de una pensión de alimentos para el hijo menor de edad.

2. La sentencia de instancia fue recurrida por el demandado en apelación ante la Audiencia Provincial de Barcelona, siendo la base principal de su recurso la alegación de un procedimiento de divorcio pendiente en Israel Tel Aviv. El recurrente impugnaba diversos pronunciamientos dictados en instancia: la declaración de divorcio, la atribución a la madre de la facultad de mantener al hijo en el colegio en que estaba matriculado, y el régimen de visitas fijado, cuya ampliación solicitaba, tanto en cuanto al aspecto temporal como a las personas con las que podría relacionarse el menor durante el período de visitas, haciendo mención específica de su abuela paterna, y al lugar de realización, solicitando que tuvieran lugar fuera del Punto de Encuentro.

3. La parte demandante y el Ministerio Fiscal se opusieron al recurso de apelación, solicitando la confirmación de la sentencia recaída en la primera instancia. El 30 de mayo de 2019, la Audiencia Provincial dicta sentencia¹ desestimando el recurso y confirmando íntegramente la resolución de instancia, sobre la base de una argumentación cuanto menos incompleta que se expondrá más adelante. Además de los aspectos civiles, la Audiencia aborda dos cuestiones de Derecho internacional privado, que constituyen el cimiento de su resolución y por ello, el objeto del presente trabajo.

II. Cuestiones de Derecho internacional privado

4. Como se ha indicado, el recurrente solicitó la impugnación de la sentencia de la disolución del matrimonio declarada en instancia, siendo el motivo la existencia de un procedimiento de divorcio existente en Tel Aviv, pendiente durante la sustanciación del proceso ante el Juzgado español.

5. Al examinar esta alegación, la Audiencia, verifica en primer lugar la competencia del tribunal de primera instancia, aplicando correctamente la normativa comunitaria reguladora de dicha cuestión, pero yerra en su análisis de la alegada litispendencia, que no examina a la luz del fundamento jurídico correcto. O más bien, realiza un análisis incompleto, ya que desecha adecuadamente la normativa que no resulta aplicable, pero no acude de forma correlativa a la que hubiera resultado de aplicación para resolver esta alegación del recurrente.

1. La cuestión de la competencia judicial internacional.

6. Como se ha indicado, la resolución del recurso parte de la comprobación de la competencia judicial internacional del Juzgado de Primera Instancia para resolver el litigio, si bien dicha competencia no había sido impugnada por el recurrente, ni en apelación ni durante la sustanciación del procedimiento de divorcio.

7. Señala la Audiencia que la normativa reguladora de esta cuestión es el Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución

¹ Sentencia núm. 368/2019, de 30 mayo (ECLI:ES:APB:2019:6241).

de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental². *A priori*, el ámbito de aplicación personal de este Reglamento se determina en función de la nacionalidad o residencia del demandado en el territorio de la Unión Europea: sus foros de competencia judicial internacional rigen los litigios donde el demandado tenga su residencia en un Estado miembro o bien posea la nacionalidad de un Estado miembro (art. 6)³. Como indican A. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, se trata de un cónyuge “*protegido por los foros razonables contenidos en el Reglamento*”⁴. En el presente caso no concurría dicha circunstancia, dado que el marido, demandado, no tenía la nacionalidad de un Estado miembro y había trasladado su residencia a Tel Aviv en el momento de la interposición de la demanda de divorcio por parte de la esposa.

8. En tales supuestos, el artículo 7 del Reglamento prevé la activación de la denominada «competencia residual», un mecanismo que trata de evitar que se descarte de plano la aplicación del Reglamento si no se dan las anteriores condiciones respecto del demandado. Antes de acudir al respectivo régimen estatal sobre competencia judicial internacional, es preciso hacer una comprobación: que los foros del Reglamento contenidos en los artículos 3, 4 y 5, no otorguen competencia a ningún tribunal de un Estado miembro⁵. Sólo entonces será inaplicable el Reglamento, y la competencia del tribunal deberá sustentarse, en su caso, sobre la normativa interna, lo que en nuestro caso nos llevaría los foros recogidos en el artículo 22 LOPJ.

9. En el supuesto analizado sí se daba esta «competencia residual», pues el artículo 3.1.a) determina la competencia del órgano jurisdiccional de un Estado miembro en cuyo territorio se encuentre “*el último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos aún resida allí*”. Como vimos, el domicilio conyugal se había fijado en Barcelona desde la celebración del matrimonio en 2011, permaneciendo inalterado hasta la separación de los cónyuges en 2014. Por ende, concurría además la nacionalidad española de la demandante y su residencia en España durante un periodo superior a un año antes de la presentación de la demanda, lo que activaría otros foros recogidos en el mismo precepto que otorgarían igualmente competencia a los tribunales españoles, aun en el caso de que no se hubiera dado el anterior criterio competencial.

10. Siendo por tanto el Reglamento la base de la competencia de la jurisdicción española, una vez asentada ésta sobre el artículo 3.1.a), la determinación del concreto tribunal territorialmente competente debe hacerse con arreglo a las normas procesales internas de cada Estado miembro. El régimen comunitario establece foros puros de competencia judicial internacional, también llamados foros indirectos: atribuyen competencia a los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro en su conjunto y deja en manos de cada Estado la concreción del tribunal que ha de resolver el litigio conforme a su legislación procesal nacional.

² DOUE nº 338, de 23 de diciembre de 2003. Esta norma tiene ya los días contados: será sustituida por el Reglamento (UE) 2019/1111, de 25 de junio de 2019, sobre competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, así como sobre sustracción internacional de menores (DOUE L 178, de 2 de julio de 2019). La mayoría de sus preceptos serán aplicables a partir del 1 de agosto de 2022, fecha en que quedará derogado el Reglamento 2201/2003. Salvo los artículos 92 (modificación de los anexos por la Comisión), 93 (poderes otorgados a la Comisión para la adopción de actos delegados), 93 y 103 (informaciones de los Estados miembros a la Comisión), que son aplicables desde el 22 de junio de 2019 (art. 105).

³ Sobre las dificultades que, en la práctica, plantea la determinación de los concretos supuestos de crisis matrimoniales a los que resulta aplicable esta normativa comunitaria en materia de competencia judicial internacional, *vid.* A. QUINONES ESCÁMEZ, “¿Cuándo se aplica el Reglamento Bruselas II bis? El TJCE se pronuncia sobre su ámbito de aplicación”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 29, mayo/agosto (2008), esp. pp. 465-473.

⁴ Capítulo XII. Crisis matrimoniales”, en *Derecho Internacional Privado*, volumen II, 18ª ed., Comares, Granada, 2018, p. 233.

⁵ Sobre esta cuestión, resulta muy ilustrativa la STJUE de 29 de noviembre de 2007, asunto C-68/07, *Kerstin Sundelind López c. Miguel Enrique López Lizaso* (Rec. I-10405), donde el Tribunal esclarece el mecanismo de los artículos 6 y 7, declarando expresamente que deben interpretarse en el sentido de que, en el marco de un asunto de divorcio, cuando el demandado no tiene su residencia habitual en un Estado miembro y no es nacional de un Estado miembro, los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro no pueden fundar su competencia en su Derecho nacional para resolver dicha demanda, si los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro son competentes con arreglo a dicho Reglamento.

11. En el ordenamiento español, la competencia territorial en los procesos matrimoniales y de menores viene fijada por el artículo 769 LEC, que utiliza jerárquicamente diversos criterios: domicilio conyugal, y en su defecto, último domicilio conyugal o residencia del demandado, a elección del demandante; en caso de que el demandado no posea su residencia en España, entran en juego el foro de la última residencia en España y, subsidiariamente, el del domicilio del actor⁶. En el litigio que nos ocupa, la confluencia de todos estos criterios deriva hacia la competencia del Juzgado de Primera Instancia de Barcelona, como ratifica correctamente la Audiencia Provincial al resolver el recurso de apelación.

12. El razonamiento jurídico seguido por la Audiencia para determinar la efectiva competencia de la jurisdicción española resulta tan acertado como meritorio, dada la ya señalada complejidad hermenéutica de los criterios de aplicación del Reglamento 2201/2003. Su justificación radica en el hecho de que trata de evitar dos problemas: la eventual falta de competencia judicial internacional de los tribunales de terceros Estados para conocer del litigio del divorcio, y la hipotética falta de eficacia en la Unión Europea de una sentencia dictada por tribunales extracomunitarios. Un intrincado sistema brillantemente aplicado por la Audiencia, lo que hace que resulte aún más sorprendente que no se muestre tan certera al examinar la siguiente alegación del recurrente, la litispendencia internacional, cuya base jurídica resulta considerablemente menos oscura desde el punto de vista aplicativo.

2. La cuestión de la litispendencia extracomunitaria

13. Como acabamos de subrayar, resulta desconcertante la respuesta dada por la Audiencia Provincial de Barcelona a la objeción del recurrente basada en la existencia de un procedimiento de divorcio pendiente en Israel durante la sustanciación del proceso ante el Juzgado de Barcelona. Rechaza la Audiencia dicha alegación sobre la base de dos motivos, ambos incorrectos: uno, por trasladar la cuestión a un supuesto no planteado; el otro, por errar en la fundamentación jurídica que debía resolver la cuestión, o más exactamente, omitir la que debiera haberlo hecho.

14. Respecto a la primera cuestión, indica la Audiencia que no consta en las actuaciones “*la finalización del procedimiento de divorcio que se dice iniciado en Israel, y mucho menos (...) la solicitud de reconocimiento de efectos civiles a una resolución en la que se hubiera declarado la disolución del matrimonio*”. Esta reflexión traslada el debate a una hipotética alegación de cosa juzgada como motivo de oposición a la sentencia de instancia, que en ningún momento realiza el recurrente.

15. Parece plantearse aquí la Audiencia una eventual oposición al litigio de instancia basada en la existencia de una sentencia que ya hubiera resuelto el mismo objeto entre las partes. Pero dicha alegación debiera haberse realizado en el propio proceso ante el Juzgado de Primera Instancia, por la vía del reconocimiento incidental prevista en el artículo 44.2 LCJIMC⁷, toda vez que la sentencia habría sido dictada por un tribunal de un Estado no perteneciente a la Unión Europea y carente de un convenio internacional suscrito con España en materia de reconocimiento que resulte aplicable al caso⁸.

16. En tal caso, el demandado podría haber intentado hacer valer la cosa juzgada derivada de la sentencia israelí, solicitando el reconocimiento de la sentencia en el proceso de instancia. Pese al limitado efecto de este tipo de reconocimiento, circunscrito al proceso en que se hace valer, en el caso de autos hubiera tenido el efecto de impedir la repetición del procedimiento de divorcio en España. Al no haberlo hecho así el demandado, resulta lógico entender que el proceso en Israel no había finalizado, siendo correcta por tanto su alegación de litispendencia internacional.

⁶ AAP Madrid núm. 70/2006, de 13 de marzo (JUR 2006\149140).

⁷ Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil (BOE núm. 182, de 31 de julio de 2015).

⁸ En efecto, no es aplicable al presente asunto el Convenio entre el Reino de España y el Estado de Israel para el mutuo reconocimiento y la ejecución de sentencias en materia civil y mercantil, de 30 de mayo de 1989 (BOE núm. 3, de 3 de enero de 1991), pues su artículo 1.3 excluye expresamente de su ámbito material las cuestiones relativas al “*estado o capacidad de las personas físicas*”, lo que lo hace inaplicable a las sentencias de divorcio.

17. Esta alegación constituye la verdadera *quaestio iuris* del recurso de apelación, pero es abordada por la Audiencia mediante un razonamiento incompleto, en que indica la normativa no aplicable al caso, pero no señala correlativamente la que resulta aplicable ni resuelve conforme a ella. Así, establece correctamente que, al no ser Israel, país donde se sustancia el proceso, un Estado miembro del Reglamento 2201/2003, no resulta de aplicación el supuesto de litispendencia contemplado en su artículo 19. Pero sorprendentemente, su razonamiento se detiene ahí, estableciendo a continuación la siguiente consecuencia jurídica al mismo: “*procede desestimar este motivo de recurso de apelación*”.

18. Sin embargo, el hecho -incuestionable- de que no sea aplicable el mecanismo del artículo 19 del Reglamento no implica en absoluto que la alegación de litispendencia deba ser desestimada sin más; todo lo contrario: supone que la cuestión debe analizarse a la luz de la normativa que resulta de aplicación. En efecto, como bien puntualiza la Audiencia, cuando se presenta una demanda de divorcio ante un tribunal de un tercer Estado y con posterioridad se reproduce el mismo litigio ante los tribunales de un Estado miembro, el artículo 19 no resulta aplicable⁹. En tal caso, “*la cuestión de saber si debe acogerse o no la excepción de litispendencia internacional debe resolverse con arreglo a las normas nacionales del Estado miembro ante cuyos tribunales se plantea la excepción*”¹⁰.

19. En nuestro país, dichas normas nacionales están constituidas por los artículos 37 a 39 LCJIMC, a los que remite el artículo 22 *nonies* LOPJ: “*Las excepciones de litispendencia y de conexidad internacionales se alegarán y tramitarán con arreglo a las normas generales que regulen las leyes procesales*”. Tales son los fundamentos jurídicos que debiera haber utilizado la Audiencia Provincial para sustentar su pronunciamiento sobre la alegación de litispendencia internacional.

20. En concreto, el artículo 39 LCJIMC, que establece los requisitos para que se pueda activar la excepción de litispendencia internacional. La premisa es la existencia de un proceso pendiente ante un tribunal extranjero entre las mismas partes, con idéntico objeto y causa de pedir, cuando se interpone la demanda ante un órgano jurisdiccional español¹¹. En el caso de autos, parecía resultar así, pero lo que sorprende enormemente es que la sentencia de instancia no haga mención alguna sobre la litispendencia, siendo así que la Audiencia recuerda que “*no consta en las actuaciones la finalización del procedimiento de divorcio que se dice iniciado en Israel*”. No queda claro, por tanto, si en instancia fue examinada o no esta excepción, que en todo caso debiera haber sido resuelta -en instancia y apelación- sobre la base del citado artículo 39 LCJIMC.

21. Esta regulación parte de la ya mencionada identidad de objetos procesales, estableciendo en tal caso la facultad -que no obligación- del órgano judicial español, a instancia de parte y previo informe del Ministerio Fiscal, de suspender el procedimiento cuando se cumplan, cumulativamente, tres requisitos: a) que la competencia del órgano jurisdiccional extranjero obedezca a una conexión razonable con el litigio; b) que sea previsible que el órgano jurisdiccional extranjero dicte una resolución susceptible de ser reconocida en España¹²; y c) que el órgano jurisdiccional español considere necesaria la suspensión del procedimiento en aras de la buena administración de justicia¹³.

⁹ Sobre la regulación de la litispendencia por este precepto, como “*expresión del principio en torno al cual se articula el sistema de confianza y cooperación en el que se basa la circulación de las resoluciones judiciales entre los Estados miembros*”, *vid.* las Conclusiones del Abogado General Sr. Yves Bot presentadas el 6 de septiembre de 2018 en el asunto C-386/2017, *Stefano Liberato contra Luminita Luisa Grigorescu* (ECLI:EU:C:2018:670).

¹⁰ A. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Capítulo XII. Crisis matrimoniales”, *cit.*, p. 246.

¹¹ *Vid.* SAP Zaragoza núm. 815/2017, de 28 de diciembre (AC 2018/53), que rechaza la existencia de litispendencia internacional ante la ausencia de uno de estos elementos fundamentales, por no existir “*la pretendida identificación de partes*” alegada por la recurrente, “*forzando una interpretación al intentar hacer ver que las partes son coincidentes con las del presente procedimiento*”.

¹² Sobre la redundancia práctica de estos dos primeros requisitos, *vid.* P. DE MIGUEL ASENSIO, (<http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es/2015/08/comentario-la-ley-292015-de-cooperacion.html>).

¹³ Respecto al primer requisito, subraya la propia Exposición de Motivos de la Ley que esta exigencia “*no tiene parangón*” en la normativa comunitaria, concretamente en el Reglamento (UE) n° 1215/2012; en cuanto a los restantes, indica que requieren del tribunal español realizar una valoración del “*conjunto de las circunstancias del caso, en particular de las conexiones*”.

22. De apreciar la concurrencia de estas condiciones, el tribunal español puede acordar la suspensión del proceso, abriéndose entonces dos posibles vías: su reanudación ulterior, de apreciarse los motivos legalmente tasados para ello (art. 39.2), o la estimación definitiva de la declinatoria de jurisdicción y correlativo archivo de las actuaciones si concurren las circunstancias previstas en el apartado 3 del artículo 39. Como indica F. GASCÓN INCHAUSTI, la segunda vía se activa cuando se estima una “*genuina situación de litispendencia internacional*”, que “*debe conducir en último término al sobreseimiento de uno de los dos procesos en curso*”¹⁴, lo que no ocurrió en el presente caso.

23. La reanudación del proceso puede acordarse en cualquier momento, también a instancia de parte y previo informe del Ministerio Fiscal, cuando concurra cualquiera de estas circunstancias: a) que el tribunal extranjero se hubiera declarado incompetente, o si, requerido por cualquier parte, no se hubiera pronunciado sobre su propia competencia; b) que el proceso iniciado en el otro Estado sea suspendido o haya sido sobreseído; y c) que se estime poco probable que el proceso ante el órgano jurisdiccional del otro Estado concluya en un tiempo razonable.

24. En el presente caso, el silencio de la Audiencia Provincial sobre esta cuestión no permite deducir el motivo que eventualmente podría haber llevado tanto a dicho órgano como al Juzgado de Primera Instancia bien a desestimar la declinatoria de jurisdicción, o bien a reanudar el procedimiento tras una eventual suspensión motivada por la alegada litispendencia internacional. El único dato incuestionable es que la finalización del proceso en España mediante sentencia indica la desestimación del motivo de oposición alegado, bien en un primer momento, rechazando la concurrencia de los requisitos del artículo 39.1 y por tanto la existencia de litispendencia, o bien en un momento ulterior, apreciando motivos legales para reanudar el proceso tras haberse decretado su suspensión.

25. A la luz de la normativa procesal española, la primera hipótesis podría venir sustentada por la consideración de que se incumple el primer requisito recogido en el precepto: la competencia del juez extranjero (israelí) para conocer del procedimiento. Nuestro régimen procesal establece dicha competencia sobre la base de una conexión razonable con el litigio, lo que se presume cuando el tribunal extranjero fundamenta su competencia en criterios equivalentes a los establecidos por el ordenamiento español para el mismo asunto. En el presente caso, la conexión del órgano judicial israelí con el litigio sólo puede sustentarse en dos circunstancias: la celebración del matrimonio en Tel Aviv y la residencia del demandante en dicha ciudad en el momento de interponer su demanda.

26. De acuerdo con nuestro régimen estatal sobre competencia judicial internacional, la celebración del matrimonio no es un hecho que permita defender una conexión del litigio con el tribunal. Pero la residencia del demandante sí podría serlo, toda vez que nuestro ordenamiento consagra este foro de competencia cuando el demandante lleve al menos un año de residencia habitual en España desde la interposición de la demanda (art. 22 *quáter* LOPJ). Haciendo el ejercicio de «bilateralización» que sugiere el artículo 39.1.a) LCJIMC, de darse dicha exigencia (residencia mínima de un año en Israel previa a la demanda), bien podría estimarse la competencia judicial internacional del tribunal israelí ante el que el recurrente presentó demanda de divorcio.

27. No siendo razonable, por tanto, pensar que el órgano judicial español estimase la falta de competencia del tribunal israelí, tampoco lo es imaginar que consideró incumplido alguno de los otros dos requisitos del artículo 39.1: la expectativa de una resolución extranjera susceptible de ser reconocida en España o la conveniencia de la suspensión del proceso español en aras de la buena administración de justicia. Como indica L. CARRILLO POZO, “*la previsibilidad del reconocimiento y ejecución de la resolu-*

entre los hechos del asunto y las partes y el tercer Estado de que se trate (...) de la fase en la que se halla el procedimiento en ese tercer Estado y si cabe esperar que se dicte resolución en un plazo razonable”.

¹⁴ “Litispendencia internacional y actuaciones previas al proceso [Consideraciones a propósito de la STJUE de 4 de mayo de 2017 (Hanseyachts) y de la STJUE de 20 de diciembre de 2017 (Schlömp)], *Cuadernos de Derecho Transnacional*, (Marzo 2018), Vol. 10, Nº 1, p. 582.

ción extranjera son relativamente controlables: basta atender al sistema de eficacia extraterritorial de decisiones, la eventual existencia de convenio con el otro Estado y los precedentes jurisprudenciales para formarse una idea bastante precisa y por este flanco no debería haber incertidumbre alguna”¹⁵.

28. La segunda hipótesis que hemos planteado es la reanudación del proceso en España tras una eventual suspensión, pero nada en el contenido de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial permite afirmar que éste haya sido el camino que siguiera el tribunal de instancia al elaborar su sentencia; y como resulta evidente, tampoco lo hace la propia Audiencia.

29. Este supuesto se plantea cuando, tras haber acogido el órgano judicial español la excepción de litispendencia internacional y dejado por ello en suspenso el procedimiento, se aprecie la concurrencia de alguna de las circunstancias previstas en el artículo 39.2 LCJIMC, antes mencionadas. Frente a lo que establece el mismo precepto en su apartado 1 para decretar la suspensión del procedimiento, su levantamiento ya no exige que se den cumulativamente dichas circunstancias, sino que basta con que el tribunal estime que se da cualquiera de ellas en el procedimiento en curso. De nuevo nos encontramos con la ausencia de indicios en la sentencia que permitan afirmar que tal fue lo acaecido durante la sustanciación del proceso de divorcio ante el tribunal de primera instancia, pues la sentencia de la Audiencia Provincial mantiene su absoluto mutismo también en cuanto a este punto.

30. Examinadas las opciones judiciales que ofrece el artículo 39 a la hora de abordar la alegación de litispendencia judicial, se comprueba que ni en instancia ni en apelación se siguieron ninguna de ellas. Antes al contrario, la respuesta judicial a esta cuestión se limita a desechar -correctamente- la aplicación al caso del régimen jurídico de la litispendencia contenida en el Reglamento 2201/2003. Pero no da el paso siguiente: examinar -y resolver- la cuestión a la luz de la normativa estatal aplicable. Más bien parece que las dos instancias han pasado de puntillas por la alegación de litispendencia internacional, limitándose en instancia, a ignorarla, y en apelación, a despacharla con el argumento (incompleto) de que no resulta aplicable el artículo 19 del Reglamento 2201/2003.

31. ¿Qué hubiera pasado de ser acogida y examinada esta excepción? Carecemos de datos suficientes para aventurar una respuesta, pero de lo que no cabe duda es de que la normativa procesal española ofrece, mediante la reglamentación de la litispendencia internacional, un cauce jurídico que merecería haber sido explorado ante la alegación del recurrente, y que hubiera podido cambiar el sentido de las decisiones judiciales de instancia o apelación.

III. Conclusión: el desmesurado protagonismo del Derecho comunitario

32. Como se ha querido resaltar en el título del presente comentario, con esta sentencia la Audiencia Provincial de Barcelona ha dejado pasar una ocasión propicia para pronunciarse sobre la aplicación del todavía joven régimen jurídico estatal de la litispendencia extracomunitaria. Vista con perspectiva, su jurisprudencia no ha tenido demasiadas oportunidades de abordar esta materia, y cuando lo ha hecho, carecía de una regulación específica aplicable a la cuestión, al no estar todavía en vigor la normativa actual.

33. Desde esta óptica cabe citar su Sentencia de 1 de febrero de 2000¹⁶, donde también en el marco de un proceso de divorcio, rechazó una excepción de litispendencia internacional basada en la existencia de un litigio iniciado en Suiza con anterioridad a la presentación de la demanda en España. En dicha ocasión, el motivo para desestimar la oposición formulada fue *“la constatación de la inexistencia de norma internacional aplicable entre España y Suiza que contemple esta institución jurídico procesal”*.

¹⁵ “Litispendencia internacional y costas del proceso”, *Bitácora Millennium DIPr*, Núm. 2º/2015, p. 15.

¹⁶ AC\2000\142

Esta declaración de la Audiencia evidencia la tradicional postura judicial española¹⁷ que, como indica M. GARDEÑES SANTIAGO, entendía que “*esta falta de regulación expresa debía interpretarse en el sentido de que, a no ser que hubiera un convenio internacional (o norma de la UE) que expresamente previera la existencia de un procedimiento paralelo en el extranjero (o incluso aunque ya hubiera una sentencia en el extranjero, si no se había solicitado su ejecución), dicho procedimiento no podía tenerse en cuenta*”¹⁸.

34. Casi veinte años después, y colmada ya aquella laguna jurídica por efecto de la Ley 29/2015¹⁹, la respuesta de la Audiencia no ha variado: persiste en rechazar la alegación de litispendencia internacional cuando no resulta aplicable una normativa supranacional. Pero hoy sí poseemos ya un régimen procesal que regula -con mayor o menor acierto²⁰, pero de forma expresa e inequívoca- esta institución jurídica, inveteradamente ignorada por el legislador español durante décadas.

35. De hecho, la misma norma que introdujo en el sistema procesal español la figura de la litispendencia internacional le otorga una notable consideración y trascendencia, hasta el punto de convertirla en un motivo de denegación del reconocimiento de las resoluciones extranjeras (art. 46.1.e) LCJIMC). Una medida tan conveniente como lógica, que pretende evitar la futura inconciliabilidad de sentencias utilizando como herramienta la litispendencia, un fenómeno que no resulta conveniente, ni deseable desde la perspectiva de la seguridad jurídica. Bajo este punto de vista, más llamativa resulta aún la actitud de la Audiencia, por la escasa consideración jurídica que concede a la alegación de litispendencia extracomunitaria hecha por el recurrente.

36. Volviendo a su (no) razonamiento, éste se condensa en un axioma: “*dado que Israel no es un Estado miembro del Reglamento 2201/2003, no resulta de aplicación el supuesto de litispendencia contemplado en su artículo 19*”. La consecuencia ya la conocemos: la desestimación de la excepción de litispendencia sin otra justificación jurídica que la indicada. Esta falta de fundamentación hace que la sentencia emitida roce la consideración de «*citra petitum*», pues aunque efectivamente se pronuncia sobre esta cuestión, lo hace con una lamentable falta de motivación y razonamiento, tanto más censurable cuanto la fundamentación jurídica de las resoluciones judiciales forma parte integrante del contenido del artículo 24 CE²¹.

37. Pero el hecho de que no resulte de aplicación la normativa comunitaria (o el Reglamento 2201/2003) no significa que no exista un régimen jurídico conforme al que deba resolverse la cuestión jurídica planteada. Justamente donde termina la Audiencia su razonamiento (en la no aplicación del artículo 19 Reglamento) es el punto de donde debiera haber arrancado su análisis: dicha inaplicación del precepto como base para la aplicación del sistema autónomo español sobre litispendencia internacional. Frente a ello, se limita a establecer una relación directa de causa-efecto entre la no aplicación del régimen comunitario y la desestimación de la litispendencia extracomunitaria alegada.

38. La Audiencia parece considerar que no hay vida jurídica más allá de la normativa comunitaria, y esta sentencia revela una paradoja recurrente en los últimos tiempos: la normativa comunitaria, que durante décadas fue ignorada por nuestros tribunales, se ha convertido hoy en un sistema jurídico que en ocasiones eclipsa al nacional, propiciando que se obvie su aplicación a la multitud de supuestos

¹⁷ Vid. otros ejemplos en SAP Lleida núm. 7/2003, de 10 de febrero (AC 2003\575), que no admite la alegación por la inexistencia de regulación de la litispendencia internacional en el derecho interno español; y SSAP Santa Cruz de Tenerife núm. 76/2001 de 29 enero (JUR 2001\133098) y núm. 93/2001, de 5 febrero (JUR 2001\134316), que sí aprecian la excepción de litispendencia internacional en virtud del Convenio hispano-alemán de 14 de noviembre de 1983.

¹⁸ “Procedimientos paralelos en España y en el extranjero: el Título IV de la Ley 29/2015 (arts. 37 a 40)”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 68/1, enero-junio 2016, p. 109.

¹⁹ Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil (BOE núm 182, de 31 de julio de 2015).

²⁰ Sobre las luces y sombras del fin de este vacío legal por efecto de la LCJIMC, vid. A. RIBÓ LÓPEZ, “La Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil”, *Actualidad Civil*, N° 12, 2015, pp. 90-97.

²¹ Y así lo reconoce la propia Audiencia Provincial de Barcelona en su Sentencia núm. 358/2018, de 19 de julio (JUR 2018\218561), donde realiza una exhaustiva exposición de la doctrina del Tribunal Supremo en esta materia.

que, pese a la extensión del ordenamiento comunitario, continúan hoy sometidos al régimen estatal de Derecho internacional privado²². En el ámbito que tratamos, la regulación interna sobre litispendencia internacional está llamada a pervivir en el tiempo, puesto que el Reglamento 2019/1111, no ha querido -al modo en que sí lo hace el Reglamento 1215/2012- regular la litispendencia extracomunitaria, que por tanto deberá continuar sometiéndose al régimen jurídico de la Ley 29/2015.

²² Sin perjuicio de todo lo dicho, como dato positivo de la sentencia, resulta obligado destacar la no imposición de las costas al recurrente, en atención a la especial complejidad jurídica de la cuestión planteada. Sobre esta cuestión, *vid.* L. CARRILLO POZO, “Litispendencia internacional y costas del proceso”, *Bitácora Millennium DIPr*, Núm. 2º/2015, que con carácter general indica que “*sólo si el demandado en el proceso español desconoce la existencia del primer procedimiento por causa no imputable a él (rebeldía no estratégica) se justificaría la condena en costas al actor*” (p. 13), subrayando el hecho de que “*la aleatoriedad de las soluciones es suficientemente grande como para poder afirmar que hay dudas de Derecho que justifican la no imposición de costas*” (p. 15).

LOS ACUERDOS ATRIBUTIVOS DE JURISDICCÓN A FAVOR
DE UN TRIBUNAL EXTRANJERO INCLUIDOS EN UN
CONOCIMIENTO DE EMBARQUE: LOS USOS Y LA LIBERTAD
CONTRACTUAL EN EL SECTOR MARITIMO. COMENTARIO
AL AUTO DE 5 DE JULIO DE 2019 DE LA AAP DE MADRID
(SECCION 28)

AGREEMENTS CONFERRING JURISDICTION IN FAVOUR
OF A FOREIGN COURT INCLUDED IN A BILL OF LADING:
COSTUMS AND CONTRACTUAL FREEDOM IN THE
MARITIME SECTOR. COMMENTARY ON THE ORDER
OF 5 JULY 2019 OF THE AAP DE MADRID (SECTION 28)

NEREA MAGALLÓN ELÓSEGUI

*Profesora Investigadora Ramon y Cajal
Universidad del País Vasco (UPV/EHU)*

Recibido: 17.12.2019 / Aceptado: 13.01.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5208>

Resumen: Los acuerdos atributivos de jurisdicción a favor de un tribunal extranjero incluidos en un conocimiento de embarque se han utilizado tradicionalmente en el sector marítimo como mecanismo que agiliza la práctica comercial a la vez que busca el equilibrio entre las partes que resolverán sus controversias ante un foro neutral y especializado. Sin embargo, la presencia de estas cláusulas en contratos estandarizados fomenta la discusión acerca de la existencia de una parte débil en la relación y la imposición de la cláusula sin su consentimiento y en detrimento de sus intereses. En esta decisión se vislumbra la dicotomía que ha resurgido a raíz de la nueva Ley de Navegación marítima que, con el objetivo de evitar los abusos inherentes a las cláusulas de sumisión sufridos por terceros poseedores de conocimientos de embarque, incorpora estrictas exigencias que alteran la línea seguida por la normativa europea.

Palabras clave: Derecho Internacional privado, artículo 25 Reglamento 1215/2012 (Bruselas I bis), cláusulas atributivas de jurisdicción, autonomía de la voluntad de las partes.

Abstract: Jurisdiction agreements in favour of a foreign court included in a bill of lading have traditionally been used in the maritime sector as a mechanism that streamlines commercial practice while seeking a balance between the parties that will resolve their disputes in a neutral and specialized forum. However, the presence of these clauses in standardized contracts encourages discussion about the existence of a weak party in the relationship and the imposition of the clause without its consent and to the detriment of its interests. In this decision both positions are glimpsed reflecting a dichotomy that has resurfaced as a result of the new Law of Maritime Navigation which, with the aim of avoiding the abuses inherent in the submission clauses suffered by third parties possessing bills of lading, incorporates strict requirements that alter the line followed by the European regulations.

Keywords: Private international law, article 25 R 1215/2012 (Brussels I bis), clauses conferring jurisdiction, autonomy of the will of the parties.

Sumario: I. Introducción. II. Hechos. III. Determinación del Derecho aplicable y tribunales susceptibles de elección. 1. El Derecho aplicable a la validez de la cláusula de sumisión. 2. Tribunales susceptibles de elección IV. Condiciones formales de validez del acuerdo atributivo de jurisdicción. V. Oponibilidad frente a terceros VI. Conclusiones.

I. Introducción

1. El Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 5 de julio de 2019 vuelve a poner encima de la mesa el debate sobre el alcance y los límites de las cláusulas atributivas de jurisdicción contenidas en un conocimiento de embarque. La autonomía de la voluntad en la contratación marítima internacional adquiere especificidades inherentes al ámbito en el que se articulan que han ido perfilándose a través de la jurisprudencia del TJUE y del Tribunal Supremo. Las pautas tradicionalmente asentadas se han visto alteradas por la irrupción en el panorama normativo de la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima (en adelante LNM)¹ que introduce en el juego procesal un nuevo artículo- el 468 LNM- obligando a doctrina y jurisprudencia a reordenarse para hacer hueco a un precepto controvertido con nuevas exigencias para la validez formal de las cláusulas de jurisdicción que distorsiona la practica en el sector².

2. Una vez admitida la heterogénea realidad normativa y asumida la interacción de bloques normativos en presencia (fuente institucional, internacional e interna), la jurisprudencia española va volviendo recuperar la línea establecida en torno a la autonomía de la voluntad de las partes en la regulación europea e internacional, mientras asimila paulatinamente la escasa repercusión practica que, finalmente, va a tener el artículo 468 de la LNM³. Así se manifiesta a través del Auto de la Audiencia Provincial de Madrid objeto de este trabajo que retoma las notas características del sistema europeo sobre las cláusulas atributivas de jurisdicción a través de una decisión que, sin plantearse dudas acerca de la normativa aplicable al caso, hace un repaso por algunas de las cuestiones más habituales en el sector de la contratación marítima.

II. Hechos

3. En el presente supuesto la compañía de seguros ZURICH INSURANCE PCL, sucursal en España, (en adelante ZURICH,) subrogándose en la posición jurídica de su asegurada, FRIGORIFICOS COSTA BRAVA, ejercitó acción de resarcimiento contra la mercantil AP MOLLER MAERSK (MAERSK), dedicada al transporte marítimo, ante el Juzgado Mercantil de Madrid nº 9 por daños padecidos en la carga transportada a encargo de su asegurada. La demandada, MAERSK, contestó con una declinatoria por falta de competencia internacional de los tribunales españoles en virtud de la existencia de una cláusula de sumisión a la *High Court of Justice* de Londres contenida en el conocimiento de embarque. El Juzgado Mercantil nº 9 de Madrid estimó la declinatoria planteada en un Auto recurrido después en apelación por ZURICH que alega la nulidad de dicha cláusula por considerarse abusiva al venir incorporada en un conocimiento de embarque que no ha sido firmado, y que, a su juicio, evidencia la mala fe de la transportista MAERSK por pretender llevar a la asegurada de la demandante a litigar ante un tribunal extranjero con el objeto de beneficiarse del tamaño de FRIGORIFICOS COSTA BRAVA y dificultar su acceso a la justicia.

¹ Ley 14/2014, de 24 de julio de Navegación Marítima, BOE núm. 180 de 25 de julio de 2014.

² J.J. ÁLVAREZ RUBIO, "Entre La Haya, Hamburgo y Rotterdam: la compleja opción legislativa interna ante las cuestiones de jurisdicción y arbitraje en el Derecho marítimo", *AEDIPr.* nº 17, 2017, pp. 597-646.

³ Vid., J.J. ÁLVAREZ RUBIO, "Una acertada orientación jurisprudencial en relación a la validez y alcance de la cláusula sumisoria a favor de tribunal extranjero contenido en un conocimiento de embarque. Comentario al Auto de 13 de febrero de 2019 de la AAP de Barcelona (Sección 15)", *CDT*, Vol. 11, nº 2, 2019, pp. 388-401; M. GÓMEZ JENE, "Las cláusulas de jurisdicción y arbitraje en la nueva Ley de Navegación Marítima", *CDT*, 2014, Vol. 6 nº 2, 2014, pp. 112-129; J. M. GONZALEZ PELLICIER,, "Sobre el artículo 468 del Proyecto de Ley de Navegación Marítima y nulidad de las cláusulas de elección del foro en los conocimientos de embarque", *Diario La Ley*, núm. 8354, 15.7.2014.

4. La Audiencia Provincial de Madrid desestima el recurso interpuesto y, haciendo gala de la poca importancia que da a los nuevos elementos que conforman el bloque normativo en el sector, trae a colación su jurisprudencia anterior mediante una transcripción extensa del Auto de 23 de abril de 2010 que, aunque pudiera ser correcto proyectar sobre el presente, debería haber sido actualizado. En ella no sólo no ha tenido en cuenta la entrada en vigor del artículo 468 LNM (que no se aplicaba en este supuesto) si no que ha pasado por alto la importancia que tienen las novedades del Reglamento Bruselas I bis (RBIbis) y de su artículo 25 en aras a analizar la validez de las cláusulas de jurisdicción y, en este contexto, de su correlación con el artículo 468 LNM. Aun así, superado este obstáculo, la Audiencia esgrime correctamente la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión (TJUE) vertida sobre la materia para examinar, como veremos a continuación, diversas cuestiones en torno a la determinación del Derecho aplicable y los tribunales susceptibles de elección (III); las condiciones formales de validez del acuerdo atributivo de jurisdicción (IV); y la oponibilidad de las cláusulas atributivas frente a terceros (V).

III. Determinación del Derecho aplicable y tribunales susceptibles de elección

1. Determinación del Derecho aplicable a la validez de la cláusula de sumisión

5. El punto de partida en la resolución del recurso ante la Audiencia Provincial de Madrid debe ser la determinación de la normativa aplicable a la validez de la cláusula de sumisión. Por un lado, porque su validez es lo que se discute por ambas partes como objeto de la causa y dependerá de la normativa aplicable; pero, también, porque no podemos obviar -a pesar de que sí lo haga la Audiencia- la diversidad resultante de la actual interacción entre los diversos bloques normativos y el debate existente en torno a la determinación del régimen normativo aplicable a las cláusulas atributivas de jurisdicción en el ámbito de la contratación marítima. En el sector de la contratación marítima la selección del régimen jurídico aplicable a los derechos y obligaciones de las partes y a los límites de la autonomía de la voluntad se ha convertido en un punto de partida indispensable ante el cambio de orientación recogido en el artículo 468 de la LNM⁴. La pugna entre la seguridad versus el *favor negotii* se ha reavivado con la entrada en vigor de la LNM que exige la negociación individualizada y separada de las cláusulas de competencia en aras a proteger los intereses de terceros y salvaguardar la seguridad jurídica y que, en cierto sentido, subyace bajo las distintas posturas adoptadas por las partes en el caso que nos ocupa. Por ello, a pesar de la simplificación normativa realizada por la Audiencia Provincial de Madrid, y con independencia de que el resultado final pueda ser acertado, es necesario hacer un análisis inicial de la ley aplicable a la validez de la cláusula de sumisión a una jurisdicción extranjera en este caso concreto en aras a entender mejor la postura de ambas partes y la decisión final adoptada por el tribunal.

6. Como decíamos, la LNM ha incorporado especialidades procesales de jurisdicción y de competencia en el ámbito del transporte marítimo y, a través de su artículo 468, establece nuevos requisitos para las cláusulas de sumisión contenidas en los contratos de utilización del buque que, a pesar de su especialidad, van a tener que convivir con los del artículo 25 del RBIbis. Lo primero que tenemos que subrayar es que, en la interacción de ambos instrumentos, el RBIbis prevalece sobre el artículo 468 LNM cuando los tribunales extranjeros señalados por la cláusula pertenezcan a un Estado miembro de la Unión Europea⁵. Como consecuencia cualquier cláusula incluida en un contrato de utilización de buque que atribuya jurisdicción para conocer una controversia a un tribunal de un Estado miembro, con independencia de que las partes tengan o no su domicilio ubicado en la UE, se regirá en cuanto a su validez por lo dispuesto en el artículo 25 RBIbis. Lo segundo, es que el régimen contenido en el artículo

⁴ Vid. J.J. ÁLVAREZ RUBIO, “Entre La Haya, Hamburgo...”, *op.cit.*, p. 26 y ss.; J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Alternativas e incertidumbres de las cláusulas de solución de controversias en la contratación marítima internacional”, *CDT*, 2018, Vol. 10, Nº 2, pp. 333-375.

⁵ Vid. F. GARAU SOBRINO, “Los acuerdos atributivos de jurisdicción en Derecho procesal civil internacional español”, *CDT*, Vol. 2, 2010, pp. 52-91; M. VIRGOS SORIANO/F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*. 2ª ed. Madrid, Thomson 2017, pp. 275-304.

468 LNM se aplicará a aquellos casos en los que el tribunal o tribunales extranjeros designados por las partes en una cláusula atributiva de jurisdicción no pertenezcan a un Estado miembro ni a un Estado que sea parte en un Convenio Internacional en vigor en España⁶.

7. En este sentido, teniendo en cuenta que la cláusula de sumisión en cuestión señala la competencia de los tribunales ingleses, en concreto a la *Hight Court of Justice* de Londres, la validez formal de la cláusula quedará sometida, sin lugar a duda, a la regulación europea. La Audiencia llega a esta misma conclusión, pero lo hace a través de la transcripción literal de un Auto de 2010 anterior a las novedades normativas acontecidas tras su publicación. En él, se señala al Reglamento de Bruselas I (vigente entonces) para regular la competencia de los Tribunales españoles en “cuestiones que afecten a sujetos domiciliados en España y Dinamarca”, y conforme a la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2008⁷ será “la norma internacional la que establece los requisitos de forma que deben reunir las cláusulas atributivas de competencia, en aras de la seguridad jurídica y para garantizar el consentimiento de las partes, y no el derecho español de origen interno”. Sin embargo, la nueva configuración de los bloques normativos en presencia nos lleva a resaltar la desafortunada imprecisión del argumento de la Audiencia. La postura adoptada en el 2010 omite cuestiones especialmente relevantes en la actualidad que, no obstante, pasan desapercibidas. Por un lado, desconoce que el artículo 25 del RIBis no exige que una de las partes tenga domicilio en un Estado miembro como requisito de aplicación personal y que se aplicará para analizar la validez formal de cualquier cláusula adscrita a un contrato de utilización de buque siempre que establezca la competencia de un tribunal europeo. Y, por otro, olvida que el artículo 468 LNM irrumpe con fuerza en el cuadro normativo conformando las normas de origen interno que serán aplicables cuando los tribunales designados no sean los de un Estado miembro.

2. Tribunales susceptibles de elección

8. Otra de las cuestiones a debate y que, en cierto modo, presenta nexos con la determinación del Derecho aplicable a la validez de la cláusula de jurisdicción, es la elección del Tribunal inglés a pesar de que el supuesto carezca de elementos de conexión con el lugar señalado⁸. La falta de conexión es alegada por la aseguradora como un atisbo de mala fe o fraude de ley por la porteadora que pretende llevar el litigio a dicho foro para perjudicar a su asegurada (FRIGORIFICOS COSTA BRAVA) de menor tamaño. Sin embargo, la consideración de que la demandada (MAERSK) estaría obrando con abuso de derecho con el objetivo de incomodar a la otra parte llevando el litigio ante un tribunal extranjero ajeno, en lugar de dirimirlo en su propio país, no es apoyada por la Audiencia. La carencia de vínculo con el Reino Unido no es motivo suficiente para rechazar su competencia, sobre todo si tenemos en cuenta la especialidad del foro. Las cláusulas atributivas de competencia permiten a las partes someter sus controversias a un foro neutral con el objetivo de dotar de mayor seguridad y certeza a su relación y las únicas exigencias que deben apreciarse son las estipuladas por la norma aplicable. Además, en el ámbito del Derecho marítimo las ventajas de acudir a la sumisión se incrementan en tanto facilitan las transacciones y otorgan previsibilidad a la resolución de controversias, sobre todo, como en este caso, si se acude a un tribunal especializado con gran experiencia en el sector. De hecho, la elección del tribunal inglés no suele ser una consecuencia del mayor o menor tamaño de las empresas, ni siquiera de la influencia que pudieran tener las grandes compañías navieras como habituales redactoras de las cláusulas, sino de su especialización

⁶ J.J. ÁLVAREZ RUBIO, “Una acertada orientación jurisprudencial...”, p. 12; J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Alternativas...”, p. 351-352.

⁷ Sentencia TS 428/2008, Sala de lo Civil Sección 1, de 27 de mayo de 2008.

⁸ El único requisito que se exige es que el órgano señalado pertenezca a un Estado miembro y, a diferencia de las competencias especiales que se justifican en la existencia de una conexión directa con el tribunal señalado por la norma, no se requiere la existencia de ningún vínculo entre la relación jurídica y el tribunal señalado, vid.; STJ de 17 de enero de 1980, as. 59/79, “(...) el artículo 17, situado en la Sección Sexta del Convenio titulado “prórroga de la competencia” que prevé la competencia exclusiva del tribunal designado por las partes con arreglo a las formas prescritas ...y hace abstracción de cualquier elemento objetivo de conexión entre la relación objeto del litigio y el Tribunal designado...” y STJ de 16 de marzo de 1999, as. C-159/97, Castelletti.

y larga trayectoria en litigios marítimos⁹. La especialidad del foro enmienda en todo caso la carencia de conexión, y el hecho de que resulte más costoso o incomodo litigar en el extranjero no es razón para obviar el efecto derogatorio de la cláusula sobre la competencia de los tribunales españoles.

9. Por su parte, la posibilidad de que se hubiera considerado que el Reino Unido no forma parte de la UE queda por el momento descartada. Así lo ha establecido recientemente la Audiencia de Barcelona, sección 15, mediante Auto de 8 de abril de 2019¹⁰, que declara como válida y aplicable una cláusula de sumisión expresa al tribunal londinense adscrita a un documento de transporte y rechaza la pretensión de nulidad de la demandante basada en la no aplicación del artículo 25 del RBIbis porque el Reino Unido ha dejado de formar parte de la UE desde el 29 de marzo¹¹.

IV. Condiciones formales de validez del acuerdo atributivo de jurisdicción

10. A partir del 10 de enero de 2015¹² la validez de las cláusulas de sumisión al tribunal de un Estado miembro de la UE se determinará conforme al artículo 25 del RBBis. El artículo 25 RBIbis regulará la eficacia y la validez formal, mientras que la validez material se regirá por la ley de los tribunales designados por la cláusula (en este caso la ley inglesa) incluida sus normas de conflicto¹³. De este modo la validez del acuerdo de elección depende de la capacidad de las partes y de la acreditación de su consentimiento, y el consentimiento, entendido como condición de eficacia de la cláusula, se considera una cuestión relativa a su forma. En el contexto de la contratación marítima la mayoría de los conocimientos de embarque contienen cláusulas atributivas de jurisdicción a un determinado tribunal. Se han convertido en cláusulas dirigidas a facilitar la contratación internacional reduciendo las incertidumbres inherentes a la internacionalidad del contrato y dotando de mayor seguridad jurídica a las partes. Sin embargo, el hecho de que la designación de una jurisdicción se incluya en formulas de adhesión redactadas por el transportista, sin negociación previa por una de las partes, puede considerarse un desequilibrio en la relación contractual o ejercicio de poder de los transportistas frente cargadores, consignatarios y destinatarios de la mercancía¹⁴. La pugna entre la exigencia de seguridad y certeza y la autonomía de la voluntad de las partes resurge cuando una manifestación típica de libertad contractual - las cláusulas de elección de tribunal- se manifiesta a través de una expresión representativa de sus límites como pueden ser los contratos de adhesión o contratos tipo.

11. Ello es frecuente en el sector del transporte marítimo en el que los contratos de utilización de buque son a menudo contratos de carácter unilateral que no han sido resultado de una negociación individual y que pueden haber sido transmitidos por endoso entre compradores sucesivamente e, incluso, (como sucede en el presente) puede que el cargador los reciba una vez cargada la mercancía¹⁵. La clave está en verificar la existencia efectiva del consentimiento de ambas partes y si se ha manifestado de manera clara y precisa de acuerdo con los requisitos formales exigidos -en este caso- por el artículo 25 del RBIbis¹⁶. Ciertamente la eficacia de la cláusula dependerá de su conocimiento y aceptación -tomado como reflejo de la libertad y capacidad de las partes para establecer tales cláusulas- y hace tiempo que

⁹ En este sentido J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, "Alternativas...", p. 339.

¹⁰ Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15, 18 de abril de 2019, Roj: AAPB 8941/2019.

¹¹ Debemos tener en cuenta que en el momento en que se redacta esta Nota de Jurisprudencia el Brexit no está jurídicamente operativo; sobre las consecuencias del Brexit vid. R. ARENAS GARCÍA, "Consecuencias del Brexit para el Derecho Internacional privado europeo", *Retos para la acción exterior de la Unión europea*, Tiran lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 249-276.

¹² Fecha de entrada en vigor del RBIbis, art.81.

¹³ M. VIRGOS SORIANO/F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal...* pp. 284-286.

¹⁴ El Preámbulo de la LNM es muy ilustrativo a este respecto y establece que "su objetivo es tratar de evitar los abusos detectados frecuentemente en el tráfico marítimo" sufridos por terceros poseedores de conocimientos de embarque que se ven obligados a someterse a tribunales extranjeros o a arbitrajes internacionales cuando en realidad no han negociado tales cláusulas o incluso las podían desconocer.

¹⁵ J.J. ÁLVAREZ RUBIO, "Entre La Haya, Hamburgo...", *op.cit.*, p. 26 y ss.

¹⁶ STJ de 14 de diciembre de 1976, as. 24/76, *Estasis Salotti*.

la forma escrita no es la única que valida el acuerdo atributivo de competencia en el sector marítimo¹⁷. Por el contrario, se han ido admitiendo una serie de prácticas frecuentes y comportamientos habituales que son aceptados como manifestaciones de voluntad si corresponden a un “uso” del comercio internacional en el que operan las partes¹⁸. El TJUE consolida una línea orientativa que ha ido flexibilizando los requisitos de validez de las cláusulas de sumisión y abala el consentimiento manifiesto por otras formas posibles que las partes tuvieran habitualmente establecidas o, incluso, cuando se haga en una forma conforme a un uso que las partes conocieran o debieran conocer y que, en dicho comercio fueran ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en los contratos del mismo tipo o sector comercial¹⁹. De esta manera se concede un grado de flexibilidad que refleja una tendencia legislativa y jurisprudencial que sin renunciar a un mínimo de seguridad jurídica intenta encontrar un punto de equilibrio entre esa seguridad y el *favor negotii*.

12. En definitiva se concluye la validez formal de la cláusula atributiva de la competencia a los tribunales ingleses realizada por escrito en un conocimiento de embarque en tanto satisface las exigencias de la normativa europea. De hecho, en este caso particular, tal y como asevera la Audiencia Provincial de Madrid, cabe presumir el conocimiento y asunción de un clausulado como el que se presenta en un cargador que, a pesar de que recibe el documento en el mismo momento que entrega la carga para su transporte, lo hace sin mostrar la menor contrariedad hacia ninguno de los contenidos de su clausulado. Siendo notoria la naturaleza habitual de este tipo de pactos en el comercio marítimo internacional debemos tener en cuenta que la asegurada de la demandante es una empresa con más de 45 años de experiencia en la elaboración de porcino que produce más de 225.000.000 kgs al año y que destina el 75% de la producción a la exportación a más de 42 países de Asia, América, y Europa. Por tanto, proyectada la jurisprudencia del TJUE sobre el caso, se presume que las partes contratantes han dado su consentimiento a la cláusula atributiva de la competencia porque no cabe duda de que el comportamiento de estas corresponde a un “uso” que rige el ámbito del comercio internacional en que operan. Además, queda demostrado que la partes “habían entablado relaciones comerciales entre ellas con anterioridad o con otras partes que operaban en el sector considerado”²⁰. Por todo ello, no resulta un requisito indispensable para su validez que la cláusula se encuentre firmada por ambas partes; a pesar de que, tal y como alega la apelante ZURICH, así se estipule en la Ley 7/1998 sobre Condiciones generales de la Contratación que no es aplicable a este supuesto.

13. Por otro lado, el hecho de que una cláusula haya sido impuesta no la convierte en abusiva²¹. En el debate acerca de la existencia de una parte débil en la relación entre el transportista y el cargador debe tenerse en cuenta que ambos son profesionales del sector marítimo y que el cargador no está obligado a contratar con el armador sino que puede buscar en el mercado mejores condiciones para sus intereses lo que le aleja del carácter de consumidor²². En este sentido, careciendo la asegurada FRIGORIFICOS COSTA BRAVA de carácter de consumidora nunca se podría invocar la cláusula ni atendiendo

¹⁷ J.J. ÁLVAREZ RUBIO, “La dimensión procesal internacional en la Ley de Navegación marítima”, *AEDIP*; 2014-2015, pp. 177-178; recordamos que la redacción inicial del art. 17 del Convenio de Bruselas de 1968 subordinaba la validez de las cláusulas atributivas de competencia a la existencia de un convenio escrito o convenio verbal con confirmación escrita y fue en el Convenio de adhesión de 9 de octubre de 1978 del Reino de Dinamarca, de Irlanda y del Reino Unido e Irlanda del Norte (DO 1989, L 285) donde se introdujo la segunda frase del párrafo primero del artículo 17 que prevé que en el comercio internacional será válida la estipulación de una cláusula atributiva de competencia en una forma conforme a los usos que las partes conocieran o debieran conocer, vid: STJ 20 de febrero 1997, as. C-106/95: *Mainschiffahrts-Genossenschaft* (apartado 16, 19 y 20)

¹⁸ A. RECALDE CASTELLS, “Los contratos de utilización del buque”, en A. EMPARANZA Y J.M. MARTÍN, *Estudio sistemático de la Propuesta de Anteproyecto de Ley General de la Navegación Marítima*, Gobierno Vasco, Dpto. De transporte y Obras públicas, 2006, pp. 415-479.

¹⁹ E. TORRALBA MENDIOLA, “Las especialidades procesales de la Ley de Navegación Marítima: cláusulas de jurisdicción y arbitraje”, *RDT*, N° 16, 2015, pp. 121-131.

²⁰ STJ de 16 de marzo de 1999, as. C-159/97, *Castelletti*.

²¹ Sobre las limitaciones a la conclusión de acuerdos atributivos de jurisdicción F. GARAU SOBRINO, “Los acuerdos...”, pp. 63-68.

²² M. GÓMEZ JENE, “Las cláusulas de...”, *op.cit.*, p. 114; J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, en “Alternativas...”, *op.cit.*, 357-358, hace un recorrido de la postura de la jurisprudencia española a este respecto.

a su posible carácter abusivo ni por sus dificultades para litigar en un país extranjero. En todo caso, en la decisión comentada esta argumentación carece de sentido cuando es utilizada por la aseguradora en calidad de actora principal a sabiendas que ZURICH se caracteriza por ser una gran multinacional en el ramo del seguro.

V. Oponibilidad frente a terceros

14. Otra cuestión específica que se plantea habitualmente en el sector marítimo, y que también es traída a colación en este supuesto, es si los acuerdos de elección del foro entre cargador y porteador pueden producir efectos frente a terceros²³. En esta ocasión se alega que BALTIMAR no es la cargadora si no la propietaria de la mercancía y, por tanto, que no está vinculada por el contrato de transporte que incluye la cláusula de sumisión puesto que había sido contratado por otra entidad. La STJUE *Corek*²⁴ referida a los conocimientos de embarque trata expresamente la subrogación del tercero y establece que si, entregado el conocimiento de embarque al tercero, éste se subroga en todos los derechos y obligaciones del cargador, también lo hace en lo que a la cláusula de jurisdicción respecta. Bajo este punto de partida, la subrogación en los derechos y deberes de la parte originaria dependerá del Derecho nacional aplicable o, mejor, de las normas de Derecho Internacional privado de los tribunales que han sido designados por la cláusula de sumisión. Si por el contrario la ley designada por la norma de conflicto determina que el tercero respecto al contrato inicial no sucede a una de las partes originarias, corresponderá al órgano jurisdiccional que conoce del litigio verificar si el tercero ha dado efectivamente su consentimiento. En este caso se insiste en las conclusiones vertidas con anterioridad, según las cuales el consentimiento es innecesario cuando la cláusula en cuestión sea conforme a los usos comerciales ampliamente conocidos.

15. En la demanda de ZURICH se esgrime la condición de cargadora de su asegurada BALTIMAR a la luz del conocimiento de embarque y se ejercita una acción de reclamación contra el porteador de la mercancía por el daño sufrido por la misma durante su transporte a causa de la ruptura de la cadena de frío. De este modo la cláusula de sumisión se opone ante una reclamación planteada por la entidad aseguradora que acciona al amparo de la subrogación legal, pasando la compañía de seguros a ocupar la misma posición que tenía su asegurado. En consecuencia, la Audiencia Provincial de Madrid concluye que la aseguradora también resulta vinculada por la cláusula de sumisión contenida en el conocimiento de embarque -tomado en su texto íntegro- y en la medida que resultaba oponible frente a su asegurada BALTIMAR lo será ante ZURICH que se persona esgrimiendo sus derechos al amparo de mismo conocimiento de embarque.

16. En definitiva, acorde con la jurisprudencia del TJUE, si el tercero sucede en sus derechos a una parte originaria y pasa a convertirse en titular de todos y cada uno de los derechos y obligaciones que figuran en el contrato, no habría que verificar su consentimiento a la cláusula incluida en el contrato. Por tanto no hace falta acreditar el consentimiento de la aseguradora para corroborar la eficacia de la cláusula de sumisión a los tribunales ingleses y la derogación de la competencia de los tribunales españoles.

VI. Conclusiones

17. El Auto de la Audiencia Provincial de Madrid que se comenta en este trabajo resuelve, de manera acertada, sobre la validez de una cláusula atributiva de jurisdicción incluida en un conocimiento de embarque que otorga la competencia a la *High Court of Justice* de Londres. Para ello, en virtud de la primacía de la normativa europea, se basa en los requisitos estipulados en el artículo 25 del RBIbis y en la interpretación realizada por el TJUE, obviando las nuevas previsiones contenidas en la Ley de Navegación

²³ J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, en “Alternativas...”, *op.cit.*, 358-359.

²⁴ STJUE de 9 de noviembre 2000, as. C387/98, *Corek*.

marítima. De esta forma, sin entrar en el debate sobre la delimitación de la normativa aplicable, nos remite a conclusiones vertidas, ya hace tiempo, sobre la aplicación de los requisitos de validez formal de las cláusulas atributivas de jurisdicción, recordando una línea argumentativa que flexibiliza los requisitos de validez con la finalidad de hallar el equilibrio entre la autonomía de la voluntad y el favor *negotti*.

18. La Audiencia Provincial de Madrid se apoya en la jurisprudencia del TJUE a favor de la presunción de que las partes han dado su consentimiento a una cláusula de jurisdicción por corresponderse con un “uso” generalizado en el sector en el que operan y que las partes o conocen o debieran conocer. De este modo, desestima el recurso de apelación de la aseguradora, y acepta la validez de la cláusula integrada en un conocimiento de embarque, a pesar de que no ha sido conocida por el cargador hasta su llegada a puerto, por constituir un comportamiento habitual en el comercio marítimo que no requiere más prueba.

19. Se trata de un razonamiento que choca frontalmente con los criterios establecidos en la Ley de Navegación marítima española que demanda la negociación individual de estas cláusulas. Y nos sirve para poner de manifiesto la falta de coordinación existente entre la norma origen interno y la norma europea imbuida en una línea interpretativa más amplia de las cláusulas de foro basada en los usos y prácticas comerciales marítimas.

USE OF STANDARD FORMS IN EU CIVIL JUDICIAL COOPERATION: THE CASE OF THE EUROPEAN CERTIFICATE OF SUCCESSION

L'USO DI FORMULARI STANDARD NELLA COOPERAZIONE GIUDIZIARIA CIVILE: IL CASO DEL CERTIFICATO SUCCESSORIO EUROPEO

SILVIA MARINO

Associate Professor

University of Insubria, Como/Varese, Italy

Recibido: 10.12.2019 / Aceptado: 20.12.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5209>

Abstract: The present paper analyses the recent judgment of the Court of Justice of the European Union in the *Brisch* case. The reference for preliminary ruling concerns the optional or mandatory nature of the application form established by the Succession Implementing Regulation for the issue of an European Certificate of Succession. The present paper tackles the general framework, from the current CJEU's case law on the Succession Regulation's provisions on the ECS, to the main procedural issues. Then, an analysis of the case and of the CJEU's reasoning is offered. The concluding remarks submit some considerations on the impact of the standard forms established by the EU Regulations within the civil judicial cooperation.

Keywords: European Certificate of Succession, Standard Forms, Succession Regulation No 650/2012, Implementing Regulation No 1329/2014.

Riassunto: Il presente contributo analizza la recente sentenza *Brisch* della Corte di giustizia dell'Unione europea. La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sulla natura del modello di domanda di emissione del certificato successorio europeo, previsto dal regolamento di esecuzione del regolamento sulle successioni transfrontaliere. Pertanto, il contributo affronta lo stato attuale della giurisprudenza della Corte di giustizia sul certificato successorio europeo e le regole procedurali fondamentali per il suo ottenimento. Quindi, è analizzato il caso con particolare attenzione alla motivazione della Corte. Infine, le conclusioni presentano alcune considerazioni più generali sul valore e sugli effetti dei moduli standard, previsti nei regolamenti dell'Unione in materia di cooperazione giudiziaria civile.

Parole chiave: certificato successorio europeo, moduli standard, regolamento 650/2012 sulle successioni transfrontaliere, regolamento d'esecuzione 1329/2014.

Summary: I. Introduction. II. The European Certificate of Succession: procedural aspects. III. The facts of the case. IV. The legal grounds of the decision. V. Consequences of the reasoning of the CJEU. VI. Some concluding remarks: The different legal value of the forms and models established by EU Regulations within the civil judicial cooperation.

I. Introduction

1. The EU Succession Regulation¹ is a complex piece of legislation with a “quadruple nature”. After establishing rules on international jurisdiction, on choice of law and on recognition and enforcement of judgments – as many EU Regulations on civil judicial cooperation do² –, it introduces a new EU uniform document, the European Certificate of Succession (hereafter: ECS). Its novelty depends on two elements. Firstly, the EU had never established the use of a uniform certificate for cross-border cases within the civil judicial cooperation before. Rather, other EU Regulations in this area aim at facilitating transnational recognition and enforcement of national judgments and public documents through the use of standard forms or models. In some cases, these are attached to the text of the Regulation concerned³; in others, as the Succession Regulation, the EU Commission has enacted implementing Regulations containing the form(s)⁴. Nevertheless, these forms are far from being a unified common European document: they are means in order to simplify mutual recognition of national acts. Secondly, not every Member State envisages the use of certificates for internal successions⁵. The availability of a uniform document (although useful for cross-border cases only) can be perceived as a new legal instrument with which practitioners and private parties need to increase confidence.

2. The number of preliminary rulings requested from national Courts demonstrates the practical difficulties stemming from the use of the ECS⁶. Being the Succession Regulation applicable as from 17th August 2015, 4 requests of preliminary ruling on the 6 related to this Regulation refer to the ECS⁷; one is still pending⁸. These numbers, although not particularly high, confirm that national Courts feel quite at ease with the already experienced EU methods of private international law, but still need some guidance in order to manage correctly the ECS⁹. The EUFams II Report¹⁰ confirms this consideration, pointing

¹ Regulation (EU) No 650/2012 of the European Parliament and of the Council of 4 July 2012 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession [2012] OJ L201/107.

² EC/EU Regulations usually have “double” or “treble nature”. The former includes rules on international jurisdiction, recognition and enforcement of judgments; examples thereof are Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters [2012] OJ L351/1; Council Regulation (EU) 2019/1111 of 25 June 2019 on jurisdiction, the recognition and enforcement of decisions in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, and on international child abduction [2019] OJ L178/1. The latter is comprehensive of choice of law rules, as Council Regulation (EC) No 4/2009 of 18 December 2008 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations [2009] OJ L7/1.

³ For example, this is the case of Regulation No 4/2009, which contains 8 attachments, each providing for standard forms.

⁴ Article 80 of the EU Succession Regulation delegates to the Commission the power to adopt implementing acts establishing the forms. Accordingly, Commission Implementing Regulation (EU) No 1329/2014 of 9 December 2014 establishing the Forms referred to in Regulation (EU) No 650/2012 of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession [2014] OJ L359/30 was approved.

⁵ F. PADOVINI, “Certificato successorio e autorità di rilascio italiana”, *Nuove Leggi Civili Commentate*, 2016, p. 1104; P. WAUTELET, “Article 62”, en A. BONOMI, P. WAUTELET (sous la dir.), *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement n°650/2012 du 4 juillet 2012*, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 772 ff.; E. GOOSSENS, “A Model for the Use of the European Certificate of Succession for Property Registration”, *European Review of Private Law*, 2017, p. 523.

⁶ Another meaningful example of the practical difficulties is illustrated by T. KRUMIŅŠ, “Application of the EU Succession Regulation in practice: The case of Latvia and beyond”, *Journal of Private International Law*, 2019, pp. 365-392.

⁷ CJEU 12 October 2017, *Kubicka*, C-218/16, ECLI:EU:C: 2017:755 on article 1, para. 2 of the Succession Regulation; CJEU 1 March 2018, *Mahnkopf*, C-558/16, ECLI:EU:C:2018:138 on the scope of the ECS; CJEU 21 June 2018, *Oberle*, C-20/17, ECLI:EU:C:2018:485 on article 4 of the Regulation in connection with the jurisdiction to issue national succession certificates and the ECS; CJEU 17 January 2019, *Brisch*, C-102/18, ECLI:EU:C:2019:34 on the procedure to obtain an ECS; CJEU 23 May 2019, *WB*, C-658/17, ECLI:EU:C:2019:444 on article 3, para. 2 of the Regulation.

⁸ Pending Case *E. E.*, C-80/19, Request for a preliminary ruling from the Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Lithuania) lodged on 4 February 2019, on the rules of international jurisdiction of the Succession Regulation.

⁹ According to P. WAUTELET, “Article 62”, *op. cit.*, p. 782 the high formalism of the ECS might induce practitioners to prefer national documents.

¹⁰ EUFams II, Facilitating Cross-Border Family Life: Towards a Common European Understanding. An Empirical Study on European Family and Succession Law, Q. C. LOBACH/ T. RAPP, 31 May 2019, available at <http://www2.ipr.uni-heidelberg.de/eufams/index-Dateien/microsites/download.php?art=projektbericht&id=2>.

out that many practitioners find the model for the ECS uselessly complicated and the Certificate itself poor in its function.

3. The present paper focuses on the last judgment of the Court of Justice of the European Union (hereafter: CJEU) on the ECS, the *Brisch* case. Its relevance resides with the clarification of the duties imposed to private parties when applying for an ECS, but it is not confined to it. Indeed, it can help understanding the legal value of the other forms available within the EU civil judicial cooperation and the impact of the simplification of the judgments' circulation within the EU. Therefore, the present paper recalls the main features of the procedure to obtain the ECS, then describing the facts of the *Brisch* case. From the reasoning of the judgment, some more general considerations on the value of the forms are submitted.

II. The European Certificate of Succession: procedural aspects

4. The ECS is regulated by Chapter VI of the Regulation, and the model form is established by Annex 5 of the Implementing Regulation. Its use is not mandatory, and it does not substitute national documents used for similar purposes. It has evidentiary effects, with particular regard to the elements listed in Article 63 of the Succession Regulation, which are: the status of heir or legatee and their respective shares of the estate or the attribution in their favour of specific assets; the powers as executors of wills or administrators of the estate.

5. Heirs, legatees, executors or administrators are entitled to request the ECS. For this purpose, according to Article 65(2), the applicant may use the form established by Annex 4 of the Implementing Regulation, including all the relevant information within his/her knowledge. The long list of relevant information is provided for by Article 65(3), which makes the related model a length form with 7 pages, 5 annexes and the possibility to attach further documents. The sole appearance of this model risks making it not easily manageable by and attempting to a private party.

6. The application must be submitted to the Courts having jurisdiction under Article 4, Article 7, Article 10 or Article 11 of the Succession Regulation (Article 64(1)). These are the Courts of the State of the last habitual residence of the deceased; or those law was chosen as applicable to the succession, insofar as the interested parties agree; or having subsidiary or *necessitatis* jurisdiction¹¹. Actually, only two provisions within the chapter on jurisdiction are excluded, Articles 8 and 9. The former is strictly not a rule on jurisdiction, establishing the closing of proceedings in certain events¹², therefore not being suitable for vesting an authority with competence to issue a certificate subject to request¹³.

7. The sole excluded jurisdiction is therefore that based on appearance¹⁴. This limitation can be subject to critics, since it risks jeopardising the right to fair trial of the parties in proceedings filed pur-

¹¹ This article does not aim at analysing the rules on international jurisdiction of the Succession Regulation. Therefore, we refer to distinguished contributions for further considerations: P. LAGARDE, "Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions", *Revue critique de droit international privé*, 2012, p. 723; S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, I. RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ (Coord.), *Estudios sobre ley aplicable a la sucesión mortis causa*, Santiago de Compostela, Universidad Santiago de Compostela, 2013; A. BONOMI, "Il regolamento europeo sulle successioni", *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2013, pp. 311 ff.; A. LEANDRO, "La giurisdizione nel regolamento dell'Unione europea sulle successioni mortis causa", en P. FRANZINA/A. LEANDRO (a cura di), *Il diritto internazionale privato europeo delle successioni mortis causa*, Milano, Giuffrè, 2013, pp. 59 ff.; A. DAVÍ, A. ZANOBETTI, *Il nuovo diritto internazionale privato europeo delle successioni*, Torino, Giappichelli, 2014, pp. 195-218; F. ODERSKI, "Chapter II: Jurisdiction", en U. BERGQUIST et al. (eds.), *EU Regulation on Succession and Wills. Commentary*, Köln, Otto Schmidt, 2015, pp. 64-119; A. BONOMI, P. WAUTELET (sous la dir.), *op. cit.*; A.L. CALVO CARAVACA, A. DAVÍ Y H.-P. MANSSEL (eds.), *The EU Succession Regulation. A Commentary*, Cambridge University Press, 2016; A. DUTTA, "Erbrechtverordnung", in *Münchener Kommentar BGB*, Band 10, Auflage 6, 2016; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento Sucesorio Europeo de 4 de julio 2012. Análisis crítico*, Murcia, Rapid Centro, 2019.

¹² A. DUTTA, *op. cit.*, p. 1489; F. MARONGIU BUONAIUTI, "Article 8: Closing of Own-Motion Proceedings in the Event of a Choice of Law", en A.L. CALVO CARAVACA, A. DAVÍ Y H.-P. MANSSEL (eds.), *op. cit.*, p. 178.

¹³ A. DUTTA, *op. cit.*, p. 1621.

¹⁴ B. KRESSE, "Article 64: Competence to Issue a Certificate", en A.L. CALVO CARAVACA, A. DAVÍ Y H.-P. MANSSEL (eds.), *op. cit.*, p. 708; P. WAUTELET, "Article 64", en A. BONOMI, P. WAUTELET (sous la dir.), *op. cit.*, p. 808.

suant to Article 7(1)(b) or (c), if one interested party appears without raising any exception¹⁵. The absurd output is the lack of jurisdiction to issue the ECS, notwithstanding the competence to hear the claim¹⁶. Furthermore, this conclusion seems to contradict recital 70 of the Succession Regulation, which does not distinguish among the various grounds of jurisdiction for the issue of an ECS. In order to avoid such denial of justice, some scholars suggest accepting jurisdiction for the issue of the ECS¹⁷. The establishment of the competence is surrounded by many conditions¹⁸, that prevent from any abusive or elusive intent of one or more parties interested in the succession.

8. Article 64 defines the issuing Authority. This is a court as determined in Article 3(2)¹⁹ or another authority which has competence to deal with succession matters according to national law. The definition is very broad, including not only authorities exercising judicial competences, but any other authority or professional performing any function according to national succession law, in that comprehending notaries²⁰, where such figures exist in the Member State concerned. Furthermore, the characterization of authorities and legal professionals as Courts shall not be confined to those contained in the lists arranged by the Member States pursuant to Article 79 of the Succession Regulation. In the *WB* judgment the CJEU made it clear that this information has a purely “indicative value” (para. 48)²¹, because the definition of “Court” is that established by Article 3(2), and not by these lists. The proper functioning of the Succession Regulation risks being jeopardised, if each Member State could determine the notion of judicial authority for the purposes of the Regulation itself, including authorities and professionals that do not exercise judicial functions, or, on the opposite, excluding those performing these functions. It follows that the applicant shall pay due attention to the competence and the powers of the authorities and the legal professionals within a Member State, before applying for an ECS, it not being enough to refer only to the lists communicated by the Member State²².

¹⁵ A. DUTTA, *op. cit.*, p. 1621.

¹⁶ *Contra*: I. ANTÓN JUÁREZ, “La prueba de la condición de heredero en el derecho europeo de sucesiones: el certificado sucesorio europeo”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2018, 2, p. 192, because the application for the ECS does not need the appearance of other parties. However, this interpretation implies a choice of court power in favour of the applicant, which does not seem to be consistent with the general principles on party autonomy of the Succession Regulation and in particular with Article 7, requiring the agreement of all the interested parties. Furthermore, the Court deciding on the dispute would not have jurisdiction to issue the ECS.

¹⁷ A. DUTTA, *op. cit.*, p. 1621.

¹⁸ M. ÁLVAREZ TORNÉ, “La regulación de la competencia internacional en el reglamento de la UE en materia sucesoria: un nuevo escenario frente al sistema español de dipr”, en J.J. FORNER DELAYGUA et al. (Coord.), *Entre Bruselas y la Haya. Liber Amicorum Alegría Borrás*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo, Marcial Pons, 2013, p. 113; M. ÁLVAREZ TORNÉ, *La autoridad competente en materia de sucesiones internacionales. El nuevo reglamento de la UE*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo, Marcial Pons, 2013, PP. 159 FF.; A. LEANDRO, *op. cit.*, pp. 59 ff.; F. ODESKI, *op. cit.*, p. 85; A. DUTTA, *op. cit.*, p. 1494; A. BONOMI, “Article 9”, en A. BONOMI, P. WAUTELET (sous la dir.), *op. cit.*, p. 226; A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional privado*, vol. II, Granada, Comares, 2018, p. 603; C. GRIECO, *Il ruolo dell'autonomia della volontà nel diritto internazionale privato delle successioni transfrontaliere*, Milano, Giuffrè, 2019, p. 271; I. QUEIROLO, “Drafting normativo e competenza giurisdizionale nel regolamento (UE) n. 650/2012 in materia di successioni *mortis causa*”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2018, p. 890.

¹⁹ R. FRIMSTON, “Article 3: Definitions”, en U. BERGQUIST et al. (eds.), *op. cit.*, p. 57; A. DUTTA, *op. cit.*, pp. 1464 ff.; P. WAUTELET, “Article 3”, en A. BONOMI, P. WAUTELET (sous la dir.), *op. cit.*, pp. 170 ff.; M. WELLER, “Article 3: Definitions”, en A.L. CALVO CARAVACA, A. DAVÍ Y H.-P. MANSEL (eds.), *op. cit.*, p. 123; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, pp. 119 ff.

²⁰ P. WAUTELET, “Article 3”, *op. cit.*, p. 171; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 673.

²¹ According to P. WAUTELET, *op. cit.*, p. 173, it is a “*système déclaratif*”.

²² We may wonder about the consequences of a situation opposed to that incurred in the *WB* case, i.e. the inclusion in the list of an authority or of a legal professional which does not exercise judicial functions. The issue does not arise if the applicant requests an ECS, since the authority might still be competent on succession matters according to national law, and Article 64(1) (b) might be applicable. Instead, if a dispute arises, the Member State’s fault might be meaningful, because the claim is lodged with an authority without jurisdiction to hear a dispute. Still, its inclusion in the list might create a legitimate expectation to private parties on its correctness. Notwithstanding the lack of jurisdiction of the seized authority – that must somehow dismiss the case – the party might suffer a damage from the Member State’s mistake and should therefore be entitled to a damages action for infringement of Article 3(2) of the Succession Regulation, the State not having respected the definition therefor provided. This perspective seems theoretically right, but hard to be realised: the technical legal assistance usually needed in successions’ disputes should prevent from lodging a claim with an authority not exercising judicial functions.

9. These rules on jurisdiction and these definitions apply with regard to national certificates, too. This was spelled out in the *Oberle* case²³. The CJEU focuses on the broad material scope of application of the Succession Regulation, in order to conclude that the rules on jurisdiction apply to all proceedings related to the succession as a whole, irrespective of their contentious or non-contentious nature. As a consequence, the competence to issue national certificates is coincident with the jurisdiction to deliver an ECS. This solution might come to a surprise, since the Succession Regulation does not impinge on national documents, nor provides for rules on coordination between the ECS and (one or more) national certificates²⁴. Nevertheless, it affects the jurisdiction to issue a national document.

10. The ECS produces effects in all Member States and shall be presumed to demonstrate the elements established therein according to the law applicable to the succession. The jurisdictional authority shall keep the original and issue certified copied, with the duration of six months, exceptionally subject to extension, or to be issued again. The ECS can be rectified, modified or withdrawn, the latter if its elements are not accurate. Article 72 establishes a common rule on judicial redress, which is allowed against any decision taken after the application for the issue of an ECS, or in case of rectification, modification or withdrawal, or, finally, against a decision suspending the effects of the ECS due to a request of modification or withdrawal. During the proceedings, the effects of the ECS might be suspended, too.

III. The facts of the case

11. The facts at stake are very typical for testing the proper functioning of the Succession Regulation and of the ECS. A German national, habitually resident in Germany, had properties located in Germany, Italy and Switzerland. By will, the *de cuius* appointed an Italian clerical congregation as heir and Mr Brisch as executor. Pursuant to Article 65(1), Mr Brisch applied to the German Court for an ECS, without using the standard form in the Implementing Regulation. The Court requested as a supplement the filled form IV in Annex 4. The executor did not accede to the request, were the use of the form not mandatory. Therefore, the Court rejected the request to issue the ECS.

12. On appeal, the executor stressed the optional nature of Form IV in Annex 4 of the Implementing Regulation, due to the literal interpretation of Article 65(2) of the Succession Regulation and the different formulation of Annex 5 to the Implementing Regulation on the ECS's model. The Appeal Court dismissed the claim and referred the case for a preliminary ruling.

13. The referring Court raises doubts on the optional or mandatory use of Form IV in Annex 4. According to it, the latter interpretation seems due to the wording of Article 1(4) of the Implemen-

²³ The case is a classic example where the ECS might have expressed strong usefulness. The deceased person was a French national with the last habitual residence in France and assets in France and Germany. The heirs were his two sons, one of which obtained a French certificate stating the sons' status as heirs and afterwards requesting a German certificate, declaring their rights as heirs on the deceased's properties in Germany. The German authority refused the issue of the national certificate, since it had infringed Article 4 of the Succession Regulation. Had the heir(s) applied for an ECS, this document had effects both in France and in Germany, thus allowing the final definition of the succession and of the patrimonial arrangement.

²⁴ This omission and its consequences are strongly debated: A. FÖTSCHL, "The Relationship of the European Certificate of Succession to National Certificates", *European Review of Private Law*, 2010, p. 1262; E. JACOBY, "Acte de notoriété ou certificat successoral européen? Du nouveau pour le notaire français chargé du règlement d'une succession internationale", *Juris-Classeur*, 2012, n. 25, p. 65; J. KLEINSCHMIDT, "Optionales Erbrecht: Das Europäische Nachlasszeugnis als Herausforderung an das Kollisionsrecht", *Max Planck Private Law Research Paper No. 13/20*, p. 27; J. F. SAGAUT, "Le certificat successoral européen", en E. FONGARO (sous la dir.), *Droit patrimonial européen de la famille*, Paris, LexisNexis, 2013, p. 62; M. BUSCHBAUM, "Rechtshagenanerkennung aufgrund öffentlicher Urkunden?", en N. WITZLEB et al. (hrsgs.), *Festschrift für Dieter Martiny zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr, 2014, p. 267; K. W. LANGE, "Das Europäische Nachlasszeugnis", en A. DUTTA, S. HERRLER (hrsgs.), *Die Europäische Erbrechtsverordnung*, München, Beck, 2014, p. 175; A. DUTTA, *op. cit.*, p. 1612; B. REINHARTZ, "Article 62: Creation of a European Certificate of Succession", en U. BERGQUIST et al. (eds.), *op. cit.*, p. 249; B. KREBE, "Article 62: Creation of a European Certificate of Succession", en A.L. CALVO CARAVACA, A. DAVÍ y H.-P. MANSSEL (eds.), *op. cit.*, p. 681; P. WAUTELET, "Article 62", *op. cit.*, pp. 785 ff.; E. GOOSSENS, "A Model for the Use of the European Certificate of Succession for Property Registration", *European Review of Private Law*, 2017, p. 523; I. ANTÓN JUÁREZ, *op. cit.*, p. 186.

ting Regulation, which might constitute a *lex specialis* in relation to Article 65(2) of the Succession Regulation. After the Commission's exercise of powers pursuant to Article 80 and Article 81(2) of the Succession Regulation, the use of the Form shall be mandatory. The former interpretation seems based on Article 65(2) of the Succession Regulation and on the section of Form IV entitled 'Notice to the applicant', where the model is expressly characterised as non-mandatory.

IV. The legal grounds of the decision

14. The CJEU decides without the previous opinion of the Advocate General, thus holding that the case raises no new point of law, pursuant to Article 20(5) of the CJEU's Statute. This statement might surprise, since this is the first preliminary question on the nature of the forms prepared in connection with an EU Regulation on civil judicial cooperation. This notwithstanding, the opportunity to renounce to the opinion of the Advocate General is most probably justified by the idea that the case does not raise *highly difficult* points of law, as confirmed by the large use of the literal interpretation to give the ruling.

15. The CJEU focuses on seven points, four of which based on the literal interpretation of the relevant provisions. Firstly, the Court recalls the need to offer an autonomous interpretation of EU Law rules, lacking any express reference to national law²⁵. Secondly, the CJUE rests on the literal formulation of Article 65(2) of the Succession Regulation, that employs the word "may" with reference to the use of the Form. Thirdly, para 3 states a duty for the applicant to provide for a set of information, but does not oblige to use the Form. The interpretation of Article 65 of the Succession Regulation does not raise any doubt as for the optional nature of the Form.

16. Then the CJEU considers the literal formulation of Article 1(4) of the Implementing Regulation, from which a duty may be derived. Nevertheless, according to the CJEU, the rule must be interpreted in conjunction with Annex 4, which makes it clear its optional nature in the preliminary notice. This means that the module to be used is Form IV to the extent that the applicant wishes to use a module for his/her application.

17. A further argumentation involves a historical interpretation based on the Commission's Proposal²⁶ that originated in the Succession Regulation. In the former document, proposed Article 38 clearly linked the application to the use of the standard form. The different black letter formulation of current Article 65(2) of the Succession Regulation means that the EU legislator departed from the original proposal in that perspective.

18. The optional use of the Form is further confirmed by the contextual interpretation. Indeed, Article 67(1) lays down an obligation to use Form V as the standard model for the ECS. The different literal formulation of this provision and of Article 65(2) means that the latter shall have another meaning, i.e. establishing no duties. Furthermore, Annexes from 1 to 3 and 5 of the Implementing Regulation do not refer to any optional use of the Form provided for therein.

19. Confirming the optional use of the Form, the CJEU delves into the consequences: this conclusion does not jeopardise the principle of mutual recognition in cross-border cases. Indeed, the model aims at helping the gathering of the necessary information for the issue of the ECS, but the mutual re-

²⁵ The autonomous interpretation shall be considered a standard and consolidated approach of the CJEU: P. BERTOLI, *Corte di giustizia, integrazione comunitaria e diritto internazionale privato e processuale*, Milano, Giuffrè, 2005; S. BARIATTI, "Qualificazione e interpretazione nel diritto internazionale privato comunitario: prime riflessioni", *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2006, pp. 361 ff.

²⁶ 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 (COM(2009) 154 final), 14 October 2009.

cognition of judgments does not depend on its use. Indeed, before granting the ECS the issuing authority must ascertain the information, that is not given for granted for the sole use of the standardized models.

V. Consequences of the reasoning of the CJEU

20. The solution offered by the CJEU does not generate any doubt as for its consistency. Scholars had already stressed the optional use of Form IV, even after the adoption of the Implementing Regulation and the dubious formulation of its Article 1(4)²⁷. Indeed, Article 65(2) prevails over the latter provision. Still, scholars point on the utility of the Form that facilitates the request, so that the applicant can be sure to supply all relevant information.

21. Due to the clear formulation of Article 65 of the Succession Regulation, the CJEU could limit itself to the literal interpretation, without even comparing different linguistic versions. Nevertheless, this clarification raises two more questions, one theoretical, one relevant from the practical perspective, too.

22. Since the ruling is grounded on Article 65 and on the preliminary notice in the Form, Article 1(4) of the Implementing Regulation appears to be the sole provision raising serious doubts on the nature of the Form. Its formulation seems therefore unfortunate insofar as it employs the words “to be used” and “shall”. This lack of accuracy can be overcome only by a combined interpretation with the notice of the form. Therefore, we may wonder about the consequences that might have derived from the lack of this notice. Apparently, it would have been harder to state that Article 1(4) of the Implementing Regulation does not lay down an obligation pursuant to the sole literal interpretation²⁸. Since, on the contrary, Article 65 is clear in stating its optional nature, as stressed by the CJEU, a doubt on the invalidity of Article 1(4) of the Implementing Regulation might have arisen.

23. Part of the scholars submits that national law is applicable both for the aspects not regulated by the Succession and Implementing Regulations²⁹, and for applications not making use of the Form³⁰. However, the CJEU stated that Form IV must be used in the event of application through a standard model. This statement seems to reduce the role of national law in the procedure for the issue of an ECS, since the request shall have two forms only: that established in Form IV or a free application. National forms do not seem to be allowed. Consequently, national law is applicable only to those parts of the procedure not made uniform by the two Regulations, as, for example, the language, the number of copies and the certification/legalisation of the application.

VI. Some concluding remarks: The different legal value of the forms and models established by EU Regulations within the civil judicial cooperation

24. Every EU Regulation on international jurisdiction and the recognition and enforcement of decisions establishes uniform standard models. Most of them shall be issued by a public authority, it being judicial or non-judicial, seating in the Member State of origin, or in the Member State of destination, in order to facilitate the cross-borders effects of a national decision or to strengthen the cooperation between Member States.

²⁷ C.F. NORDMEIER, “Art. 65 EuErbVo”, en R. HÜSSTEGE, P.H. MANSEL (hrgs.), *NomosKommentar, BGB, Rom-Verordnungen*, vol. VI, Baden Baden, Nomos, 2015, para. 6; B. REINHARTZ, *op. cit.*, p. 257; A. DUTTA, *op. cit.*, p. 1625; B. KRESSE, “Article 65: Application for a Certificate”, en A.L. CALVO CARAVACA, A. DAVÍ Y H.-P. MANSEL (eds.), *op. cit.*, p. 717; P. WAUTELET, “Article 65”, en A. BONOMI, P. WAUTELET (sous la dir.), *op. cit.*, p. 814; I. ANTÓN JUÁREZ, *op. cit.*, p. 182; *contra*: K. W. LANGE, “Das Europäisches Nachlasszeugnis”, en A. DUTTA, S. HERRLER (hrgs.), *Die Europäische Erbrechtsverordnung*, München, Beck, 2014, p. 163.

²⁸ For example, the Spanish version uses the term “deberá”, thus apparently establishing an obligation.

²⁹ B. KREBE, “Article 65: Application for a Certificate”, *cit.*, p. 717; P. WAUTELET, “Article 65”, *op. cit.*, p. 814; I. ANTÓN JUÁREZ, *op. cit.*, p. 182.

³⁰ A. DUTTA, *op. cit.*, p. 1625; P. WAUTELET, “Article 65”, *op. cit.*, p. 814.

25. Only a few models are dedicated to private parties. These are: Form IV, main topic of the present paper; Annex 2 of the Commission Implementing Regulation 2017/1105, establishing the forms referred to in Regulation 2015/848³¹, entitled “Lodgement of claims”; Annex 3 of the same Implementing Regulation, entitled “Objection with regard to group coordination proceedings”; Annex 4 of the same Regulation, entitled “Request for access to information”; Annex 1, Claim Form, of Regulation (EC) No 861/2007 on a European Small Claims Procedure³², as amended³³; Annexes 1 and 6 of Regulation (EC) No 1896/2006 on the a European order for payment procedure³⁴.

26. These models can be divided in two groups, those showing a notice making it clear that their use is optional (the second and the third Forms mentioned above) and those not having such notice (the remaining). For the former, the legal consequences are the same as those described for Annex 4 of the Implementing Regulation, for the same reasons put forward in the *Brisch* case. For the latter, the relevant provisions in the two regulations use mandatory words, as “shall”, thus differing from Article 65(2) of the Succession Regulation. The use of these Forms should therefore be mandatory. Annex 4 of Regulation 2017/1105 can be considered as an exception, since it can be filled and submitted online.

27. The difference between the two groups of Forms depends on their functions. The former aims at facilitating the exercise of a right or the protection of individual interest. Therefore, the EU make forms available so that any request can be complete and well-organised, for the sake of clarity and expeditious results. The latter includes Forms to be used to introduce judicial proceedings based on written evidence, where oral hearing is only potential. These models are integral parts of these proceedings and can therefore be formalised and their use made compulsory.

28. The complained formalism with the ECS is at least partly reduced. The mandatory use of the other form (first group) risked being disproportionate. EU Regulations aim at a cooperation in order to grant the principle of mutual recognition pursuant to mutual trust. In this perspective, national authorities are the first responsible to let these principles being applied. The use of standard forms can help in understanding the work and the outputs of foreign authorities, so that judgments, decisions and to some extent documents can circulate among Member States. The same duty cannot be laid down to private parties, which are the beneficiaries of the area of freedom, security and justice. In that perspective, individuals might be required to use official forms for official acts, as the introduction of a claim, but the same is not true when the issue is the care of private interests. In these cases, the EU refrains from any obligation and makes Forms available in order to facilitate the applicant, to the extent that he/she finds them useful.

³¹ Commission Implementing Regulation (EU) 2017/1105 of 12 June 2017 establishing the forms referred to in Regulation (EU) 2015/848 of the European Parliament and of the Council on insolvency proceedings [2017] OJ L160/1.

³² Regulation (EC) No 861/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 establishing a European Small Claims Procedure [2007] OJ L 199/1.

³³ Regulation (EU) 2015/2421 of the European Parliament and of the Council of 16 December 2015 amending Regulation (EC) No 861/2007 establishing a European Small Claims Procedure and Regulation (EC) No 1896/2006 creating a European order for payment procedure [2015] OJ L341/1.

³⁴ Regulation (EC) No 1896/2006 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 creating a European order for payment procedure [2006] OJ L399/1.

EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR COMO CUESTIÓN DE FONDO

THE SUPERIOR INTEREST OF THE CHILD AS A QUESTION OF A FUND

ANTONIO MERCHÁN MURILLO

*Profesor de Derecho Internacional Privado
Universidad Pablo de Olavide*

Recibido: 24.07.2019 / Aceptado: 15.10.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5210>

Resumen: La Sentencia TJUE, de 19 de septiembre de 2018, Hampshire County Council contra C.E. y N.E, asuntos acumulados C 325/18 PPU y C 375/18 PPU, responde a cuestiones prejudicial, que tienen como cuestión fundamental de fondo la protección del interés del menor, que prevalece frente a cualquier sujeto, en este caso frente a la autoridad local responsable de la protección de la infancia, de Reino Unido. En este caso, el TJUE se muestra a favor de que un Tribunal de un Estado miembro pueda adoptar medidas cautelares contra el citado organismo público, de otro Estado miembro, con objeto de que no pueda seguir o entablar un procedimiento de adopción.

Palabras clave: Reglamento 2201/2003, restitución del menor, tutela judicial efectiva, interés del menor.

Abstract: The CJUE judgement of 19 September 2018, Hampshire County Council v C.E., N.E., In Joined Cases C-325/18 PPU and C-375/18 PPU, responds to questions for a preliminary ruling, which have as a fundamental issue the protection of the child's interests, that prevails in front of any subject, in this case in front of the local authority responsible for the protection of children, of the United Kingdom. In this case, the CJEU is in favor of a court of a Member State being able to take preventive measures against the public body of another Member State, so that it cannot continue or initiate an adoption procedure.

Keywords: Regulation 2201/2003, return the children, effective judicial protection, children's interests

Sumario: I. Introducción. II. Supuesto de hecho. III. Cuestiones prejudiciales y contextualización de la Sentencia. 1. La resolución dictada en el Estado de origen es ejecutiva. 2. Imposibilidad de ejecutar de una resolución antes de la notificación de dicha resolución y carácter riguroso de los plazos para la interposición de recursos. 3. La posibilidad de adoptar medidas cautelares en forma de orden conminatoria por parte de un Estado miembro contra un organismo público de otro Estado miembro. IV. ¿Podría dictarse la medida cautelar en forma de orden conminatoria de conforme al nuevo Reglamento 2019/1111? V. Conclusión.

I. Introducción

1. La Sentencia del TJUE, de 19 de septiembre de 2018, asuntos acumulados C-325/18 PPU y C-375/18 PPU, tiene por objeto tres peticiones de decisión prejudicial planteadas, con arreglo al artículo 267 TFUE, por la Court of Appeal (Tribunal de Apelación de Irlanda), mediante resoluciones de 17 de

mayo de 2018 (C-325/18 PPU) y de 7 de junio de 2018 (C-375/18 PPU), en los procedimientos entre Hampshire County Council y C.E., N.E. (progenitores afectados).

2. Las peticiones de decisión prejudicial tienen por objeto la interpretación del artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y de los artículos 11 y 33,5 del Reglamento 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (Reglamento Bruselas II bis).

3. Las peticiones se han presentado en el contexto de un litigio relativo a la restitución, al Reino Unido, de tres menores que fueron trasladados por los progenitores afectados a Irlanda, con el fin de eludir su sometimiento a tutela judicial, así como la solicitud de medidas cautelares, en forma de orden conminatoria, presentada por éstos, en Irlanda, con objeto de suspender el procedimiento de adopción en el Reino Unido del niño de menor edad (un bebé recién nacido) y de los otros dos, en su caso.

II. Supuesto de hecho

4. Los progenitores afectados tienen nacionalidad británica, están casados y han vivido juntos en el Reino Unido. El 5 de septiembre de 2017, llegaron a Irlanda con los tres menores, uno de los cuales había nacido dos días antes. La madre fue objeto de vigilancia por parte de la autoridad local responsable de la protección de la infancia (el Hampshire County Council, en adelante HCC), durante varios años. Las preocupaciones manifestadas por el HCC tenían por objeto la falta de higiene y salubridad de la casa, el aumento de peso experimentado por el hijo mediano, la violencia doméstica ejercida contra la madre, por el padre del hijo mediano cuando vivía con ella, la posesión de plantas de cannabis por el padre del hijo mediano y el riesgo de negligencia en el cuidado de los hijos.

5. El 30 de junio de 2017, la Family Court de Portsmouth (Tribunal de Primera Instancia de Familia de Portsmouth de Reino Unido) dictó una resolución tutelar provisional en favor del HCC, que afectaba a los dos hijos mayores, en la que se atribuía la patria potestad al HCC y establecía la prohibición de sacar a los menores del Reino Unido.

6. En agosto de 2017, este organismo público informó a los progenitores afectados su intención de obtener una resolución judicial relativa a la custodia del bebé, una vez que este naciera. El bebé nació a principios de septiembre de 2017 y dos días después, llegaron a Irlanda en transbordador con los tres menores.

7. El 6 de septiembre de 2017, el Tribunal de Primera Instancia de Familia de Portsmouth dictó una resolución tutelar provisional en favor del HCC, en relación con el bebé. Asimismo, el 8 de septiembre de 2017, el Tribunal Superior de Justicia (Inglaterra y Gales), División de Familia, Tribunal de Familia de Portsmouth de Reino Unido, sin que estuvieran presentes los representantes de los progenitores, dictó otra resolución, en la que ordenaba la puesta bajo tutela judicial de los menores y su restitución a Inglaterra; es decir, decretó el sometimiento a tutela judicial de los tres menores, confiando la guardia y custodia al HCC, notificada a los progenitores el 11 de septiembre de 2017.

8. El mismo día 8 de septiembre, la HCC se puso en contacto con la Agencia para la infancia y la familia de Irlanda, para comunicarle su intención de solicitar al Tribunal Superior de Inglaterra y Gales una resolución por la que ordenase la restitución de los tres menores.

9. El 13 de septiembre de 2017, el Tribunal de Distrito de Gorey (Irlanda) dictó una resolución tutelar provisional, a favor de la Agencia para la infancia y la familia, respecto de los tres menores, que debía mantenerse en vigor hasta el 26 de septiembre de 2017. Los menores fueron llevados, de manera

provisional, con una familia de acogida en Irlanda. Los progenitores afectados dieron su consentimiento a esta medida provisional, si bien no admitieron sus motivos. Asimismo, la Agencia irlandesa les informó de que el HCC pretendía solicitar la ejecución de la resolución de restitución que acababa de adoptar el Tribunal Superior de Inglaterra y Gales, a raíz de una petición *ex parte*, presentada ante el Tribunal Superior de Irlanda para que los menores regresaran al Reino Unido.

10. El 21 de septiembre de 2017, el Tribunal Superior de Irlanda dictó una resolución de exequátur de la resolución de la High Court inglesa, de 8 de septiembre de 2017, siendo los menores trasladados, ese mismo día al Reino Unido, donde los dos hijos mayores fueron acogidos por el padre del hijo mediano y el bebé fue entregado a una familia de acogida.

11. Los servicios sociales del HCC habían solicitado, expresamente, a sus homólogos irlandeses que no se pusieran en contacto con los progenitores afectados, dado que, en su opinión, había riesgo grave de fuga, motivo por el que los progenitores afectados fueron informados de la partida de los menores mediante llamada telefónica de un trabajador social inglés, un día después de que esta se produjera la restitución de los menores. La resolución de exequátur de la High Court irlandesa, de 21 de septiembre de 2017, fue notificada a los progenitores el 22 de septiembre de 2017; es decir, con posterioridad a la restitución.

12. Los progenitores trataron de interponer un recurso contra la resolución de sometimiento a tutela, pero el 9 de octubre de 2017 el Tribunal de Apelación de Inglaterra y Gales denegó la autorización para recurrir. El 24 de noviembre de 2017 interpusieron un recurso ante el Tribunal Superior de Irlanda contra la resolución dictada *ex parte*. El 18 de enero de 2018, este recurso, dos días después de que hubiera expirado el plazo previsto en el artículo 33, apartado 5, del Reglamento 2201/2003, por lo que fue considerado extemporáneo, al considerarse que el plazo establecido en dicha disposición (dos meses), es de orden público y el órgano jurisdiccional ante el que se presentó carece de competencia para ampliarlo. Frente a esta resolución, los progenitores interpusieron un recurso ante el Tribunal de Apelación de Irlanda¹. El 17 de mayo de 2018, se presentó la petición de decisión prejudicial, por parte del citado Tribunal, del asunto C-325/18PPU.

13. El 23 de mayo de 2018 los progenitores presentaron una demanda de medidas provisionales ante el Tribunal de Apelación de Irlanda, en la que solicitaban la suspensión del procedimiento de adopción de los tres menores. Si bien, el HCC informó de su intención de tramitar únicamente la adopción del bebé, el Tribunal de Apelación de Irlanda, en el asunto C-375/18, decidió plantear una cuestión prejudicial y suspender el procedimiento.

14. Conviene destacar que el HCC, en relación al supuesto de hecho, que en el momento del traslado de los menores a Irlanda se habían dictado resoluciones tutelares provisionales, a favor del HCC, que afectaban a los dos hijos mayores y, además, no tenía certeza de que el traslado del bebé pudiera considerarse ilícito, en el sentido de las disposiciones pertinentes, lo que le llevó a solicitar a la “High Court inglesa que pusiese a los menores bajo tutela judicial y que ordenase su restitución a Inglaterra, antes de presentar, con arreglo al artículo 28 del Reglamento 2201/2003, una solicitud de declaración de ejecutoriedad de la resolución de la High Court inglesa ante la High Court irlandesa”². Esta cuestión llevó a plantear la solicitud de exequátur de una resolución relativa a la responsabilidad parental con arreglo al Reglamento 2201/2003.

¹ En el marco de este procedimiento, el HCC comunicó al órgano jurisdiccional remitente que, debido a restricciones presupuestarias, no tenía previsto participar en el procedimiento. Además, indicó al órgano jurisdiccional remitente que en ningún caso tenía intención de restituir a los menores, independientemente del resultado del procedimiento pendiente ante él.

² Conclusiones de la Abogada General, Sra. Juliane Kokott, presentadas el 7 de agosto de 2018, Hampshire County Council, contra C.E., N.E., asuntos acumulados C-325/18 PPU y C-375/18 PPU, apartados 69 y 70.

III. Cuestiones prejudiciales y contextualización de la Sentencia

15. En el seno del proceso se plantean dos cuestiones prejudiciales: una en relación con el asunto C-325/18PPU y otra respecto al asunto C-375/18, que fueron acumulados al tener misma naturaleza y mismo objeto, por razón de conexidad, a efectos de la sentencia que pusiera fin al proceso, tal y como se indica artículo 54 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia.

16. Respecto al asunto C-325/18PPU se plantea: a) acerca de si se puede solicitar, por parte de HCC, la ejecución de una resolución judicial de restitución de los menores ante los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro con arreglo a lo dispuesto en el capítulo III del Reglamento 2201/2003 (sobre “Reconocimiento y ejecución”) o ello supondría una elusión ilícita del artículo 11 de este mismo Reglamento y del Convenio de La Haya de 1980, o bien un abuso de Derecho o fraude de ley por parte de la autoridad de que se trata; si existe la facultad de ampliar el plazo a efectos del artículo 33,5³ del Reglamento 2201/2003; y si una resolución de ejecución dictada *ex parte*, con arreglo al artículo 31 del Reglamento 2201/2003, pero antes de la notificación de dicha resolución a los padres, que le impidió solicitar la suspensión de la resolución hasta que se resolviese el recurso, menoscaba el contenido esencial del derecho de los progenitores afectados, reconocido por el artículo 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y el artículo 47 de la Carta, de tal manera que debería prorrogarse el plazo para recurrir, del citado artículo 33,5.

17. En relación a estas cuestiones planteadas, se observa como cuestión de fondo el Reglamento 2201/2003 y el Convenio de La Haya el 25 de octubre de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores en una situación en la que una familia inglesa, que ante la posibilidad de que el HCC, responsable de la protección de menores en Reino Unido, le separase de sus hijos, huye a Irlanda con un bebé recién nacido, junto con los otros dos hijos de la madre, de tres y cinco años. El HCC obtuvo, por parte de los Tribunales ingleses, una resolución judicial en la que se declaraba que los menores quedaban bajo su tutela judicial y se ordenaba su restitución a Inglaterra. Posteriormente, obtuvo la correspondiente resolución de exequátur, por parte del Tribunal irlandés. Ahora bien, antes de que dicha resolución de exequátur fuera notificada a los progenitores afectados, la autoridad inglesa, con la ayuda de sus homólogos irlandeses, procedió a su ejecución, llevando a los menores de regreso a Inglaterra sin el conocimiento de los progenitores, que interpusieron, en Irlanda, dos días después de que finalizase el plazo previsto en el artículo 33,5 del Reglamento, un recurso contra la resolución de exequátur.

18. Por otro lado, en relación al asunto C-375/18, se plantea si es compatible con el Derecho de la Unión y, concretamente, con las disposiciones del Reglamento 2201/2003, que los tribunales de un Estado miembro dicten medidas cautelares contra un organismo público de otro Estado miembro, prohibiéndole iniciar un procedimiento de adopción de menores ante los tribunales de ese otro Estado miembro, cuando dicha medida surge de la necesidad de proteger los derechos de las partes en un procedimiento de ejecución con arreglo al capítulo III de dicho Reglamento.

19. Ambos asuntos se someten al trámite de urgencia por parte del TJUE, a instancia del órgano jurisdiccional remitente, esto es el Tribunal Superior de Irlanda, ya que los asuntos plantean cuestiones prejudiciales que se encuentran dentro de las materias contempladas en el título V, tercera parte, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Además, como cuestión destacable, los litigios principales versan sobre tres niños menores de seis años, separados de su madre, y el HCC ha iniciado trámites en el Reino Unido para la adopción del bebe recién nacido. Esto nos sitúa en unas circunstancias

³ El artículo 33,5 del Reglamento 2201/2003 indica que “el recurso contra la declaración de ejecutoriedad deberá interponerse en el plazo de un mes a partir de la fecha de su notificación. Si la parte contra la que se solicitare la ejecución tuviera su residencia habitual en un Estado miembro distinto de aquel en el que se hubiere expedido la declaración de ejecutoriedad, el plazo será de dos meses y correrá a partir de la fecha de la notificación, tanto si ésta se hizo en persona como en su residencia. Dicho plazo no admitirá prórroga en razón de la distancia”.

excepcionales caracterizadas por una urgencia absoluta, caracterizada por la necesidad imperativa de proteger el interés superior del menor.

1. La resolución dictada en el Estado de origen es ejecutiva

20. Como hemos comentado anteriormente, en relación a la primera cuestión prejudicial, la problemática de fondo se sitúa en torno al Reglamento 2201/2003 y al Convenio de La Haya el 25 de octubre de 1980⁴; es decir, si la resolución de restitución dictada por el órgano jurisdiccional inglés, país en el que los menores residían, puede ser declarada ejecutiva en el Estado de acogida o lugar al que han sido trasladados o esperar a agotar las vías de recurso disponibles conforme al Convenio de la Haya de 1980 en el Estado miembro de acogida antes de solicitar, como hizo el HCC, el reconocimiento y la ejecución de la resolución.

21. En este contexto, fundamental es observar si la cuestión principal está comprendida en el ámbito de aplicación del Reglamento⁵. Si observamos que artículo 1, apartado 1, letra b) se aplica “con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional, a las materias civiles relativas a la atribución, el ejercicio, la delegación, la restricción o la finalización de la responsabilidad parental”, teniendo en cuenta que concepto de materias civiles debe ser objeto de una interpretación autónoma⁶; pues, únicamente una aplicación uniforme del Reglamento 2201/2003 en los Estados miembros que exija que su ámbito de aplicación venga definido por el Derecho comunitario y no por los ordenamientos jurídicos nacionales es apta para garantizar que se alcancen los objetivos que persigue dicho Reglamento, entre los que figura la igualdad de trato de todos los menores de que se trate⁷. Así, según el quinto considerando del Reglamento 2201/2003, dicho objetivo únicamente queda garantizado si todas las resoluciones en materia de responsabilidad parental están comprendidas dentro del ámbito de aplicación del citado Reglamento⁸.

22. Lo anterior enlaza con el apartado 2, d) del Reglamento que considera materias incluidas en la responsabilidad parental, en lo que al caso infiere, “en particular: a) derecho de custodia y al derecho de visita; d) acogimiento del menor en una familia o en un establecimiento”.

23. Ante esto, nos situamos en la definición amplia⁹ dada por el artículo 2,7 de responsabilidad parental, que comprende todos los derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica en virtud de una resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos, en relación con la persona o los bienes de un menor¹⁰. Por tanto, es claro que el asunto está comprendido dentro del ámbito de aplicación del Reglamento 2201/2003.

24. Visto lo anterior, debe acudirse al artículo 60 de Reglamento que nos viene a indicar la “relación con determinados convenios multilaterales, en las relaciones entre los Estados miembros, primará el presente Reglamento, en las materias reguladas por el mismo, frente a los Convenios siguientes: a) Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 sobre competencia de las autoridades y ley aplicable en materia de protección de menores”. La resolución dictada, relativa a la responsabilidad parental, puede

⁴ I. REIG FABADO, “Incidencia del Reglamento 2201/2003 en materia de sustracción internacional de menores: interacción con el Convenio de La Haya de 1980”, en P. LLORIA GARCÍA (Dir.), *Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar*, 2008, p. 228

⁵ M. HERRANZ BALLESTEROS, “El Reglamento 2201/2003. Alcance de la reforma en materia de sustracción internacional de menores de menores en el espacio judicial europeo”, *Aranzadi Civil*, noviembre, 2004, pp. 13-31.

⁶ STJUE, de 27 de noviembre de 2007, Korkeinhallinto - oikeus – Finlandia, asunto C-435/06 (ECLI:EU:C:2007:714), apartados 46 a 48.

⁷ A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 18ª ed., Comares, Granada, 2018, p. 517

⁸ STJUE, 21 de octubre de 2015, Gogova, asunto C-215/15 (EU:C:2015:710), apartados 26 y 27.

⁹ STJUE, de 26 de abril de 2012, Health Service Executive, C-92/12 PPU (EU:C:2012:255), apartado 59.

¹⁰ STJUE, de 27 de noviembre de 2007, Korkeinhallinto - oikeus - Finlandia, asunto C-435/06 (EU:C:2007:714), apartado 49.

ser declarada ejecutiva en Irlanda con arreglo a dichas disposiciones recogida en el Capítulo III del Reglamento¹¹.

2. Imposibilidad de ejecutar de una resolución antes de la notificación de dicha resolución y carácter riguroso de los plazos para la interposición de recursos.

25. Con relación al plazo, debe tenerse en cuenta que cualquier solicitud de declaración de ejecutoriedad, especialmente en el presente caso, debe dictarse con celeridad, sin que los recursos interpuestos contra la resolución del órgano jurisdiccional del Estado miembro requerido puedan tener efecto suspensivo. En este sentido, el artículo 28,1 del Reglamento establece que las resoluciones sobre el ejercicio de la responsabilidad parental dictadas en un Estado miembro se ejecutarán en otro Estado miembro cuando, a instancia de cualquier parte interesada, se hayan declarado ejecutivas en este último Estado.

26. No obstante, habrá que observar obligatoriamente el interés superior del menor¹², teniendo presente el artículo 24 de la Carta Europea de Derechos Humanos, porque el interés superior del menor puede exigir una urgencia excepcional¹³, que permita una solución flexible mientras dure el procedimiento de ejecución. No obstante, esta urgencia no se presenta en este caso¹⁴. Por ello, como afirma la Abogada General, “la facultad del juez nacional de prorrogar o de reabrir dicho plazo en tales casos se ve limitada por los principios de equivalencia y efectividad”¹⁵. En cualquier caso, el referido plazo debe tener carácter riguroso y perentorio¹⁶.

27. Ahora bien, para considerar que los progenitores afectados han tenido la posibilidad, en el sentido del artículo 33,5 del Reglamento, de interponer un recurso contra una resolución de ejecución, deben haber conocido el contenido de dicha resolución. Si tan sólo importara que la parte contra la que se solicita la ejecución tenga conocimiento de la resolución por la que se otorga la ejecución, se correría el riesgo de vaciar de contenido la obligación de notificación¹⁷, hacemos referencia a ello, pues, como hemos comentado antes, en el supuesto de hecho, tan sólo fueron informados de la partida de los menores mediante llamada telefónica de un trabajador social inglés, un día después de que esta se produjera la restitución de los menores.

28. Como puede observarse, se trata de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva¹⁸. La tutela judicial efectiva deja de respetarse en el momento en el que se ejecuta la resolución sin haberse notificado y, aún más, como se reproduce en los apartados 20 y 21 de la Sentencia “el artículo 42A de las Rules of the Superior Courts, regla 10, inciso iii), del Reglamento de Procedimiento de los Tribunales Superiores, la resolución por la que se declara la ejecutoriedad habrá de contener una indicación en la que se precise que cuando se interponga un recurso ordinario en el Estado miembro de origen, podrá solicitarse al tribunal la suspensión de la ejecución de la sentencia o resolución”, lo que no ha podido realizarse y debería haberse permitido puesto que la restitución de los menores a Inglaterra puede gene-

¹¹ C.M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “La supresión del exequátur en el R. 2201/2003”, *CDT*, Vol. 3, Nº 1 (2011), pp. 63-83.

¹² C.M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “Tutela y protección de menores en el derecho internacional privado”, en M. YZQUIERDO TOLSADA / M. CEUNTA CASAS (Dir.), *Tratado de Derecho de familia*, vol. I, Aranzadi-Thomson Reuters, 2011, pp. 606-651.

¹³ P. RODRÍGUEZ MATEOS, “La protección jurídica del menor en la Convención sobre los derechos del niño de 20 de noviembre 1989”, *REDI*, 1992, vol. XLIV, pp. 465 – 498.

¹⁴ STJUE, de 19 de septiembre de 2018, Hampshire County Council y C.E., N.E., asuntos acumulados C-325/18 PPU y C-375/18 PPU (ECLI:EU:C:2018:739), apartado 74.

¹⁵ Conclusiones de la Abogada General, Sra. Juliane Kokott, presentadas el 7 de agosto de 2018, Hampshire County Council, contra C.E., N.E., asuntos acumulados C-325/18 PPU y C-375/18 PPU, apartado 117.

¹⁶ STJUE, de 4 de febrero de 1988, Hoffmann, asunto 145/86 (ECLI:EU:C:1988:61), apartados 30 y 31; STJUE, de 16 de febrero de 2006, Verdoliva, C-3/05 (EU:C:2006:113), apartado 34.

¹⁷ C.M. CAAMIÑA, “El interés superior del menor: la integración en el nuevo medio”, *CDT*, vol. 8, núm. 2 (2016), pp. 71-91.

¹⁸ A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 18ª ed., Comares, Granada, 2018, p. 553.

rar un daño irreparable¹⁹, como consecuencia de la separación al menos temporal de los progenitores y los menores. A mayor abundamiento, hay que precisar que la efectividad del derecho procesal²⁰ de los progenitores a la tutela judicial efectiva ha condicionado asimismo la efectividad de la protección de su derecho sustantivo al respeto de su vida familiar, consagrado en el artículo 7 de la Carta Europea de Derechos Humanos. Véase que en el caso de autos se pretende incoar un proceso de adopción.

29. Además, la urgencia con la que se ejecutó la resolución, como hemos referido más arriba, no está justificada. Como manifiesta el TJUE “los menores se encontraban en un hogar de acogida en Irlanda desde el 14 de septiembre de 2017”, por tanto, no había riesgo de fuga y, por ende “la ejecución de una resolución de un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, que ordena el sometimiento a tutela y la restitución de menores y que ha sido declarada ejecutiva en el Estado miembro requerido, antes de la notificación de la declaración de ejecutoriedad a los progenitores afectados, es contraria al artículo 33, apartado 1, del Reglamento 2201/2003, en relación con el artículo 47 de la Carta”²¹.

3. La posibilidad de adoptar medidas cautelares en forma de orden conminatoria por parte de un Estado miembro contra un organismo público de otro Estado miembro.

30. El órgano jurisdiccional irlandés remitente, sobre la cuestión prejudicial planteada en el asunto C-375/15, se desea dilucidar si dicha medida cautelar (orden conminatoria) supondría prohibir al HCC someter el asunto ante los órganos jurisdiccionales ingleses competentes y, en consecuencia, sería equiparable a una forma de *anti-suit injunction*.

31. El derecho procesal anglosajón contempla la posibilidad de que un tribunal dicte una orden judicial (*anti-suit injunctions* o *injunctions to restrain judicial proceedings*)²² que tiene por objeto prohibir a una determinada parte que inicie un procedimiento en el extranjero cuando para la resolución de ese contencioso se hubiere firmado una cláusula de sumisión a sus tribunales o a un arbitraje con sede en su país²³.

32. Las *anti-suit injunctions* son incompatibles con el Reglamento 1215/2012 y, por tanto, también con Reglamento 2201/2003. Esta es una cuestión ya resuelta por el TJUE²⁴, ya que esta acción no observa el principio según el cual cada órgano jurisdiccional ante el que se presenta una demanda determina, por sí solo, en virtud de las normas que le son aplicables, si es competente para resolver el litigio que se le somete²⁵. De esta forma, puede indicarse que las *anti-suit injunctions* están destinadas al demandante, potencial o actual, en un procedimiento ante un órgano jurisdiccional extranjero. Con ella se pretende que una parte en un litigio pendiente ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro incoe o prosiga un procedimiento judicial contra la parte contraria en un mismo litigio y en relación con

¹⁹ C.M. CAAMIÑA “Las resoluciones de restitución de menores en la Unión Europea: el caso Rinau”, *CDT*, Vol. 2, No 2 (2010), pp. 222-235.

²⁰ P. JIMÉNEZ BLANCO, *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, p. 144.

²¹ STJUE, de 19 de septiembre de 2018, Hampshire County Council y C.E., N.E., asuntos acumulados C-325/18 PPU y C-375/18 PPU (ECLI:EU:C:2018:739), apartado 75.

²² M. GÓMEZ JENE, “Anti-suit injunction en forma de laudo arbitral (a propósito de la Sentencia Gazprom del TJUE)”, *CDT*, Vol. 7, No 2 (2015), pp. 440-447. M. TEIXEIRA DE SOUSA, *A incompatibilidade das anti-suit injunctions com o Regulamento (CE) n.º 44/2001 anotação ao acórdão do Tribunal de Justiça de 10/2/2009 (c-185/07, Allianz e Generali v. West Tankers)*, *CDT* Vol. 2, Nº 1 (2010), p. 419-426.

²³ M. REQUEJO ISIDORO, *Proceso en el extranjero y medidas anti-proceso (antisuit injustions)*, Universidad de Santiago de Compostela, 2000, p. 52.

²⁴ Véase, STJUE, de 27 de abril de 2004, Turner, asunto C-159/02 (EU:C:2004:228), apartados, 33 y 34; STJUE, de 10 de febrero de 2009, Allianz y Generali Assicurazioni Generali, asunto C-185/07 (EU:C:2009:69), apartados 29 y 30.

²⁵ STJUE, de 19 de septiembre de 2018, Hampshire County Council y C.E., N.E., asuntos acumulados C-325/18 PPU y C-375/18 PPU (ECLI:EU:C:2018:739), apartado 90.

el mismo objeto, ante un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro²⁶, motivo por el que tal acción va al mismo tiempo en contra de la confianza que los Estados miembros otorgan mutuamente a sus sistemas jurídicos y a sus instituciones judiciales y sobre la cual se sustenta el sistema de competencias del Reglamento²⁷.

33. Ahora bien, lo que pretenden los progenitores afectados es que se prohíba iniciar o continuar un procedimiento de adopción de los menores que residen en el Reino Unido, lo que se sitúa fuera del ámbito de aplicación del Reglamento 2201/2003 (artículo 1,3-d) y, además, no tiene relación con el mismo objeto que el del litigio principal pendiente, relativo a la restitución de los menores y destinado a preservar el derecho a la tutela judicial efectiva, motivo por el que no puede oponerse, a que el órgano jurisdiccional remitente dicte una orden conminatoria (medidas cautelares) contra el HCC.

34. En este sentido, como indica la Abogado General, “estas medidas pueden, en particular, resultar necesarias en un asunto como el que nos ocupa, en el que una parte, en el presente asunto el HCC, no ofrece ningún tipo de garantía al órgano jurisdiccional en cuestión de que acatará la sentencia que se ha de dictar en el marco del procedimiento pendiente ante dicho órgano jurisdiccional de conformidad con el Reglamento 2201/2003”²⁸.

35. En circunstancias normales, no debería ser necesario dictar las medidas cautelares solicitadas, ya que el HCC debería participar en el mismo y acatar la resolución que se ha de dictar. Sin embargo, tal y como se refleja en los supuestos de hecho de la Sentencia²⁹ y, con mayor claridad en las Conclusiones de la Abogado General³⁰, “el HCC comunicó al órgano jurisdiccional remitente que en ningún caso tenía intención de restituir a los menores, así como que se había iniciado un procedimiento de adopción para el bebé. El HCC sostuvo, a este respecto, que los órganos jurisdiccionales ingleses son competentes para conocer del fondo del asunto y que los órganos jurisdiccionales irlandeses nunca habían sido competentes para pronunciarse en relación con los menores”. Además, se indica que no tiene obligación alguna de participar en el procedimiento hasta su conclusión y “que no tiene previsto acatar la resolución que adopte el órgano jurisdiccional competente al término de dicho procedimiento”.

36. Ante esto se observa una clara falta de garantías necesarias para la aplicación de los principios de reconocimiento y de confianza mutua³¹, que suponen la base del Reglamento y, además, pone en jaque el interés superior del menor junto a la efectividad de la protección de su derecho sustantivo al respeto de su vida familiar, como ya hemos manifestado. En este sentido, resulta esencial garantizar que las decisiones se adopten teniendo en cuenta el interés superior de los menores³².

²⁶ Conclusiones de la Abogada General Sra. Juliane Kokott, el 4 de septiembre de 2008, asunto C-185/07, Allianz SpA (anteriormente Riunione Adriatica Di Sicurta SpA) y otros contra West Tankers Inc., apartado 14.

²⁷ M. REQUEJO ISIDORO, *Proceso en el extranjero y medidas anti-proceso (antisuit injustions)*, Universidad de Santiago de Compostela, 2000, p. 52.

²⁸ Conclusiones de la Abogada General, Sra. Juliane Kokott, presentadas el 7 de agosto de 2018, Hampshire County Council, contra C.E., N.E., asuntos acumulados C-325/18 PPU y C-375/18 PPU, apartado 159.

²⁹ STJUE, de 19 de septiembre de 2018, Hampshire County Council y C.E., N.E., asuntos acumulados C-325/18 PPU y C-375/18 PPU (ECLI:EU:C:2018:739), apartado 92

³⁰ Conclusiones de la Abogada General, Sra. Juliane Kokott, presentadas el 7 de agosto de 2018, Hampshire County Council, contra C.E., N.E., asuntos acumulados C-325/18 PPU y C-375/18 PPU, apartados 161 y 162.

³¹ STJUE (Sala Cuarta) de 19 de noviembre de 2015, asunto C-455/15 PPU, P y Q, Apartados 35 y 36. Vid. Considerando vigésimo primero del R 2201/2003: “El reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales dictadas en un Estado miembro deben basarse en el principio de confianza mutua, y los motivos del no reconocimiento deben limitarse al mínimo necesario”. En ese mismo sentido, C. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “Orden público internacional y prohibición de control de competencia judicial internacional: Asunto c-455/15 PPU, P y Q”, *CDT*, Vol. 9, No 2 (2017), pp. 635-640.

³² M. M. VELAZQUEZ SÁNCHEZ, “La protección de los menores en la Unión Europea: el Reglamento comunitario 2201/2003”, *reei.org*, 2006.

IV. ¿Podría dictarse la medida cautelar en forma de orden conminatoria de conforme al nuevo Reglamento 2019/1111?

37. Vista la Sentencia resulta interesante hacer referencia, especialmente, a la última cuestión planteada en el asunto C-375/15, en relación con Reglamento 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores³³, publicado el 2 de julio de 2019, que viene a sustituir al Reglamento 2201/2003.

38. Las otras cuestiones quedan recogidas, e incluso más reforzadas, teniendo en cuenta que el objetivo del citado Reglamento es seguir desarrollando el espacio europeo de justicia y derechos fundamentales basado en la confianza mutua, suprimiendo los obstáculos que subsisten a la libre circulación de las resoluciones, en consonancia con el principio de reconocimiento mutuo, así como proteger mejor el interés superior del menor, mediante la simplificación de los procedimientos y la mejora de su eficacia.

39. En este sentido, se observa que en relación con la primacía del Reglamento no hay modificación (artículo 95, a) del Reglamento 2019/1111). Asimismo, en particular, el Reglamento, previo acatamiento del derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a un juez imparcial (artículo 47 de Carta de los Derechos Fundamentales), va a tratar las relaciones entre progenitores e hijos, las opciones políticas preferidas con relación a las cuestiones de responsabilidad parental reforzarán el derecho al respeto de la vida privada y familiar (artículo 7), además de reforzar el interés superior del menor (artículo 24).

40. Ahora bien, en relación con las otras cuestiones prejudiciales sometidas al TJUE, se observa como en el considerando 30 se hace una referencia a que el Reglamento no debe “impedir que los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro que no sean competentes para conocer del fondo del asunto adopten en caso de urgencia medidas provisionales, incluidas las cautelares, por lo que se refiere a la persona o a los bienes de un menor que se encuentre en ese Estado miembro”, siempre que lo exija la protección del interés superior del menor (artículo 15 del Reglamento 2019/1111).

41. Si el resultado de un procedimiento ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que no es competente en virtud del presente Reglamento depende de la determinación de una cuestión incidental que pertenece al ámbito de aplicación del Reglamento 2019/1111, no debe obstar para que los órganos jurisdiccionales de dicho Estado miembro determinen esa cuestión; es decir, como en el presente caso, se pretende evitar que se inicie o continúe un procedimiento de adopción, que se sitúa fuera del ámbito de aplicación del Reglamento, hasta que se resuelva el procedimiento basado en el Reglamento 2201/2003, relativo a la restitución de los menores y destinado a preservar el derecho a la tutela judicial efectiva de los progenitores afectados. De esta forma, se debe buscar la posibilidad de reaccionar rápidamente ante cualquier riesgo temporal o permanente para el interés superior del menor que pueda derivarse de dicha ejecución³⁴.

42. Como puede observarse, el marco normativo recientemente aprobado respondería a la necesidad urgente de solucionar un problema actual en este ámbito, en el que resulta primordial actuar y establecer unas normas, teniendo en cuenta la situación de los niños, las familias y su interés superior.

Conclusión

43. Con esta Sentencia el TJUE se vienen a responder cuestiones prejudiciales planteadas en un proceso de restitución de menores, en el que se pone de manifiesto que la resolución de restitución

³³ Norma aplicable desde 1 de agosto de 2022, salvo los arts. 92, 93 y 103 que serán aplicables a partir del 22 de julio de 2019.

³⁴ Véase artículo 16 y siguientes del Reglamento 2019/1111.

de estos menores dictada a raíz de una resolución relativa a la responsabilidad parental por el Tribunal inglés, lugar en el que residían los menores, debe ser declarada ejecutiva en Irlanda, con arreglo a las disposiciones del Capítulo III del Reglamento 2201/2003. Asimismo, pone de manifiesto que este Reglamento prevalece sobre el Convenio de La Haya de 1980.

44. Asimismo, la cuestión de fondo, común a todas las cuestiones planteadas está en la defensa del interés del menor, superior y prevalente, pues el menor es el sujeto a proteger frente a cualquier sujeto implicado.

45. En este sentido, se observa que la falta de notificación de la resolución de declaración de ejecutoriedad a los progenitores afectados supone una vulneración del artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y del artículo 33,1 del Reglamento 2201/2003 al privarse a los progenitores el derecho a solicitar la suspensión de la ejecución de la orden de restitución, sin que, por supuesto, esta vulneración de su derecho de defensa incida en el plazo de recurso abierto a raíz de la notificación de la resolución.

46. En cualquier caso, el plazo para interponer recurso no puede prorrogarse; pues, por un lado, con el plazo se pretende dar seguridad jurídica y, por otro lado, es conforme al interés superior del menor el por qué sólo pueden recurrirse en un plazo limitado.

47. Finalmente, se muestra a favor de que un Tribunal de un Estado miembro adopte medidas cautelares contra un organismo público de otro Estado miembro que prohíba entablar o proseguir, ante los órganos jurisdiccionales de este otro Estado miembro, un procedimiento de adopción de menores que residen en dicho Estado, especialmente, cuando no se ofrecen garantías para la aplicación de los principios de reconocimiento y confianza mutua. Esta última cuestión, ha quedado recogida en el reciente Reglamento 2019/1111, del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores.

EL VALOR JURÍDICO DEL INCOTERM “EXW”, A PROPÓSITO
DEL AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE OVIEDO,
DE 27 DE JUNIO DE 2019

THE LEGAL VALUE OF INCOTERM “EXW”, ON THE PURPOSE
OF THE PROVINCIAL AUDIENCE OF OVIEDO, JUNE 27, 2019

ALFONSO ORTEGA GIMÉNEZ

*Profesor Contratado Doctor de Derecho internacional privado
Universidad Miguel Hernández de Elche
(Acreditado a Profesor Titular de Universidad)*

ORCID: 0000-0002-8313-2070

Recibido: 02.11.2019 / Aceptado: 18.11.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5211>

Resumen: Los INCOTERMS son una de los elementos más usados en las relaciones comerciales internacionales desde muchos años atrás; su uso es tan frecuente que la jurisprudencia española los ha analizado en diversas ocasiones; es el caso del Auto de la Audiencia Provincial de Oviedo, sección Séptima, de 27 de junio de 2019, que confirma la decisión del Juzgado que declaró la falta de competencia internacional de los Tribunales españoles, entendiéndose que a quien corresponde conocer del asunto es a los Tribunales de Meeuwen-Gruitrode (Flandes-Bélgica), el recurso de apelación se alza contra el auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Gijón, que resuelve en sentido estimatorio la declinatoria planteada por la parte demandada, acordando el archivo de la causa, no por una falta de competencia territorial, como erróneamente señala la apelada en su oposición a la apelación, sino por una falta de competencia internacional, al considerar que el conocimiento de la causa correspondería a los Tribunales belgas.

Palabras clave: INCOTERMS, Comercio internacional, contratos internacionales, competencia judicial internacional.

Abstract: INCOTERMS are one of the most used elements in international trade relations since many years ago; their use is so frequent that Spanish jurisprudence has analyzed on several occasions; This is the case of the Order of the Provincial Court of Oviedo, Seventh section, of June 27, 2019, which confirms the decision of the Court that declared the lack of international jurisdiction of the Spanish Courts, understanding that who is responsible for knowing the matter is a the Courts of Meeuwen-Gruitrode (Flanders-Belgium). The appeal is raised against the order issued by the Court of First Instance No. 2 of Gijón, which resolves in an estimated sense the declination raised by the defendant, agreeing to file the case, not for a lack of territorial jurisdiction, as erroneously points out the appeal in its opposition to the appeal, but for a lack of international competence, considering that the knowledge of the case would correspond to the Belgian Courts.

Keywords: INCOTERMS, international trade, international contracts, international judicial jurisdiction.

*alfonso.ortega@umh.es

Sumario: : I. Planteamiento. II. Hechos, alegaciones de las partes y cuestiones controvertidas. III. Concepto, características y naturaleza jurídica de los INCOTERMS. 1. Ámbito de aplicación y finalidad de los INCOTERMS. 2. Elementos básicos en la aplicación de los INCOTERMS. 3. Valor jurídico de los INCOTERMS. IV. Clasificación de los INCOTERMS. V. Análisis del INCOTERM EX WORKS. 1. Inconvenientes de la aplicación del INCOTERM EXW. VI. INCOTERMS y Derecho internacional privado: competencia judicial internacional y determinación de la ley aplicable. VII. Reflexiones finales.

I. Planteamiento

1. El comercio internacional, con el transcurso de los años, se ha ido consolidando y adaptando a los cambios de la sociedad. Existe un consenso generalizado de que hemos entrado en una fase de expansión del comercio internacional, tras varios años de crecimiento moderado. Este crecimiento está ligado inexorablemente a la internacionalización de las empresas; y, en particular, al enorme peso en la economía mundial de las grandes corporaciones multinacionales que generan las dos terceras partes de todo el comercio mundial a través de sus transacciones.

2. A medida que va creciendo la actividad comercial en el mundo los legisladores no son capaces de seguir el ritmo frenético de la expansión del comercio y las finanzas internacionales, tampoco pueden adaptar el Derecho objetivo a las necesidades reales de estos sectores. Así, al igual que ocurría ya en la Edad Media, son los propios comerciantes y empresarios los que están creando un nuevo sistema legal supranacional para poder desarrollar con garantías su actividad comercial. Las necesidades de regulación y comunicación que plantea actualmente el comercio internacional son las mismas que hace casi mil años, de ahí que resurjan viejas costumbres como la utilización de una lengua comúnmente aceptada como vehículo de comunicación y de una regulación pactada de forma privada entre los comerciantes como es la *Lex Mercatoria* la cual hace referencia a un conjunto normativo disperso, con carácter supranacional, que goza de un alto grado de autonomía respecto a los ordenamientos jurídicos estatales, y que constituye un grupo de reglas adecuadas para la regulación de las relaciones económicas internacionales, especialmente de los contratos internacionales, a los que se puede aplicar directamente en lugar de las disposiciones de los ordenamientos nacionales. La actividad de los operadores del tráfico mercantil ha causado una total reconfiguración en el campo del derecho comercial internacional.¹

3. Los “contratos modelo” se han convertido de un tiempo a esta parte en fuente de derechos y obligaciones entre las partes en sustitución de las regulaciones nacionales, incapaces de aportar la flexibilidad y el dinamismo necesarios, al igual que el contrato de compraventa internacional de mercancías, los tribunales de arbitraje internacional comercial, o los INCOTERMS que describen principalmente las obligaciones, costes y riesgos que implica la “entrega” de las mercancías de los vendedores a los compradores y sólo se pueden aplicar en relación con una compraventa de mercaderías, que, normalmente será internacional.

II. Hechos, alegaciones de las partes y cuestiones controvertidas

4. El Auto de la Audiencia Provincial de Oviedo de 27 de junio de 2019 resuelve sobre el RECURSO DE APELACIÓN (LECN) 299/2019, en los que aparece como parte apelante, VIAJES OPERADORA TURÍSTICA S.A., y como parte apelada, el señor DIEGO. El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Gijón, en los autos de Procedimiento Ordinario número 930/2018, con fecha 29 de marzo de 2019, dictó Auto señalando la falta de competencia internacional de este Órgano Judicial, absteniéndose este Tribunal del conocimiento de la demanda promovida por VIAJES OPERADORA TURÍSTICA, S.A. frente al señor Diego. El Tribunal señala que En virtud de lo establecido en el artículo 9.6 de la

¹ *Vid.*, en particular, W. R. CADENA AFANADOR, “La nueva lex mercatoria: un caso pionero en la globalización del derecho”, en *Papel Político*, N° 13, Universidad Javeriana, Bogotá, 2001, p. 106; y, en sentido amplio, A. ORTEGA GIMÉNEZ, *La nueva Lex Mercatoria: el valor jurídico de los incoterms en la jurisprudencia española*, Editorial Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019.

LOPJ² corresponde conocer del presente asunto a los Tribunales de Meeuwen-Gruitrode (Flandes-Bélgica). Notificada la anterior resolución a las partes, por la representación de VIAJES OPERADORA TURÍSTICA S.A., se interpuso recurso de apelación.

5. El recurso de apelación se alza contra el auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Gijón, que resuelve en sentido estimatorio la declinatoria planteada por la parte demandada, acordando el archivo de la causa, no por una falta de competencia territorial, como erróneamente señala la apelada en su oposición a la apelación, sino por una falta de competencia internacional, al considerar que el conocimiento de la causa correspondería a los Tribunales belgas, por lo que, pese a lo alegado por dicha el apelado, cabe concluir que el presente recurso está correctamente admitido a tenor del art. 66 nº 1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.³

6. Mediante la demanda, interpuesta por la representación de VIAJES OPERADORA TURÍSTICA, S. A, con fundamento en el art. 1.124 del Código Civil⁴ se pretende la condena del demandado, don Diego, al pago de la cantidad abonada por la actora como precio por la compraventa de un caballo, junto con diversos gastos en los que incurrió con motivo de ello (de transporte y de veterinario), y ambas partes reconocen que la cuestión debe resolverse a la luz del art. 7 del Reglamento (UE) nº 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil⁵, con arreglo al cual: *Una persona domiciliada en un Estado miembro podrá ser demandada en otro estado miembro:*

1. a) *en materia contractual, ante el órgano jurisdiccional del lugar en el que se haya cumplido o deba cumplirse la obligación que sirva de base a la demanda;*
- b) *a efectos de la presente disposición, y salvo pacto en contrario, dicho lugar será*
 - *cuando se trate de una compraventa de mercaderías, el lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hayan sido o deban ser entregadas las mercaderías,*
 - *cuando se trate de una prestación de servicios, el lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hayan sido o deban ser prestados los servicios.*
- c) *cuando la letra b) no sea aplicable, se aplicará la letra a)*

7. El auto recurrido estimó en aplicación de esta normativa que, al encontrarnos ante un contrato de mercancías, sujeta a la cláusula *Ex Works*, en tanto en cuanto el caballo en cuestión, habría sido entregado en las instalaciones del demandado en Bélgica, viajando luego hasta la localidad de Gijón por cuenta del comprador, la competencia correspondería a los Tribunales belgas.

8. En el recurso se cuestiona esta conclusión, negando que estemos ante una compraventa de mercaderías, sujeta a dicha cláusula, sosteniendo que estamos ante una compraventa verbal de naturaleza civil, en la que se pactó como lugar de entrega del caballo la localidad de Gijón. Pese a las alegaciones de la recurrente, el Tribunal señala que no se puede descartar que estemos ante una venta de mercancías, por cuanto aunque se afirme que la compra se hizo para el uso personal de la hija del presidente de la sociedad demandante, en realidad nada se prueba al respecto, debiendo advertirse que la compradora es una sociedad mercantil, y que, además, la factura no tiene IVA, por lo que si fiscalmente se sujeta a un régimen de compraventa mercantil, no hay razón para, en principio, negarle este carácter en este ámbito. En cualquier caso, lo cierto es que, su conceptualización como compraventa civil nos llevaría a la misma solución, al ser el territorio belga el lugar en el que se pactó el cumplimiento de ambas obligaciones.

² Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. BOE núm. 157, de 3 de julio de 1985.

³ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. BOE núm. 7, de 08 de enero del 2000.

⁴ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Gaceta de Madrid núm. 206, de 25 de julio de 1889.

⁵ Reglamento (UE) nº 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. DOUE núm. 351, de 20 de diciembre de 2012.

9. De un lado, la del pago del precio, que debía depositarse en una cuenta de una agencia bancaria sita en Bélgica, y a cuyos efectos se realizó el mismo por medio de una transferencia a dicha cuenta. De otro, la de la entrega del caballo que se realiza en las instalaciones del demandado, como se deduce del hecho de que fuera la propia compradora quien asumiera el pago de los gastos de transporte, lo que no se entiende si no es porque ese es el lugar de entrega, pues en otro caso el caballo debería haber viajado por cuenta y a costa del vendedor, siendo a estos efectos irrelevante que la contratación del transporte lo hiciera el apelado, pues en todo caso se hizo por cuenta de la compradora, y sin que en ningún caso quede acreditado que inicialmente se pactó la entrega en Gijón, y que pese a ello posteriormente la compradora se avino al pago de los gastos de transporte, pues no se explica el porqué de esta ulterior decisión, resultado la misma poco creíble, máxime cuando estamos hablando de una cantidad importante de 3.810 euros.

Lo expuesto conduce a la desestimación del recurso interpuesto por VIAJES OPERADORA TURÍSTICA S.A.

III. Concepto, características y naturaleza jurídica de los INCOTERMS

10. Los INCOTERMS o términos comerciales han sido tradicionalmente definidas como reglas uniformes para la interpretación de los principales términos de las compraventas internacionales. Constituyen un conjunto de reglas internacionales, de aceptación voluntaria por las partes, que determinan el alcance de las cláusulas comerciales incluidas en el contrato de compraventa internacional Contribuyendo a facilitar la interpretación de términos comerciales comúnmente utilizados. Los INCOTERMS se han desarrollado en el comercio internacional fruto de las prácticas comerciales internacionales, no son usos del comercio, sino que su validez se basa en la voluntad al menos presunta de los contratantes que utilizan estos signos. La selección del INCOTERMS influye sobre el costo del contrato la calificación de estos como “reglas” significa que no se trata de verdaderas normas jurídicas por lo que no son fuente de Derecho. Su eficacia depende de que las partes las hayan incorporado a su contrato por lo que sólo se aplican cuando el vendedor y el comprador se someten a estas “reglas”, tienen una naturaleza contractual ya que forman parte del contrato de compraventa al que se incorporan.

En el Auto de la Audiencia Provincial de Oviedo de 27 de junio de 2019, que analizamos la parte demandante interpone recurso negando y cuestionando encontrarse ante una compraventa de mercaderías, por lo que no puede estar sujeta a una cláusula de los INCOTERMS y sostiene que se encuentran ante una compraventa verbal de naturaleza civil, en la que se pactó como lugar de entrega del caballo la localidad de Gijón.

1. Ámbito de aplicación y finalidad de los INCOTERMS

11. El ámbito de aplicación de los INCOTERMS está regido a nivel mundial en todo lo relacionado a las compras y ventas de mercancías entre las partes contratantes y la determinación en materia de aduanas para el pago de impuestos a quien le corresponde.⁶

Los INCOTERMS vienen definidos por la Cámara de Comercio Internacional⁷ que fija el estricto sentido de su significado, la acepción plasmada y reconocida como única, uniforme y auténtica. Hay que tener muy en cuenta que las reglas fijadas por los INCOTERMS, sus cláusulas de condiciones implícitas, son de aplicación exclusiva para el comprador y el vendedor, o, si se prefiere, para las relaciones que pueden establecerse entre exportadores e importadores, quedando excluidas cualquiera otra persona física o jurídica

⁶ F.SÁNCHEZ-CALERO/J.SÁNCHEZ-CALERO GUILLARTE, *Instituciones de derecho mercantil (Vol. II)* (Ed. XXXVII), Pamplona, Editorial Aranzadi, 2015. pp. 261-263.

⁷ La Cámara de Comercio Internacional (CCI), se creó en el año de 1919 en París (Francia). Actualmente agrupa a miles de empresas miembros, cámaras de comercio, asociaciones empresariales procedentes de más de 130 países. Sus comités nacionales, establecidos en más de 90 países, se coordinan con sus miembros para dirigir los intereses de la comunidad empresarial y para hacer llegar a sus gobiernos los puntos de vista empresariales formulados por la ICC. La ICC, constituida con personalidad jurídica y naturaleza asociativa, goza de la característica de entidad consultiva de primer orden ante las Naciones Unidas.

ca que intervenga en la operación comercial concertada entre compradores y vendedores y que sea como resultante de sus respectivos contratos derivados de la relación contractual de la compraventa internacional.

12. La finalidad de los INCOTERMS es otorgar seguridad jurídica a los contratantes en cuanto a los derechos y obligaciones con los que cuentan las partes con objeto de evitar en lo posible las incertidumbres derivadas de dichos términos en países diferentes en contratos de compraventa internacional. Además, delimitan con precisión el reparto de gastos entre exportador e importador, lugar de entrega de la mercancía, documentos que el exportador debe proporcionar al importador, transferencia de riesgos entre exportador e importador en el transporte de la mercancía.

2. Elementos básicos en la aplicación de los INCOTERMS

13. Los INCOTERMS resuelven entre otros aspectos, cuatro elementos o cuestiones esenciales en toda compraventa:

- a) El lugar y la forma de la entrega de la mercancía. Se indica el punto de entrega marcado en el lugar del trayecto, generalmente va entre paréntesis a continuación. Se determina también el momento en que debe ejecutarse esta obligación. La entrega podrá ser directa o indirecta.
- b) La transmisión de los riesgos y responsabilidades de pérdida o daños de la mercancía del vendedor al comprador.
- c) La distribución de los gastos de la operación, indicando los incluidos en el precio dado y aceptado y que deben correr por cuenta y cargo del comprador por no estar comprendido en el precio.
- d) Qué parte debe realizar los trámites, gestiones y diligencias para complementar las formalidades oficiales y las exigencias administrativas para la exportación y la importación de los productos objeto de la compraventa internacional.

14. Para que el INCOTERMS elegido funcione correctamente además de la versión del año concreto utilizado, las partes deben designar un lugar o un puerto, de la forma más precisa posible. De lo contrario, el INCOTERMS no podría tener ningún valor, la inclusión correcta minimiza los problemas jurídicos relativos a los costes y al cumplimiento de las obligaciones de cada una de las partes. La estandarización y el nivel tan detallado de la explicación de cada uno de los INCOTERMS es una gran ventaja y supone un aliciente muy importante para su utilización. Hay que tener en cuenta que los INCOTERMS no regulan todos los aspectos de la compraventa internacional de mercaderías, su regulación recae sobre la obligación de entrega y la consiguiente transmisión de los riesgos.

15. Es lo que se puede observar en el Auto de la Audiencia Provincial de Oviedo de 27 de junio de 2019, en la que, mediante la demanda interpuesta por Viajes Operadora Turística, S.A., se pretende la condena del demandado, al pago de la cantidad abonada por la actora como precio por la compraventa de un caballo, junto con diversos gastos en los que incurrió con motivo de ello, en este caso la relación comercial que une a las partes es la compraventa del caballo. En el recurso se cuestiona esta conclusión, negando estar ante una compraventa de mercaderías y sosteniendo encontrarse ante una compraventa verbal de naturaleza civil, en la que se pactó como lugar de entrega del caballo la localidad de Gijón.

3. Valor jurídico de los INCOTERMS

16. Los INCOTERMS han sido recogidos por la Convención de Viena en lo que se refiere a la entrega y transmisión de riesgos, también se refiere a los usos acordados por las partes de forma tácita, en aquellos casos en los que se infiere del comportamiento del comprador y del vendedor o de la interpretación de su voluntad conforme a los criterios del mencionado artículo 8 de la Convención de Viena. Por otro lado, también cubre las prácticas que hayan establecido entre las partes, así lo señala en el

artículo 9.1 del Convenio de Viena el cual nos dice que las partes quedarán obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas. Se refiere a aquellos usos que regularmente hayan seguido en sus relaciones las partes que sirven para determinar a la vez su intención y las obligaciones existentes entre ellas.

17. Los INCOTERMS prevalecen, al igual que cualquiera otra cláusula pactada por las partes, sobre las disposiciones de la Convención de Viena, dada su naturaleza dispositiva (artículo 6 de la Convención de Viena).⁸ En caso de incompatibilidad entre un uso convenido y la práctica hasta entonces seguida por las partes, cabe interpretar que deberá prevalecer el uso convenido. El artículo 9.2 de la Convención de Viena establece que, salvo pacto en contrario, se considerará que las partes han hecho tácitamente aplicable al contrato o a su formación un uso del que tenían o debían haber tenido conocimiento y que en el comercio internacional sea ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en contratos de mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate.

El espíritu de la Convención de Viena, reguladora del Derecho uniforme de la venta internacional, es traducir en forma escrita los usos y las prácticas efectivamente seguidas en el comercio internacional.⁹ Los INCOTERMS han sido recogidos por la Convención de Viena en lo que se refiere a la entrega y transmisión de riesgos.

18. Los INCOTERMS deben reunir tres requisitos:

- a) **Carácter internacional.** Debe ser aplicable en el comercio internacional y no sólo en el comercio interno. Pese a que de los trabajos preparatorios de la Convención de Viena se infiere la voluntad de excluir la obligatoriedad de los usos locales, se ha apuntado la posibilidad de que un uso local tenga también que ser cumplido por el contratante que carece de establecimiento en el lugar en que esté vigente, si lo conocía o tenía que conocerlo, y pertenece al sector de actividad en que dicho uso es regularmente observado, aun en el ámbito del comercio internacional.
- b) **Conocido por las partes.** El INCOTERMS usado debe ser conocido por ambas partes.
- c) **Efectivamente seguido por las partes.** No basta con que el INCOTERM sea conocido por las partes, sino que efectivamente sea seguido por los contratantes. La parte que invoca un INCOTERM seguido en el comercio internacional tiene la obligación de probarlo.

19. Aunque la aplicación de los INCOTERMS de forma objetiva se regula de forma muy restrictiva, si se dan las tres condiciones se podrían aplicar de forma tácita para determinar el lugar de entrega de la mercancía. Este lugar de entrega determinaría el tribunal competente para conocer de cualquier litigio derivado de un contrato de compraventa internacional regulado por la Convención de Viena de 1980. La Convención de Viena se limita a exigirle al vendedor que, en principio, transmita al comprador la propiedad de las mercancías libre de cargas (artículos 30, 41 y 42). El concreto proceder del vendedor para satisfacer esta obligación es algo que sólo puede ser desvelado a la luz del ordenamiento jurídico designado por las reglas del sistema de Derecho internacional privado, en particular por el INCOTERMS aplicado a la relación contractual.¹⁰

20. De la misma forma que las condiciones generales de la contratación, la utilización de INCOTERMS no significa una exclusión tácita del total de la Convención de Viena, dado que se refieren a aspectos muy puntuales del contrato de compraventa. Cabe entender, por tanto, que cuando las partes hacen referencia en su contrato a la utilización de INCOTERMS, tal referencia sólo excepciona la aplicabilidad de la Convención de Viena en aquellos puntos que hayan sido regulados por los INCOTERMS

⁸ A. CABRERA CÁNOVAS, (2013) – *Las reglas INCOTERMS 2010*, Marge Books. Barcelona.

⁹ AUDIT, B. La vente internationale de marchandises. Convention des Nations-Unies du 11 avril 1980, Paris, *LGDJ*, 1990. p. 29.

¹⁰ E. MUÑOZ/I. SCHWENZER, *Comentario sobre la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Tomo I y II)* 2011.

incompatibles con la aplicación de la misma, por lo que no hay ninguna razón para descartar la normativa uniforme sobre las demás materias del contrato no expresamente reguladas por estos términos comerciales. Cuando las partes incluyen un INCOTERM están estableciendo las responsabilidades de las partes por tanto, la validez de todas las cláusulas incluidas en el contrato de compraventa queda sometidas a la *lex contractus*.¹¹

21. Así las cosas, en el Auto de la Audiencia Provincial de Oviedo de 27 de junio de 2019, en la cual las partes reconocen que la cuestión debe resolverse a la luz del art. 7 del Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, con arreglo al cual una persona domiciliada en un Estado miembro podrá ser demandada en otro estado miembro, cuando se trate de una compraventa de mercaderías, el lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hayan sido o deban ser entregadas las mercaderías. El Auto recurrido estimó en aplicación de esta normativa que, al encontrarnos ante un contrato de mercancías, sujeta a la cláusula *Ex Works*, en tanto en cuanto el caballo en cuestión, habría sido entregado en las instalaciones del demandado en Bélgica, viajando luego hasta la localidad de Gijón por cuenta del comprador, la competencia correspondería a los Tribunales belgas.¹²

IV. Clasificación de los INCOTERMS

22. Actualmente los INCOTERMS se clasifican en 11 reglas, para el 2020 se mantiene la clasificación con algunos cambios establecidos por la ICC que los clasifica en función del modo de transporte utilizado. Así en el primer grupo se incluyen 7 INCOTERMS que son los: EXW (En fábrica), FCA (Franco porteador), CPT (Transporte pagado hasta), CIP (Transporte y seguro pagados hasta), DAT (Entregado en terminal), DPU (Entregada en lugar descargada) y DDP (Entregada con derechos pagados) que pueden utilizarse con independencia del modo de transporte y de si emplean uno o más modos de transporte. En el segundo grupo se agrupan 4 INCOTERMS que son: FAS (Franco al costado del buque), FOB (Franco a bordo), CFR (Costo y flete) y CIF (Costo, seguro y flete) a utilizar cuando la mercancía se transporta entre dos puertos, la entrega al transportista se hace a bordo o al costado del buque, por lo que el vendedor debería controlar la mercancía hasta ese momento.

23. Algunos de los ejemplos de INCOTERMS más utilizados en el comercio internacional son el CIF, el FCA o el EXW, aunque generalmente se usan de manera incorrecta, puesto que las empresas lo usan más por costumbre o por que la otra parte lo usa habitualmente, sin considerar que en algunas operaciones de compraventa internacional algunos de estos términos no son recomendables por las obligaciones que genera a las partes y por el riesgo que se corre en el comercio exterior. En el Auto de la Audiencia Provincial de Oviedo de 27 de junio de 2019 que estamos analizado se estimó la aplicación del INCOTERM EXW al encontrarse ante un contrato de mercancías, en tanto en cuanto el caballo en cuestión, habría sido entregado en las instalaciones del demandado en Bélgica, viajando luego hasta la localidad de Gijón por cuenta del comprador, en la que la responsabilidad de las partes se ha delimitado por el uso de este INCOTERM.

¹¹ *Vid.*, en sentido amplio, W. KONRADI, H. FIX-FIERRO, “La *lex mercatoria* en el espejo de la investigación empírica” en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, N° 117, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México, 2006.

¹² Los INCOTERMS 2010 establece que la “regla EXW” estipula que el lugar de entrega es el del vendedor. Los costos y riesgos se transfieren al comprador tan pronto como los bienes se ponen a disposición del vendedor en el momento acordado o en otro lugar acordado (por ejemplo, fábrica, almacén, etc.). Los costos de transporte, la adquisición de los documentos necesarios y los riesgos asociados son responsabilidad exclusiva del comprador. En la nueva versión de los INCOTERMS 2020, se insiste en que este INCOTERM “EXW” es aplicable solo para operaciones en las que el comprador debe realizar la carga, además se añade como punto de entrega, no solo el lugar del expedidor sino cualquier otro punto en el que éste tenga jurisdicción.

V. Análisis del INCOTERM EX WORKS

24. Muchas empresas que tienen actividad en el comercio internacional, usan solo algunos INCOTERMS ya sea por inexperiencia o por desconocimiento, por lo que suelen proceder de la misma manera en una operación de exportación que en una compraventa nacional, usando el INCOTERM EXW (En fábrica), en esta clase de INCOTERMS se entiende que una mercancía está entregada cuando el vendedor la pone a disposición del comprador en el establecimiento del vendedor o en otro lugar convenido (ya sea su fábrica, un almacén, etc.) Es lo más parecido al alcance normal de una compraventa nacional, por lo que a priori puede parecer la opción más cómoda.

El vendedor no es responsable de la carga de la mercancía en el transporte provisto por el comprador ni del despacho aduanero de exportación, excepto si se ha pactado lo contrario. El comprador soporta todos los costos y riesgos inherentes al transporte de la mercancía desde los locales del vendedor hasta el destino deseado. Por lo que este término representa la mínima obligación por parte del vendedor.

1. Inconvenientes de la aplicación del INCOTERM EXW.

25. Hay que tener en cuenta que el INCOTERM EXW tiene grandes desventajas ya que a pesar de no comportar casi obligaciones para el exportador (entrega de mercancía y documentación necesarias y embalaje), y al contrario de lo que muchos creen, éste asume riesgos que desconoce y que pueden tener importantes consecuencias. Así el principal riesgo de utilizar EXW es la falta de control sobre las formalidades aduaneras de exportación. Esto se traduce en dos grandes problemas en el momento del despacho de exportación y después del despacho de exportación.

- a) **En el momento del despacho de exportación:** El vendedor aparecerá como exportador en la declaración de exportación autorizando al agente de aduanas que haya escogido el comprador para realizar las gestiones. En este caso quién controlará los datos declarados será el comprador escogiendo estos datos tan sensibles como la partida arancelaria.
- b) **Después del despacho de exportación:** Al tratarse de una operación de exportación, la venta estará exenta de IVA. No obstante, la normativa exige expresamente que el exportador debe tener en su poder los documentos acreditativos de dicha exportación empezando por el DUA de exportación. En las exportaciones EXW quien se encarga de las gestiones aduaneras es el comprador por lo que en la mayoría de los casos el exportador quedará con una entrega exenta de IVA sin tener el documento acreditativo de dicha exención.

26. En el Auto de la Audiencia Provincial de Oviedo de 27 de junio de 2019, podemos observar como la relación comercial que une a las partes está condicionada por el INCOTERM EXW en el cual el contrato de mercancías está sujeta a la cláusula EXW, en tanto en cuanto el caballo en cuestión, habría sido entregado en las instalaciones del demandado en Bélgica, viajando luego hasta la localidad de Gijón por cuenta del comprador, se puede observar cómo en base a este INCOTERMS el vendedor entrega al comprador el caballo en las instalaciones del vendedor donde este transmite todos los riesgos al comprador y por esta razón el comprador lo transporta hasta Gijón. Como hemos señalado anteriormente el uso de este INCOTERM representa la mínima obligación para el vendedor, por esta razón en el Auto la parte recurrente manifiesta que no se acordó el uso de este término sosteniendo que es una compraventa verbal de naturaleza civil, en la que se pactó como lugar de entrega del caballo la localidad de Gijón y por este motivo reclama los gastos que le ha ocasionado trasladar el caballo hasta ese punto.

27. Es habitual que esta situación se produzca en las compraventas internacionales, porque las empresas no hacen un uso correcto de este INCOTERM y cuando ven las responsabilidades que corresponde a las partes es cuando generalmente aparecen los conflictos por parte del Comprador como ocurre en el Auto analizado. Han sido muchas las pronunciaciones al respecto por parte de los Tribunales ya que se han analizado este tipo de conflictos en diversas sentencias, siendo la más reciente la analizada por el Juzgado de lo mercantil N° 1 de Alicante, sentencia del 23 de mayo de 2018, que trata de una

compraventa internacional en la que se aplica el INCOTERM EXW donde la demandada vendió a la empresa IVORE MARBRE ET GRANIT DE ABIDJAN de Costa de Marfil una partida de mármol en condiciones EXW, el Tribunal señala que el INCOTERM EXW limita la responsabilidad del vendedor a la simple disposición de la mercancía en su almacén, para ser recogida por el porteador o transportista contratado por el comprador, por lo que será el comprador el responsable de contratar el seguro de la mercancía, contratar a un agente de aduanas para realizar los despachos de exportación (en origen) e importación (en destino), y contratar un agente de carga o transitorio para que realice el transporte internacional de la mercancía, de forma que el vendedor (demandado en el presente procedimiento), no es responsable de la carga de la mercancía mientras que el comprador lo será de contratar y gestionar todas las fases del transporte internacional de la mercancía hasta su destino. Por lo que se desestime la demanda por falta de legitimación pasiva de la mercantil demandada¹³. Otro ejemplo de la aplicación del INCOTERM EXW es la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 29 de abril de 2011, donde la entidad demandada señala la falta de legitimación activa de la entidad aseguradora al haberse vendido la mercancía por la entidad “IRIZAR S. COOP” a la empresa “IRIZAR BRASIL LTD” en condiciones INCOTERM EXW, siendo, por tanto, la perjudicada la compradora y no la vendedora a la que aseguraba la actora, en este caso El Tribunal señala que en esta relación contractual ha interferido el INCOTERM EXW por lo que la vendedora se obliga a entregar la mercancía en su fábrica o almacén, transmitiendo el riesgo desde el momento de su puesta a disposición en ese lugar al comprador, ha de estarse a las circunstancias del caso en concreto para determinar quién es el perjudicado por los daños sufridos en las mercancías y, en consecuencia, quién resulta legitimado para reclamar al transportista por los daños. Por lo que se determina la estimación parcial del recurso de apelación interpuesto.¹⁴

28. En el mismo sentido se ha pronunciado la SAP de Valencia de 7 junio de 2003¹⁵, la SAP de Burgos de 31 de julio de 2013, donde las partes contratantes habían estipulado el INCOTERM EXW, pero la compradora POLITESA había modificado las condiciones de la compraventa pasando de EXW a CPT, no obstante, se siguió la misma dinámica observada en los anteriores pedidos¹⁶. De la misma forma se han pronunciado en la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 17 de abril de 2012 donde el recurso se desestima por que el Tribunal señala que no hay duda que el INCOTERM EXW en virtud del cual, el vendedor realiza la entrega cuando pone la mercancía a disposición del comprador en los locales del vendedor o en otro lugar designado, no libera en absoluto al vendedor del pago del transporte cuando aquél se conforma al margen de la relación contractual del transporte¹⁷.

29. Es lo que aprecia la Audiencia Provincial de Oviedo, en su Auto de 27 de junio de 2019, donde la de la entrega del caballo que se realiza en las instalaciones del demandado, como se deduce del hecho de que fuera la propia compradora quien asumiera el pago de los gastos de transporte, por lo que se entiende que ese es el lugar de entrega y donde termina la responsabilidad del vendedor, asumiendo desde ese momento todos los riesgos y gastos el comprador.

VI. INCOTERMS y Derecho internacional privado: competencia judicial internacional y determinación de la ley aplicable.

30. Dado que las Reglas INCOTERMS forman parte del contrato, es necesario que las partes tengan en cuenta cuál es el Derecho aplicable al contrato. Al respecto tiene gran importancia la Convención de Viena¹⁸, que rige los contratos de compraventa internacional de mercancías, igual que los

¹³ Juzgado de lo mercantil N° 1 de Alicante, sentencia del 23 de mayo de 2018.

¹⁴ SAP de Madrid, de 29 de abril de 2011 (Id Cendoj: 28079370282011100128)

¹⁵ SAP de Valencia de 7 junio de 2003 (AC\2004\1085).

¹⁶ SAP de Burgos de 31 de julio de 2013 (JUR\2014\241841).

¹⁷ SAP de Alicante de 17 de abril de 2012 (JUR\2012\250355).

¹⁸ Instrumento de adhesión de 2 de mayo de 1972, del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, adoptado en Viena el 23 de mayo de 1969. BOE *núm.* 142, de 13 de junio de 1980.

INCOTERMS de la ICC. Debemos tomar en cuenta la determinación de los jueces y tribunales que pueden declararse competentes para conocer de un litigio derivado de una compraventa internacional de mercaderías en el ámbito de la Unión Europea, cuando las partes acuerdan incluir un INCOTERM.¹⁹

Una de las formas más comunes y más sencillas de determinar el lugar de entrega en el comercio internacional es a través de la remisión a un INCOTERM.²⁰

31. El criterio de internacionalidad es la residencia de las partes, se aplica cuando el vendedor y el comprador tienen sus establecimientos en Estados diferentes, siempre que ambos sean contratantes o que las normas de Derecho Internacional Privado del foro dispongan la aplicación de la ley de un Estado contratante. Así lo señala la Convención de Viena en su artículo 1. La aplicación de la Convención de Viena a un contrato de compraventa no priva de eficacia a las Reglas INCOTERMS. Al contrario, no sólo conviven ambas, sino que priman las normas de la ICC. De un lado, la Convención es dispositiva así lo establece en su artículo 6. Por otro lado, la Convención de Viena otorga preferencia a los usos y prácticas acordados por las partes, así lo establece en su artículo 9. La Convención de Viena no regula todos los extremos del contrato de compraventa. Su artículo 4 lo deja claro cuando dispone que la norma uniforme no disciplina ni la validez del contrato ni su incidencia sobre la propiedad de las mercancías vendidas.

32. De ahí que deba tenerse en cuenta el Derecho aplicable al contrato. Para determinar el Derecho aplicable al contrato, debemos tener en cuenta el Reglamento 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)²¹. En su artículo 3 establece el principio de libertad de elección: *El contrato se regirá por la ley elegida por las partes*. En defecto de acuerdo, el artículo 4 dispone que se aplicará al contrato *“la ley del país donde el vendedor tenga su residencia habitual*. Junto al Derecho aplicable, las partes deberían ser conscientes de la jurisdicción competente para resolver los conflictos que pueda generar su relación, especialmente cuando ésta es internacional. A tales efectos debe diferenciarse el arbitraje de la jurisdicción.

En defecto de cláusula compromisoria válida, deberá tenerse en cuenta el Reglamento 1215/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil Reglamento (Bruselas I bis)²², el artículo 25 del Reglamento “Bruselas I Bis” acepta la prórroga de la jurisdicción. En defecto de pacto, resultan competentes los tribunales del domicilio del demandado y los del lugar de entrega. El Reglamento “Bruselas I bis”, se aplica sólo cuando la sociedad demandada tiene su establecimiento en un Estado miembro. En caso contrario rige el artículo 22 de la LOPJ²³.

33. Cuando las partes pactan en el contrato el lugar de entrega de las mercaderías surge el problema de cuál es la obligación que sirve de base a la demanda, sin embargo, la obligación que sirve de base a la demanda en los contratos de compraventa internacional de mercaderías es siempre la entrega de las mercaderías, no importa, a estos efectos, el lugar de ejecución de la prestación pecuniaria, aunque ésta hubiera sido la obligación incumplida o litigiosa. En este caso se identifica la obligación que sirve de base a la demanda con la obligación de entrega. Es muy importante determinar el contenido de la obligación de entrega de las mercaderías porque constituye el presupuesto para la determinación del

¹⁹ Vid. E. CASTELLANOS RUIZ, “Competencia judicial internacional sobre venta internacional: art. 5.1 del R. 44/2001”, en *Estudios sobre contratación internacional*, Madrid, Colex, 2006, pp. 105-149.

²⁰ Vid. A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos internacionales I”, en *Derecho internacional privado*, vol. II, 12ª ed., Granada, Comares, 2012, p. 671.

²¹ Reglamento 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 177/6, de 4 de julio de 2007.

²² Reglamento 1215/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil Reglamento (Bruselas I). DOUE L 351/1, de 12 de diciembre de 2012.

²³ Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. BOE núm. 174, de 22 de julio de 2015.

tribunal competente²⁴. En este sentido, el Reglamento fija directamente la obligación que sirve de base a la demanda por el lugar convenido en la entrega.

34. El tratamiento particular reservado a los contratos de compraventa internacional y a los contratos de prestación de servicios es prueba de la realidad económica y jurídica del momento, estos contratos son, en efecto, los más frecuentes en el comercio internacional porque suponen instrumentos que fomentan la exportación. En cuanto al lugar de cumplimiento de la obligación que sirve de base a la demanda será el lugar de entrega de las mercaderías, es decir el lugar pactado por las partes en el contrato compraventa. La precisión del lugar de entrega en un contrato de compraventa internacional es esencial, pues se identifica el lugar de cumplimiento de la obligación que sirve de base a la demanda con el lugar de entrega de las mercaderías. La definición del lugar de ejecución de la obligación principal del vendedor de entregar la mercancía se corresponde con una noción jurídica. Cuando se celebra un contrato de compraventa internacional de mercancías las partes deben o, al menos así deberían hacerlo, precisar con claridad el lugar de entrega, puesto que implica el reparto entre las obligaciones del vendedor de entregar las mercancías en el lugar designado y las del comprador de ir a recoger las mercancías en tal lugar. Además, alrededor del cumplimiento de la obligación de entrega se organiza la transmisión de los riesgos, de tal modo que una vez que se entiende cumplida la obligación de entrega, el vendedor transmite los riesgos al comprador²⁵.

El problema es que a menudo el lugar de entrega fijado en el contrato se confunde, en la redacción de los documentos comerciales, con el lugar de destino, otro lugar físico en el que se hace la entrega material de las mercancías al comprador, a su llegada.

35. Señala la Audiencia Provincial de Oviedo, en su Auto de 27 de junio de 2019, que ambas partes reconocen que la cuestión debe resolverse a la luz del art. 7 del Reglamento (UE) 1215/2012 de 12 de diciembre de 2012, con arreglo al cual el auto recurrido estimó en aplicación de esta normativa que al encontrarnos ante un contrato de mercancías, sujeta a la cláusula EXW, en tanto en cuanto el caballo en cuestión, habría sido entregado en las instalaciones del demandado en Bélgica, viajando luego hasta la localidad de Gijón por cuenta del comprador, la competencia correspondería a los Tribunales belgas. Pese a la persistencia por parte de la recurrente en considerar que la relación contractual es del ámbito Civil, la competencia seguiría siendo la misma, por lo que se desestima el recurso.

VII. Reflexiones finales

36. La regulación del comercio internacional se sustenta sobre la base de un cuerpo de normas de carácter privado que se originan en la praxis del comercio internacional, y que son consolidadas por el uso de las partes en la compraventa internacional, una de esas reglas que generalmente se usa son los INCOTERMS.

Los INCOTERMS describen principalmente las obligaciones, costes y riesgos que implica la entrega de las mercancías de los vendedores a los compradores, sólo se pueden aplicar en relación con una compraventa de mercaderías, que, normalmente será internacional, están concebidas para reflejar la práctica comercial, pero no de un tipo concreto de mercancía, sino de cualquiera. En definitiva, todas las cuestiones que regulan los INCOTERMS se establecen sobre la base de la entrega de la mercancía. El concepto legal de “entrega” es el componente esencial de los INCOTERMS, la transferencia de los riesgos y los costes relativos a la compraventa se organizan alrededor de este concepto.

²⁴ M. YZQUIERDO TOLSADA (Dir.), *Contratos civiles, mercantiles, públicos laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias, (Tomo XVI): Los contratos internacionales (I): Competencia judicial y ley aplicable. Contrato de compraventa internacional de mercaderías*. Pamplona, Aranzadi, 2014.

²⁵ A. L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado, vol. II*, 12ª ed., Granada, Comares, 2012, pp. 595-596.

37. El término “En Fábrica” (EX WORKS, EXW) identifica una venta directa a la salida, que puede ser utilizada con cualquier tipo de transporte. Se caracteriza por imponer las menores obligaciones al vendedor y las máximas al comprador. El primero queda obligado, básicamente, a poner las mercancías en su establecimiento a disposición del comprador, sin tener que cargar los efectos en el vehículo receptor. Ni siquiera está obligado a despachar las mercancías para la exportación, sino que corresponde al comprador realizar este trámite y pagar los derechos correspondientes. Un ejemplo del análisis de la aplicación de este término es el que se realiza en el Auto de la Audiencia Provincial de Oviedo de 27 de junio de 2019 resuelve sobre el RECURSO DE APELACIÓN (LECN) 299/2019, en los que aparece como parte apelante, VIAJES OPERADORA TURÍSTICA S.A., y como parte apelada, el señor DIEGO. Mediante la demanda, interpuesta con fundamento en el art. 1.124 del Código Civil se pretende la condena del demandado al pago de la cantidad abonada por la actora como precio por la compraventa de un caballo, junto con diversos gastos en los que incurrió con motivo de ello (de transporte y de veterinario).

38. El auto recurrido objeto de este comentario señala que, al encontrarse ante un contrato de mercancías, sujeta a la cláusula “EXW” en tanto en cuanto el caballo en cuestión, habría sido entregado en las instalaciones del demandado en Bélgica, viajando luego hasta la localidad de Gijón por cuenta del comprador, la competencia correspondería a los Tribunales belgas.

39. Pese a las alegaciones de la recurrente, la Audiencia Provincial de Oviedo señala que no se puede descartar que estemos ante una venta de mercancías, por cuanto debiendo advertirse que la compradora es una sociedad mercantil. En cualquier caso, lo cierto es que, su conceptualización como “compraventa civil” (como sugiere la recurrente) nos llevaría a la misma solución, al ser el territorio belga el lugar en el que se pactó el cumplimiento de ambas obligaciones; de forma que se desestima el recurso.

40. En definitiva, no perdamos la vista que cuando se celebra un contrato de compraventa internacional de mercancías aplicando el INCOTERMS EXW las partes deben o, al menos así deberían hacerlo, precisar con claridad el lugar de entrega, puesto que implica el reparto entre las obligaciones del vendedor de entregar las mercancías en el lugar designado y las del comprador de ir a recoger las mercancías en tal lugar. Además, alrededor del cumplimiento de la obligación de entrega se organiza la transmisión de los riesgos, de tal modo que una vez que se entiende cumplida la obligación de entrega, el vendedor transmite los riesgos al comprador. El problema es que a menudo el lugar de entrega fijado en el contrato se confunde, como ocurre en el Auto analizado, por uno u otro motivo considerando otro lugar físico en el que se debe hacer la entrega material de las mercancías al comprador, a su llegada. Por eso es muy importante para las partes saber en qué lugar el vendedor cumple su obligación de entrega física de las mercancías y, por tanto, en cuál se transmiten los riesgos y aplicar el INCOTERMS que se ajusta a las necesidades de ambas partes.

TRASCENDENCIA DE LA RESIDENCIA HABITUAL
EN LAS CRISIS FAMILIARES EN EL DERECHO EUROPEO.
COMENTARIO DE LA SENTENCIA DE 24 DE JULIO DE 2019
DE LA SECCIÓN SEGUNDA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL
DE GIRONA*

TRANSCENDENCE OF THE HABITUAL RESIDENCE IN
FAMILY CRISIS IN THE EUROPEAN LAW. DISCUSSION OF
THE JUDGEMENT OF JULY 24, 2019 SECOND SECTION OF
THE PROVINCIAL COURT OF GIRONA

LUCAS ANDRÉS PÉREZ MARTÍN**

*Profesor Contratado Doctor de Derecho internacional privado
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria*

ORCID ID: 0000-0001-6340-0528

Recibido: 16.12.2019 / Aceptado: 10.01.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5212>

Resumen: La sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Girona de 24 de julio de 2019 nos permite destacar la trascendencia que en las relaciones internacionales entre privados tiene la residencia habitual de las partes en el momento en el que surge el conflicto. En este caso, la residencia habitual en España en el momento del divorcio de dos cónyuges de nacionalidad francesa, casados en Francia, y con propiedades en España y en Francia, provocó, en aplicación de la normativa europea que aquí analizaremos, la competencia judicial de los tribunales españoles, y la aplicación del derecho español. No dejaremos pasar la ocasión para exponer que argumentación y la terminología empleada en la resolución podrían haber sido más exactas y correctas.

Palabras clave: divorcio contencioso internacional, residencia habitual, nacionalidad, ámbito de aplicación.

Abstract: The sentence of the Second Section of de Provincial Court of Girona of July 24, 2019 allows us to highlight the importance of the habitual residence for the parties in the international relations between private parties at the moment when the conflict arises. In this case, the habitual residence in Spain caused at the time of the divorce of two spouses of French nationality, married in France, and with properties in Spain and France, and due to the application of the European regulations will be analyzed here, the judicial competence of the Spanish courts and the completion of the procedure through the Spanish legislation. We will not miss the occasion to highlight that the argumentation and the terminology used in the final decision could have been more accurate and correct.

Keywords: international contentious divorce, habitual residence, nationality, scope of application.

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación I+D+I: “Obstáculos a la movilidad de personas en los nuevos escenarios de la UE”, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, Dirección General de Investigación Científica y Técnica, con la referencia DER2017-86017-R.

** lucas.perez@ulpgc.es

Sumario: I. Los hechos y el derecho, Derecho internacional privado y mucho más. II. La cuestión esencial, nacionalidad o residencia habitual como criterios: 1. Alegaciones de las partes. 2. La residencia habitual, criterio principal en el Derecho europeo en crisis familiares. 3. Delimitación de la residencia habitual en crisis familiares internacionales y de menores. III. Acierto en la valoración de los Tribunales españoles: 1. Correcta valoración del lugar de residencia habitual de las partes. 2. Competencia judicial española y el cambio de residencia de la hija. 3. La ley aplicable, la española, sistema plurilegislativo. IV. Derecho internacional privado, argumentación y cuestiones terminológicas, la importancia de la exactitud: 1. El ámbito de aplicación, lo que abunda a veces daña. 2. El derecho aplicable, la importancia de la argumentación 3. Control de oficio de la competencia y la *perpetuatio fori*. V. Conclusiones, algo más que la residencia habitual.

I. Los hechos y el derecho, Derecho internacional privado y mucho más

1. La sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Girona de 24 de julio de 2019¹, que necesariamente ha de ser analizada junto a la del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 7 de Figueras que revisa y a la que se remite en el aspecto fundamental que afecta al Derecho internacional privado², nos ofrecen diversos aspectos de interés para la disciplina. En un procedimiento de divorcio de ámbito internacional, surge la controversia sobre dónde conocer del asunto y qué ley aplicar toda vez que las partes tienen destacadas relaciones con dos países concretos, Francia y España, y por que una vez iniciado el proceso en España, la demandante se traslada con su hija a Francia. La primera cuestión esencial, atendiendo al fondo del asunto, es la de la trascendencia de la residencia habitual o de la nacionalidad de las partes en el momento del inicio del proceso para localizar la competencia judicial internacional y establecer la ley aplicable para resolver el conflicto. En segundo lugar, la importancia que tiene para concretar la competencia y la ley aplicable el traslado de la demandante con su hija, y no del demandado, una vez iniciado el proceso, de España a Francia. Finalmente, ambas resoluciones también muestran interés para el jurista en relación a la trascendencia de la correcta argumentación y uso de la terminología de Derecho internacional privado, no siempre el más aconsejable por parte de los operadores jurídicos³.

2. Antes de entrar en los aspectos de fondo de la sentencia es imprescindible detenernos en los hechos del proceso, toda vez que estos, lógicamente, y más en este caso, influyen directamente en la regulación aplicable para resolver el conflicto⁴. Estamos ante un matrimonio de ciudadanos franceses casados en Francia el 25 de junio de 1994. Los efectos económicos de su matrimonio son regulados por el régimen de separación de bienes del Derecho francés⁵. El matrimonio ha tenido tres hijos, nacidos en 1993, 1997, y 2002. Residen en Figueras desde hace muchos años previamente a que en 2016 surja el conflicto familiar y la madre interponga la demanda de divorcio y de medidas respecto a los hijos y a ella

¹ ST AAPP Girona 24 julio 2019, ECLI:ES:APGI_2019_1064.

² Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 7 de Figueras, exclusivo de violencia sobre la mujer, de 14 de diciembre de 2018, en los Autos de divorcio contencioso 69/2016. Sin publicación oficial en los repertorios habituales agradecemos a la Jueza responsable del Juzgado, María Teresa Ferrer Costa, el envío de la misma y su disponibilidad para ello. Tal y como veremos en el presente trabajo, el desarrollo de la fundamentación vinculada al Derecho internacional privado lo hace esta sentencia, y a ella se remite la de segunda instancia, por lo que sin esta primera resolución hubiese sido imposible el comentario de la segunda.

³ Demostrando la validez de aquella frase que tanto citamos en nuestra actividad en la disciplina, que señala que el Derecho internacional privado es la materia amada por quienes la investigan, temida por quienes la estudian y olvidada por quienes la aplican. Trabajamos en una “rama del saber realmente compleja, profundamente técnica que requiere una ingente dosis de esfuerzo para su correcta aprensión y aplicación”, *vid.* A. L. CALVO CARAVACA, y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol. I, Madrid, 18ª edición, Comares, 2018, prólogo, párrafo 3. A esto se le suma su cada vez menor valor en el currículum académico del Grado en Derecho e incluso su desgraciada desaparición en muchos programas del Máster de Acceso a la Abogacía.

⁴ Para ello contamos con las dos resoluciones, la de primera y la de segunda instancia, y los hechos que estas describen. No señalan con exactitud algunos de los años en los que ocurren los hechos, lo que hubiese sido deseable en aras de la mayor concreción del relato, pero de la descripción que exponemos podemos derivar que contamos con los datos básicos de los mismos para poder realizar un adecuado análisis del sentido final de las resoluciones.

⁵ Cf. FJ 5º de la sentencia de apelación, página 7.

misma. El patrimonio del esposo y padre de los hijos es amplio, valorándole en no inferior a los once millones de euros, sin contar con participaciones en sociedades mercantiles y otros bienes⁶. La esposa, desde casi el principio del tiempo de vigencia del matrimonio, no ha trabajado en profesión remunerada externa al trabajo desarrollado en el cuidado del hogar familiar y de los hijos. En el momento en el que surge el conflicto, dada la situación precaria en la que queda la esposa, sin patrimonio propio, se traslada a Francia por motivos económicos para vivir en casa de una hermana⁷. El esposo ha seguido residiendo en España durante todo el procedimiento⁸.

3. Como vemos, el procedimiento tiene varias aristas de gran interés para el Derecho internacional privado y para las partes, por lo que hablamos de Derecho internacional privado y mucho más. En primer lugar, un matrimonio de larga duración con un esposo que ha acumulado un patrimonio privativo elevado y una esposa que no lo ha hecho y que queda en situación precaria tras el divorcio, con tres hijos, dos mayores de edad y una cercana a los 18 años, y dos de ellos en periodo de formación aún⁹. Clara relación con dos Estados miembros de la Unión Europea. España, en la que en el momento de la interposición de la demanda desarrollan su vida desde hace años¹⁰ y el marido tiene propiedades. Y también con Francia, del que son nacionales, donde se casaron e iniciaron la vida en común, donde tiene bienes el marido, y a donde se han trasladado la demandante y sus dos hijos tras la interposición de la demanda en España. Las sentencias establecieron la patria potestad conjunta y la guarda y custodia de la hija menor de edad a la madre sin un régimen de visitas concreto¹¹. El pago de los gastos extraordinarios se asumiría el 75% por parte del padre y el 25% por parte de la madre. Finalmente se determinaron cuantías de pensiones alimenticias y compensatorias elevadas, si bien menores en la apelación que en la instancia¹². Así pues, analizaremos la determinación del lugar de residencia habitual de la familia y su importancia para localizar la competencia judicial internacional y establecer el derecho aplicable. Las alegaciones del demandado sobre la aplicación del criterio de nacionalidad o del traslado de la residencia de la menor tras la interposición de la demanda. Por último, aspectos vinculados a la propia redacción de las dos sentencias analizadas. Todo ello teniendo en cuenta la trascendencia que para el proceso tiene el elevado patrimonio del esposo y la precaria situación de la esposa tras el divorcio, en contraste con su vida anterior¹³.

⁶ Cf. FJ 3º de la sentencia de apelación, que señala que tributa en los dos países, Francia y España, lo que dificulta el cálculo exacto de los bienes que posee. Llega a cifrar el patrimonio en 12 millones de euros.

⁷ Cf. FJ 3º de la sentencia de apelación. La mujer se vio obligada a trasladarse a Francia, inicialmente a casa de una hermana, por no disponer de medios económicos para mantener la vivienda española, toda vez que únicamente contaba con la pensión asignada provisionalmente en el procedimiento de divorcio. En el momento de la resolución de segunda instancia vivía en una vivienda de alquiler en Francia.

⁸ Cf. FJ 2º de la resolución de segunda instancia, última frase.

⁹ Cf. FJ 4º de la resolución de instancia y 5º de la sentencia de apelación. La menor ya tenía 17 años y el hermano 22 y seguía formándose en cursos de cocina en Francia.

¹⁰ Cf. FJ 1º de la resolución de instancia, p. 5. La resolución solo señala que la familia entera se encontraba viviendo en España, ya que habían fijado el domicilio familiar “desde hace años antes de producirse la ruptura matrimonial”. Para el análisis de las circunstancias de hecho del caso hubiese sido deseable saber exactamente desde hacía cuántos años, en qué momento trasladaron su residencia de Francia a España, pero nadie impugna el hecho ni la circunstancia de la larga permanencia de la familia en España antes del divorcio. No sabemos, desde 1994, año en el que se casaron en Francia, cuándo empezaron a residir en España, pero debió ser poco tiempo después de la celebración del matrimonio, atendiendo al relato de hechos de las dos resoluciones y a que en las alegaciones de las partes que estas citan en ningún momento se puso en cuestión dicho hecho.

¹¹ Cf. FJ 4º de la resolución de instancia. La menor ya tenía 17 años, y manifestaba su voluntad de seguir residiendo con la madre y no querer tener contacto con el padre.

¹² Cf. fallos de ambas resoluciones. En primera instancia, pensión alimenticia a la hija menor de edad de 1.500 euros mensuales, y al hijo mayor de edad de 1.500 euros mensuales durante tres meses. A la esposa, pensión compensatoria de 8.000 euros mensuales durante 10 años. Manteniendo los periodos la Audiencia Provincial las rebajó a 1.200 euros a los hijos y 6.000 euros a la esposa.

¹³ Cf. FJ 3º a 5 de la sentencia de apelación. En el análisis de las circunstancias familiares para fijar la pensión compensatoria de la esposa cita expresamente que estamos ante una familia “económicamente privilegiada que ha mantenido un nivel de vida acorde con tal estado”, que “disponían de una importante fortuna de origen familiar” y los hijos “de todo aquello que es consecuencia de la abundancia”, citando incluso “viviendas de alto standing, lingotes de oro, viajes suntuosos en aviones privados, Mexico, Dubai, Guadalupe, Grecia, Cavo Verde, dos embarcaciones, motos acuáticas, vehículos de lujo (Maseratti, Mercedes...), otros vehículos (quads, karting, motocicletas y ciclomotores diversos, bicicletas eléctricas)”.

II. La cuestión esencial, nacionalidad o residencia habitual como criterios

1. Alegaciones de las partes

4. La demandante interpone la demanda en España, en su nombre, y solicitando además del divorcio pensiones alimenticias para dos hijos de 22 y 17 años y compensatoria para ella misma. En ningún momento el relato de las sentencias analizadas señala que realice otra afirmación diferente sobre el lugar competente para conocer del divorcio y, lo debemos dar por hecho, la ley aplicable al mismo. Así pues, considera que la competencia es España y la ley aplicable la española. El motivo es evidente, la familia, en dicho momento, tiene la residencia habitual en España desde hace muchos años, y por ello, aunque no tengamos el documento de demanda, a buen seguro acude a dicho argumento para interponer la demanda en España aplicando el derecho español. Tras interponer la demanda la madre cambia su residencia habitual a Francia, y se va a vivir, por motivos económicos, con una hermana, sin que considere que ello deba afectar a la competencia por aplicación de los artículos 10 a 12 del Reglamento Bruselas II bis.

5. El demandado, en la primera instancia, cuestiona la competencia judicial internacional del órgano judicial español por el cambio de residencia de la hija menor a Francia tras la interposición de la demanda, citando que, por este hecho, el interés de la mejor reside en que la competencia sea la de los tribunales franceses¹⁴. Por otro lado, la resolución de apelación, respecto a nuestra materia de Derecho internacional privado¹⁵, señala que el demandado muestra su disconformidad con la sentencia de instancia, y cambia su alegación principal y, recurriendo a la necesidad de pronunciamiento de la Audiencia Provincial por tratarse de una cuestión de orden público, alega que los tribunales competentes son los franceses ya que el procedimiento lo dirimen dos personas de nacionalidad francesa¹⁶, volviendo a solicitar por ello la declaración de falta de competencia judicial de los tribunales españoles.

2. La residencia habitual, criterio principal en el Derecho europeo de crisis familiares

6. Así pues, nos encontramos ante el ya clásico debate sobre la residencia habitual y la nacionalidad como criterios de localización de la competencia judicial internacional y como puntos de conexión de la ley aplicable. Sobre esta materia mucho se ha escrito, y no entraremos en detalle en ella por no ser el objeto del presente trabajo¹⁷. Al respecto, y si bien nos detendremos en el epígrafe III en el motivo por el cual la regulación de la Unión Europea es la aplicable al presente caso, únicamente dejaremos citado

¹⁴ Según lo señalado en el FJ 1º de la sentencia de instancia, p. 5, en el escrito de contestación a la demanda el demandado aceptó la competencia española, y la cuestionó durante el proceso con posterioridad por el cambio de residencia de la menor alegando que estamos ante una cuestión de “orden público”. Aunque volveremos a este hecho en el epígrafe III.2, tampoco sería extraña esta contradicción respecto a la posición inicial en el proceso y a la posterior, si la hija hubiese cambiado su lugar de residencia tras la contestación a la demanda o si él lo conoció en dicho momento, dato concreto que no conocemos por no constar en las sentencias analizadas.

¹⁵ También impugna el recurrente la determinación de las cuantías de las pensiones alimenticias y compensatorias en el ámbito del Derecho de familia.

¹⁶ Cf. FJ 2º de la sentencia de apelación. Únicamente señala en un breve fundamento la alegación de la nacionalidad de las partes, en ningún momento el cambio de residencia habitual de la hija tras la presentación de la demanda. A pesar de que no contemos con el escrito de interposición del recurso de apelación –fue solicitado, pero no pudimos obtenerlo–, el hecho de que no se recoja la argumentación del cambio de residencia nos conduce a considerar que se cambió de argumento ante la falta de éxito del empleado en primera instancia, que tal y como expondremos posteriormente, tenía más visos de prosperabilidad, si bien estimamos que la resolución final fue acertada.

¹⁷ Al respecto, *vid.* J. M., ESPINAR VICENTE, *La nacionalidad y la extranjería en el sistema jurídico español*, Madrid, Civitas, 1994; A. RODRÍGUEZ BENOT, “El criterio de conexión para determinar la ley personal: un renovado debate en Derecho Internacional Privado”, *CDT*, marzo 2010, Vol. 2, nº 1, pp. 186 a 202; D. CAVERS, “Habitual residence: a useful concept?”, *21 Am. U. L. Rev.* 475 (1971-1972), pp. 475 a 493; P. ROGERSON, “Habitual residence: the new domicile?”, *Int’l & Comp. Law Q.*, 2000, Vol. 49, n 1, pp. 86 a 107. Lo desarrollamos con mayor detenimiento, y a dicho trabajo nos remitimos, en L. A. PÉREZ MARTÍN, “Propuesta de un concepto europeo de residencia habitual en el derecho de familia internacional”, *AEDIPr*, t. XVIII, 2018, pp. 469 a 494.

que, respecto a la competencia judicial internacional, el Reglamento Bruselas II Bis¹⁸, aplicable al presente supuesto, al que ha seguido en su contenido la LOPJ¹⁹, regula la competencia judicial internacional en materia de divorcio, y tiene la finalidad de vincular el proceso a los lugares en los que los cónyuges tengan una mayor relación. El mismo establece en su artículo 3 una serie de foros que son elegibles alternativamente por las partes que inician el proceso, y por ello todos admisibles en el presente supuesto, sin que la normativa establezca que uno tenga preferencia frente a los otros. Estos foros se regulan en su apartado 1 a y b. En el a, en primer lugar, admite el foro de “la residencia habitual de los cónyuges si es conjunta”, y también, “la última residencia habitual de ambos cónyuges si aún uno de ellos reside en dicho lugar”. En tercer lugar, “la residencia habitual del demandado”. También se admiten como foros competentes en caso de traslado de uno de los cónyuges, la “residencia del demandante si ha residido en ella al menos durante un año antes de interponer la demanda”, o la “residencia del demandante si es el país de su nacionalidad y ha residido en ella al menos durante seis meses antes de interponer la demanda”. Finalmente, en la letra b del artículo, se admite también como foro competente el del Estado de “la nacionalidad de ambos cónyuges” si la nacionalidad de ambos es la misma.

7. El legislador ha tenido como principal finalidad la de vincular el proceso al lugar en el que se desarrolló la vida en común del matrimonio si es posible y no ha pasado mucho tiempo desde que la relación conyugal finalizó, por lo que la residencia habitual común es el primer criterio que considera la norma²⁰. Y este aspecto ha de tenerse muy en cuenta en todos los procedimientos de divorcio internacional. En caso de que haya pasado mucho tiempo el siguiente criterio es el de la residencia habitual posterior de las partes consideradas por separado. Esos posibles foros los establece en primer lugar, en la letra a, dándole gran trascendencia, por lo que señalamos que la residencia habitual es el principal criterio fijado por la legislación europea²¹. Si bien también es aplicable alternativamente, solamente en un segundo momento entra en juego la nacionalidad de las partes y únicamente si son nacionales del mismo país²². Este criterio es también aplicable para establecer el foro competente para conocer el procedimiento si se da y la parte demandante decide aplicarlo, pero creemos claro y evidente que el criterio principalmente señalado por el legislador es el de la residencia habitual.

8. En la regulación de la ley aplicable a las crisis familiares internacionales nos encontramos ante un esquema algo similar respecto a la trascendencia de la residencia habitual como punto de conexión. El Reglamento Roma III²³ también ha desplazado a la nacionalidad, considerándolo un criterio claramente secundario. En caso de falta de acuerdo, los dos primeros criterios, de cuatro en cascada, estos no alternativos, remiten a la residencia habitual²⁴. Los dos primeros son los de la “ley del Estado de la residencia habitual de ambos cónyuges en el momento de la interposición de la demanda”, y si los

¹⁸ 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, DOUE L338/1 de 23 de diciembre de 2003.

¹⁹ La reforma de la LOPJ de julio de 2015 estuvo claramente inspirada en la legislación europea. Al respecto, *vid.* C. ESPLUGUES MOTA, J. L. IGLESIAS BUHIGUES, G. PALAO MORENO, *Derecho Internacional Privado*, Valencia, 13ª edición, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 114 y 115, o F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho Internacional Privado*, Pamplona, 4ª edición, Civitas, 2017, p. 88.

²⁰ Y no solo el principal por importancia y por número de foros alternativos que establece, sino también en el hecho porcentual de que, de siete foros, seis están vinculados a la residencia habitual, y solo uno de ellos a la nacionalidad de ambas partes. Los detalla, por ejemplo, P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, “Diez años de aplicación e interpretación del Reglamento Bruselas I bis sobre crisis matrimoniales y responsabilidad parental (análisis de los aspectos de competencia judicial internacional)”, *La Ley UE*, núm. 21, 2014, p. 17.

²¹ La trascendencia de este criterio de la residencia habitual desde una perspectiva práctica, lo que excede del contenido de nuestro estudio, la analiza, por ejemplo, O. D. LUDEÑA BENÍTEZ, “El derecho de familia de la Unión Europea: cuestiones de cooperación jurídica comunitaria entre los Estados Miembros”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, Núm. 32, enero 2014, pp. 17 a 19.

²² Tal y como ocurría en el presente supuesto, lo que analizaremos en el epígrafe III de nuestro trabajo.

²³ Reglamento (UE) n° 1259/2010 del Consejo de 20 de diciembre de 2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, DOUE L343/10 de 29 de diciembre de 2010. La modificación de la legislación española le quita trascendencia práctica al hecho de que el reglamento se haya aprobado por cooperación reforzada.

²⁴ *Cf.* art. 8 del Reglamento.

cónyuges no residen en el mismo lugar, el segundo criterio es “ley del Estado en el que los cónyuges hayan tenido su última residencia habitual, siempre que el período de residencia no haya finalizado más de un año antes de la interposición de la demanda, y que uno de ellos aún resida allí en el momento de la interposición de la demanda”²⁵. Solo el tercer criterio nos remite a la nacionalidad, y también únicamente si es común de los cónyuges en el momento en el que se interpone la demanda. El cuarto establece que se aplicará la ley del foro competente²⁶. Así pues, vemos que la residencia habitual de las partes si es común o está aún relacionada con la vida en común del matrimonio es el punto de inicial conexión para establecer la ley con la que se regulará la crisis familiar, teniendo la nacionalidad una trascendencia mucho menor²⁷.

3. Determinación de la residencia habitual en crisis familiares internacionales y en menores

9. Ninguno de los Reglamentos define la residencia habitual de las partes ni establece criterios para concretarla²⁸. La doctrina ha expuesto que esta es una posición voluntaria del legislador, que de forma premeditada ha huido de cerrar el concepto, en la intención de que sean los tribunales los que definan, caso a caso, y siempre teniendo en cuenta el ámbito del derecho regulado, cuáles son los criterios para establecer esta residencia habitual de las partes afectadas, que variarán atendiendo al tipo de litigio de que se trate y del tipo de intereses que regule, siendo distinto el concepto para derecho contractual, de familia, menores o sucesorio²⁹. Opinamos que esta situación debería cambiar, y que sería positivo aportar una definición concreta de la residencia habitual de las partes que diese seguridad jurídica a los operadores jurídicos, y aunque no nos detengamos aquí en el desarrollo de esta idea por no ser objeto del presente estudio³⁰, sí que creemos que debemos definir en este momento sus aspectos básicos para poder afrontar si la determinación de la residencia habitual de las partes en la resolución analizada fue la correcta. En primer lugar debemos señalar que nos encontramos ante un concepto autónomo de Derecho europeo³¹, lo que supone que tiene consideración propia en este derecho de ámbito supranacional diferenciado de la propia consideración que del mismo puedan tener los sistemas jurídicos de los distintos

²⁵ Destacan la seguridad jurídica y el acierto de establecer el punto de conexión de la residencia habitual en el reglamento, A. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La ley aplicable al divorcio en Europa. El futuro reglamento Roma III”, *CDT*, marzo 2009, Vol. 1, Nº 1, pp. 59 a 61, y B. CAMPUZANO DÍAZ, “El Reglamento (UE) Nº 1259/2010 de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicase al divorcio y a la separación judicial”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 39, mayo/agosto 2011, pp. 575-578.

²⁶ Las partes se pueden poner de acuerdo en esos cuatro criterios (art. 5). *Vid.* A. RODRÍGUEZ BENOT (Director), *Derecho Internacional Privado*, Madrid, Tecnos, 2018, pp. 220 a 222.

²⁷ Estudiamos con más detenimiento ambos reglamentos, y la trascendencia de la residencia habitual en el todo el derecho de familia europeo, y nos remitimos a dicho trabajo para un mayor desarrollo de esta idea, en L. A. PÉREZ MARTÍN, “Determinación y trascendencia de la residencia habitual en las crisis familiares internacionales”, en M. GUZMÁN ZAPATER y M. HERRÁNZ BALLESTEROS, *Crisis matrimoniales internacionales, y sus efectos. Derecho español y de la Unión Europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 929 a 940.

²⁸ Sí lo hizo el Reglamento de sucesiones en sus considerandos 23 y 24. Al respecto, *vid.* J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Reglamento sucesorio europeo y residencia habitual del causante”, *CDT*, marzo 2016, Vol. 8, nº1, pp. 47-75; o L. A. PÉREZ MARTÍN, “Efectos del Reglamento europeo de sucesiones en las sucesiones intestadas en situaciones de residencia temporal alternativa en diferentes países”, en H. MOTA/ M.R. GUIMARAES, *Autonomía e heteronomía no direito da família e no direito das sucesões*, Oporto, Almedina, 2018, 537 a 554.

²⁹ Esta opinión se observa tanto en la doctrina española como la europea, por ejemplo, *vid.* en España a J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Reglamento sucesorio europeo y residencia habitual del causante”, *CDT*, marzo 2016, Vol. 8, Nº1, p. 62; o en Italia A. DAVI y A. ZANOBBETTI, “Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni nell’Unione europea”, *CDT*, octubre 2013, Vol. 5, Nº 2, p. 30; o centrado en las Convenciones de la Conferencia de La Haya, en M. ZHANG, “Habitual Residence v. Domicile: A Challenge Facing American Conflicts of Law”, *Maine Law Review*, 2018, Vol 70, Nº2, p. 177.

³⁰ La defendimos detalladamente, y a dicho texto nos remitimos en L. A. PÉREZ MARTÍN, “Propuesta de un concepto europeo de residencia habitual...”, *op. cit.*, pp. 469 a 494. También es de la misma opinión, por ejemplo, M. A. GANDÍA SELLENS.: “La responsabilidad parental y la sustracción de menores en la propuesta de la Comisión para modificar el RB II Bis: algunos avances, retrocesos y ausencias”, *AEDIPr*, T. XVII, 2017, p. 814.

³¹ Así lo ha establecido la Jurisprudencia del TJUE, por ejemplo, en la Sentencia 22 de diciembre de 2010, *caso Mercredi* Asunto C-497/10, ECLI:EU:C:2010:829. También al respecto, *vid.* S. SÁNCHEZ LORENZO, “El principio de coherencia en el Derecho internacional privado europeo”, *REDI*, Vol. 70/2, 2018, pp. 30 y 31.

Estados miembros. Y este concepto, que la Jurisprudencia del TJUE define como “*el centro de vida e intereses*” de la persona, se podría definir desde una perspectiva general como el lugar en el que, atendiendo al criterio de proximidad, teniendo una relación física de permanencia voluntaria con un Estado con estabilidad, la persona está integrada en él, ya que mantiene objetivos lazos personales con dicho Estado, centrados en su vida en familia, vivienda habitual o patrimonio, así como vínculos profesionales y sociales en su caso³².

10. Una vez expuesta la definición general de residencia habitual debemos establecer qué criterios tener en cuenta para determinarla en las situaciones de divorcio internacional como la resuelta en el presente procedimiento. Hay que buscar determinar si existe una verdadera residencia habitual familiar común, y dónde está de manera real, fáctica y efectiva. Cuál es el lugar en el que se encuentran los intereses comunes de la pareja en el momento de la disolución de la misma, o en los últimos momentos de la vida en común. Para ello se deben analizar el tiempo y el lugar de residencia de los cónyuges en el mismo lugar mientras el matrimonio desarrollaba su convivencia, la existencia de hijos unidos a la del domicilio habitual de los mismos junto a uno o a los dos progenitores. Un tercer factor es el posible motivo de la vida de la pareja en lugares diferentes y la razón de los traslados. Otros criterios menos importantes son la nacionalidad de todos los miembros de la familia, el idioma común que hablan unido quizás al lugar de residencia, y sus lazos personales y familiares con otras personas, así como los intereses patrimoniales de la pareja³³.

11. Y toda vez que también deberemos analizar la residencia habitual de la hija menor de las partes³⁴, señalaremos que, respeto a la residencia de la misma, se debe tener muy en cuenta su edad, desarrollo personal y formativo, su escolarización y actividades extraescolares, el tiempo y el lugar de residencia en los distintos lugares en los que haya vivido, y en concreto en el momento en el que se produce el conflicto relativo a la relación parental. Deben analizarse los motivos y tiempos de sus traslados, su edad, madurez, y vinculada a ella su mayor o menor relación con ambos padres o solo con uno de ellos. También se deben valorar sus lazos familiares con otras personas que no sean sus padres y su entorno social, así como los amigos con los que comparte su vida. Otros factores a valorar son su nacionalidad y el idioma en el que se expresa si bien siempre se han valorado en un segundo lugar. También se debe tener en cuenta la opinión de la menor si tiene suficiente madurez, lo que ocurriría en este supuesto, así como las viviendas en las que ha estado y los acuerdos anteriores que hayan existido entre los progenitores³⁵.

³² Todo ello considerado en el momento de la crisis familiar analizada, lo que es trascendental en el presente supuesto, sin que puedan ser tenidos en cuenta desplazamientos fraudulentos de las partes o realizados sin acuerdo alguno entre ellas, según lo recogido en la STJUE de 9 de octubre de 2014, caso *M*, Asunto C-376/14, ECLI:EU:C:2014:2268.

³³ Pocos han sido los trabajos que han afrontado la tarea de concretar estos criterios en el caso de divorcios internacionales han afrontado este mismo análisis respecto a los criterios o indicios a tener en cuenta en estos casos. Uno especialmente detallado, *vid.* J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La ley aplicable a la separación judicial y al divorcio en defecto de elección por los cónyuges. Análisis del artículo 8 del Reglamento 1259/2010 de 20 de diciembre 2010”, *CDT*, marzo 2012, Vol. 4, Nº 1, p. 74. En relación a la pareja y los menores, *vid.* T. VIVATVARAPHOL, “Back to basics: determinig a child’s habitual residence in International child abduction cases under the Hage Convention”, *77 Fordham L. Rev.*, 3325, 2008-2009, pp. 3325 a 3369.

³⁴ El Reglamento Bruselas II bis regula la competencia judicial internacional respecto a los menores, sin que establezca la distinción de edades que sí realiza 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, que lo fija en su artículo 2 en los 18 años, o el Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores que lo fija en su artículo 4 en niños hasta 16 años. Por ello debemos aplicar la legislación de cada Estado, y considerar a nuestros efectos, a la hija de 17 de años como menor hasta que cumpla los 18.

³⁵ Sobre la oportunidad del criterio de la residencia habitual de los menores para determinar la competencia judicial internacional y los criterios a emplear, *vid.* J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Litigación internacional, responsabilidad parental y foro de la residencia habitual del menor en un Estado miembro. Un estudio jurisprudencial”, en A. CEBRIÁN SALVAT/ I. LORENTE MARTÍNEZ, *Protección de menores y Derecho Internacional Privado*, Granada, Comares, 2018, pp. 307 a 324. Sin ser objeto central de este trabajo, sí citaremos que la posición del Tribunal Supremo español sobre la materia de la residencia habitual en la competencia judicial internacional la podemos analizar en A. YBARRA BORES, “Competencia judicial internacional y divorcios transfronterizos ante el Tribunal Supremo”, en A. L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Tribunal Supremo y el Derecho Internacional Privado*, vol I., los autores, Murcia, 2019, pp. 191 a 196.

III. Acierto en la valoración de los Tribunales españoles

1. Correcta valoración del lugar de residencia habitual de las partes

12. Los Tribunales españoles consideraron que la residencia habitual de los cónyuges y de los hijos en el momento de la presentación de la demanda estaba en España, y en esto acertaron plenamente. La sentencia de instancia, a la que se remite la de apelación en lo relativo a la materia de Derecho internacional privado, establece que la residencia habitual estaba en España donde la familia al completo, los padres y los dos hijos que dependían de ellos, habían fijado el domicilio familiar desde hacía años antes de producirse la ruptura en febrero de 2016³⁶. Aciertan nuestros Tribunales en esta consideración, dándole la trascendencia a la vida diaria de las partes, al centro de sus intereses personales y familiares. El hecho de que vivan juntos y en el mismo lugar los padres y los dos hijos no independizados es esencial (hay una tercera hija del matrimonio ya independizada). En dicho domicilio desarrollan su día a día, en dicha localidad se forman los dos hijos³⁷, y estos tienen sus relaciones personales habituales, ya que, como señala la resolución “desde hacía años” antes de la crisis familiar ya residían en España. Es cierto que hubiese sido deseable que hubiésemos tenido más datos sobre el momento de la llegada a España tras la boda y la convivencia en Francia, pero el hecho de que llevasen muchos años viviendo en España es suficiente para determinarlo. Otro motivo para concretar la residencia en España de la familia es que el demandado siga viviendo en España en el momento de dictarse la resolución de segunda instancia, y que el primer motivo de traslado de la madre y los hijos fue el de la precariedad económica en la que quedaron tras la ruptura y la necesidad de ir a vivir con una hermana que residía en Francia.

13. Los otros factores que vinculan a la familia con Francia no deben ser tenidos en cuenta en la valoración de su residencia habitual cuando se presenta la demanda. La residencia se ha de analizar en el momento de la crisis familiar³⁸, y por ello, a estos efectos, no tiene ningún valor que los cónyuges se casasen en Francia, mucho tiempo antes, o que su matrimonio estuviese regulado por el régimen de separación de bienes del Código Civil francés. Incluso, aun siendo la nacionalidad común un criterio alternativo de localización de la competencia, sobre lo que incidiremos en el siguiente epígrafe, para la determinación de la residencia habitual lo esencial son sus vínculos y su vida diaria en dicho momento en un determinado territorio, pasando a un segundo plano la nacionalidad de ambas partes, tal y como ya ha dejado citado la Jurisprudencia del TJUE en relación a menores³⁹, imponiéndose a la misma la presencia física en un determinado Estado miembro⁴⁰. Así pues, consideramos acertado establecer la residencia habitual de la pareja y de la familia en España, y a partir de ahí valorar tanto la competencia judicial internacional como la ley aplicable.

14. Respecto a la hija de 17 años, alega el demandado en el acto del juicio, tras haber admitido la competencia inicialmente en la contestación a la demanda⁴¹, que ha cambiado de residencia habitual, y que en dicho momento vivía en Francia, y que por ello se debe cambiar la competencia judicial internacional por ser de los Tribunales franceses. Desarrollaremos este segundo aspecto en el epígrafe III.2, pero

³⁶ Cf. FJ 1º de la resolución de instancia, p. 5.

³⁷ Cf. FJ 5º de la sentencia de apelación, que señala que el hijo se formaba en una escuela de restauración en España, estudios que no pudo finalizar por no ser abonadas sus últimas cuotas.

³⁸ Cf. art. 8.1, última frase, “...en el momento en que se presenta el asunto ante el órgano jurisdiccional”. Al respecto, *vid.* A. L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol. II, Madrid, 18ª edición, Comares, 2018, p. 237.

³⁹ *Vid.* STJUE de 28 de junio de 2018, Caso HR, Asunto C-512/17, CLI:EU:C:2018:513. En el caso de una menor de muy corta edad (un año y 5 meses), con doble nacionalidad belga y polaca y empadronamiento en ambos países, con vida habitual y guardería en Bélgica, con visitas habituales a sus familiares polacos y mayor dominio del polaco por su corta edad, el TJUE estableció que la presencia física de la menor se imponía como criterio de valoración de la residencia habitual a la de su nacionalidad y la de sus abuelos.

⁴⁰ *Vid.* STJUE de 17 de octubre de 2018, Caso UD, Asunto C-393/18, ECLI:EU:C:2018:835. En este supuesto se argumentaba que una menor que tenía padre británico y madre bangladesí y que había nacido en Bangladesh tenía residencia habitual en el Reino Unido, estableciendo el TJUE que una menor que nunca había residido en un Estado miembro no podía, en ningún caso, tener residencia habitual en el mismo.

⁴¹ Cf. FJ 1º de la resolución de instancia, p. 3.

respecto a la residencia habitual de la menor, hemos de indicar que nos faltan datos concretos en el proceso para poder determinar que su residencia habitual debe estar fijada ya en el país vecino, en especial el de su voluntad futura de permanecer en él o no. Esto es así porque, tal y como hemos expuesto en el epígrafe II, la voluntad y la intención de permanencia en un determinado lugar es un elemento clave para determinar si ha fijado allí su residencia habitual o no. Se puede estar en un lugar una semana y ser la residencia habitual por la estabilidad futura en ella, y estar cuatro meses y no suponerlo por ser un lugar de paso⁴².

15. Sin embargo, de los datos del proceso podríamos intentar concretar una hipótesis. La Sentencia de segunda instancia indica que en el momento en el que surge el conflicto, dada su situación precaria, la madre se traslada a Francia a vivir con una hermana. Sin embargo, en el momento del dictado de la resolución los tres viven de alquiler en una vivienda que se han procurado, la menor va a una escuela y tiene los gastos típicos de una vida ordinaria de una joven de su edad, mutua médica, personales, médicos, o de actividades extraescolares, y el menor se forma en ciclos de restauración en Francia⁴³. Sin conocer más datos, creemos que se puede considerar que existe cierta estabilidad en la vida actual de la menor en Francia, y que, por ello, con alguna duda, podríamos partir de la hipótesis futura, no confirmada, de que es posible que la menor tenga su residencia habitual en Francia. Sin embargo, debemos valorar también durante el resto de nuestro trabajo que podría ser absolutamente cierto que esta vida en Francia sea temporal y esté supeditada a obtener una mayor capacidad económica cuando finalice el proceso y reciba la pensión alimenticia mensual y en dicho momento volver a residir en España, que es el lugar en el que los dos hijos de la pareja y la madre habían vivido en los últimos años.

2. Competencia judicial española y el cambio de residencia de la hija

16. Los cónyuges son de nacionalidad francesa, residen en España e inician un procedimiento de divorcio contencioso ante los Tribunales españoles. Por ello, en aplicación del artículo 1.a del Reglamento Bruselas II bis entran dentro de su ámbito de aplicación, constituyendo el mismo el régimen aplicable para determinar la competencia judicial internacional de los tribunales españoles en las casusas de divorcio, desplazando, por ello a la LOPJ⁴⁴. En la concreción de la competencia el artículo 3 establece, como expusimos en el epígrafe II.2, 7 foros alternativos, de entre los cuales el primero de los mismos es la residencia habitual de los cónyuges si es la misma. Ese foro coincide por su propia naturaleza con el del domicilio del demandado, que evidentemente es el mismo. Por ello, la aplicación de la demandante de dicha norma y su interposición de la demanda de divorcio ante los tribunales españoles es perfectamente ajustada a Derecho. En ese momento, la residencia de los menores que reclaman alimentos es también España, por lo que en aplicación del artículo 8 del Reglamento, la competencia para conocer la demanda en lo relativo a las medidas parentales es la misma, España. No estamos ante un caso de divergencia entre la residencia habitual de las partes en el momento de la demanda, que podría llevar a plantearnos si la competencia podría duplicarse o no⁴⁵, sino en un cambio de residencia tras esta, lo que analizaremos más adelante en el presente epígrafe.

⁴² Vid. *Guía práctica de la Comisión Europea para la aplicación del Reglamento Bruselas II bis*, p. 27, que señala claramente que: “Aunque el uso del adjetivo «habitual» podría indicar una necesidad de establecer cierta duración de la residencia antes de que esta se pueda calificar de «habitual», no se ha de excluir la posibilidad de que un menor adquiera su residencia habitual en un Estado miembro el mismo día de su llegada, o poco después”. Cf. http://publications.europa.eu/resource/cellar/f7d39509-3f10-4ae2-b993-53ac6b9f93ed.0007.01/DOC_1.

⁴³ Cf. FJ 3º y 5º de la sentencia de apelación. Estos indicios nos acercan a la aplicación del principio de proximidad, esencial para determinar la residencia habitual. Al respecto, vid. R. LAFUENTE SÁNCHEZ, “Hacia un sistema unitario europeo en materia de ley aplicable a las sucesiones internacionales”, *CDT*, octubre 2013, Vol. 5, Nº 2, p. 361.

⁴⁴ Vid. J. C. FERNÁNDEZ ROZAS/ S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, Pamplona, 9ª edición, Civitas, 2016, P. 449. Sobre si el Reglamento se aplica a todos los divorcios internacionales o podría haber situaciones en las que se aplicarían otras normas, se pronuncia, defendiendo la primera postura, y a dicho trabajo nos remitimos, A. QUIÑONES ESCÁMEZ, “¿Cuándo se aplica el Reglamento Bruselas II bis? El TJCE se pronuncia sobre su ámbito de aplicación”, *RDCE*, nº 29, mayo y agosto 2008, pp. 457 a 482.

⁴⁵ Ocurriría si los menores no residiesen en el mismo lugar que sus padres en el momento de la interposición de la demanda, casos habituales cuando hay extranjeros residiendo en España que no han podido reagrupar a sus hijos que siguen en sus países

17. La demandante podría haber iniciado el procedimiento en Francia, en el foro de la nacionalidad común de las partes, pero decidió utilizar otro foro, el de la residencia habitual de los cónyuges, por otro lado, mucho más natural para ambas partes⁴⁶. Por ello la alegación introducida por el demandado en la apelación⁴⁷ en la que, tras no triunfar la de la primera instancia del cambio de residencia de la menor, afirmaba que la competencia debe ser de los Tribunales franceses por ser ambos de nacionalidad francesa, estaba predestinada desde un principio a fracasar. Siendo los foros alternativos, una vez iniciado el proceso, y siendo los tribunales españoles competentes y el lugar del domicilio del demandado, sin haber sumisión expresa a los Tribunales franceses, no es cierto que al estar ante una cuestión apreciable de oficio los Tribunales españoles deban declarar la competencia de Francia. España, donde la demandante inició el proceso, es competente para conocer el asunto, y por ello los Tribunales debían, como hicieron, desestimar la alegación del demandado recurrente. La misma podía tener como finalidad obviar la institución de la litispendencia si el demandado hubiese intentado iniciar la demanda en Francia una vez iniciado el proceso en España⁴⁸.

18. Sin embargo, la alegación del cambio de domicilio de la menor una vez iniciado el procedimiento realizada en la primera instancia⁴⁹ sí que tenía un cierto recorrido. La parte alegó en el acto del juicio que la menor había cambiado su domicilio, y que en dicho momento los tribunales franceses eran los competentes para conocer del procedimiento. En primer lugar diremos que en tal caso, los Tribunales franceses serían los competentes no para conocer de la demanda de divorcio, ante la que estamos, sino de las medidas relacionadas con la responsabilidad parental, las relaciones personales, visitas o comunicaciones entre padres e hija⁵⁰. Pues bien, en esta alegación nos encontramos ante la figura de la *perpetuatio fori*. Según la misma, el principio general del Reglamento, respecto a los menores, en su artículo 8, es que el tribunal que sea competente según su aplicación por ser el de la residencia habitual del menor, conserva su competencia incluso aunque el menor sea trasladado al extranjero durante el curso del litigio⁵¹. Este es el principio general, la competencia debe seguir siendo del Tribunal español, y debe ser replanteada si se modifica la residencia de la menor únicamente en determinados supuestos, considerados muy excepcionalmente, según lo establecido por los artículos 9, 10, 12 y 15 del Reglamento.

19. Para el presente supuesto debemos analizar con detenimiento el artículo 15, toda vez que ni el 9, ni el 10 ni el 12, están pensados para un caso como el actual⁵². El artículo 15 prevé que un Tribunal

de origen a cargo de otros familiares. En dicha situación sería factible que se plantease contenciosamente un procedimiento de divorcio en España y otro de medidas respecto a los familiares en un tercer país. No podemos detenernos en este supuesto, por no ser objeto de la presente resolución. Al respecto, *vid.* I. LORENTE MARTÍNEZ, “Divorcio en España y menores con residencia habitual fuera de la Unión Europea”, en A. CEBRIÁN SALVAT e I. LORENTE MARTÍNEZ, *Protección de menores y Derecho Internacional Privado*, Granada, Comares, 2018, pp. 104 y 105.

⁴⁶ Tal y como señalamos, la familia había estado muchos años viviendo en España en el momento de la interposición de la demanda y España era el centro habitual de su vida e intereses personales y de parte de los económicos, toda vez que solo el padre tenía bienes y negocios propios en Francia. Además, seguía siendo el domicilio del demandado. En tal circunstancia España era el foro más natural para las partes.

⁴⁷ *Cf.* FJ 2º de la sentencia de segunda instancia.

⁴⁸ O ciertamente también un fin dilatorio. La litispendencia en la materia está regulada en el artículo 19 del Reglamento Bruselas II bis. Al respecto de los efectos de la litispendencia, y la obligación de los Tribunales europeos de seguir el proceso en el Estado Miembro en el que en primer lugar se inició el proceso, con cita de jurisprudencia del TJUE que desarrolla estos efectos, *vid.* E. PÉREZ VERA, y otros, *Derecho Internacional Privado*, Madrid, 2ª edición, UNED, 2016, pp. 154 a 158. Sobre las reformas legislativas europea y española de 2015 sobre la litispendencia, *vid.* C. ROSENDE VILLAR, “Litispendencia y conexidad internacionales y sus últimas reformas legislativas europea y española”, *AEDIPr*, t. XVI, 2016, pp. 347 a 374.

⁴⁹ *Cf.* FJ 1º de la resolución de primera instancia, p 5.

⁵⁰ La responsabilidad parental, en palabras del TJUE, son “los derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica en virtud de una resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos, en relación con la persona o los bienes de un menor”. *Vid.* STJUE de 27 de noviembre de 2007, Caso C, Asunto C-435/06, ECLI:EU:C:2007:714, párrafo 53.

⁵¹ *Vid.* J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Litigación internacional, responsabilidad parental y foro de la residencia habitual del menor en un Estado miembro. Un estudio jurisprudencial”, en A. CEBRIÁN SALVAT/ I. LORENTE MARTÍNEZ, *Protección de menores y Derecho Internacional Privado*, Granada, Comares, 2018, p. 320.

⁵² Porque el 9 está previsto para los cambios legales de residencia habitual si el progenitor que ya tiene una resolución judicial de régimen visitas sigue residiendo en la residencia habitual, lo que no es el caso. En el artículo 10, se regula la sustracción de

que conozca de un asunto puede declinar su competencia para conocerlo, de manera excepcional, si considera que los Tribunales de otro Estado Miembro están mejor situados para conocer del asunto. Y hemos indicado que dicha alegación hubiese tenido más visos de prosperar, aunque consideramos acertado que no lo haya hecho, toda vez que se daban alguna de las condiciones que establece el artículo para considerar que el tercer Estado tiene una vinculación especial, e incluso más de una. Una de las condiciones que quizás se cumplía era que este otro Estado se haya convertido en el de residencia habitual de la menor tras la presentación de la demanda procedimiento⁵³. Otra, que sea el Estado del que es nacional la menor. La última, que fuera la residencia habitual un titular de la patria potestad⁵⁴. Dicho artículo ha sido concretado por la Jurisprudencia del TJUE⁵⁵ que ha establecido que el artículo se debe interpretar en el sentido de que, para poder estimar que un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro con el que el menor tenga una vinculación especial está mejor situado, el órgano jurisdiccional competente del Estado miembro inicialmente competente debe cerciorarse, en primer lugar, de que la remisión del asunto a dicho órgano jurisdiccional puede aportar un valor añadido real y concreto al examen del asunto, habida cuenta, en particular, de las normas de procedimiento aplicables en ese otro Estado miembro. Y, en segundo lugar, para poder estimar que tal remisión responde al interés superior del menor, el órgano jurisdiccional competente de un Estado miembro debe cerciorarse, en particular, de que dicha remisión no pueda incidir negativamente en la situación del menor.

20. Así pues, en caso de modificación de la residencia habitual, esta debe ser interpretada con arreglo a los principios informadores de la materialización, la protección y el interés superior del menor, que dominan la orientación y función del Reglamento, penetrando en el problema de la determinación de la competencia internacional de autoridades y de la cooperación entre las mismas⁵⁶. Y en tales circunstancias, estos requisitos jurisprudenciales son los que nos hacen decantarnos porque los Tribunales españoles tomaron la decisión correcta de seguir considerándose competentes⁵⁷. Si bien se dan tres de las condiciones objetivas para poder declarar más convenientes los Tribunales de Francia, ninguna de los dos requisitos jurisprudenciales del TJUE se dan de forma indubitada. En primer lugar, ya vimos que la residencia habitual de la madre y de la demandada ha sido España durante muchos años previos al divorcio, y que el motivo que en primer lugar les llevó a cambiar de residencia fue la necesidad económica temporal en la que les dejaba el procedimiento de divorcio, por lo que su voluntad podría ser volver a España una vez esta necesidad acabe. Por otro lado, la madre no ha solicitado como hizo el padre, la declaración de competencia de los Tribunales franceses, lo que nos indica que no aprecia un valor añadido al cambio de competencia. Y esto es así quizás porque, dada la precariedad económica de la madre e hijos durante el procedimiento en comparación con la abundancia del patrimonio del padre, su interés es no paralizar el procedimiento para cambiar de tribunales competentes y finalizarlo cuanto antes. Por último, el domicilio del demandado, que será el obligado a abonar las altas pensiones alimen-

menores, lo que tampoco ocurre en este supuesto. Y en el 12 la posibilidad de unificar la competencia entre los tribunales que conozcan del divorcio por la residencia de los padres y las decisiones de la tutela parental si el hijo tiene otra residencia habitual en el momento de la interposición de la demanda, lo que ya vimos que no ocurre en el presente supuesto. Al respecto, *vid.* M. GUZMÁN PECES, “La competencia judicial en materia de nulidad, separación y divorcio; responsabilidad parental y sustracción civil de menores en el Derecho internacional privado español”, en M. GUZMÁN ZAPATER/ M. HERRANZ BALLESTEROS (directoras), *Crisis matrimoniales internacionales y sus efectos. Derecho español y de la Unión Europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 257 a 261.

⁵³ Decimos que *quizás* se cumple porque ya dejamos citado en el epígrafe III.1 que no podemos asegurar al 100% que la residencia habitual de la menor haya cambiado definitivamente a Francia.

⁵⁴ El artículo establece un procedimiento a instancia de parte, o de oficio o del órgano judicial del tercer Estado, en el que, al menos con el consentimiento de una de las partes, el órgano que lo conoce debe suspender el procedimiento, y solicitar al órgano mejor situado que ejerza su competencia que se declare competente en el plazo de seis semanas. Sobre el proceso puede consultarse la *Guía práctica de la Comisión Europea para la aplicación del Reglamento Bruselas II bis*, anteriormente ya citada, pp. 34 a 35.

⁵⁵ *Vid.* STJUE de 26 de octubre de 2016, Caso D, Asunto C-428/16, ECLI:EU:C:2016:819, párrafo 61.

⁵⁶ *Vid.* J. J. VARA PARRA, “El interés del menor en los foros de competencia judicial para las acciones de responsabilidad parental en el Reglamento (CE) núm. 2201/2003”, *REDI*, vol. LXIII (2006) 2, pp. 797 a 820, p. 815. El autor realiza en el citado trabajo un valioso y muy detenido análisis de la *perpetuatio iurisdictionis* que no podemos afrontar en nuestro estudio por motivos de objeto del mismo, análisis al que nos remitimos para una mayor profundidad.

⁵⁷ Ciertamente sin aplicar el artículo 15, que no es citado en el FJ 1º de la detallada y muy trabajada sentencia de instancia, pero sí resolviendo finalmente acorde a sus requisitos.

ticias y compensatorias establecidas en las resoluciones, es España, por lo que a las beneficiadas por ellas les interesa, de cara a una posible ejecución y falta de pago del demandado, ejecutar una resolución española del mismo lugar del domicilio del demandado⁵⁸. Por todo lo referido no se puede alegar que el cambio de competencia respondiese al interés de la menor ni que le otorgase valor añadido al examen del asunto y que por ello procediese declarar la competencia de los Tribunales franceses. En relación a la reclamación de alimentos, el Reglamento 4/2009⁵⁹ no recoge ninguna previsión de cambio de competencia por cambio de residencia de la acreedora posterior a la interposición de la demanda similar al artículo 15 del Reglamento Bruselas II bis, por lo que no procede desarrollar ningún análisis al respecto.

3. La ley aplicable, la española, sistema plurilegislativo

21. Una vez establecida la competencia de los Tribunales españoles, en la determinación de la ley aplicable a las causas y motivos del divorcio nos encontramos en el ámbito de aplicación del Reglamento Roma III, por lo establecido en su artículo 1 cuando prevé que se aplicará en las situaciones que impliquen un conflicto de leyes, al divorcio y a la separación judicial como la actual, en la que se divorcian en España dos ciudadanos franceses, aplicación en la que acierta la resolución de instancia⁶⁰. Por ello, a las causas del divorcio se le aplicó la legislación española, toda vez que era la residencia habitual de las partes en el momento en el que se interpuso la demanda. Sin embargo, en el resto de materias resueltas por los tribunales en la crisis familiar, dada la exclusión de su ámbito de aplicación de lo regulado por el Reglamento Roma III de las materias externas a las causas del divorcio hubiese sido oportuna algo más de concreción por parte de los Juzgados respecto a la normativa aplicada⁶¹. En relación a la responsabilidad parental, no cita la resolución de instancia la norma de conflicto que la regula en España⁶², 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. Este instrumento establece en los artículos 16 y siguientes que la ley aplicable será la de la residencia habitual de los menores. Los tribunales han aplicado la ley española, por lo que entendemos que han optado por aplicar la residencia habitual que tenían confirmada en el momento de interposición de la demanda la española, ya que no han considerado que la residencia posterior en Francia pueda constituirse como residencia habitual con los criterios que establece el Derecho europeo, por la falta de acreditación de la voluntad de constituir la como centro habitual de vida e intereses de las peticionarias. Todo lo contrario sería un error al no considerar el cambio de residencia habitual de los menores⁶³.

⁵⁸ Si bien el principio general del Derecho europeo es el de reconocimiento inmediato de las resoluciones judiciales, el principio de economía procesal aconseja ejecutar una sentencia en el mismo Estado en el que se dicta, más con las elevadas cuantías mensuales que debía abonar el demandado en ambos conceptos.

⁵⁹ Reglamento (CE) nº 4/2009 del Consejo de 18 de diciembre de 2008 relativo a la competencia judicial, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos, DOUE L7/1 de 10 de enero de 2009.

⁶⁰ Cf. FJ 2º de la Sentencia de instancia. Damos por hecho que ambas partes han designado en sus escritos de demanda y oposición a la misma como la ley aplicable al procedimiento la ley española, y de ahí su referencia al artículo 5 y al acuerdo de ambas en esta determinación. En caso contrario deberían haberse referido al artículo 8 del mismo texto legal.

⁶¹ El artículo 2 excluye de su ámbito de aplicación cuestiones como las consecuencias del matrimonio a efectos patrimoniales, la responsabilidad parental o las obligaciones de alimentos, también resueltas en el procedimiento analizado.

⁶² Esta no es una materia que en todos los supuestos sea correctamente aplicada por los tribunales españoles. Al respecto, *vid.* S. ADROHER BIOSCA, "Derecho aplicable a la resolución de las crisis matrimoniales y a la responsabilidad parental", en M. GUZMÁN ZAPATER y M. HERRÁNZ BALLESTEROS, *Crisis matrimoniales internacionales, y sus efectos. Derecho español y de la Unión Europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, p. 369. Sobre la complejidad que provoca esta fragmentación legislativa, *vid.* M. HERRÁNZ BALLESTEROS, "Régimen Jurídico de las crisis matrimoniales internacionales y derecho aplicable: el Reglamento (UE) nº 1259/2010 del Consejo de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial", *RDUE*, nº 22 - enero-junio 2012, pp. 47 y 48.

⁶³ El artículo 17 del Convenio señala que "La responsabilidad parental se rige por la ley del Estado de la residencia habitual del niño. En caso de cambio de la residencia habitual del niño, se rige por la ley del Estado de la nueva residencia habitual". Como citábamos, entendemos que los tribunales españoles o no han reparado en el contenido del último inciso del artículo, en cuyo caso habrían incurrido en un claro error y deberían haber aplicado la legislación francesa para determinar las medidas

22. Sí que acertó la juzgadora de instancia cuando, en la determinación de la ley aplicable a las reclamaciones de alimentos de los hijos y de la esposa establece que las mismas están reguladas por el Reglamento europeo nº 4/2009 de alimentos⁶⁴ que nos remite al Protocolo de La Haya de 2007, acudiendo a la ley de la residencia habitual de los acreedores para regular dicha petición. También establece que la ley aplicable es la ley española, y al respecto debemos hacer la misma consideración que la del párrafo anterior respecto a que es posible que los Tribunales hayan considerado que los acreedores no habían cambiado de residencia habitual toda vez que la francesa tenía carácter provisional⁶⁵.

23. Por último, y en relación a la aparición del derecho interregional, siendo la legislación española aplicable, el principio genérico del Reglamento Roma III⁶⁶ establece que teniendo España unidades territoriales con Derecho objetivo propio en materia de divorcio y separación, la misma se considera como un Estado a los efectos de la determinación de la ley aplicable, y por ello, se debe aplicar también en su respectivo ámbito, el Derecho Catalán. No teniendo el Derecho catalán disposiciones normativas específicas sobre casusas de divorcio, a las mismas se le aplicó correctamente el Código Civil español y el Código de Familia catalán a las medidas posteriores al divorcio, tanto en el caso de la resolución de instancia como la de apelación.

IV. Derecho internacional privado, argumentación y cuestiones terminológicas, la importancia de la exactitud

1. El ámbito de aplicación, lo que abunda a veces daña

24. No queremos finalizar nuestro comentario a las resoluciones analizadas sin citar, aunque sea brevemente y a modo de reflexión general, la necesidad de concreción y exactitud en la argumentación y de la corrección del uso terminológico, tan necesario en todas las ramas del derecho, pero que es especialmente destacable en el Derecho internacional privado, por su complejidad técnica. Y para muestra dejaremos aquí algunas situaciones que se dieron en el presente procedimiento. En cuanto al régimen jurídico que resuelve el procedimiento, en el momento en el que el supuesto se encuentra dentro del ámbito de aplicación del Derecho europeo, los principios de primacía y de aplicación inmediata y directa de los mismos motivan que estos se impongan a la normativa española, que queda subordinada a las normas europeas⁶⁷, y que no deberá ser aplicada, ni citada, so pena de confundir al lector de la resolución. Es un error demasiado común en nuestros Tribunales señalar que a un supuesto de divorcio internacional se le aplica el Reglamento Bruselas II bis y también, conjuntamente, la LOPJ⁶⁸. En este caso, lo que abunda daña, porque no es cierto y es técnicamente incorrecto que la competencia sea esa porque lo señalan las dos normas. No procede citar todas las normas porque refuerce el argumento porque prevee los mismos

respeto a la menor, o han considerado no consolidado el cambio de residencia habitual, por las dudas que antes expresamos al respecto sobre su carácter de lugar del centro de los intereses de los mismos.

⁶⁴ Reglamento (CE) nº 4/2009 del Consejo de 18 de diciembre de 2008 relativo a la competencia judicial, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos, DOUE L7/1 de 10 de enero de 2009.

⁶⁵ Toda vez que el artículo 3.2 del Protocolo también establece que, en caso de cambio de la residencia habitual del acreedor, se aplicará la ley del Estado de la nueva residencia habitual desde el momento en que se produce el cambio. Si esto no fuese así, y los juzgadores valorasen la existencia de una nueva residencia habitual, debería haber sido la ley francesa la que regulase los alimentos reclamados.

⁶⁶ Cf. art. 14 del Reglamento. Vid. A. L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol. II, *op. cit.*, p. 284.

⁶⁷ Al respecto, vid. M. GUZMÁN PECES, “La competencia judicial en materia de nulidad, separación y divorcio...” *op. cit.*, p. 250, que señala incluso que la LOPJ se aplicará únicamente en supuestos excepcionales, siendo la regla habitual la de que se aplique el Reglamento Bruselas II bis, y solo el Reglamento, no la LOPJ.

⁶⁸ Vid. A. QUIÑONES ESCÁMEZ, “¿Cuándo se aplica...? *op. cit.*, p. 465, en la que señala otro supuesto como ejemplo en el que la Audiencia Provincial de Barcelona también cita ambas normas, e incluso en primer lugar la LOPJ y subordinada a ella el Reglamento europeo.

criterios para establecer los foros⁶⁹. Todo lo contrario, debilitan el argumento, toda vez que parece confundirse si al supuesto se aplica la LOPJ o el Derecho europeo, y las consecuencias de las lecturas de ambas normas puede ser diferente, por ejemplo, en algo tan determinante como la concreción de la residencia habitual, ya que ya señalamos que el concepto es autónomo del Derecho europeo, diferenciado del concepto del mismo de cada derecho nacional.

25. Y este error, por otro lado, habitual, ocurrió tanto en la sentencia de instancia como en la de apelación. La sentencia de instancia afirmó que la competencia viene regulada por el Reglamento Bruselas II bis y por otro lado, por lo previsto en la LOPJ⁷⁰. La sentencia de apelación afirmó que se aplica el Reglamento europeo en relación a la LOPJ⁷¹. Tampoco se puede señalar, tal y como afirma la sentencia de instancia, que la ley aplicable viene regulada por el Reglamento Roma III en relación al artículo 9.2 y 107 del Código Civil⁷². No se aplica en relación a esas normas. Tienen relación con ellas porque ambas regulan materias de Derecho internacional privado, y podrían ser aplicables a las distintas situaciones que se pueden resolver en un determinado supuesto, pero no se aplican una en relación a la otra. De hecho, si se aplican las normas internas es precisamente porque la norma europea ha dejado fuera de su ámbito de aplicación dicha materia, es decir, porque no se aplica relacionada con ella.

2. El derecho aplicable, la importancia de la argumentación

26. Otro error que se suele apreciar en ocasiones en nuestros Tribunales se produce en la forma de expresar la relación que existe entre dos normas, la europea, el Reglamento Roma III y la española, el artículo 107.2 del Código Civil, que regulan la ley aplicable a la separación y el divorcio internacionales, y el hecho de que la norma española fuese modificada en 2015 señalando que en estos supuestos se aplica la normativa europea. Esta regulación provoca que, como ha ocurrido en este supuesto, los tribunales expresen de forma absolutamente inadecuada cuál es la relación entre ambas normas. La resolución de instancia afirma⁷³ que, toda vez que el artículo 107.2 establece que el divorcio se regirá por las normas de la Unión Europea, se debe aplicar al supuesto el Reglamento Roma III. Y esta argumentación es claramente errónea. El Reglamento Roma III, aplicable con preferencia a la legislación española por las ya citadas primacía y efecto inmediato y directo, establece en su artículo 4 que es de aplicación universal, *erga homnes*, y se aplicará, aunque la ley designada sea de un Estado extraño a la UE. Esta regulación ha provocado, de hecho, no solo que no sea cierto que el Reglamento europeo se aplique gracias a que así lo establece el artículo 107, sino que este haya quedado sustituido, desplazado, e incluso algunos autores señalan que prácticamente derogado, por el ámbito de aplicación de Roma III⁷⁴. Así pues, dicha argumentación es claramente inadecuada.

3. Control de oficio de la competencia y la *perpetuatio fori*

27. En último lugar apuntaremos dos aspectos ya tratados en el desarrollo del presente estudio y que no fueron correctamente reflejados en las sentencias analizadas. El primero es el de la apreciación de la competencia judicial internacional. Señala la demandada y la Audiencia Provincial en su resolución⁷⁵, que la competencia debe ser correctamente apreciada por los Tribunales incluso con alegación posterior a la contestación a la demanda con la genérica argumentación del principio *iura novit curia*,

⁶⁹ Ya señalamos en la nota 19 la inspiración del legislador español en 2015 en el Derecho europeo para la modificación de la LOPJ.

⁷⁰ Cf. FJ 1º de la resolución de instancia, p. 4. La resolución transcribe literalmente ambas normas, pero primero la LOPJ y tras ello el Reglamento europeo.

⁷¹ Cf. FJ 2º de la sentencia de apelación.

⁷² Cf. FJ 1º de la resolución de instancia, p. 5.

⁷³ Cf. FJ 2º de la resolución de instancia, p. 7.

⁷⁴ Vid. S. ADROHER BIOSCA, "Derecho aplicable a la resolución de las crisis matrimoniales...", *op. cit.* pp. 366 y 367.

⁷⁵ Cf. FJ 2º de la resolución de apelación.

o a la específica de la cuestión de orden público. Sin embargo, la sentencia de primera instancia afirmó con gran acierto que estamos ante una cuestión apreciable de oficio⁷⁶. La institución ante la que estamos en la apreciación de la competencia judicial internacional es su apreciación de oficio por nuestros Tribunales en el momento en el que lo adviertan, sea cual sea, tal y como lo establece el artículo 38 de la LEC en el ámbito interno⁷⁷ y, en la competencia judicial internacional en divorcio y separación en el artículo 17 del Reglamento Bruselas II bis⁷⁸. Es importante que lo cite correctamente toda vez que acudir a la institución del orden público en el Derecho internacional privado puede provocar confusión respecto a la denegación de ejecución de las resoluciones por motivos de orden público, o al control de la competencia de los órganos jurisdiccionales de origen, prohibido, por ejemplo, por el artículo 24 del Reglamento Bruselas II bis.

28. Por último, señalaremos con brevedad que el mantenimiento de la competencia en este procedimiento se producía por la *perpetuatio fori*, por el mantenimiento de la competencia de los Tribunales competentes incluso tras el traslado de la menor salvo que fuese aplicable el artículo 15 del Reglamento, lo que como antes señalamos, no se producía en el presente procedimiento, sin que ninguna de las resoluciones analizadas haya citado ni el artículo aplicado ni la institución jurídica que provoca la final inadmisión de la alegación del demandado.

V. Conclusiones, algo más que la residencia habitual

29. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 24 de julio de 2019, y la del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Figueras de 18 de diciembre de 2018, aciertan en la determinación de la competencia judicial internacional y la ley aplicable en un procedimiento en el que las partes tenían estrechos vínculos con dos Estados. La residencia habitual de la pareja y de sus hijos estaba en España, toda vez que aquí tenían su vivienda familiar y desarrollaban sus actividades cotidianas como familia, estudios, amistades y trabajo, y la demandante obvió la nacionalidad común francesa y escogió correctamente los tribunales españoles como competentes dentro de los foros alternativos del artículo 3 del Reglamento Bruselas II bis.

30. Los cónyuges eran franceses, se casaron en Francia y su matrimonio estaba regulado por la separación de bienes del Código Civil Francés, pero estos criterios decayeron respecto a la trascendencia del lugar del centro de vida e intereses comunes de la familia en el momento de la crisis familiar, situado en España y que por ello debía ser considerada como su residencia habitual, criterio principal en el Derecho europeo de familia para definir la competencia judicial internacional. El traslado de la menor a Francia tras la interposición de la demanda no varía esta competencia en aplicación del artículo 15 del Reglamento Bruselas II bis según lo ha concretado la Jurisprudencia del TJUE, toda vez que no quedó acreditado que dicho cambio de Estado competente supusiese un valor añadido real en el proceso y respondiese al interés superior de la menor.

31. Las sentencias también nos demuestran la importancia de la correcta argumentación y la terminología empleada en Derecho internacional privado. Si el ámbito de aplicación de un Reglamento determina que debe ser aplicado por los Tribunales españoles, los principios de primacía y aplicación directa del Derecho europeo señalan que no se deben citar, para mayor abundamiento, las normas españolas, *en*

⁷⁶ Cf. FJ 1º de la resolución de instancia, p. 5.

⁷⁷ Vid. al respecto a E. CASTELLANOS RUIZ y J. RODRÍGUEZ RODRIGO, “Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil”, *InDret*, nº 3, julio, 2016, pp. 16 a 18, o a A. RODRÍGUEZ BENOT (Director), *Derecho Internacional Privado*, *op. cit.* p. 48.

⁷⁸ Que establece que el órgano jurisdiccional de un Estado miembro ante el que se inicie un procedimiento respecto del cual el presente Reglamento no establezca su competencia y del que sea competente en virtud del mismo un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro, se declarará de oficio incompetente. Al respecto, *vid.* J. C. FERNÁNDEZ ROZAS/ S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, *op. cit.* p. 98, o a P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, “Diez años de aplicación e interpretación del Reglamento Bruselas I bis...”, *op. cit.*, p. 24.

relación o conjuntamente con el mismo, como ocurre habitualmente en nuestro foro. Por otro lado, sobre la competencia, lo correcto es señalar que la misma es apreciable de oficio por nuestros Tribunales, y no acudir a la genérica argumentación del principio *iura novit curia*, o a la específica de la cuestión de orden público, relacionada con el derecho aplicable, lo que puede provocar confusión. Por último, ninguna de las resoluciones citó expresamente el mantenimiento de la competencia de los Tribunales españoles por no ser aplicable el artículo 15 del Reglamento Bruselas II bis, verdadera causa de la misma.

QUIETA MOVERE – BUT PLEASE DO NOT DO IT QUIETLY:
THE ECJ ON INTERNATIONAL JURISDICTION IN
ANTITRUST DAMAGES ACTIONS (TIBOR-TRANS, C-451/18)

QUIETA MOVERE – PERO NO EN SILENCIO POR FAVOR:
EL TJUE SOBRE LA COMPETENCIA INTERNACIONAL
EN LAS ACCIONES CIVILES DERIVADAS DE ILÍCITOS
ANTITRUST (TIBOR-TRANS, C-451/18)

LUKAS RADEMACHER

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

Recibido: 10.01.2020 / Aceptado: 15.01.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5213>

Abstract: In *Tibor-Trans*, the ECJ has commented on the interpretation of ‘the place where the damage occurred’ (Art. 7(2) Brussels I *bis* Regulation) to determine international jurisdiction in antitrust damages actions. Contrary to its previous decision in *CDC Hydrogen Peroxide*, the court held that the claimant’s purported damage must have occurred in a state which is part of the market affected by the cartel. The court can rely on valid arguments in favour of this position. However, the decision does not explicitly discuss the court’s earlier case law. This lacuna in the court’s reasoning is detrimental to legal certainty.

Keywords: truck cartel, competition law, antitrust damages, international jurisdiction, place where the damage occurred, pass-on.

Resumen: En *Tibor-Trans*, el TJUE ha comentado la interpretación del ‘lugar donde se haya producido el hecho dañoso’ (art. 7.2 del Reglamento Bruselas I-bis) para determinar la competencia internacional en las acciones civiles derivadas de ilícitos antitrust. Contrariamente a su decisión anterior en el asunto *CDC Hydrogen Peroxide*, el tribunal sostuvo que el supuesto daño del demandante debe haber ocurrido en un Estado que forma parte del mercado afectado por el cártel. El tribunal se basa en argumentos válidos a favor de esta posición. Sin embargo, la decisión no trata explícitamente la jurisprudencia anterior del tribunal. Esta laguna en el razonamiento del tribunal es perjudicial para la seguridad jurídica.

Palabras clave: cártel de camiones, derecho de la competencia, daños derivadas de ilícitos antitrust, competencia internacional, lugar en el que se produjo el daño, pass-on

Summary: I. Introduction. II. Factual background and procedural history. III. The place where the damage occurred. 1. Pass-on. 2. Affected market. IV. *Quieta movere* – but please do not do it quietly.

I. Introduction

1. The disbandment of the ‘truck cartel’ and the subsequent imposition of a record fine of almost four billion Euros in 2016 and 2017 is perhaps the most prominent success story of the European Commission in the area of competition law.¹ Five well-known truck manufacturers had admitted to having

¹ Detailed documentation at https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_39824.

participated in a price-fixing cartel between 1997 and 2011 throughout the European Economic Area. After the European Commission had completed its investigation, members of the cartel are now facing claims from those who overpaid for their vehicles in various EU countries. According to estimates, potential compensation claims for over four million sold trucks could exceed the already imposed fines many times over.² A large share of the aggrieved parties use mechanisms of collective redress and third-party funding to litigate their claims.³

2. The EU has harmonized in part the right to compensation for infringements of European antitrust rules (Arts. 101 and 102 TFEU) through Directive 2014/104/EU on Antitrust Damages Actions. Moreover, when pursuing compensation claims aggrieved parties can rely on the findings of the European Commission or national antitrust authorities that are binding on all national courts.⁴ Nevertheless, the forum before which a claimant brings an action for antitrust damages may prove decisive for the outcome of a case.⁵ Forum shopping continues to play a crucial role in the private enforcement of European competition law. The efficiency of proceedings, the costs, the expertise of specialized or unspecialized judges, the requirements for collective redress, and even important questions of the applicable substantive law may depend on the court seized.⁶ Under the requirements of Art. 6(3) lit. b Rome II Regulation, the aggrieved part can opt for the application of the *lex fori*. Since the Directive on Antitrust Damages Actions does not harmonize prescription, loss adjustment, and interests, claimants may have a valid reason to prefer the application of one law over the other.

3. Which courts are internationally competent to rule on a non-contractual antitrust damages action? Pursuant to the general rule of jurisdiction of Art. 4(1) Brussels Ibis Regulation, defendants that are domiciled in a Member State shall be sued in the courts of that Member State (*actor sequitur forum rei*). Special jurisdiction may lie according to Art. 7(2) Brussels Ibis Regulation with the courts of the Member State where the harmful event occurred. This encompasses both the place of the tortious activity giving rise to the damage, i.e. the place of the cartel agreement,⁷ and the place where the damage occurred. As a fourth option, a claimant who pursues connected claims against multiple defendants domiciled in different Member States, e.g. joint tortfeasors, can bring the entire action before a single court of the domicile of one of the defendants (Art. 8(1) Brussels Ibis Regulation).

4. In the *Tibor-Trans*⁸ case, the claimant sued a single member of the cartel in Hungary where neither the defendant was domiciled, nor had the cartel agreement been concluded. Therefore, Hunga-

² cf. <https://www.bloomberg.com/news/articles/2019-10-24/truckmakers-face-nearly-1-billion-in-claims-in-cartel-suit>.

³ See Competition Appeal Tribunal, 17 December 2019, *UK Trucks Claim Ltd v. Fiat Chrysler Automobiles NV and others and DAF Trucks NV and others and Road Haulage Association Ltd v. MAN SE and others and Daimler AG*, [2019] CAT 28; <https://www.handelsblatt.com/unternehmen/handel-konsumgueter/kartellprozesse-us-kanzleien-draengen-mit-sammelklagen-auf-den-deutschen-markt/24934612.html>.

⁴ For a detailed analysis of the binding effects, see A.-L. CALVO CARAVACA, J. SUDEROW, “El efecto vinculante de las resoluciones de las autoridades nacionales de competencia en la aplicación privada del derecho antitrust”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 7, 2015, No. 2, pp. 114-157.

⁵ A comprehensive account of conflict of laws and international jurisdiction in European antitrust law is provided by A.-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “El Derecho internacional privado de la Unión Europea frente a las acciones por daños anticompetitivos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 10, 2018, No. 2, pp. 7-178.

⁶ W. WURMNEST, “Forum Shopping bei Kartellschadensersatzklagen und die Kartellschadensersatzrichtlinie”, *Neue Zeitschrift für Kartellrecht* 2017, pp. 2-10, 3, 10.

⁷ ECJ, 21 May 2015, *Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA*, C-352/13, para. 44. Case notes: J. SUDEROW, “Acciones derivadas de ilícitos antitrust: el foro especial de la obligación extracontractual después de la sentencia CDC Hydrogen Peroxide”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 8, 2016, No. 2, pp. 306-329; W.-H. ROTH, “Internationale Zuständigkeit bei Kartelldeliktsklagen”, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts* 2016, pp. 318-326; W. WURMNEST, “International jurisdiction in competition damages cases under the Brussels I Regulation: CDC Hydrogen Peroxide”, *Common Market Law Review* 53 (2016), pp. 225-247; P. MANKOWSKI, “Kurzkommentar”, *Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht* 2015, pp. 687-688; J. VON HEIN, “Anmerkung”, *Kommentierte BGH-Rechtsprechung Lindenmaier-Möhring* 2015, 373398.

⁸ ECJ, 29 July 2019, *Tibor-Trans Fuvarozó és Kereskedelmi Kft.*, C-451/18. Case notes: N. BRÜGGEMANN, S. PATZER, “Die Rechtsprechung des EuGH zum Deliktsgerichtsstand bei Kartellschadensersatzklagen”, *Neue Zeitschrift für Kartellrecht* 2019, pp. 538-543; J. GROTHAUS, G. HAAS, “Anmerkung”, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2019, pp. 793-796; C. HORST-

rian courts could only derive their international jurisdiction from Art. 7(2) Brussels *Ibis* Regulation if Hungary was the place where the damage occurred.

II. Factual background and procedural history

5. A Hungarian freight forwarding company sued a Dutch truck manufacturer for antitrust damages. The claimant had leased and purchased trucks from a Hungarian lease provider. The lease provider had purchased the trucks from the defendant in Hungary for artificially high prices. It was therefore a pass-on case, as there was no direct contractual relationship between the cartel member and the aggrieved party. Instead, the lease provider had passed on the distorted prices to the claimant.

6. The court of Győr dismissed the claimant's action for lack of international jurisdiction because the place of the anti-competitive agreements, i.e. the place of the tortious activity giving rise to the damage, was outside Hungary. The court apparently did not address jurisdiction at the place where the damage occurred.

7. The Győr District Court, acting as court of appeal, recognized this shortcoming and therefore examined whether jurisdiction could be based on the place where the damage occurred. The court considered the principles established in *CDC Hydrogen Peroxide* according to which international jurisdiction lies with the courts at the seat of the injured party.⁹ However, the Hungarian court had doubts as to whether the case law in *CDC Hydrogen Peroxide* extended to pass-on situations and referred the case to the ECJ for a preliminary ruling.

III. The place where the damage occurred

8. Given its decision in *CDC Hydrogen Peroxide*, the ECJ's answer in the *Tibor-Trans* case may have appeared quite easy to predict. Clearly, the entire loss suffered by the claimant can be located in Hungary. This was where the lease and purchase of the artificially overpriced vehicles took place, where the leasing charge and price were paid, and where the detrimental bargain was registered in the claimant's accounts.

1. Pass-on

9. Indeed, this result cannot be challenged by the well-established principle that only the primary damage (or synonymously: immediate damage) is relevant for the purposes of Art. 7(2) Brussels *Ibis* Regulation.¹⁰ Primary damages can be contrasted with consequential damages. In the example of a traffic accident sustained abroad, the victim cannot establish international jurisdiction of the courts of the state of his domicile based on the medical costs incurred for the treatment at home. Only the physical injury suffered in the accident is relevant damage, suitable to justify international jurisdiction of the courts of the state where the accident occurred. Where the tort caused pure economic loss, this loss is the relevant (primary) damage.¹¹ Frequently, the place where pure economic loss was suffered proves difficult to locate. This is especially the case when the victim holds assets and accounts in several states.¹²

KOTTE, A. PALATZKE, "Anmerkung", *Zeitschrift für Internationales Wirtschaftsrecht* 2019, p. 273; C. KRÜGER, "Zur internationalen Zuständigkeit am 'Ort, an dem das schädigende Ereignis eingetreten ist' bei Kartellschäden ('Tibor-Trans')", *Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht* 2019, pp. 769f.

⁹ ECJ, 21 May 2015, *Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA*, C-352/13, para. 52.

¹⁰ ECJ, 19 September 1995, *Marinari*, C-364/93, paras. 14-15; ECJ, 10 June 2004, C-168/02, *Kronhofer*, paras. 19-21.

¹¹ P. MANKOWSKI, "Article 7", in U. Magnus, P. Mankowski (eds.), *European Commentaries on Private International Law, Brussels Ibis Regulation*, Cologne, Otto Schmidt, 2016, paras. 322-325 with numerous further references.

¹² See, e.g., ECJ, 12 September 2018, *Helga Löber*, C-304/17.

10. In *Tibor-Trans*, however, we have not learned of any such complications from the reported facts of the case. The claimant did not suffer damage anywhere else than in Hungary. The conclusion of the contract by the claimant with the lease provider in Hungary constituted the first impact on the claimant's assets, which were located solely in Hungary. Therefore, the ECJ convincingly concluded that the passing of the surcharge down the distribution chain did not prevent the claimant from suffering a relevant primary damage in the sense of Art. 7(2) Brussels *Ibis* Regulation.¹³ In *CDC Hydrogen Peroxide*, the ECJ justified the jurisdiction of the court of the claimant's domicile with the local court's proximity to the damage suffered.¹⁴ The German *Bundesgerichtshof* has adopted this view also for the determination of local jurisdiction within Germany.¹⁵

2. Affected market

11. This could have been the end of the story but it was not. About three weeks after the Hungarian district court had referred the case to the ECJ for a preliminary ruling, the ECJ handed down its decision in the case *flyLAL-Lithuanian Airlines*.¹⁶ Perhaps in reaction to the criticism raised against its previous decision in *CDC Hydrogen Peroxide*,¹⁷ the ECJ held in *flyLAL-Lithuanian Airlines* that the place where the damage occurred “covers [...], inter alia, the place where the loss of income consisting in loss of sales occurred, that is to say, the place of the market which is affected by that conduct and on which the victim claims to have suffered those losses”.¹⁸ Although *flyLAL-Lithuanian Airlines* was based on significantly different facts than *CDC Hydrogen Peroxide*,¹⁹ it was generally regarded as an overruling of the previous case law.²⁰ The claimant's domicile apparently ceased to play a role in determining the place where the damage occurred. Remarkably, the ECJ's reasons in *flyLAL-Lithuanian Airlines* in this context do not even mention *CDC Hydrogen Peroxide* and the claimant's domicile.²¹ Instead, the affected market took centre stage.

12. Indeed, the affected market is an old acquaintance that is used also in Art. 6(3) Rome II Regulation when determining the law applicable to non-contractual obligations arising out of a restriction of competition. As recital 21 of the Rome II Regulation informs us, Art. 6(3) Rome II Regulation is not an exception to the general *lex loci damni* rule in Art. 4(1) Rome II Regulation but rather a clarification of it. In accordance with recital 7 of the Rome II Regulation, we shall strive for consistency between conflict-of-law rules and procedural rules. Therefore, the ECJ in *flyLAL-Lithuanian Airlines* concluded

¹³ ECJ, 29 July 2019, *Tibor-Trans Fuvározó és Kereskedelmi Kft.*, C-451/18, para. 31. This is also relevant for the pending proceedings in the case of *Verein für Konsumenteninformation*, C-343/19; see the request for a preliminary ruling by the District Court Klagenfurt (Austria), 30 April 2019, *beck-online.EU-RECHTSPRECHUNG* 2019, 605997.

¹⁴ ECJ, 21 May 2015, *Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA*, C-352/13, para. 53.

¹⁵ BGH, 27 November 2018, X ARZ 321/18, *Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report Zivilrecht* 2019, pp. 238-240, para. 18.

¹⁶ ECJ, 5 July 2018, *flyLAL-Lithuanian Airlines*, C-27/17. Case note: C. BENINI, “La localizzazione dell’illecito concorrenziale nel regime di Bruxelles: riflessioni alla luce della Sentenza FLYLAL II della Corte di Giustizia dell’Unione Europea”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 11, 2019, No. 1, pp. 693-710.

¹⁷ See the case notes in fn. 7.

¹⁸ ECJ, 5 July 2018, *flyLAL-Lithuanian Airlines*, C-27/17, paras. 40-43.

¹⁹ Whereas *CDC Hydrogen Peroxide* concerned a horizontal cartel agreement, *flyLAL-Lithuanian Airlines* was about ousting a competitor from the market.

²⁰ A. STADLER, “Art. 7 EuGVVO”, in: H.-J. Musielak, W. Voit (eds.), *Zivilprozessordnung*, Munich, Franz Vahlen, 16th edn., 2019, para. 19b; N. BRÜGGEMANN, S. PATZER, “Die Rechtsprechung des EuGH zum Deliktsgerichtsstand bei Kartellschadensersatzklagen”, *Neue Zeitschrift für Kartellrecht* 2019, pp. 538-543, 541; C. BENINI, “La localizzazione dell’illecito concorrenziale nel regime di Bruxelles: riflessioni alla luce della Sentenza FLYLAL II della Corte di Giustizia dell’Unione Europea”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 11, 2019, No. 1, pp. 693-710; C. KRÜGER, “Zur internationalen Zuständigkeit am ‘Ort, an dem das schädigende Ereignis eingetreten ist’ bei Kartellschäden (‘Tibor-Trans’)”, *Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht* 2019, pp. 769-770. But see H.-P. MANSSEL, K. THORN, R. WAGNER, “Europäisches Kollisionsrecht 2018: Endspurt!”, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts* 2019, pp. 85-119, 101.

²¹ The only reference to *CDC Hydrogen Peroxide* occurs in the context of the place of the tortious activity giving rise to the damage, i.e. the place where the cartel agreement was concluded: ECJ, 5 July 2018, *flyLAL-Lithuanian Airlines*, C-27/17, para. 49.

that the *locus damni* in Art. 7(2) Brussels *Ibis* Regulation is subject to the same clarification as in Arts. 4(1), 6(3) Rome II Regulation.²² Although the affected market is notoriously difficult to locate and operate,²³ the ECJ was persuaded by two further arguments in its favour.

13. First, the ECJ considered the proximity of the courts of the affected market.²⁴ They, the ECJ argues, are more apt to assess the damage caused by the anticompetitive behaviour. It will be recalled that, interestingly, the ECJ in *CDC Hydrogen Peroxide* had used the same argument of proximity to establish jurisdiction of the courts of the claimant's state of domicile without any reference to the affected market.²⁵ Second, the ECJ in *flyLAL-Lithuanian Airlines* took the interests of the defendant into account and stated that a carteliser can reasonably expect to be sued in the courts of the place where the anticompetitive conduct distorted the rules governing healthy competition.²⁶ In *CDC Hydrogen Peroxide*, the ECJ seemed still more concerned with ensuring the effectivity of private enforcement.²⁷

14. The facts of *Tibor-Trans* resemble more those of *CDC Hydrogen Peroxide* than those of *flyLAL-Lithuanian Airlines*. Both *CDC Hydrogen Peroxide* and *Tibor-Trans* concerned horizontal cartel agreements, i.e. agreements between competing undertakings. Nevertheless, the ECJ in *Tibor-Trans* adopted the reasoning of *flyLAL-Lithuanian Airlines*. The court's grounds in *Tibor-Trans* astonishingly do not refer to *CDC Hydrogen Peroxide*²⁸ while *flyLAL-Lithuanian Airlines* is cited frequently. In *Tibor-Trans*, the ECJ repeats the formula developed in *flyLAL-Lithuanian Airlines* according to which for the purposes of antitrust damages actions the place where the damage occurred is the place where the market affected by the anticompetitive conduct is and where the alleged damage is purported to have occurred.²⁹ It should be noted that in *flyLAL-Lithuanian Airlines* this formula still contained a caveat (“inter alia”)³⁰ that left the door open for other methods of determining the place where the damage occurred, e.g. by reference to the claimant's registered office. In *Tibor-Trans*, this caveat has disappeared. We have to assume that the formula now represents the only acceptable method to determine the place where the damage occurred, with the consequence that in front of the competent court the claimant can recover only the damage suffered on this specific market.³¹

15. In *Tibor-Trans*, however, the result remained the same even under the new formula. The ‘truck cartel’ extended to the entire European Economic Area to which Hungary is a member since 1 May 2004. The claimant thus alleged to have suffered the damage on an affected market. The case, therefore, falls within the jurisdiction of the Hungarian courts. It can be assumed that it is only a matter of time before the ECJ will have an opportunity to decide on a cartel case where the claimant's domicile is not located in a member state that belongs to the affected market. Only then we will know with full certainty the court's position.

²² ECJ, 5 July 2018, *flyLAL-Lithuanian Airlines*, C-27/17, para. 41.

²³ S. FRANCO, W. WURMNEST, “International Antitrust Claims under the Rome II Regulation”, in: J. Basedow, S. Franco, L. Idot (eds.), *International Antitrust Litigation: Conflict of Laws and Coordination*, Oxford, Hart, 2012, pp. 91-130, 121.

²⁴ ECJ, 5 July 2018, *flyLAL-Lithuanian Airlines*, C-27/17, para. 40.

²⁵ ECJ, 21 May 2015, *Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA*, C-352/13, para. 53.

²⁶ ECJ, 5 July 2018, *flyLAL-Lithuanian Airlines*, C-27/17, para. 40.

²⁷ ECJ, 21 May 2015, *Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA*, C-352/13, para. 54; see also W. WURMNEST, “Forum Shopping bei Kartellschadensersatzklagen und die Kartellschadensersatzrichtlinie”, *Neue Zeitschrift für Kartellrecht* 2017, pp. 2-10, 5f.

²⁸ The only mention of *CDC Hydrogen Peroxide* is made when summarizing the procedural history of *Tibor-Trans*: ECJ, 29 July 2019, *Tibor-Trans Fuvarozó és Kereskedelmi Kft.*, C-451/18, paras. 16f., 19.

²⁹ ECJ, 29 July 2019, *Tibor-Trans Fuvarozó és Kereskedelmi Kft.*, C-451/18, paras. 33, 37.

³⁰ ECJ, 5 July 2018, *flyLAL-Lithuanian Airlines*, C-27/17, para. 43.

³¹ N. BRÜGGEMANN, S. PATZER, “Die Rechtsprechung des EuGH zum Deliktgerichtsstand bei Kartellschadensersatzklagen”, *Neue Zeitschrift für Kartellrecht* 2019, pp. 538-543, 541; see on the implied departure from the mosaic principle in *CDC Hydrogen Peroxide* W. WURMNEST, “Forum Shopping bei Kartellschadensersatzklagen und die Kartellschadensersatzrichtlinie”, *Neue Zeitschrift für Kartellrecht* 2017, pp. 2-10, 5f.

IV. Quieta movere – but please do not do it quietly

16. In the common law world, courts are obligated to respect the Latin maxim *stare decisis et non quieta movere*. Precedents established in previous cases are binding on a court when deciding subsequent cases with similar issues or facts. Exceptionally, a court may overturn its own precedent, but should do so only for a compelling reason. The ECJ's previous decisions do not have comparably strict precedential, binding effect.³² Rather, the court is free to change its views at any time and depart from established case law. *Quieta movere*.

17. In *Tibor-Trans* (as well as previously in *flyLAL-Lithuanian Airlines*), the court has considered new arguments which it perhaps did not give thoroughly attention to a few years earlier in the formerly leading case of *CDC Hydrogen Peroxide*. This result is of course perfectly fine from the perspective of methodology. However, in the interest of legal certainty and rationality of legal reasoning, the court should explicitly address the overruling of a previous decision. Understanding the weight given by the court to the various arguments involved is necessary to determine what the current legal situation is and to predict reliably the outcome of future judgments.

³² A. ARNULL, "Owning up to Fallibility: Precedent and the Court of Justice", *Common Market Law Review* 30 (1993), pp. 247-266, 248; A.G. TOTH, "The Authority of Judgments of the European Court of Justice: Binding Force and Legal Effects", *Yearbook of European Law* 4 (1984), 1-77, 29-36.

REGLAMENTO 2016/1103, A PROPÓSITO DEL COMENTARIO
DE LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL
DE BARCELONA, DE 7 MAYO 2019

REGULATION 2016/1103, WITH OCCASION OF COMMENTARY
OF THE JUDGMENT OF THE APPEAL COURT
OF BARCELONA, 7TH MAY 2019

JULIANA RODRÍGUEZ RODRIGO

*Profesora Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad Carlos III de Madrid*

ORCID ID: 0000-0002-5896-983X

Recibido: 14.12.2019 / Aceptado: 10.01.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5214>

Resumen: En la sentencia objeto de comentario, la AP de Barcelona aplica el artículo 9.2 CC para determinar la ley rectora del régimen económico del matrimonio de una pareja de diferente nacionalidad. Por las circunstancias del caso, la conexión concurrente es la tercera del precepto mencionado del CC. Hemos aprovechado el comentario de esta sentencia para analizar la normativa aplicable por los jueces españoles, en materia de competencia judicial internacional y de ley aplicable, en los dos escenarios siguientes que hemos planteado. Por un lado, hemos supuesto que la demanda se interpone después del 29 de enero de 2019 y que el matrimonio se ha celebrado también después de esa fecha. En esta situación, la normativa aplicable sería el Reglamento 2016/1103, tanto para determinar la competencia judicial como para concretar el Derecho aplicable. Por otro lado, analizamos el supuesto real del caso objeto de comentario, cual es, que la demanda se ha planteado antes del 29 de enero del 2019 y que el matrimonio se celebró también antes de ese momento. En este contexto, el juez español debió haber aplicado la LOPJ, para saber si tenía competencia en el caso, y efectivamente aplicó el artículo 9.2 CC, en el sector de la ley aplicable. Esto último, porque podemos deducir de los datos del caso, que la pareja no ha realizado capitulaciones matrimoniales.

Palabras clave: régimen económico del matrimonio, artículo 9.2 Código Civil español, artículo 22 quáter c) LOPJ, Reglamento 2016/1103.

Abstract: In the judgment object of comment, the Appeal Court of Barcelona applies article 9.2 Spanish Civil Code to determine the law of the matrimonial property regime related to a different nationality couple. Due to the circumstances of the case, the concurrent connection is the third of the mentioned precept. We have taken advantage of the commentary of this judgment to analyze the legal framework applicable by Spanish judges, regarding international jurisdiction and applicable law, in the following two contexts. On the one hand, we have assumed that the action is brought after January 29, 2019 and that the marriage has also been held after that date. In this situation, the Regulation 2016/1103 would be applicable, both to determine international jurisdiction and to specify the applicable law. On the other hand, let's analyze the real assumption of the case under review, which is that the lawsuit was brought before January 29, 2019 and that the marriage was also held before that time. In this context, the Spanish judge should have applied the internal production text, to know if he had jurisdiction in the case, and the Spanish judge applied article 9.2 Spanish Civil Code, in the sector of the applicable law. In this

last case, because we can deduce the data of the case, that the couple has not established a matrimonial property agreement.

Keywords: matrimonial property regime, article 9.2 Spanish Civil Code, article 22 quáter c) LOPJ, Regulation 2016/1103.

Sumario: I. Hechos del caso; II. Normativa aplicada; 1. Competencia judicial internacional. 2. Ley aplicable; III. Reglamento 2016/1103; 1. Competencia judicial internacional; 2. Ley aplicable; IV. Conclusiones.

I. Hechos del caso

1. En la resolución objeto de comentario, la Audiencia Provincial de Barcelona se pronuncia sobre un recurso de apelación interpuesto en relación con una sentencia de uno de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer de esta circunscripción¹.

El motivo del recurso está relacionado con la liquidación del régimen económico matrimonial de una pareja heterosexual, de nacionalidad cubana, ella, y de nacionalidad italiana, él. El Juzgado de Violencia sobre la Mujer, del que procede la sentencia recurrida, declaró la disolución del matrimonio por causa de divorcio, así como, la disolución del régimen económico de separación de bienes.

2. A través del recurso de apelación que interpone la esposa, la recurrente plantea dos cuestiones. Por un lado, reclama que se le haya denegado la compensación económica por razón del trabajo prevista en el Código Civil de Cataluña. Por otro, pide una revisión al alza, tanto en cuantía como en tiempo, de la pensión compensatoria. En relación con esto último, la esposa solicita que se eleve de 300 a 500 euros esta pensión y que se otorgue durante 3 años, en lugar de los 2 años que estableció el Juzgado de Primera Instancia. De los dos motivos de apelación, en este comentario vamos a centrarnos en el primero, en el relativo al régimen económico matrimonial.

II. Normativa aplicada

3. Esta SAP de Barcelona es muy sencilla, al menos, en lo que respecta al régimen económico del matrimonio. No resuelve ningún problema complicado ni establece ninguna jurisprudencia relevante en esta materia. Lo único que hace es aplicar el artículo 9.2 CC y determinar que el Derecho rector es el guatemalteco, por ser Guatemala el lugar de residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio, y concluir que, por tanto, el Código Civil catalán no puede ser tenido en cuenta en este caso. Así, por ello, rechaza la reclamación de la esposa en relación con la compensación por razón de trabajo prevista en este texto foral de Cataluña. Esto es todo.

Pese a lo anterior, vamos a aprovechar esta sentencia para introducir en el debate el Reglamento 2016/1103 y hacer un estudio comparativo entre la solución a la que se habría llegado aplicando esta norma europea y ésta a la que se llega con la aplicación de la norma de producción interna el foro, con el artículo 9.2 CC español².

¹ SAP de Barcelona, de 7 mayo 2019 (ECLI:ES:APB:2019:4774).

² Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo, de 24 junio 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales, DOUE L183, de 8 de julio 2016.

Vid., los siguientes comentarios, artículo por artículo, del Reglamento: AA.VV., *The EU Regulations on matrimonial and patrimonial property*, Oxford University Press, 2019; J.L. IGLESIAS BUIGUES/G. PALAO MORENO, *Régimen económico matrimonial y efectos patrimoniales de las uniones registradas en la Unión Europea. Comentario a los Reglamentos (UE) n° 2016/1103 y 2016/1104*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

1. Competencia judicial internacional

4. Tenemos que empezar por el principio y debemos tratar, en primer lugar, la competencia judicial internacional de los tribunales españoles, aunque en esta sentencia no se cuestione. Antes de continuar, hemos de tener presente que no conocemos los datos de la sentencia de origen, salvo los que pueden extraerse del texto de la sentencia que resuelve el recurso de apelación contra ella. Por esta razón, a lo largo de la exposición haremos suposiciones lógicas para poder desarrollar una explicación coherente de la materia.

5. No tenemos datos exactos del momento de interposición de la demanda ante el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Barcelona, pero tampoco hace falta tenerlos. Sabemos que la demanda se interpuso antes del 29 de enero de 2019 -ya que la resolución judicial es la número 254/2016-, fecha importante para saber si, en relación con la competencia judicial internacional, el juzgado debe aplicar el Reglamento 2016/1103 o la norma de producción interna del foro.

6. En efecto, la norma europea regula los tres sectores del Derecho Internacional Privado, esto es, la competencia judicial internacional, la ley aplicable y la validez extraterritorial de decisiones judiciales, en relación con el régimen económico del matrimonio³. Espacialmente, el Reglamento se ha adoptado por el mecanismo de cooperación reforzada y se aplica en 18 Estados miembros, entre ellos, España⁴. Por último, desde el punto de vista temporal, la fecha anteriormente mencionada es determinante. Así, respecto de la competencia judicial internacional, se aplicará a las demandas interpuestas después del 29 de enero de 2019. Y, en relación con la ley aplicable, a los matrimonios celebrados con posterioridad a esa fecha⁵. Esto quiere decir que el Reglamento, si bien se aplica a las demandas interpuestas a partir del 29 de enero 2019, si el asunto se refiere a un matrimonio celebrado con anterioridad a esa fecha, el juez competente no puede aplicarlo para determinar el Derecho regulador de los efectos económicos de la pareja; deberá acudir en este caso a las normas de conflicto existentes en su ordenamiento –los artículos 9.2 y 9.3 CC, en el caso español–⁶.

³ *Vid.*, en relación con lo anterior, J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Un hito más en la comunitarización del Derecho internacional privado: regímenes económicos matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas”, *Diario La Ley*, nº 40, 30 septiembre 2016; P. QUINZÁ REDONDO/J. GRAY, “La (des)coordinación entre la Propuesta de Reglamento de Régimen Económico Matrimonial y los Reglamentos en materia de divorcio y sucesiones”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XIII, 2013, p. 516. Según este último autor, “*El Derecho de familia ha sido el verdadero protagonista de todo este fenómeno, pudiendo hablarse así del proceso de europeización del Derecho internacional privado de familia*”.

⁴ *Vid.*, en este sentido, K. BOELE-WOELKI, “Property relations of international couples in Europe: the interaction between unifying and harmonizing instruments”, en *Grenzen überwinden, Prinzipien bewahren: Festschrift für Bernd von Hoffmann*, 2011, pp. 63-72.

Los Estados europeos parte de la norma son los siguientes: Bélgica, Bulgaria, República Checa, Grecia, Alemania, España, Francia, Croacia, Italia, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Austria, Portugal, Eslovenia, Finlandia, Suecia y Chipre

⁵ H. PÉROZ/E. FONGARO, *Droit international privé patrimonial de la famille*, 2ª ed., Lexis Nexis, Paris, 2017, pp. 125-126; I. BARRIÈRE BROUSSE, “Le patrimoine des couples internationaux dans l’espace judiciaire européen. Les règlements européens du 24 juin 2016 relatifs aux régimes matrimoniaux et aux effets patrimoniaux des partenariats enregistrés”, *JDI Clunet*, nº 2, 2017, p. 493; L. USUNIER, “Libre, mobile, divers: le couple au miroir du droit international privé de l’Union européenne”, *Revue Trimestrielle de droit civil*, nº 4, 2016, pp. 808-809; C. NOURISSAT/M. REVILLARD, “Règlements européens du 24 juin 2016 sur les régimes matrimoniaux et les effets patrimoniaux des partenariats enregistrés”, *Deffrénois*, nº 17, 15 septembre 2016, p. 883; N. JOUBERT, “La dernière pierre (provisoire?) à l’édifice du droit international privé européen en matière familiale. Les règlements du 24 juin 2016 sur les régimes matrimoniaux et les effets patrimoniaux des partenariats enregistrés”, *RCDIP*, nº 1, 2017, p. 5; B. AÑOVEROS TERRADAS, “El régimen conflictual de las capitulaciones en los nuevos Reglamentos de la Unión Europea en materia de regímenes económicos matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XVII, 2017, p. 832; P. WAULETEL, “What’s Wrong with Article 22? The Unsolved Mysteries of Choice of Law for Matrimonial Property”, *Yearbook of private international law*, vol. XIX, 2017-2018, p. 223.

No se aplicará, por tanto, a elecciones de ley realizadas antes del 29 de enero de 2019, aún cuando las partes hayan acordado que tengan efectos después de esa fecha (D. COESTER-WALTIJEN, “Connecting Factors to Determine the Law Applicable to Matrimonial Property Regimes”, *Yearbook of private international law*, vol. XIX, 2017-2018, p. 196).

⁶ L. USUNIER, “Libre, mobile, divers: le couple au miroir du droit international privé de l’Union européenne”, *Revue Trimestrielle de droit civil*, nº 4, 2016, p. 809; E. GALLANT, “Le nouveau droit international privé européen des régimes patrimoniaux de couples”, *Europe*, mars 2017, p. 7.

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, Gaceta de Madrid núm. 206, de 25 julio 1889.

7. En nuestro caso, al haberse planteado la demanda en primera instancia antes del 29 de enero de 2019, el juez español ante el que se planteó tuvo que haber aplicado la norma de producción interna en la materia para saber si tenía foro para ser competente; tuvo que haber aplicado, por tanto, la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Sin embargo, el proceso se inicia por demanda de divorcio, por lo tanto, el juez español debió haberse declarado primero competente por razón de esta materia. Debió haber aplicado, para ello, el Reglamento europeo 2201/2003, regulador de la competencia judicial internacional y de la validez extraterritorial de decisiones, en cuestiones de divorcio, nulidad matrimonial y separación judicial -suponiendo que temporalmente el supuesto de hecho se encuentra dentro del ámbito de aplicación de la norma⁷⁻⁸.

8. El Reglamento de crisis matrimoniales ofrece, en su artículo 3, siete foros para que el tribunal ante el que se interponga la demanda pueda declararse competente. Foros como la nacionalidad común de los cónyuges, la residencia habitual común, la última residencia habitual común cuando uno de ellos continúe residiendo allí, la residencia habitual del demandado, la residencia habitual del demandante -con requisitos- y la residencia habitual de cualquiera de los cónyuges cuando la demanda de plantee de mutuo acuerdo. Con los datos del caso que conocemos, sabemos que el divorcio se plantea de forma contenciosa, por lo tanto, este último foro de la residencia habitual de cualquiera de ellos no podría ser utilizado. Tampoco el de la nacionalidad común de los cónyuges concurre, ya que, como antes se ha puesto de manifiesto, la esposa es de nacionalidad cubana y el marido de nacionalidad italiana.

Hemos de entender, por tanto, que en España los cónyuges tenían su residencia habitual común en el momento en el que se interpuso la demanda, o la tenían y uno de ellos seguía residiendo aquí en ese momento, o la tenía el demandado -el esposo- o la esposa -la demandante-, con los requisitos, en este último caso, que establece el Reglamento en este punto.

9. Con el foro en materia de divorcio, el Juzgado de Primera Instancia declara la ruptura del vínculo conyugal y la disolución del régimen económico matrimonial. En relación con esto último, hay que distinguir dos realidades, la disolución del régimen económico del matrimonio y la liquidación del mismo.

La disolución determina la ley del divorcio, esta normativa será la que indique si el divorcio conlleva o no la disolución del régimen económico matrimonial. En cambio, para conocer cuál es el régimen económico del matrimonio y cómo se liquida, habrá que aplicar la ley reguladora de los efectos del matrimonio, esto es, la normativa mencionada anteriormente, el Reglamento 2016/1103 o el Código Civil español, según el caso.

10. En la sentencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer de Barcelona, el juez determinó que el régimen que une a los cónyuges es el de separación de bienes -aplicando la norma de conflicto en esta materia de régimen económico matrimonial- y, por esta razón, acuerda que *“cada cónyuge habrá de recuperar la posesión de sus bienes privativos y enseres personales ya que el régimen económico matrimonial de las partes era el de separación de bienes, de modo que se autoriza a la demandante para que previo acuerdo con el demandado, puede acudir al domicilio como una retirar aquellos enseres y bienes de su exclusiva propiedad que aún permanezcan en el lo cual habrá de hacerse en presencia de las dos partes y de sus abogados. Las discrepancias sobre la titularidad de determinados bienes no son objeto de este procedimiento debiendo dirimirse en su caso en el procedimiento de liquidación del régimen económico matrimonial previsto en los artículos 806 y siguientes de la LEC”*.

⁷ Al respecto sabemos que la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Barcelona es la número 254/2016 y que la fecha de aplicabilidad del Reglamento 2201/2003 es 1 de marzo de 2005 (art. 72).

⁸ Reglamento (CE) No 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) no 1347/2000, DOUE L338, de 23 diciembre 2003; conocido, también, como Reglamento Bruselas II bis.

Actualmente, el Reglamento 2201/2003 ha sido sustituido por el Reglamento (UE) 2019/1111, del Consejo, de 25 junio 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores, DOUE L178, de 2 julio 2019. Este nuevo texto será aplicable, con carácter general, a partir del 1 de agosto de 2022 (art. 105).

Para ello, habrá debido tener competencia, también, en materia régimen económico del matrimonio. Vamos a analizar si la tenía.

11. Nos situamos en el marco de la normativa de producción interna española, ya que, como ya ha sido explicado anteriormente, el Reglamento europeo 2016/1103 no es de aplicación en este caso por haberse interpuesto la demanda antes del 29 de enero de 2019.

La LOPJ, el actual artículo 22 quáter c), unifica ante los mismos tribunales españoles la competencia en materia de relaciones personales y patrimoniales entre los cónyuges y en materia de nulidad, divorcio o separación. Por lo tanto, con la actual redacción de este precepto de la LOPJ, introducido por la Ley Orgánica 7/2015, el tribunal español competente en materia de divorcio también lo será en materia de régimen económico del matrimonio⁹. Por otro lado, los foros que contiene el artículo son los mismos que ofrece el Reglamento 2201/2003, son una copia de ellos. De lo anterior se puede concluir que los jueces españoles competentes para conocer del divorcio en virtud del Reglamento europeo, también serán competentes para conocer del régimen económico del matrimonio en virtud de la LOPJ.

Anteriormente al 1 de octubre de 2015, fecha en la que entró en vigor esta redacción del precepto 22, quáter, c), el antiguo artículo 22 LOPJ establecía también esa unificación de materias pero no recogía los mismos foros que contiene el Reglamento 2201/2003 -es lógico, el texto europeo en ese momento, 2 de julio de 1985, no existía-. Los foros que contenía el antiguo artículo 22.3º, en esta materia de relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges y de divorcio, separación y nulidad matrimonial, eran los siguientes: *cuando ambos cónyuges posean residencia habitual en España al tiempo de la demanda o el demandante sea español y tenga su residencia habitual en España, así como cuando ambos cónyuges tengan la nacionalidad española, cualquiera que sea su lugar de residencia, siempre que promuevan su petición de mutuo acuerdo o uno con el consentimiento del otro*. Esto significa que, si la demanda se interpuso antes del 1 de octubre de 2015, estos tribunales españoles, competentes para conocer del divorcio en virtud del Reglamento 2201/2003, también serían competentes para conocer del régimen económico del matrimonio si los cónyuges tenían residencia habitual en España al tiempo de presentación de la demanda, ya que, ni el demandante ni el demandado tenían nacionalidad española en ese momento.

2. Ley aplicable

12. Una vez que el Juzgado de Violencia sobre la Mujer se declara competente para conocer de la demanda de divorcio -y del régimen económico del matrimonio- nos vamos, ahora, a la sentencia objeto de comentario para analizar la ley aplicable a los efectos económicos de la pareja.

13. La Audiencia Provincial de Barcelona aplica el artículo 9.2 CC, y hace bien. En efecto, por lo que respecta al Reglamento 2016/1103, como el matrimonio no se ha celebrado después del 29 de enero de 2019, no puede ser aplicado para determinar la ley aplicable. Según consta en la sentencia, el matrimonio se celebra el 31 de octubre de 2002. Debemos presumir, también, que los cónyuges no han realizado capitulaciones matrimoniales, ni antes ni después de esa fecha 29 de enero de 2019. Si las hubiera habido, si hubiera habido elección de ley aplicable al régimen económico de la pareja y ésta se hubiera realizado después del 29 de enero de 2019, el Reglamento europeo sí sería aplicable en este segundo sector del Derecho Internacional Privado. Por otro lado, si las hubiera habido y se hubieran realizado antes de esa fecha, la AP de Barcelona tendría que haber tenido en cuenta, también, el artículo 9.3 CC para concretar la ley aplicable a los efectos económicos del matrimonio.

Por todo lo anterior, partimos del supuesto de que el matrimonio no ha otorgado capitulaciones matrimoniales. Con esta premisa, y teniendo en cuenta la fecha de celebración de la unión conyugal, la normativa aplicable a los efectos económicos de la pareja es la de producción interna del foro, el artículo 9.2 CC.

⁹ Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, BOE núm. 174, de 22 julio 2015.

14. Este precepto contiene varios puntos de conexión, ordenados de manera jerárquica. Así, en primer lugar, se ha de estar a la nacionalidad común de los cónyuges en el momento de contraer el matrimonio; nacionalidad común que no tenían. En defecto de lo anterior, se tendrá en cuenta la ley elegida por ambos en documento auténtico, antes de la celebración del matrimonio, siempre que sea la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos; tampoco existía. En tercer lugar, en defecto de las conexiones anteriores, la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio determinará la ley aplicable. Esta conexión sí concurre. Los cónyuges establecieron su residencia habitual común después del matrimonio en Guatemala. Por lo tanto, tal como indica la Audiencia Provincial de Barcelona, la ley aplicable debe ser la guatemalteca, y no el Código Civil catalán que reclama la esposa. En cuarto lugar, por último, aunque en nuestro caso no se llegue a ella, la conexión es el lugar de celebración del matrimonio. Conexión, esta última, de cierre y relevante, ya que, aunque pueda no representar en el momento de interposición de la demanda una vinculación con el matrimonio, es importante ya que es cierta, esto es, siempre tiene que haber un lugar de celebración del matrimonio y, por tanto, con ella, siempre tendremos ley aplicable al régimen económico de la pareja en el caso de que fallen las conexiones anteriores del precepto.

15. Vamos a detenernos en este tercer punto de conexión, la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio. Lo determinante de esta conexión es saber qué se entiende por *inmediatamente después*. En este sentido, siguiendo el tenor literal del artículo 9.2 CC, residencia habitual inmediatamente después del matrimonio es aquella que tienen los cónyuges justo después de contraer nupcias.

Si después de la celebración del matrimonio la pareja no reside de forma habitual en ningún sitio, este tercer punto no podría operar y tendría que pasarse a la última conexión.

El concepto de residencia habitual es el que utiliza el TS español cuando interpreta el artículo 40 CC¹⁰. Así es, por residencia habitual se debe entender el lugar en el que los cónyuges se encuentran viviendo y donde quieren seguir estando. Residencia habitual es, pues, un concepto fáctico que requiere la “permanencia física” en un lugar (*domus colere*) y la “voluntad de permanecer” en ese sitio (*animus manendi*).

Aun sabiendo lo que debe considerarse por residencia habitual común *inmediatamente posterior* al matrimonio, existen sentencias que han establecido que concurre tal residencia habitual común después de transcurridos tres meses de la celebración de las nupcias. Así, en el caso de la SAP Granada, de 13 de abril de 2005, el tribunal consideró que los cónyuges, que se encontraban en Alemania cuando celebraron el matrimonio, tuvieron residencia habitual común, inmediatamente después del mismo, en España, al trasladarse aquí a los tres meses del enlace¹¹. Según el órgano judicial, “*el concepto de residencia habitual (vid. STS 13-7-1996 [RJ 1996, 5583] excluye el concepto de domicilio o paradero provisional, accidental o esporádico. Como señala la STS 21-4-1972 (RJ 1972, 1859) no basta la presencia física de una persona en un determinado lugar para integrar su domicilio, hace falta, además la residencia habitual con intención de permanecer más o menos indefinidamente (animus manendi), residencia y domicilio son términos distintos ya que aquella, que es la elegida en la norma de reenvío y no la del domicilio o paradero, exige y requiere la habitualidad (STS 23-4-1970 [RJ 1970, 2031]) entendida no como la permanencia más o menos larga e ininterrumpidamente en un lugar determinado, sino la voluntad de establecerse de forma efectiva y permanente en un lugar (STS 25-9-1954 [RJ 1954, 2348]) ya que el simple hecho de permanecer en un sitio por un lapsus de tiempo más o menos largo, no implica por sí, voluntad cierta de permanecer en él ni hacerlo residencia habitual como sede estable jurídica y legalmente de la persona, sino aquella población o país, decía la STS 20-11-1906 a la que la persona se traslada su casa y familia para ejercer en ella su profesión u oficio por tiempo indeterminado. La circunstancia imprevista y accidental de que los esposos tras contraer matrimonio en Alemania el 28 de julio de 1980 se mantuvieran en ese país a la espera o hasta el nacimiento del hijo común ocurrido el*

¹⁰ STS 21 abril 1972, ECLI:ES:TS:1972:2317; STS 23 abril 1970 (RJ 1970\2031); STS 25 septiembre 1954, ECLI:ES:TS:1954:1081; STS 13 julio 1996 (RJ 1996\5583); STS 22 marzo 2001, ECLI:ES:TS:2001:2327; RDGRN 22 febrero 1996 (RJ 1996\3386).

¹¹ SAP Granada, de 13 de abril 2005 (JUR 2005\138285).

17 de octubre de ese año sin otra razón que evitar los riesgos que suponía el embarazo y al traslado de la madre en este estado de gestación a España, país al que pocos días después del parto el matrimonio trasladó definitivamente su residencia hacer aplicable, contrariamente a lo defendido por la apelante la ley española como ley de la primera y, en realidad, única residencia habitual del matrimonio durante sus más de 20 años de duración” (FD Primero).

En este caso, si bien que es verdad que el órgano jurisdiccional justifica que no puede considerarse *residencia habitual* la presencia del matrimonio en Alemania –por la falta del *animus manendi*, fundamentalmente–, lo cierto es que, precisamente por no poder concretar una residencia habitual inmediatamente después del matrimonio, esta tercera conexión no debería haber concurrido en este caso y se tendría que haber pasado a la cuarta y última que ofrece el precepto. Así es, podemos estar de acuerdo con el tribunal en el hecho de que en Alemania la pareja no tenía residencia habitual y sí en España. Pero esa residencia habitual en España, no concurre inmediatamente después del matrimonio. Como vemos, dependiendo de cómo se interprete esto último *-inmediatamente después-*, la ley aplicable vendría determinada por la tercera conexión del precepto o por la conexión de cierre del mismo.

Esta tercera conexión del artículo 9.2 CC es muy parecida a la que recoge el Reglamento de régimen económico matrimonial para determinar la ley aplicable a las relaciones patrimoniales de los cónyuges, en defecto de elección de Derecho por parte de los contrayentes (art. 26.1.a). En efecto, como veremos más adelante, este precepto mencionado indica que el Derecho rector del régimen económico matrimonial, en el caso de que los cónyuges o futuros cónyuges no acuerden nada al respecto, será el de la primera residencia habitual común de los esposos tras del matrimonio.

III. Reglamento 2016/1103

15. En este apartado vamos conocer si, en el caso de referencia, los tribunales españoles habrían sido competentes en materia de régimen económico del matrimonio y la ley que tendrían que haber aplicado, todo ello, si el supuesto de hecho se encontrara en el ámbito de aplicación del Reglamento 2016/1103.

1. Competencia judicial internacional

17. Si la demanda se hubiera interpuesto a partir del 29 de enero de 2019, el Reglamento europeo habría sido la norma a tener en cuenta por parte de los jueces españoles para saber si podían haber sido competentes en relación con los efectos económicos del matrimonio.

En este caso, bajo la cobertura del texto europeo, los órganos jurisdiccionales españoles habrían contado con un foro. Este único foro es el de acumulación de competencias del artículo 5.

18. Según el precepto mencionado, cuando exista un tribunal de un Estado contratante del Reglamento 2016/1103, que esté conociendo de la crisis matrimoniales en virtud al Reglamento 2201/2003, los órganos jurisdiccionales de ese Estado también serán competentes para conocer del régimen económico matrimonial de la pareja. En nuestro caso, suponiendo, como estamos haciendo, que los jueces españoles conocieron del divorcio con base en el Reglamento 2201/2003, siguiendo el artículo 5 del Reglamento 2016/1103, también ellos serían competentes para conocer de los efectos económicos de la pareja. Ahora bien, dependiendo del foro del Reglamento de crisis por el que estén conociendo de la demanda de divorcio, se necesitará, o no, acuerdo de los cónyuges para la acumulación de la competencia en materia de régimen económico del matrimonio ante ellos.

19. Estos escenarios en los que se precisa de la voluntad común de los contrayentes para que el tribunal de la crisis sea competente también del régimen económico matrimonial son los siguientes (art. 5.2).

En primer lugar, cuando el órgano jurisdiccional competente sea el del Estado miembro en el que el demandante resida habitualmente y haya residido allí al menos un año antes de la interposición

de la demanda. Esto es, cuando el órgano jurisdiccional sea competente en base al artículo 3.1.a) quinto guión del Reglamento 2201/2003.

En segundo lugar, cuando el órgano jurisdiccional sea competente en virtud del artículo 3.1.a) sexto guión del Reglamento de crisis matrimoniales. Por lo tanto, cuando se trate del órgano jurisdiccional del Estado miembro donde el demandante tenga su residencia habitual, haya residido allí al menos 6 meses antes de la interposición de la demanda y sea nacional de dicho Estado miembro –o tenga el *domicile* en el caso del Reino Unido o Irlanda-.

En tercer lugar, cuando se trate del órgano jurisdiccional que vaya a resolver la conversión de la separación judicial en divorcio en virtud al foro del artículo 5 del Reglamento 2201/2003. Según este precepto, este órgano jurisdiccional competente será el que lo fue en el proceso anterior de separación judicial.

En cuarto y último lugar, cuando el juez competente lo sea por el foro de competencia residual del artículo 7¹². En virtud de este foro, cuando, según el Reglamento 2201/2003, ningún tribunal de un Estado parte resultara competente, el órgano jurisdiccional ante el que se ha interpuesto la demanda acudirá a las normas de competencia judicial internacional de su ley para comprobar si tiene foro para declararse competente¹³.

20. En los dos primeros supuestos recogidos en el artículo 5.2, el factor que determina la competencia es la residencia habitual del demandante. Precisamente, el posible carácter discriminatorio de estos foros, sobre todo aquel en el que se tiene en cuenta también la nacionalidad del demandante, es lo que ha podido llevar al legislador europeo a exigir el acuerdo de los cónyuges para que ese órgano jurisdiccional sea competente, también, para conocer del régimen económico matrimonial¹⁴. De esta manera, no se impone la voluntad del demandante frente al otro cónyuge¹⁵.

21. En relación con las excepciones a la acumulación automática de competencias ante el órgano jurisdiccional que conoce de la crisis matrimonial, debido a la necesidad de acuerdo de los cónyuges al respecto, dependerá de la voluntad de ellos que conozcan los mismos órganos jurisdiccionales de ambas cuestiones –disolución del vínculo conyugal y régimen económico matrimonial-. Por lo tanto, el objetivo de acumulación de competencias en estas materias relacionadas podría verse truncado por esa voluntad de los cónyuges¹⁶.

¹² El artículo 7 del Reglamento 2201/2003 es ahora el artículo 6 del nuevo Reglamento 2019/1111. Del mismo modo que respecto a los preceptos 3 y 5 no ha habido cambio en la redacción -salvo por la supresión del *domicile* en los foros del artículo 3-, el artículo 7 si ha sufrido modificación en el nuevo artículo 6. Así, la competencia residual en el Reglamento 2019/1111 indica que, “1. Con sujeción al apartado 2, si de los artículos 3, 4 o 5 no se deduce la competencia de ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro, la competencia se determinará, en cada Estado miembro, con arreglo a las leyes de dicho Estado. 2. Un cónyuge que tenga su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro, o sea nacional de un Estado miembro, solo podrá ser requerido ante los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro en virtud de los artículos 3, 4 y 5. 3. Todo nacional de un Estado miembro que tenga su residencia habitual en el territorio de otro Estado miembro podrá, al igual que los nacionales de este último, invocar en dicho Estado las normas sobre competencia que sean aplicables en el mismo contra una parte demandada que no tenga su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro y que no tenga la nacionalidad de un Estado miembro.”

¹³ Este artículo 7 del Reglamento 2201/2003 no va a permitir que los tribunales españoles tengan competencia por las normas de producción interna, ya que, como ya se ha comentado antes, con la reforma de la Ley 7/2015, de 21 de julio, la Ley Orgánica del Poder Judicial, el actual artículo 22. quáter.c) tiene el mismo contenido en esta materia de crisis matrimoniales que el Reglamento europeo. Por lo tanto, si por el Reglamento los tribunales españoles no son competentes, por la LOPJ tampoco lo van a ser, salvo que concurra el foro de sumisión del artículo 22.bis LOPJ.

¹⁴ *Vid.*, en este sentido, 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*, vol. 13, 2011, p. 242; C. GONZÁLEZ BEILFUS, “Relaciones e interacciones entre derecho comunitario, derecho internacional privado y derecho de familia europeo en la construcción de un espacio judicial común”, *Anuario español de Derecho internacional privado*, 2004, p. 127; P. QUINZÁ REDONDO, *Régimen económico matrimonial. Aspectos sustantivos y conflictuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 331; N. JOUBERT, “La dernière pierre (provisoire?) à l’édifice du droit international privé européen en matière familiale. Les règlements du 24 juin 2016 sur les régimes matrimoniaux et les effets patrimoniaux des partenariats enregistrés”, *RCDIP*, nº 1, 2017, pp. 10-11.

¹⁵ A. RODRÍGUEZ BENOT, “Los efectos patrimoniales de los matrimonios y de las uniones registradas en la Unión Europea”, *CDT*, vol. 11, nº 1, 2019, p. 35.

¹⁶ J. GRAY/P. QUINZÁ REDONDO, “The coordination of jurisdiction and applicable law in related proceeding: the interaction between the Proposal on matrimonial property regimes and the regulations on divorce and succession”, en *Boundaries of European private international law*, 2015, p. 645.

22. Por último, otro aspecto a destacar en relación con este foro de acumulación de competencias se refiere a si el concreto órgano judicial que está conociendo de la crisis es ante el que debe acumularse la competencia respecto a los efectos económicos. Así es, el Reglamento dice que cuando *un órgano jurisdiccional* de un Estado miembro esté conociendo del proceso de crisis matrimonial en base al Reglamento 2201/2003, *los órganos jurisdiccionales* de ese Estado miembro también conocerán del régimen económico matrimonial. Esto es, alude a un concreto tribunal, como competente en materia de crisis, y a los tribunales de ese Estado, como competentes en materia de régimen económico matrimonial. Parece adecuado quedarnos con la dicción literal del precepto y entender que el legislador busca conseguir que ambos asuntos, la crisis conyugal y el régimen económico matrimonial, sean resueltos en el mismo Estado parte; sin exigir, a estos efectos, que sea el mismo tribunal de ese Estado el que conozca de las dos materias¹⁷.

Por otro lado, también en relación con lo anterior, parece interesante destacar la reflexión del algún autor, en el sentido de que el Reglamento no exige que ambos procedimientos, el de disolución del vínculo conyugal y el de liquidación del régimen económico matrimonial, tengan que ser coetáneos¹⁸. Esto es, no sería necesario que ambos procesos se sustanciara a la vez, que estuviera abierto el primero cuando se inicie el segundo. Esta interpretación del precepto del Reglamento sólo sería posible si admitimos que el foro de acumulación de competencias permite que el régimen económico matrimonial sea conocido por los tribunales del Estado competente en relación con la crisis matrimonial. Dicho de otra manera, sólo podría sostenerse lo anterior si entendemos que el legislador europeo no busca la acumulación de competencias ante el mismo tribunal sino ante el mismo Estado parte de la norma.

2. Ley aplicable

23. En relación con la norma de conflicto que aplicará el tribunal competente para determinar el Derecho rector del régimen económico del matrimonio, el Reglamento 2016/1103 sería el texto a tener en cuenta, como ya se ha comentado anteriormente, si el matrimonio se ha celebrado después del 29 de enero del 2019 o cuando haya habido elección de ley y ésta se hubiera realizado después de esta fecha.

24. Pues bien, suponiendo que el supuesto de hecho se encuentra dentro del ámbito de aplicación temporal del texto europeo, el Reglamento indica la ley aplicable al caso en el artículo 26. Así es, el primer punto de conexión que ofrece la norma es la autonomía de la voluntad, sin embargo, como partimos del supuesto de que no hay elección de ley por los cónyuges, tenemos que pasar a los puntos de conexión subsidiarios del artículo 26.

El primero de estos puntos conexión subsidiarios indica que la ley aplicable es la de la primera residencia habitual común tras el matrimonio (art. 26.1.a). En relación con esta primera conexión subsidiaria, existen dudas acerca de si esa primera residencia habitual común debe ser, inmediatamente después de la celebración del matrimonio, o puede concurrir más tarde. En este sentido, como ya se ha puesto de manifiesto antes, esta conexión es muy parecida a la tercera que existe en el artículo 9.2 CC. El texto europeo, no obstante, ha perfeccionado la concreción del tribunal al tener en cuenta la primera residencia habitual común tras del matrimonio, la cual, puede concurrir inmediatamente después de la

¹⁷ P. PEITEADO MARISCAL, “Competencia internacional por conexión en materia de régimen económico matrimonial y de efectos patrimoniales de uniones registradas. Relación entre los Reglamentos 2201/2003, 650/2012, 1103/2016 y 1104/2016”, *CDT*, vol. 9, nº 2, 2017, p. 310; A. RODRÍGUEZ BENOT, “Los efectos patrimoniales de los matrimonios y de las uniones registradas en la Unión Europea”, *CDT*, vol. 11, nº 1, 2019, p. 34; P. FRANZINA, “Jurisdiction in Matters Relating to Property Regimes under EU Private International Law”, *Yearbook of private international law*, vol. XIX, 2017-2018, p. 171; J.L. IGLESIAS BUIGUES, “Artículo 5”, en J.L. IGLESIAS BUIGUES/G. PALAO MORENO, *Régimen económico matrimonial y efectos patrimoniales de las uniones registradas en la Unión Europea. Comentario a los Reglamentos (UE) nº 2016/1103 y 2016/1104*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 82.

En contra, N. JOUBERT, “La dernière pierre (provisoire?) à l’édifice du droit international privé européen en matière familiale. Les règlements du 24 juin 2016 sur les régimes matrimoniaux et les effets patrimoniaux des partenariats enregistrés”, *RCDIP*, nº 1, 2017, p. 10.

¹⁸ P. PEITEADO MARISCAL, “Competencia internacional por conexión en materia de régimen económico matrimonial y de efectos patrimoniales de uniones registradas. Relación entre los Reglamentos 2201/2003, 650/2012, 1103/2016 y 1104/2016”, *CDT*, vol. 9, nº 2, 2017, p. 311.

unión conyugal o más tarde¹⁹. Lo que no está claro es cuánto *más tarde* podría aceptarse la concurrencia de esta conexión²⁰. La doctrina propone un período de tres meses después de la celebración del matrimonio; aunque también podrían admitirse seis u ocho meses, dependiendo de las circunstancias del caso²¹.

Además, tampoco está claro si residencia habitual común de los cónyuges implica, necesariamente, una convivencia de ellos o, simplemente, que ambos vivan en el mismo Estado²². Parece lo más lógico entender lo segundo, esto es, habrá residencia habitual común en un Estado cuando los cónyuges vivan en ese Estado, sin que, necesariamente, lo hagan en régimen de convivencia²³. Esta misma interpretación podría sostenerse en el marco de la tercera conexión del artículo 9.2 CC.

25. Por todo lo anterior, la ley aplicable en nuestro caso, en virtud del Reglamento 2016/1103, sería la guatemalteca, al ser Guatemala el país en el que los cónyuges tuvieron su residencia habitual común después del matrimonio. Coincide, por tanto, con la ley a la que conduce el artículo 9.2 CC, aplicado por la Audiencia Provincial de Barcelona en el supuesto.

IV. Conclusiones

26. La sentencia objeto de comentario ha sido la excusa perfecta para estudiar la relación entre diferentes materias de Derecho de familia desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado.

Así es, hemos tenido ocasión de analizar las normas que debió haber aplicado el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, que dictó la sentencia que es ahora objeto de recurso ante la Audiencia Provincial, tanto en relación con la demanda contenciosa de divorcio planteada por la esposa, como con respecto de la liquidación del régimen económico matrimonial. Y, en ambos casos, tanto desde el sector de la competencia judicial internacional como desde el de la ley aplicable.

27. En este sentido, hemos comprobado que la norma de producción interna española en materia de competencia judicial -la LOPJ-, permite la acumulación de la competencia respecto del régimen económico matrimonial, ante los órganos jurisdiccionales que estén conociendo de la crisis conyugal. Todo ello, debido a que el legislador español recoge los mismos foros que contiene el Reglamento europeo de crisis, como foros para conocer de los efectos económicos del matrimonio.

En cuanto a la ley aplicable, las normas no prescriben que la misma ley que se aplica a la crisis matrimonial tenga que ser la rectora de los efectos económicos del matrimonio. Por lo tanto, en relación

¹⁹ F. VISMARA, “Legge applicabile in mancanza di scelta e clausola di eccezione nel regolamento (UE) N. 2016/1103 in materia di regimi patrimoniali tra i coniugi”, *RDIPP*, anno LIII, n° 2, 2017, p. 361.

En contra, por no ser una conexión estable y previsible para terceros, S. MARINO, “Strengthening the european civil judicial cooperation: the patrimonial effects on family relationships”, *CDT*, vol. 9, n° 1, p. 280.

²⁰ S. MARINO, “Strengthening the european civil judicial cooperation: the patrimonial effects on family relationships”, *CDT*, vol. 9, n° 1, p. 280. Esta autora considera que la primera residencia habitual tras el matrimonio debería acontecer en un breve período de tiempo tras las nupcias, si se busca conseguir la estabilidad y la previsibilidad de la ley aplicable al régimen económico matrimonial. Siendo consciente, eso sí, de que esa ley puede no representar una vinculación estrecha con los cónyuges en el momento de la interposición de la demanda.

²¹ D. COESTER-WALTJEN, “Connecting Factors to Determine the Law Applicable to Matrimonial Property Regimes”, *Yearbook of private international law*, vol. XIX, 2017-2018, p. 203.

²² A. BONOMI, “The Proposal for a Regulation on matrimonial property: a critique of the proposed rule on the immutability of the applicable law”, en K. BOELE-WOELKI/N. DETHLOFF/W. GEPHART (eds), *Family law and cultura in Europe*, Intersentia, Cambridge, Antwerp y Portland, 2014, p. 232.

²³ A. BONOMI, “The Proposal for a Regulation on matrimonial property: a critique of the proposed rule on the immutability of the applicable law”, en K. BOELE-WOELKI/N. DETHLOFF/W. GEPHART (eds), *Family law and cultura in Europe*, Intersentia, Cambridge, Antwerp y Portland, 2014, p. 247; N. JOUBERT, “La dernière pierre (provisoire?) à l’édifice du droit international privé européen en matière familiale. Les règlements du 24 juin 2016 sur les régimes matrimoniaux et les effets patrimoniaux des partenariats enregistrés”, *RCDIP*, n° 1, 2017, p. 20; D. COESTER-WALTJEN, “Connecting Factors to Determine the Law Applicable to Matrimonial Property Regimes”, *Yearbook of private international law*, vol. XIX, 2017-2018, p. 203.

En contra de esta solución, S. GODECHOT-PATRIS, “Commentaire du règlement du 24 juin 2016 relatif aux régimes matrimoniaux: le changement dans la continuité”, *Recueil Dalloz*, 17 novembre 2016, n° 39, p. 2296.

con esta última materia, el tribunal español aplica el artículo 9.2 CC, el cual remite al Derecho de Guatemala como ley reguladora del régimen económico matrimonial de la pareja.

28. Por otro lado, también hemos aprovechado la ocasión que nos ha brindado el comentario de esta sentencia, para analizar el Reglamento 2016/1103, Reglamento europeo sobre régimen económico del matrimonio. Al regular esta norma los tres sectores del Derecho Internacional Privado, hemos hecho la simulación de qué hubiera pasado en el supuesto de que el tribunal español hubiera aplicado esta norma, tanto para determinar su competencia judicial internacional como para la concreción del ordenamiento aplicable al caso.

Y la conclusión a la que hemos llegado es que, en nuestro supuesto, no habría cambiado nada. Los tribunales españoles, competentes para conocer del divorcio, también habrían sido competentes para conocer del régimen económico de la pareja, en virtud del foro de acumulación de competencias del artículo 5 del Reglamento europeo -siempre que los cónyuges hubieran estado de acuerdo en ello, en el supuesto de que hubiera sido necesario su pacto-. En relación con la ley aplicable, el Derecho de Guatemala sería el ordenamiento rector del régimen económico del matrimonio, en virtud a la primera conexión subsidiaria del Reglamento 2016/1103; del mismo modo que lo es, en el marco de la tercera conexión del artículo 9.2 CC. Esta última coincidencia se debe, no solo a que el Derecho material sea el mismo, sino a que el punto de conexión es el mismo. En realidad, la norma del artículo 9.2 CC no es idéntica a la del artículo 26.1.a) Reglamento de régimen económico matrimonial. Se trata de normas con puntos de conexión muy similares, aunque no idénticas. Ambas indican que la ley aplicable es la de la residencia habitual común después del matrimonio. La diferencia entre ellas se encuentra en que el artículo 9.2 CC exige que esa residencia habitual común sea *inmediatamente* después de las nupcias, requisito éste que no aparece en el precepto del Reglamento europeo. En nuestro caso, este detalle no afecta a que el Derecho aplicable sea el mismo, ya se aplique la norma de producción interna, ya se aplique la norma de origen supranacional.

LITISPENDENCIA Y MOTIVOS DE DENEGACIÓN DEL RECONOCIMIENTO: LA SENTENCIA DEL TJUE EN EL ASUNTO C-386/17, LIBERATO.

LIS PENDENS AND GROUNDS OF REFUSAL OF RECOGNITION: THE ECJ JUDGMENT IN THE CASE C-386/17, LIBERATO

M^a ÁNGELES RODRÍGUEZ VÁZQUEZ
Profesora Titular de Derecho internacional privado.
Universidad de Sevilla
ORCID: 0000-0003-3616-1079

Recibido: 17.10.2019 / Aceptado: 12.11.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5215>

Resumen: El TJUE en la Sentencia de 16 de enero de 2019, asunto C-386/17, Liberato, afirma que la infracción de las normas de litispendencia, previstas en el artículo 19 del Reglamento n° 2201/2003 y en el artículo 27 del Reglamento n° 44/2001, no puede justificar, por sí sola, la denegación del reconocimiento de una resolución por ser manifiestamente contraria al orden público del Estado miembro requerido.

Palabras clave: litispendencia, motivos de denegación del reconocimiento, orden público.

Abstract: The ECJ in the Judgment of 16 January 2019, in the case C-386/17, Liberato, affirms that a breach of the rules on *lis pendens*, contained in Article 19 of Regulation n° 2201/2003 and Article 27 of Regulation n° 44/2001 cannot, in itself, justify non-recognition of a judgment on the ground that it is manifestly contrary to public policy in that Member State.

Keywords: Lis pendens, Grounds of refusal of recognition, Public policy.

Sumario: I. Presentación del caso. II. Los hechos del litigio principal y las cuestiones pre-judiciales planteadas. III. Las reglas en materia de litispendencia y su infracción por parte de los órganos jurisdiccionales rumanos. IV. La falta de sanción a la infracción de las reglas de litispendencia en sede eficacia extraterritorial de resoluciones. La interpretación restrictiva de los motivos de denegación del reconocimiento. V. Conclusiones: las fisuras del principio de confianza recíproca.

I. Presentación del caso

1. De sobra es conocido que conforme a la regulación prevista en el Reglamento n° 44/2001 (Bruselas I) y en el Reglamento n° 2201/2003 (Bruselas II bis), el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales dictadas en un Estado miembro se basan en el principio de confianza mutua y que los motivos de denegación del reconocimiento deben ser objeto de interpretación estricta y de una aplicación excepcional. Por ello resulta sorprendente que en el presente asunto se plantee al Tribunal de Justicia la cuestión de saber si la infracción de las normas de litispendencia por parte de los órganos ju-

jurisdiccionales de un Estado miembro, puede considerarse un motivo de denegación del reconocimiento de la sentencia que se dicte por su contrariedad con el orden público del Estado miembro requerido. En concreto, el problema surge a raíz de la solicitud de reconocimiento incidental de una resolución rumana relativa al vínculo matrimonial, la responsabilidad parental y las obligaciones de alimentos en Italia, país donde se encontraba pendiente un procedimiento que se había iniciado dos años antes que el entablado posteriormente en Rumanía. Ante la inobservancia por parte de los órganos jurisdiccionales de este Estado miembro de las reglas en materia de litispendencia, la Corte Suprema de Casación italiana plantea la cuestión de saber si podría denegarse el reconocimiento.

2. Si es cierto que la respuesta a esta pregunta, así formulada en términos genéricos, debe ser negativa también lo es que en supuestos muy excepcionales sí podría estar justificado invocar la cláusula del orden público.

Lo que no ha lugar a dudas, como puede desprenderse del relato de los hechos, es que si los órganos jurisdiccionales italianos hubieran sido más diligentes (y no tardar tantos años en resolver)¹ y que si los órganos jurisdiccionales rumanos hubieran aplicado correctamente el artículo 19 del Reglamento n^o 2201/2003, que contiene un concepto autónomo de litispendencia, y no por referencia a lo dispuesto en su derecho procesal interno, la cuestión no se habría planteado, al ser el principio de confianza recíproca una realidad. Pero las cosas no fueron así (y queremos pensar que no lo son siempre, al funcionar de forma correcta las reglas instauradas en los distintos Reglamentos), por lo que el estudio de esta Sentencia nos permitirá analizar las normas europeas en materia de litispendencia y los motivos de denegación del reconocimiento para, de esta forma, valorar la respuesta dada por el Tribunal de Justicia.

II. Los hechos del litigio principal y las cuestiones prejudiciales planteadas.

3. El Sr. Liberato y la Sra. Grigorescu contrajeron matrimonio en Roma (Italia) el 22 de octubre de 2005 y convivieron en ese Estado miembro hasta el nacimiento de su hijo el 20 de febrero de 2006. Como consecuencia del deterioro progresivo de la relación conyugal, la madre se trasladó con el menor a Rumanía y desde entonces no ha regresado a Italia².

Mediante demanda de 22 de mayo de 2007, presentada ante el Tribunale di Teramo (Tribunal de Teramo, Italia), el Sr. Liberato solicitó la separación de la Sra. Grigorescu y la custodia del menor. La esposa se personó ante dicho tribunal solicitando que se desestimara la demanda en cuanto al fondo y presentó una demanda reconventional para que impusiera al Sr. Liberato la obligación de abonar una contribución destinada a la manutención del menor. Este tribunal, mediante sentencia de 19 de enero de 2012, decretó la separación de los cónyuges imputando la culpa a la Sra. Grigorescu. En auto separado, ordenó el traslado del asunto para su instrucción a fin de resolver sobre las demandas contrapuestas de las partes en lo relativo al ejercicio de la responsabilidad parental.

4. Mientras aún estaba sustanciándose ante el tribunal italiano el procedimiento relativo a la responsabilidad parental, la Sra. Grigorescu interpuso, el 30 de septiembre de 2009, ante la Judecătoria

¹ No es la primera vez que la lentitud del sistema procesal italiano compromete los objetivos y la finalidad de un Reglamento. Recuérdese que, en el ámbito del Reglamento n^o 44/2001, las prácticas procesales abusivas denominadas “*acciones torpedo*” motivaron, precisamente, la reforma de las normas en materia de litispendencia. Si la regla general para solucionar la litispendencia es el orden cronológico en la fecha de presentación de las demandas, una de las novedades introducidas en el Reglamento n^o 1215/2012 es la del artículo 31, apartados 2, 3 y 4, cuando uno de los tribunales tiene competencia exclusiva en virtud de una cláusula atributiva de competencia. Este órgano jurisdiccional va a tener preferencia para decidir sobre su competencia judicial internacional, aunque la demanda se le hubiese planteado en segundo lugar (Sentencia TJCE de 9 de diciembre de 2003, asunto C-116/02, Erich Gasser GmbH c. MISAT Srl). Véase, entre otros, R. FENTIMAN, “Lis pendens- related actions”, en U. MAGNUS Y P. MANKOWSKI (ed), *European Commentaries on Private International Law ECPL. Commentary Brussels I bis Regulation*, Otto Schmidt, Köln, 2016, pp. 749-753; F. GARCIMARTÍN, “Lis Pendens and Related Actions”, en A. DICKINSON Y E. LEIN, *The Brussels I Regulation Recast*, Oxford University Press, 2015, pp. 336-343.

² Tal y como señala el Abogado General, Sr. Ybes Bot, de la resolución de remisión se desprende que la licitud del desplazamiento del menor no es objeto de debate puesto que, desde la separación, la demandada y su hijo han vivido exclusivamente en Rumanía (punto 22).

București (Tribunal de Primera Instancia de Bucarest, Rumanía) una demanda por la que solicitó el divorcio, la custodia exclusiva del menor y una contribución del padre a la manutención de este.

El Sr. Liberato se personó ante dicho tribunal y formuló una excepción de litispendencia, alegando que ya había instado un procedimiento de separación judicial y de responsabilidad parental en Italia. Sin embargo, mediante sentencia de 31 de mayo de 2010, dicho tribunal decretó el divorcio, encomendó la custodia del menor a la madre y fijó las formas de ejercicio del derecho de visita del padre, así como el importe de la pensión que este debía pagar en favor del menor.

Esta sentencia adquirió fuerza de cosa juzgada a raíz de que la Curtea de Apel București (Tribunal Superior de Bucarest, Rumanía) dictara la sentencia de 12 de junio de 2013, por la que confirmó la sentencia del Tribunalul București (Tribunal de Distrito de Bucarest, Rumanía) de 3 de diciembre de 2012, que desestimó el recurso de apelación presentado por el Sr. Liberato contra la sentencia de 31 de mayo de 2010.

5. El procedimiento de separación en Italia concluyó posteriormente mediante sentencia de 8 de julio de 2013 del Tribunale di Teramo (Tribunal de Teramo) en la que se encomendó la custodia exclusiva del menor al padre y ordenó el regreso inmediato de aquel a Italia. También se fijó las formas de ejercicio del derecho de visita de la madre en Italia y le impuso una contribución a la manutención del menor.

En particular, este tribunal desestimó la demanda incidental mediante la que la Sra. Grigorescu había solicitado que, con arreglo al Reglamento n.º 2201/2003, se reconociese en Italia la sentencia de divorcio dictada por el Tribunalul București (Tribunal de Distrito de Bucarest) el 3 de diciembre de 2012. El Tribunale di Teramo (Tribunal de Teramo) observó, en efecto, que el procedimiento de divorcio se había incoado en Rumanía con posterioridad a la presentación en Italia de la demanda de separación, motivo por el cual los órganos jurisdiccionales rumanos habían infringido el artículo 19 del Reglamento n.º 2201/2003 al no haber suspendido el procedimiento.

La Sra. Grigorescu interpuso recurso de apelación contra dicha sentencia y formuló, con carácter preliminar, una demanda incidental con el fin de que se reconociera la sentencia de la Curtea de Apel București (Tribunal Superior de Bucarest) de 12 de junio de 2013, que desestimó la excepción de litispendencia por no tener los dos asuntos un objeto idéntico de conformidad con el Derecho procesal rumano.

6. Mediante sentencia de 31 de marzo de 2014, la Corte d'appello di L'Aquila (Tribunal de Apelación de L'Aquila, Italia) modificó la sentencia de 8 de julio de 2013 del Tribunale di Teramo (Tribunal de Teramo) y estimó la excepción relativa a la fuerza de cosa juzgada adquirida por la sentencia de divorcio dictada por los órganos jurisdiccionales rumanos, referida asimismo a la custodia del menor y a la contribución a la manutención del mismo. Este órgano jurisdiccional de apelación consideró que la infracción, por parte de los órganos judiciales del Estado miembro ante los que se interpuso la segunda demanda, a saber, Rumanía, del régimen de litispendencia del Derecho de la Unión no era pertinente a efectos del examen de los requisitos de reconocimiento de las medidas definitivas adoptadas por este Estado y que no existía ningún motivo, en particular de orden público, que se opusiera al reconocimiento de la resolución judicial rumana.

7. El Sr. Liberato interpuso recurso de casación contra esta sentencia. El órgano jurisdiccional remitente señala que la resolución judicial dictada en Rumanía resuelve simultáneamente sobre las cuestiones relativas al vínculo matrimonial, a la responsabilidad parental y a la obligación alimentaria. En el procedimiento de separación judicial incoado en Italia se habían formulado las mismas pretensiones, salvo en lo que se refiere al vínculo matrimonial, que no era idéntica, puesto que el ordenamiento jurídico italiano exige que se acredite antes del divorcio el cumplimiento de las condiciones establecidas por la ley para la separación de los cónyuges.

Dicho órgano jurisdiccional explica que no existe ningún motivo basado en el artículo 22, letra c), del Reglamento n.º 2201/2003, en el artículo 23, letra e), de este Reglamento ni en el artículo 34, apartado 4, del Reglamento n.º 44/2001 que se oponga al reconocimiento de la resolución judicial rumana en lo que concierne, respectivamente, al estado civil, a la responsabilidad parental y a las obligaciones alimentarias.

No obstante considera que es preciso examinar si una infracción, en su opinión manifiesta, de las disposiciones relativas a la litispendencia, recogidas en el artículo 19 del Reglamento n.º 2201/2003 y en el artículo 27 del Reglamento n.º 44/2001, por parte de los órganos jurisdiccionales que han dictado la resolución objeto de una solicitud de reconocimiento, puede considerarse un motivo que se opone al reconocimiento de esa resolución por contrariedad con el orden público.

8. En estas circunstancias, la Corte suprema di cassazione (Tribunal Supremo de Casación, Italia) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

- “1) ¿La infracción de las normas sobre litispendencia, contenidas en el artículo 19, apartados 2 y 3, del Reglamento [n.º 2201/2003], incide exclusivamente en la determinación de la competencia judicial, con la consiguiente aplicación del artículo 24 [de dicho Reglamento] o, por el contrario, puede constituir un motivo de denegación del reconocimiento, en el Estado miembro ante cuyos órganos jurisdiccionales se interpuso la primera demanda, de la resolución dictada en el Estado miembro ante cuyos órganos jurisdiccionales se presentó la segunda demanda, desde el punto de vista del orden público procesal, teniendo en cuenta que [este artículo 24] solo menciona las normas de determinación de la competencia judicial recogidas en los artículos 3 a 14, y no en el posterior artículo 19?
- 2) *La interpretación del artículo 19 del Reglamento n.º 2201/2003 en el sentido de que es únicamente un criterio de determinación de la competencia judicial, ¿se opone al concepto europeo unitario de “litispendencia” y a la función y la finalidad de la normativa, que persigue establecer un conjunto de normas imperativas, de orden público procesal, en garantía de la creación de un espacio común caracterizado por la confianza y lealtad procesal recíproca entre los Estados miembros, dentro del cual pueda tener lugar el reconocimiento automático y la libre circulación de resoluciones?”*

9. En el presente asunto formularon observaciones escritas el Gobierno italiano, el checo y la Comisión Europea. El Abogado General, Sr. Ybes Bot, presentó sus conclusiones el 6 de septiembre de 2018.

III. Las reglas en materia de litispendencia y su infracción por parte de los órganos jurisdiccionales rumanos

10. Antes que nada debe aclararse que aunque la Corte Suprema de Casación italiana, al plantear las cuestiones prejudiciales, solo se refiera al Reglamento n.º 2201/2003 el Tribunal de Justicia responde también conforme al Reglamento n.º 44/2001 ya que, como se ha expuesto, el asunto principal versa sobre el reconocimiento de una sentencia dictada no sólo en materia matrimonial y de responsabilidad parental, sino también en materia de obligaciones alimentarias. Al haberse entablado las acciones antes del 18 de junio de 2011, los alimentos quedaban incluidos en el ámbito de aplicación del Reglamento n.º 44/2001 (y no en el del Reglamento n.º 4/2009).

11. La multiplicidad de foros que consagra el Reglamento n.º 2201/2003 en materia de crisis matrimoniales, todos alternativos, favorece que los cónyuges puedan presentar demandas en distintos Estados miembros (las denominadas “demandas transfronterizas cruzadas”)³. Y precisamente para evitar la existencia de procesos paralelos, con el riesgo de resoluciones inconciliables, el Reglamento resuelve el problema de la litispendencia atendiendo al orden cronológico en el que se han presentado las demandas. El órgano jurisdiccional ante el que se interpone la segunda demanda debe suspender de oficio el proceso en tanto no se establezca la competencia del órgano jurisdiccional ante el que se

³ A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. II, 17ª ed, Comares, Granada, 2017, pp. 289-290.

interpuso la primera demanda. Una vez que éste se declara competente, el segundo debe inhibirse en su favor⁴.

12. En el asunto que analizamos se estaba planteando una situación de litispendencia intraeuropea al haberse presentado la segunda demanda sobre lo mismo ante los tribunales rumanos dos años más tarde que la presentada por el Sr. Liberato ante los órganos jurisdiccionales italianos y que éstos últimos eran competentes para conocer de la separación judicial (art. 3 Reglamento n° 2201/2003), de la responsabilidad parental (en virtud de la *prorrogatio fori* del art. 12.1 Reglamento n° 2201/2003 al haber comparecido la madre sin impugnar la competencia) y de las obligaciones alimenticias (art. 5.2 Reglamento n° 44/2001)⁵.

Por ello el tribunal rumano debió haber suspendido el procedimiento hasta que se hubiese establecido la competencia del órgano jurisdiccional italiano (cuestión que no planteaba duda alguna puesto que no declinó su competencia⁶), y después haberse inhibido en su favor. Entonces ¿por qué los órganos rumanos rechazaron la excepción de litispendencia formulada por el Sr. Liberato?

13. La respuesta es sencilla aunque incomprensible. Los órganos jurisdiccionales rumanos consideraron que, conforme a la norma procesal rumana y al artículo 19 del Reglamento n° 2201/2003, “*no existía litispendencia*” porque entre las dos demandas no había “*identidad de objeto*”, al haberse solicitado en Italia la separación judicial y en Rumanía el divorcio.

Y aquí está el error. Aplicar de forma incorrecta la norma europea que contiene un concepto autónomo de litispendencia, no por remisión a lo dispuesto en las distintas legislaciones estatales, que debe interpretarse conforme al sistema y a los objetivos del Reglamento⁷.

14. El artículo 19.1 del Reglamento n° 2201/2003 entiende que existe litispendencia “cuando se presentaren demandas de divorcio, separación judicial o nulidad matrimonial entre las mismas partes ante órganos jurisdiccionales de distintos Estados miembros”. A diferencia de lo que ocurre en otros ins-

⁴ Si la regla general para solucionar la litispendencia es la de la prioridad temporal en la fecha de presentación de las demandas, cuestión clave será determinar el momento en que se entiende que un tribunal de un Estado miembro conoce de un litigio y, por tanto, considerar así que el asunto “*está pendiente*”. A tal efecto, y para paliar los problemas derivados de las divergencias entre las distintas legislaciones estatales, el artículo 16 del Reglamento n° 2201/2003 indica, de forma autónoma, cuándo debe entenderse iniciado un procedimiento. Para su estudio véase el Auto TJUE de 16 de julio de 2015, asunto C-507/14, P c. M y el Auto TJUE de 22 de junio de 2016, asunto C-173/16, M.H c. M.H.

En la práctica esta regla provoca la “*carrera hacia los tribunales*” (*race to the courts*).

⁵ Como señala el Abogado General, puntos 63 y 64, el problema la litispendencia es mucho más difícil de analizar una vez que el órgano italiano dicta el 19 de enero de 2012 la sentencia de separación judicial puesto que conforme establece el artículo 12, apartado 2, letra a) del Reglamento 2201/2003 la prórroga de la competencia cesará en cuanto sea firme la resolución relativa a la separación judicial.

⁶ Así lo ha entendido el Tribunal de Justicia en la Sentencia de 6 de octubre de 2015, asunto C-489/14, A c. B, al declarar que “para que para que se establezca la competencia del tribunal ante el que se interpuso la primera demanda, a efectos del artículo 19, apartado 1, de dicho Reglamento, es suficiente con que el tribunal ante el que se presentó la primera demanda no haya declinado de oficio su competencia y ninguna de las partes haya impugnado tal competencia con anterioridad o en el momento de la actuación procesal que el Derecho nacional considere como el primer medio de defensa en cuanto al fondo presentado ante dicho tribunal” (motivo 34). En sentido análogo, y por lo que respecta al artículo 27 del Reglamento n° 44/2001, véase la Sentencia de 27 de febrero de 2014, asunto C-1/13, Cartier parfums-lunettes et Axa Corporate Solutions assurances.

Esta solución tiene la ventaja de resolver aquellos casos en los que el órgano jurisdiccional ante el que se interpuso la primera demanda no se pronuncia expresamente sobre su competencia.

⁷ De igual forma el Tribunal de Justicia en una consolidada jurisprudencia ha interpretado de forma autónoma el artículo 27 Reglamento n° 44/2001. Así, ha considerado que la identidad de partes debe entenderse referida a las mismas personas, con independencia de su posición procesal, siendo también indiferente que dicha identidad sea solo parcial (Sentencias de 8 de diciembre de 1987, asunto C-144/86, Gubisch Maschinenfabrik KG c. Giulio Palumbo y de 6 de diciembre de 1994, asunto C-406/92, Taty c. Maciej Rataj). La identidad de causa debe entenderse en el sentido de que incluye los hechos y la norma jurídica invocados como fundamento de la demanda (Sentencia de 14 de octubre de 2004, asunto C-39/02, Maersk Olie & Gas A/S c. Firma M. de Haan en W. de Boer). Y existirá identidad de objeto cuando las dos demandas persigan la misma finalidad o pronunciamientos opuestos o incompatibles (Sentencias de 8 de diciembre de 1987, asunto C-144/86, Gubisch Maschinenfabrik y de 8 de mayo de 2003, asunto C-111/01, Gantner Electronic GmbH c. Basch Exploitatie Maatschappij BV).

trumentos, en materia de crisis matrimoniales sólo se exige la “*identidad de partes*” ya que las demandas pueden referirse tanto a la nulidad, como a la separación o al divorcio⁸.

Como recuerda el motivo 35 de la Sentencia, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que en materia matrimonial lo importante es que en las dos demandas las partes sean las mismas pudiendo ser el objeto distinto, siempre que versen sobre un divorcio, una separación judicial o una nulidad matrimonial. Por ello puede existir una situación de litispendencia o de acción dependiente cuando ante dos órganos jurisdiccionales de Estados miembros distintos se inician sendos procedimientos de separación y de divorcio. En tal caso el órgano jurisdiccional ante el que se hubiere presentado la segunda demanda suspenderá de oficio el procedimiento en tanto no se establezca la competencia del órgano jurisdiccional ante el que se interpuso la primera (Sentencia TJUE de 6 de octubre de 2015, asunto C-489/14, A c.B).

15. Como explica el Informe de A. BORRÁS, esta regla trata de responder a las diferencias existentes entre las distintas legislaciones porque en algunos Estados miembros (p.ej. Suecia y Finlandia) la única forma legal de disolución del matrimonio es el divorcio, desconociendo tanto la separación como la nulidad matrimonial. La diferencia normativa también afecta al propio concepto de litispendencia. Esta noción es más estricta en algunos Estados (Italia, España...) que exigen la triple identidad, mientras que en otros la noción es más amplia y sólo se refiere al mismo objeto y las mismas partes. Así las cosas, pueden existir procesos paralelos sin identidad de objeto (supuestos a los que se refiere como “*acciones dependientes*” y que califica de “*falsa litispendencia*”)⁹.

No obstante, y como pone de manifiesto la doctrina, esta solución no está exenta de críticas ya que se plantean problemas de procedimientos paralelos a los que el artículo 19.1 del Reglamento n° 2201/2003 no ofrece solución, por lo que el objetivo de seguridad jurídica fracasa al incrementarse el riesgo de resoluciones inconciliables¹⁰. Piénsese, por ejemplo, que no existiría litispendencia, al no haber identidad de partes, si es un tercero, y no los cónyuges, el que solicita la nulidad del matrimonio en uno de los procesos¹¹.

16. Está claro que desde el momento que el órgano jurisdiccional rumano rechazó suspender el procedimiento y conocer del fondo del asunto estaba infringiendo las normas europeas en materia de litispendencia. Al respecto, y aunque el motivo 36 de la Sentencia parece inducir a confusión, debe entenderse que tratándose de varias cuestiones vinculadas a la crisis matrimonial dicho tribunal debió aplicar las distintas reglas establecidas en el artículo 19 del Reglamento n° 2201/2003 y en el artículo

⁸ No ocurre lo mismo en materia de responsabilidad parental ya que el artículo 19.2 del Reglamento n° 2201/2003 establece que se plantea litispendencia “cuando se presentaren demandas relativas a la responsabilidad parental sobre un menor que tengan el mismo objeto y la misma causa ante órganos jurisdiccionales de distintos Estados miembros”. Para su estudio véase P. MANKOWSKI, “Art. 19”, en U. MAGNUS Y P. MANKOWSKI (ed), *European Commentaries on Private International Law ECPIL. Commentary Brussels II bis Regulation*, Otto Schmidt, Köln, 2017, pp. 236-269.

⁹ Informe explicativo del Convenio celebrado con arreglo al artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial, aprobado por el Consejo el 28 de mayo de 1998, DO núm. C 221, de 16 de julio de 1998, par. 52 a 54.

¹⁰ En este sentido, entre otros, M. GUZMÁN PECES, “Cuestiones problemáticas en torno a la litispendencia en el Reglamento (UE) 2201/2003 en el ámbito de las crisis familiares”, *La Ley/Unión Europea*, núm. 67, febrero de 2019, pp. 1-17.

Debe señalarse que la regulación de la litispendencia en materia matrimonial no ha sido objeto de reforma al seguir exigiéndose únicamente la identidad de partes, artículo 20.1 del Reglamento (UE) n° 2019/1111 del Consejo de 25 de junio de 2019 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores –versión refundida-.

Las principales novedades afectan a las reglas de litispendencia en materia de responsabilidad parental ya que de un lado, se introduce la salvedad de la competencia de las medidas provisionales regulada en el artículo 15 y, por otra parte, se establece que cuando se inicia un procedimiento ante un órgano jurisdiccional que tenga competencia exclusiva como consecuencia de la aceptación de la competencia del artículo 10, los otros órganos jurisdiccionales deben suspender el procedimiento hasta que ese órgano declare que no tiene competencia con arreglo al acuerdo o aceptación.

¹¹ Recuérdese que en la Sentencia de 13 de octubre de 2016, asunto C-294/15, Edyta Mikolajczyk c. Marie Louise Czarnecka y Stefan Czarnecki, el TJUE afirmó que un procedimiento de nulidad matrimonial iniciado por un tercero con posterioridad al fallecimiento de uno de los cónyuges está comprendido en el ámbito de aplicación material del Reglamento n° 2201/2003. Véase M^a A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, “La nulidad matrimonial y el alcance del foro de la residencia del demandante en el Reglamento 2201/2003”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, núm. 1, 2017, pp. 468-474.

27 Reglamento n° 44/2001¹². La duda a despejar es si esa inobservancia podría ser sancionada en la fase de reconocimiento de la sentencia, teniendo en cuenta que en los Reglamentos no existe motivo de denegación alguno que se refiera a la pendencia de un proceso iniciado con anterioridad al proceso que ha dado lugar a la sentencia cuyo reconocimiento se solicita¹³. ¿Podría considerarse que esa infracción tiene cabida en el motivo basado en la contrariedad con el orden público del Estado miembro requerido?

IV. La falta de sanción a la infracción de las reglas de litispendencia en sede de eficacia extraterritorial de resoluciones. La interpretación restrictiva de los motivos de denegación del reconocimiento

17. Mediante sus cuestiones prejudiciales, que son resueltas de forma conjunta, lo que la Corte Suprema de Casación italiana estaba preguntando realmente al Tribunal de Justicia es si la infracción de las normas de litispendencia constituye un motivo de denegación del reconocimiento de la resolución que se dicte, por vulnerarse el orden público del Estado miembro requerido. A juicio del órgano jurisdiccional remitente las reglas imperativas en materia de litispendencia formarían parte del orden público en la medida en que son garantes de la creación de un espacio judicial caracterizado por la cooperación y confianza recíproca entre los Estados miembros, fundamento del reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales.

18. Para resolver esta incógnita el Tribunal comienza analizando si las normas de litispendencia son normas de competencia ya que, de ser así, el artículo 24 del Reglamento n° 2201/2003 prohíbe que en fase de reconocimiento pueda controlarse la competencia del tribunal de origen¹⁴. Y la duda surge porque la citada disposición afirma expresamente que “el criterio de orden público a que se refieren la letra a) del artículo 22 y la letra a) del artículo 23 no podrá aplicarse a las normas de competencia establecidas en los artículos 3 a 14”. ¿Puede invocarse entonces el orden público para denegar el reconocimiento de una sentencia dictada en infracción del artículo 19?

Al respecto debe recordarse que el TJUE ya había examinado una cuestión parecida, aunque referida al artículo 15 del Reglamento n° 2201/2003, en la Sentencia de 19 de noviembre de 2015¹⁵, por lo que si se aplicaba por analogía su solución, la respuesta estaba clara¹⁶.

19. A juicio del TJUE las normas de litispendencia son normas de competencia por lo que la prohibición del control de la competencia del órgano jurisdiccional de origen que establece el artículo 24, impide que en fase de reconocimiento el tribunal requerido pueda verificar si se han respetado o no las

¹² Como afirma S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Litispendencia, reconocimiento y orden público”, *La Ley/Unión Europea*, núm. 68, marzo de 2019, p. 4, parece que el Tribunal deja entrever que existe un doble régimen de la litispendencia en materia de responsabilidad parental, según que la cuestión aparezca vinculada o no al proceso matrimonial. A su juicio existe una “cierta contaminación” del artículo 19 del Reglamento n° 2201/2003 por las situaciones contempladas por el Reglamento n° 1347/2000, donde la única situación de litispendencia que podía darse era en relación con procesos matrimoniales.

¹³ Por lo que se refiere a nuestro derecho autónomo el artículo 46.f) LCJIMC sí establece esa causa de denegación al no imperar ya el principio de confianza recíproca que inspira la regulación de los Reglamentos europeos. Para su estudio véase J.L. IGLESIAS BUHIGUES, “Artículo 46” en F.P. MÉNDEZ GONZÁLEZ Y G. PALAO MORENO, *Comentarios a la Ley de Cooperación Jurídica internacional en materia civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 540-541.

¹⁴ Como sostiene P. DE MIGUEL ASENSIO, “Reconocimiento de resoluciones adoptadas en vulneración de las normas de litispendencia”, <http://pedrodemiguelasencio.blogspot.com>, incluso si no fuesen reglas de competencia sería difícil precisar en qué circunstancias las normas de litispendencia pueden suponer una vulneración del orden público.

¹⁵ Asunto C-455/15 PPU, P c. Q. En esta Sentencia el Tribunal extendió al artículo 15 del Reglamento n° 2201/2003 la prohibición del control de la competencia judicial internacional. Expresamente el Tribunal afirmó que “una supuesta infracción del artículo 15 de dicho Reglamento por el órgano jurisdiccional de un Estado miembro no permite al órgano jurisdiccional de otro Estado miembro controlar, a pesar de que la prohibición establecida en el artículo 24 del mismo Reglamento no contiene ninguna referencia expresa a dicho artículo 15, la competencia de ese primer órgano jurisdiccional” (motivo 45).

¹⁶ De hecho, el Abogado General en sus Conclusiones consideró que la solución de la Sentencia P debía extrapolarse al presente asunto. Por ello S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Litispendencia, reconocimiento y orden público”, ob. cit. p. 3, afirma que aunque la Corte de Casación pudo haber tenido conocimiento de esa Sentencia no se ahorró la formulación de la cuestión prejudicial.

reglas de litispendencia. Esta consideración se justifica por dos argumentos uno “textual” y otro “contextual” (siguiendo la terminología de H. MUIR WATT)¹⁷.

- De un lado considera el Tribunal que el artículo 19 forma parte del Capítulo II del Reglamento n^o 2201/2003, titulado “*Competencia*” (motivo 50). Este es el mismo argumento que el invocado en la citada Sentencia de 19 de noviembre de 2015 aunque hay que reconocer que a diferencia del artículo 15, que completa las normas de competencia judicial internacional establecidas en materia de responsabilidad parental, el artículo 19 se sitúa en la Sección 3 de dicho Capítulo relativa a “*Disposiciones comunes*”, regulando uno de los problemas de aplicación de los foros. Además una cosa es que la norma se encuentre en el Capítulo II del Reglamento y otra distinta entender que sea en sentido estricto un criterio de competencia judicial internacional, por lo que el argumento es poco convincente¹⁸. Tradicionalmente la litispendencia se ha concebido como un mecanismo procesal preventivo, en aras de una buena administración de justicia, que pretende evitar procesos paralelos y que se dicten resoluciones inconciliables (motivo de denegación del reconocimiento expresamente previsto en los artículos 22 y 23 del Reglamento n^o 2201/2003)¹⁹.
- Por otra parte, afirma que cuando el órgano requerido comprueba si el tribunal de origen ha aplicado de forma correcta las normas de litispendencia, está controlando su competencia (motivo 51). Como señaló el Abogado General cuando el órgano jurisdiccional ante el que se interpuso la primera demanda verifica si las normas de litispendencia han sido aplicadas correctamente por el órgano jurisdiccional ante el que se interpuso la segunda demanda “no se limita a verificar las fechas en que se interpusieron las demandas”, sino que entra a valorar las razones por las que no ha declinado su competencia (puntos 77 y 78).

Por todo ello “*a pesar de que la prohibición establecida en el artículo 24 de este Reglamento no contiene una referencia expresa al artículo 19 del mismo, una supuesta infracción de este artículo no permite al órgano jurisdiccional ante el que se interpuso la primera demanda, so pena de controlar la competencia del órgano jurisdiccional ante el que se interpuso la segunda, denegar el reconocimiento de una resolución dictada por este último en violación de la norma de litispendencia recogida en esta disposición*” (motivo 52).

20. Pero además hay que tener en cuenta que si el juez requerido rechazase el reconocimiento de la resolución porque considera que se ha aplicado mal la norma europea en materia de litispendencia estaría poniendo en peligro la finalidad del propio Reglamento. Como ya ha establecido el Tribunal de Justicia, no puede denegarse el reconocimiento de una resolución “por el mero hecho de que se considere que, en esa resolución, se ha aplicado mal el Derecho nacional o el Derecho de la Unión”²⁰.

21. Aclarado este extremo la siguiente cuestión a resolver sería si, a pesar de esa prohibición, podría estar justificado denegar el reconocimiento de la sentencia dictada en infracción de las normas de litispendencia, por considerar que se vulnera el orden público procesal del Estado miembro requerido²¹.

¹⁷ H. MUIR WATT, “Sanctionner ou circuler? Les conséquences sur le terrain des effets des jugements de la méconnaissance par le juge second saisi des règles relatives à la litispendance”, *Revue critique de droit international privé*, núm. 2, 2019, p. 501.

¹⁸ Téngase en cuenta que en el Informe de A. BORRÁS, par. 34, cuando se realiza una presentación genérica del Convenio de 1998 se afirma expresamente que es en la Sección Primera del Título II donde se contienen “los criterios de competencia *stricto sensu*”.

También critica este argumento sistemático S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Litispendencia, reconocimiento y orden público”, ob. cit. p. 6.

¹⁹ Como afirman J.C. FERNÁNDEZ ROZAS Y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, 9ª ed, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 100, el régimen de la litispendencia “obedece más bien a la lógica del reconocimiento y ejecución de decisiones”.

²⁰ Sentencia de 16 de julio de 2015, asunto C-681/13, Diageo Brands BV c. Simiramida-04 EOOD y Sentencia de 19 de noviembre de 2015, asunto C-455/15, P c. Q.

²¹ Hay que afirmar que desde la Sentencia de 28 de marzo de 2000, asunto C-7/98, Dieter Krombach c. André Bamberski, el Tribunal de Justicia ha rechazado la posibilidad de controlar la competencia judicial internacional mediante la cláusula del orden público.

Como afirma S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, se trataría de “una especie de control de competencia del juez de origen que podría canalizarse a través del orden público”²².

Y la respuesta tiene que ser negativa. Si el Tribunal de Justicia siempre ha sostenido una interpretación restrictiva y una aplicación excepcional de los motivos de denegación del reconocimiento, puesto que constituyen un obstáculo a la realización del principio de confianza mutua, difícilmente en el asunto *Liberato* iba a sostener que la sola infracción de las normas de litispendencia puede justificar la denegación del reconocimiento.

22. Al respecto debe recordarse que, en el ámbito del Reglamento n° 44/2001, el TJUE ha afirmado de forma reiterada que el orden público del Estado requerido sólo puede invocarse en supuestos muy excepcionales, en el caso de que el reconocimiento de la resolución dictada en otro Estado miembro choque de manera inaceptable con el ordenamiento jurídico, por menoscabar un principio fundamental. Y para respetar la prohibición de revisión de fondo de la resolución extranjera, tal menoscabo debería constituir una violación manifiesta de una norma jurídica considerada esencial en el ordenamiento jurídico del Estado miembro requerido o de un derecho reconocido como fundamental en este ordenamiento²³. El principio de confianza recíproca que inspira la regulación del Reglamento obliga a los justiciables a utilizar todas las vías de recurso que el Derecho del Estado miembro de origen les brinda. Salvo que concurren circunstancias particulares que dificulten o imposibiliten el ejercicio de los recursos en el Estado miembro de origen, hay que utilizar en ese Estado miembro todas las vías de recurso disponibles para impedir con anterioridad la violación del orden público²⁴.

Interpretación análoga puede realizarse de la cláusula del orden público del Reglamento n° 2201/2003 (Sentencia de 15 de noviembre de 2015).

23. Sobre la base de todas estas consideraciones declara el TJUE que las normas de litispendencia que figuran en el artículo 27 del Reglamento n° 44/2001 y en el artículo 19 del Reglamento n° 2201/2003 “*deben interpretarse en el sentido de que, cuando en el litigio en materia matrimonial, de responsabilidad parental o de obligaciones alimentarias, el órgano jurisdiccional ante el que se ha presentado la segunda demanda ha adoptado, en violación de dichas normas, una resolución que ha adquirido firmeza, estas se oponen a que los órganos jurisdiccionales del Estado miembro del que forma parte el órgano jurisdiccional ante el que se presentó la primera demanda denieguen, por esta sola razón, el reconocimiento de dicha resolución. En particular, esta violación no puede justificar, por sí sola, la denegación del reconocimiento de dicha resolución por ser manifiestamente contraria al orden público de este Estado miembro*”.

24. Como puede comprobarse la respuesta no es una negativa rotunda a que no pueda denegarse el reconocimiento de una resolución dictada en infracción de las normas de litispendencia. Lo que hay que lamentar, como afirma P. DE MIGUEL ASENSIO, es que el Tribunal no haya precisado cuándo o en qué circunstancias podría denegarse el reconocimiento²⁵.

A nuestro juicio esta solución no debe admitirse en todos los supuestos puesto que conceder eficacia a una resolución dictada sobre la base de un foro exorbitante puede contravenir, en la medida en que se lesionen derechos de la defensa, principios esenciales del Estado requerido, solución que se presenta como inaceptable (M^a A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *Denegación de la eficacia de sentencias europeas por indefensión del demandado*, J.M. Bosch ed., Barcelona, 2001, pp. 149-153).

²² S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Litispendencia, reconocimiento y orden público”, ob. cit. p. 6.

²³ Véase, entre otras, las Sentencias de 28 de marzo de 2000 (asunto C-7/98, Dieter Krombach c. André Bamberski); de 28 de abril de 2009 (asunto C-420/07, Meletis Apostolides c. David Charles Orams y Linda Elizabeth Orams); de 6 de septiembre de 2012 (asunto C-619/10, Trade Agency Ltd c. Seramico Investments Ltd) y de 23 de octubre de 2014 (asunto C-302/13, FlyLAL-Lithuanian Airlines AS v. Starptautiska lidosha Riga VAS y Air Baltic Corporation AS).

²⁴ Sentencia de 16 de julio de 2015, asunto C-681/13, Diageo Brands BV c. Simiramida-04 EOOD.

No obstante, y como afirma P. DE MIGUEL ASENSIO, “Reconocimiento de resoluciones adoptadas en vulneración de las normas sobre litispendencia”, ob. cit. p. 1, a diferencia de que ocurrió en el asunto Diageo Brands, no puede reprocharse al Sr. Liberato que no haya utilizado en el Estado miembro de origen todos los recursos disponibles para tratar de evitar la eventual vulneración del Derecho de la Unión.

²⁵ P. DE MIGUEL ASENSIO, “Reconocimiento de resoluciones adoptadas en vulneración de las normas sobre litispendencia”, ob. cit. p. 1.

A nuestro juicio con esa redacción (“*por esta sola razón*”, “*por sí sola*”), el Tribunal se está haciendo eco de las conclusiones del Abogado General y está refiriéndose, de forma implícita, a su propia jurisprudencia.

Si, como ya se ha analizado, la excepción del orden público sólo puede invocarse cuando existe una violación manifiesta de una norma jurídica considerada esencial en el Estado miembro requerido o de un derecho reconocido como fundamental en ese ordenamiento jurídico, lo que se trataría de saber es si las normas de litispendencia tienen esa importancia de forma que su infracción justificase la intervención del orden público (como sostenía la Corte Suprema de Casación italiana).

Para el Abogado General esa calificación no puede aplicarse a estas normas y sólo en circunstancias muy excepcionales podría invocarse el motivo de denegación del reconocimiento basado en el orden público del Estado miembro requerido. Así, por ejemplo, cuando la infracción de las normas de litispendencia “*vulnera derechos procesales de valor superior como los que garantizan la expresión de las alegaciones del progenitor en cuyo domicilio no reside el menor así como la observancia de plazos de enjuiciamiento razonables...*” (punto 94)²⁶.

25. En todo caso, y para zanjar cualquier posible duda, en el Considerando 56 del Reglamento n° 2019/1111 se afirma expresamente que “*la lista de los motivos de denegación del reconocimiento en el presente Reglamento es exhaustiva. No debe ser posible alegar como motivo de denegación los motivos que no se encuentran enumerados en el presente Reglamento, como por ejemplo, la vulneración de la norma de litispendencia*”.

V. Conclusiones: las fisuras del principio de confianza recíproca

26. Si desde un punto de vista teórico la respuesta dada por el Tribunal está totalmente justificada hay que reconocer que, en la práctica, puede potenciar, aún más en materia matrimonial, el *forum shopping* o, como afirma el Abogado General, la “instrumentalización de las normas de litispendencia” (punto 88).

27. Sólo el principio de cooperación entre los distintos órganos jurisdiccionales de los Estados miembros puede prevenir las dificultades inherentes a los procedimientos paralelos como se establece, por ejemplo, en el artículo 29. 2 del Reglamento n° 1215/2012 o en el artículo 17.2 del Reglamento n° 2016/1103. De hecho, en la reforma del Reglamento se ha introducido una previsión análoga en el nuevo artículo 86.

Y precisamente en este asunto no hubo ni cooperación, ni confianza por lo que los objetivos y la finalidad del Reglamento han fracasado. La sentencia rumana, dictada en infracción de las normas de litispendencia, debe reconocerse en Italia... Quizás todavía se esté preguntando el Sr. Liberato si no hubiera sido mejor demandar a su esposa en Rumanía y haberse ahorrado tantos años de litigios... y de sufrimiento (suponemos).

²⁶ Además recuerda el Abogado General que la Comisión puede examinar la posibilidad de interponer un recurso por incumplimiento en caso de aplicación errónea del Derecho nacional o del Derecho de la Unión y de fallo en el sistema de recursos establecido en cada Estado miembro, completado por el mecanismo de remisión prejudicial, regulado en el artículo 267 TFUE, que debe aplicarse para impedir con anterioridad la violación del orden público.

COMENTARIO DEL AAP BARCELONA N.º 128/2019
DE 8 DE MAYO: CONTRATO DE SUMINISTRO Y CLÁUSULA
DE SUMISIÓN EXPRESA A LOS TRIBUNALES
DE COSTA RICA

COMMENT FROM AAP BARCELONA N.º 128/2019 OF MAY 8:
PROVIDER CONTRACT AND EXPRESS SUBMISSION CLAUSE
TO THE COURTS OF COSTA RICA

YERAY ROMERO MATUTE

*Profesor Universidad San Jorge de Zaragoza
Doctorando en Universidad de Murcia*

Recibido: 16.12.2019 / Aceptado: 10.01.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5216>

Resumen: En la presente disertación, al hilo del Auto n° 128/2019 de 8 de mayo de 2019, se analizarán los motivos que llevaron a una sociedad española (parte contratada), por una empresa costarricense (parte contratante), a demandar a esta última y a su empresa matriz española –por un supuesto incumplimiento de contrato de suministro– ante los Tribunales españoles, utilizando el foro general del domicilio del demandado del artículo 4 del Reglamento (UE) n° 1215/2012. La parte demandante, fundamentó dicha decisión en la aplicación de la doctrina del “levantamiento de velo”. No obstante –como se podrá comprobar a lo largo de la presente–, fue la parte actora quien pretendió eludir, al amparo de dicha figura doctrinal, una cláusula de sumisión expresa a los Tribunales de Costa Rica.

Palabras clave: Legitimación, cláusula de sumisión, declinatoria internacional, “levantamiento del velo”.

Abstract: In this dissertation, in line with Order N° 128/2019 of 8 May 2019, the reasons that brought a Spanish company (contracted party), by a Costa Rican company (contracting party), to bring a lawsuit against the latter and its Spanish holding company –for an assumed non-compliance with a provision contract– in the Spanish courts, using the general forum of the defendant’s domicile in accordance with Article 4 of Regulation (EU) N° 1215/2012. The claimant based that decision on the application of the “lifting of the veil” doctrine. However –as can be seen throughout this document–, it was the claimant who attempted to avoid, on the basis of that doctrinal figure, an express submission clause to the courts of Costa Rica.

Keywords: Legitimation, submission clause, international declinatory, “lifting of the veil”

Sumario: I. Hechos. 1. Procedimiento n° 355/2017 del Juzgado de Primera Instancia n° 38 de Barcelona. 2. Procedimiento n° 209/2018 del Juzgado de Primera Instancia n° 44 de Barcelona. II. Pretensiones aducidas por las partes: Demandante y demandado. 1. Cosa juzgada: Material y formal. 2. Capacidad y legitimación de las partes. A. Doctrina del “levantamiento del velo”. B. Fraude de ley y el abuso del derecho. C. Legitimación procesal. 3. Competencia judicial internacional. A. Foro del domicilio del demandado. B. Cláusula de sumisión a favor de tribunales de un tercer Estado. C. La Declinatoria internacional. III. Comentario del Auto n° 128/2019 de 8 de mayo de 2019. IV. Reflexión final.

I. Hechos

1. En primer lugar, y al hilo del Auto emitido por la Audiencia Provincial de Barcelona n.º 128/2019 de 8 de mayo de 2019¹, se pretende analizar el contenido de dicha resolución, así como los fundamentos esgrimidos por el propio tribunal. No obstante, es necesario informar al lector de que dicho proceso trae causa directa de un procedimiento previo promovido entre las partes. Dicho lo cual, se narrarán los hechos acontecidos en ambos procedimientos, y de esta manera, se podrán comprender los argumentos esgrimidos por las partes implicadas, incluidos los del tribunal.

2. Procedimiento n.º 355/2017 del Juzgado de Primera Instancia n.º 38 de Barcelona

2. En este primer procedimiento nos encontramos como parte demandante a la sociedad S.L.U., BEMPAGOLDIN, en adelante (*Bempagoldin*) –con sede en España–; y como partes demandadas, tanto a la empresa FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS COSTA RICA, S.A., en adelante (*FCC Costa Rica*) –con sede en Costa Rica–, como a la sociedad FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A., en adelante (*FCC España*), siendo la empresa matriz de la anterior –con sede en España–.

3. Con carácter previo, es necesario apuntar que la empresa *FCC Costa Rica*, fue adjudicataria en Costa Rica de un contrato para realizar unas obras de ampliación de una carretera nacional². Ante esta tesitura, la empresa en cuestión decidió contratar a la empresa *Bempagoldin*, para que ésta le suministrara una máquina ranuradora con la que ejecutar dicho encargo. Así pues, el contrato de suministro firmado por ambas partes se celebró un 19 de mayo de 2015 en la ciudad de Bagaces, provincia de Guanacaste (Costa Rica)³.

4. Expuesto lo anterior, es preciso indicar que en el contrato señalado se acordó establecer una cláusula de sumisión expresa a los Tribunales de Costa Rica para dirimir cualquier conflicto derivado del dicho pacto –Cláusula 11 apartados 1º y 2º–. Dicho lo cual, respecto de la ley aplicable se expresó lo siguiente: “11.1: *El presente contrato se regirá e interpretará de acuerdo a las Leyes de Costa Rica*”; mientras que del fuero jurisdiccional se espesó lo expuesto: “*Para la resolución de cualquier conflicto o controversia que se plantee en cuanto a la interpretación, desarrollo o ejecución del presente contrato, las partes se someten a la jurisdicción de los Tribunales de la ciudad de San José, Costa Rica, con renuncia expresa de cualquier otro fuero que pudiera corresponderles*”.

5. Posteriormente, ante un “supuesto” incumplimiento de contrato⁴, *Bempagoldin* decidió demandar a *FCC Costa Rica*, así como a la sociedad matriz española, *FCC España*. La actora, en su demanda, solicitó la aplicación de la doctrina del “levantamiento del velo”, y en tal sentido, utilizó el foro general del domicilio del demandado (art. 4 RBI-bis)⁵, para interponer la susodicha demanda ante los

¹ AAP de Barcelona de 8 de mayo de 2019. [ECLI:ES: APB: 2019:2710A]

² Ampliación de 50 kilómetros de la interamericana-norte entre los tramos Cañas-Liberia.

³ Vid. F. SÁNCHEZ CALERO/ J. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, vol. I., *Op. Cit.*, p.287. El contrato de suministro, “es un contrato que no está tipificado en nuestro Derecho privado, pero sí lo está en el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Su difusión en el tráfico se debe a que mediante él se pretende satisfacer el interés de una persona (el suministrado) en poder de obtener la satisfacción de unas necesidades periódicas que se repiten en el tiempo; de manera tal, que el carácter duradero de la necesidad de obtener ciertas cosas y el interés en su cobertura que se prolonga en el tiempo se vinculan a la razón de ser de este contrato”.

⁴ Se utiliza el término “supuesto”, ya que se desconocen las causas por las que la empresa actora, *Bempagoldin*, decidió interponer la demanda. El referido Auto no ofrece ningún tipo de información al respecto. Por lo tanto, se deduce que ese incumplimiento contractual pudiera devenir de un impago de la parte contratante, *FCC Costa Rica*.

⁵ Reglamento (UE) n.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. «DOUE» núm. 351, de 20 de diciembre de 2012.

Tribunales españoles. Solicitando pues, el pago de 260.000 euros, más los intereses y costes pertinentes del traslado y retorno de la máquina ranuradora –objeto del contrato– desde Costa Rica hasta España.

6. En este contexto, la empresa matriz, *FCC España*, alegó la existencia de una cláusula de sumisión a los Tribunales de Costa Rica e interpuso una declinatoria internacional. Asimismo, defendía la falta de legitimación para ser parte en el procedimiento indicado. Por todo lo anterior, el Juzgado de Primera Instancia de Barcelona, en su Auto n.º 364/2017 de 13 de diciembre de 2017, estimó dicha declinatoria y apreció la falta de competencia judicial internacional de los Tribunales españoles. Máxime, cuando además, existía una cláusula de sumisión a los tribunales de un tercer Estado (art. 22. ter. LOPJ⁶).

7. En este sentido, *Bempagoldin* –insatisfecha con la respuesta obtenida–, decidió plantear un recurso de apelación ante la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, quien, en su Auto n.º 828/2017 de 13 de diciembre de 2017, consideró necesario desestimar dicho recurso como resultado de su falta de competencia judicial internacional.

3. Procedimiento n.º 209/2018 del Juzgado de Primera Instancia n.º 44 de Barcelona

8. En este segundo caso, nuevamente, nos encontramos como parte demandante a *Bempagoldin*, y como parte demandada, únicamente a la sociedad española, *FCC España*. Así pues, tras la respuesta negativa de los Tribunales españoles, *Bempagoldin* –astutamente–, decidió iniciar un segundo procedimiento⁷.

9. Ante esta maniobra, *FCC España*, continuó defendiendo la existencia de una cláusula de sumisión ante los Tribunales de Costa Rica e interpuso de nuevo una declinatoria internacional. Asimismo, seguía argumentando la falta de legitimación pasiva para ser parte en dicho procedimiento. Por esta razón, el Juzgado de Primera Instancia n.º 44 de Barcelona en su Auto de 28 de mayo de 2018 –siguiendo el mismo patrón que en el caso anterior–, estimó la declinatoria internacional planteada y alegó la falta de competencia judicial internacional de los Tribunales españoles, fallando, nuevamente, a favor de la parte demandada.

10. Seguidamente, ante la respuesta negativa del Juzgado de Primera Instancia de Barcelona, *Bempagoldin* decidió plantear un recurso de apelación ante la Sección n.º 16 de la Audiencia Provincial de Barcelona, quien, en su Auto n.º 128/2019 de 8 de mayo de 2019, manifestó que el recurso debía ser desestimado y que la decisión del tribunal coincidía en todos los términos con la resolución adoptada por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Barcelona antes citada.

II. Pretensiones aducidas por las partes: Demandante y demandado

11. Con carácter previo al comentario y análisis del Auto de 8 de mayo del 2019, es preciso explicar –desde un punto de vista teórico– las figuras procesales e internacionales que cada una de las partes utilizaron en sus escritos jurídicos. La parte demandante, *Bempagoldin*, se sirvió del instrumento doctrinal del “levantamiento del velo”, así como de la utilización del foro general del domicilio del demandado; mientras que la parte demandada, *FCC España*, contrarrestó con la figura de la “cosa juzgada”, el fraude de ley, la legitimación pasiva y la figura de la declinatoria internacional⁸.

⁶ Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. «BOE» núm. 157, de 2 de julio de 1985.

⁷ A diferencia del caso anterior –en este segundo procedimiento–, la empresa *FCC Costa Rica*, no fue ni demandada, ni parte del procedimiento.

⁸ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La llegada del hombre a la luna: levantamiento del velo y sumisión a tribunales extranjeros. Análisis del AAP Barcelona 8 mayo 2019 [contrato de suministro y sumisión a tribunales de Costa Rica]”, 2019, recuperado de <http://accursio.com/blog/>; J.-C. FERNÁNDEZ ROJAS, “La solicitud de levantamiento del velo no es más que una estrategia procesal para eludir la cláusula de sumisión expresa a los tribunales extranjeros”, recuperado de <https://fernandezrozcas.com/2018>.

1. Cosa juzgada: Material y formal

12. En primer lugar, la cosa juzgada es una figura elemental del Derecho procesal cuyo objetivo radica en garantizar una cierta seguridad jurídica; así, este instrumento procesal evita que una controversia o un procedimiento ya resuelto en vía judicial y con un pronunciamiento por parte de un tribunal, se vuelva a interponer por la misma parte. Asimismo, la cosa juzgada impide que existan sentencias reiterativas y/o contradictorias⁹.

13. No obstante, antes de profundizar de manera más exhaustiva en el aspecto formal y material de la “cosa juzgada”, es necesario aclarar dos puntos clave, que son: la firmeza y la invariabilidad. La primera, es un efecto que provoca que cualquier resolución judicial no pueda ser recurrida; es decir, si una sentencia no puede ser recurrida, adquiere firmeza (art. 207.2 LEC¹⁰). Mientras que la segunda, es una consecuencia directa que influye en el tribunal que emite la sentencia, ya que de oficio, éste no podrá cambiar o modificar dicho contenido –salvo que sea necesario subsanar algún defecto, corregirlo o aclararlo– (arts. 214 y 215 LEC y art. 267 LOPJ)¹¹.

14. Como se ha indicado, el instrumento jurídico de la “cosa juzgada” tiene dos vertientes claramente diferenciadas, pese a ello, ambas mantienen la misma esencia y la misma naturaleza. Por lo cual, se distingue la cosa juzgada formal por un lado, y la cosa juzgada material por otro. La primera, podría considerarse como el efecto interno que provoca una resolución judicial –afectando a las partes y al propio tribunal en un procedimiento–; mientras que la segunda, podría decirse que es el efecto externo que provoca la resolución que pone fin al procedimiento –es decir, afectando a procesos distintos y posteriores–¹².

15. Seguidamente, y respecto de la cosa juzgada material, se pueden distinguir dos funciones claramente heterogéneas: una función “negativa o excluyente” y una función “positiva o prejudicial”. La primera de ellas, se fundamenta en el principio del “*non bis in ídem*” del art. 222.1 LEC; en consecuencia, dicho precepto descarta la posibilidad de la existencia de un ulterior procedimiento entre las mismas partes y con el mismo objeto ya juzgado –y en caso de que ocurriera, el tribunal debe ponerle fin a la mayor brevedad posible–. Por otra parte, la función “positiva” siendo consecuencia de la anterior, pretendiendo evitar resoluciones contradictorias, entendiendo que aquello que ha sido resuelto en una resolución firme vincula a los tribunales posteriores, siempre que el objeto y las partes implicadas sean las mismas (art. 222.4 LEC)¹³.

16. En consecuencia, la regla general establece que la cosa juzgada material, despliega sus efectos en un procedimiento en relación con otro posterior cuando existen ciertas similitudes entre ambos –sujetos y objeto–¹⁴. Por lo cual, parece evidente que la figura de la cosa juzgada material, únicamente, podrá oponerse en un posterior proceso cuando la pretensión solicitada en éste sea exactamente la misma que la que se resolvió en el primer procedimiento y, además, exista una identidad en las partes intervinientes en dicho proceso¹⁵.

⁹ T. ARMENTA DEU, *Lecciones de Derecho procesal civil*, 10ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2017, p. 289.

¹⁰ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. «BOE» núm. 7, de 8 de enero de 2000.

¹¹ En este sentido, *Vid.* J. MONTERO AROCA et al., *Derecho jurisdiccional II, Proceso Civil*, 24ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp.490-491. “Las razones por las que contra una resolución no cabe recurso pueden ser varias: primero, porque contra ella no cabe recurso por no estar previsto en la ley; y segundo, porque aunque la ley lo prevea y se conceda la posibilidad de plantear dicho recurso, la resolución haya adquirido una firmeza como consecuencia de que haya transcurrido el plazo, se hubiese desestimado el recurso planteado, o bien, la parte recurrente hubiera incumplido algún requisito y se hubiese declarado la inadmisibilidad del mismo (arts. 452, 457, 470 y 480 LEC)”.

¹² T. ARMENTA DEU, *Op. Cit.*, p.290.

¹³ J. MONTERO AROCA et al., *Op. Cit.*, pp.497-498.

¹⁴ T. ARMENTA DEU, *Op. Cit.*, p. 292.

¹⁵ J.-A. ROBLES GARZÓN et al., *Conceptos de derecho procesal civil*, Madrid, Tecnos, 2017, pp. 436-439.

2. Capacidad y legitimación de las partes

A) Doctrina del “Levantamiento del velo”

17. Para cualquier empresario, el hecho de utilizar a una persona jurídica en sus propias transacciones es muy ventajoso, ya que ello le permite diferenciar y separar su propio patrimonio personal, del patrimonio afecto al ejercicio profesional y a la responsabilidad derivada de sus acciones¹⁶. En este sentido, se puede atestiguar que las consecuencias de que las sociedades mercantiles gocen de una personalidad jurídica consisten en que son consideradas como entidades de derechos y obligaciones, estando sometidas a unos compromisos inherentes al cargo (art. 116 CCom¹⁷)¹⁸. Además, como resultado de tener una cierta autonomía las sociedades deben responder de sus propios actos¹⁹. No obstante, esa aparente ventaja –como es la personalidad jurídica–, no debe utilizarse con un propósito fraudulento, de un modo abusivo o con mala fe, ni mucho menos, con la intención de eludir la normativa estatal de un país para beneficio propio en detrimento de un tercero.

18. La doctrina ha denominado a este comportamiento fraudulento como “abuso de la personificación”²⁰. Así, para apreciar la existencia de dicha figura, es necesario considerar la concurrencia de una serie de elementos: a) La antijuridicidad; b) la imputabilidad; c) el dolo; y en último lugar d) el daño. Con todo lo cual, podría afirmarse que se incurre en un “abuso de personificación” cuando los socios de una empresa pretenden utilizar la personalidad jurídica, con la intención de utilizarla como pantalla protectora frente a futuras reclamaciones. Y de esa manera, evadir cualquier tipo de responsabilidad²¹.

19. Por ello, la jurisprudencia –ante los problemas que suscitaba el uso fraudulento de la persona jurídica en las transacciones y acuerdos mercantiles– dio como respuesta la doctrina del “levantamiento del velo” o “*Lifting of the veil*”²². Dicha técnica permite ignorar la personalidad jurídica de cualquier sociedad y acceder al “*sustratum*”; es decir, a la estructura y al funcionamiento interno de la sociedad mercantil²³. Por este motivo, es menester conocer lo que la doctrina y la jurisprudencia opinan al respecto.

20. Pues bien, nuestra jurisprudencia –a partir de la sentencia de 28 de mayo de 1984, ha admitido de buen grado la doctrina del “levantamiento del velo”²⁴. Numerosas resoluciones posteriores, han invocado dicha técnica doctrinal para tratar de dar solución a los conflictos que ocurren hoy en día derivados de un incumplimiento de contrato²⁵. Y es que, este instrumento doctrinal permite descubrir

¹⁶ L. ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, *Abuso de personificación, levantamiento del velo y desenmascaramiento*, Madrid, Colex, 1997, p.64.

¹⁷ Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio., «BOE» núm. 289, de 16/10/1885.

¹⁸ J. HURTADO COBLES, *Levantamiento del velo y los grupos de empresas*, 1.ª ed., Barcelona, 2005., p. 19; asimismo; Así como C. BOLDÓ RODA, *Levantamiento del velo y persona jurídica en el Derecho Privado español*, Navarra, Aranzadi, 4.ª ed., 2006, p.31., quien considera que “el concepto de persona jurídica tal y como ha llegado hasta nuestros días es obra del afán sistematizador del Pandectismo alemán”.

¹⁹ F. SÁNCHEZ CALERO/ J. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, *Instituciones de Derecho Mercantil*, vol. I., Navarra, Aranzadi, 37.ª ed., 2015, p.341.

²⁰ L. ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, *Op. Cit.*, p.71., quien define el abuso de la personificación como aquel “ilícito civil que aparece integrado por la violación consciente del imperativo de transparencia en el tráfico jurídico, a través de la creación de una falsa apariencia de persona jurídica que los intervinientes en el tráfico, espectadores de la apariencia creada, no tienen el deber jurídico de soportar”.

²¹ A. VALMAÑA CABANES, “La doctrina jurisprudencial del levantamiento del velo societario”, *Revista El Derecho*, 2012, p.1.

²² STS 1196/1984, de 28 de mayo de 1984. [ECLI: ES:TS: 1984:1196.].

²³ J. HURTADO COBLES, *Op. Cit.*, p.19.

²⁴ R. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, *La doctrina del “levantamiento del velo” de la personalidad jurídica en la jurisprudencia*, 7ª ed., Navarra, Aranzadi, 2017.

²⁵ Al respecto, *Vid.* Sentencia de 26 de mayo de 2006 (Incumplimiento de contrato y levantamiento del velo); Sentencia de 7 de julio de 2006 (Contrato de obra); Sentencia de 25 de septiembre de 2007 (Incumplimiento de contrato. Grupo de empresas); Sentencia de 29 de noviembre de 2007 (Contrato de obra); Sentencia de 1 de febrero de 2008 (Levantamiento del velo y “conjunto de empresas”); Sentencia de 18 de junio de 2009 (Grupo de sociedades. Abuso de la personalidad jurídica orientado a anteponerse artificialmente en el orden de preferencia de acreedores); Sentencia 1 de marzo de 2011. (Operaciones realizadas

los entresijos y los “verdaderos” intereses de cualquier sociedad mercantil. Por consiguiente, ante esta tesitura, cabe preguntarse: ¿Qué elementos deben concurrir para la aplicación de la doctrina del “levantamiento del velo”?

21. El Tribunal Supremo, en su sentencia de 28 de mayo de 1984, analizó diferentes instituciones jurídico-legales, que por su extensión, no serán analizadas en la presente disertación²⁶. Empero, consideró que para la aplicación dicha técnica doctrinal deben concurrir los siguientes presupuestos: 1.) La sociedad debe ser dirigida por otra persona física o jurídica, es decir, debe apreciarse una clara manipulación de una empresa con respecto de la otra²⁷; 2.) debe producirse un perjuicio para un acreedor o un tercero; 3.) no debe quedar ninguna duda sobre la conducta fraudulenta llevada a cabo; y, 4.) esta herramienta doctrinal debe ser utilizada con carácter excepcional y en última ratio, es decir, únicamente cuando no pueda resolverse el problema con otros criterios o instituciones jurídicas²⁸.

22. Por lo tanto y tomando como referencia lo anterior, la doctrina del “levantamiento del velo” solo puede utilizarse cuando quede probado de manera fehaciente que la sociedad mercantil haya cometido una conducta fraudulenta, se haya servido de su posición dominante y hubiese provocado un daño a un tercero; todo ello, sin que exista ninguna otra posibilidad para resolver tal controversia²⁹.

B) Fraude de ley y abuso del derecho

23. Desde principios del Siglo XIX, la doctrina sostuvo que la sentencia judicial emitida por un órgano jurídico en un procedimiento, era el resultado de la aplicación de una norma –la ley–, del estudio de unos hechos concretos y del fallo emitido. Ahora bien, lo realmente complicado en esta cuestión es precisar las bases de tales premisas; una vez fijadas, el juzgador siempre buscará e intentará ofrecer el justo fallo³⁰. Dicho lo cual, dos figuras relacionadas directamente con lo anterior son: el fraude de ley y el abuso del derecho. Ciertamente, ambas instituciones se encuentran estrechamente vinculadas entre sí puesto que intentan eludir la norma aplicable utilizando otra norma distinta. En consecuencia, muy a menudo, nuestro Tribunal Supremo cita y utiliza tales figuras para aplicar la doctrina del “levantamiento del velo”³¹.

24. El fraude de ley pretende eludir la aplicación de una norma concreta a través de una norma de cobertura –Derecho objetivo– (art. 6.4 CC³²), mientras que el abuso del derecho, desde una posición

entre sociedades dominadas por una misma persona física. Propósito fraudulento), citadas en R. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, *Op. Cit.*, pp.1075, 1076, 1083, 1085, 1136, 1140 y 1141 respectivamente.

²⁶ Las distintas instituciones que analiza el Tribunal Supremo en su sentencia de 28 de mayo de 1984 son: 1.) La distinción y el conflicto entre el principio de seguridad jurídica y el valor de justicia; 2.) la equidad como herramienta en la aplicación normativa; 3.) el fraude y el abuso de derecho; y, 4.) el principio de buena fe.

²⁷ No obstante, cuando se refiere al abuso de poder no se esta refiriendo al control de una empresa sobre otra en sentido estricto –como puede ser por ejemplo que una empresa controle económicamente a su empresa filial– sino que se esta refiriendo al acto de manipular o servirse de esa posición dominadora sobre otra sociedad para cometer dicho fraude. A-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “El Derecho internacional privado de la Unión Europea frente a las acciones por daños anticompetitivos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 10, nº 2, 2018, p.72.

²⁸ En este sentido, SSTS de 31 de octubre de 1996, de 23 de diciembre de 1997 y 10 de marzo de 2005; “El levantamiento del velo societario, debe utilizarse cuidadosamente y en casos extremos...”; “La aplicación del “levantamiento del velo”, solamente está justificada en aquellos supuestos que aparezca evidente que se ha utilizado, con fines fraudulentos...”, respectivamente.

²⁹ Autores como EMBID IRUJO, SÁNCHEZ-CALERO y PUIG BRUTAU, comparten dichas afirmaciones. *Vid.* C. BOLDÓ RODA, *Op. Cit.*, pp. 261-265.

³⁰ M. GITRAMA GONZÁLEZ, La corrección del automatismo jurídico mediante las condenas del fraude de ley y del abuso de derecho, Curso monográfico sobre la Ley de bases para la modificación del Título preliminar del Código Civil, Valencia, 1975, pp. 111-115.

³¹ *Vid. Supra.* R. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, *Op. Cit.*, pp.1075-1141.

³² Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. «Gaceta de Madrid» núm. 206, de 25 de julio de 1889.

de poder, pretende provocar un daño a un tercero –Derecho subjetivo– (art. 7.2 CC)³³. Con lo cual y a través de un análisis pormenorizado, se pretende dilucidar si la doctrina del “levantamiento del velo” se encuadra en el concepto de fraude de ley, en el de abuso del derecho, o en ambas.

25. Al respecto, el art. 6.4 CC establece que “los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir”. En este sentido, son varios los requisitos que delimitan dicha figura. Pues bien, a pesar de que el susodicho precepto establece la expresión “actos” para que concurra el fraude de ley, ello debe entenderse en sentido general. A este respecto se debe apreciar como “fraudulento” cualquier acto que pretenda eludir la aplicación de una norma imperativa³⁴. Asimismo y aunque el art. 6.4 establezca un carácter subjetivo del fraude de ley, la mayoría de la doctrina considera que la “intención” no es un elemento que deba valorarse en el fraude de ley, ya que el objetivo perseguido en el fraude es, únicamente, la defensa del cumplimiento de las normas³⁵.

26. Por otra parte, la doctrina del abuso del derecho fractura la regla romana “*qui iure suo utitur neminem laedit*” y este principio, se encuentra tipificado en el art. 7.2 CC: “Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso”. En esta figura, al igual que en el caso anterior, son varios los requisitos que lo delimitan.

27. En este sentido, cuando el art. 7.2 se refiere a cualquier “acto u omisión” se interpreta como aquel acto u omisión que ha sido desarrollado en el marco de un derecho, siendo consciente de la superioridad que se ostenta al usarlo. Asimismo, las acciones u omisiones realizadas deben extralimitar la normalidad del ejercicio de un derecho, pudiendo sobrepasar dicho límite: el sujeto, el objeto o las circunstancias en que sea realizado. Consecuentemente, todo ello deberá ser probado ante el juez. Finalmente, este abuso del derecho, en ultima ratio, deberá provocar un daño a un tercero ya sea presente o a futuro³⁶.

28. En consecuencia, en relación con dicha cuestión, se podría decir que si se considerase el abuso del derecho y el fraude de ley como instituciones independientes, al igual que si se interpretaran que son instituciones conexas, el objetivo perseguido es exactamente el mismo –evitar la aplicación de la norma imperativa y realizar actos contrarios a la misma–³⁷.

C) Legitimación procesal

29. En este punto, antes de entrar a valorar la institución de la capacidad y la legitimación de las partes en un procedimiento, es preciso establecer la definición de “parte”. Ésta, en sentido formal, puede referirse tanto al sujeto que solicita la tutela judicial –parte demandante o actor–, como al sujeto al que se le exige –parte demandada–. En este sentido, para determinar quien ostenta la condición de parte en un procedimiento no se debe realizar teniendo en consideración la cuestión de fondo, sino que se tiene que fijar con arreglo al procedimiento concreto³⁸.

³³ C. BOLDÓ RODA, *Op. Cit.*, p. 213.

³⁴ En este sentido, C. BOLDÓ RODA, *Op. Cit.*, p. 217., considera que “aunque el fraude de ley pueda realizarse a través de un solo acto, lo normal es que se realice a través de varios actos”, entendidos como un conglomerado de actuaciones que engloban el fraude de ley.

³⁵ Comparten esta opinión, autores como AMORÓS GUARDIOLA, CAFFARENA LAPORTA, DE LA VEGA BENAYAS, entre otros, citados en *ibid.* p. 220.

³⁶ M.-C. GETE-ALONSO CALERA, *Comentarios al Código Civil y a las compilaciones forales*, Madrid, 1992, pp. 908-910.

³⁷ C. BOLDÓ RODA, *Op. Cit.*, p. 222.

³⁸ T. ARMENTA DEU, *Op. Cit.*, p.75.

30. Una vez establecido tal concepto, es necesario distinguir la capacidad para ser parte de la capacidad procesal. Al respecto cabe decir que, la capacidad para ser parte, se define como la aptitud para ser titular de unos derechos procesales, cargas y compromisos inherentes al propio proceso (art. 6 LEC)³⁹. Mientras que la capacidad procesal o también denominada capacidad de obrar procesal, presupone la aptitud para comparecer en el juicio y realizar válidamente los actos procesales (art. 7 LEC)⁴⁰.

31. Seguidamente, como se ha mencionado anteriormente, serán consideradas partes legítimas en un procedimiento judicial aquellas partes –sujetos del Derecho– que comparezcan como titulares de la relación jurídica. Con lo cual, el contenido de la pretensión indicará quien aparece como parte demandante –legitimación procesal activa– y quien aparece como demandado –legitimación pasiva– (art 10 LEC)⁴¹.

32. Así pues, el tratamiento procesal de la legitimación se rige por la “*Lex Fori*”. En consecuencia, la Ley española marcará el momento procesal oportuno para acreditar la legitimación. No obstante, y aunque la legitimación corresponde a una cuestión perteneciente al fondo del asunto –“*Lex Causae*”– y debe resolverse en la resolución que analiza el fono del asunto, dicha legitimación debe examinarse con carácter previo al fondo del mismo⁴²; es decir, debe resolverse antes de entrar en las cuestiones de fondo. La legitimación de las partes no puede analizarse ni en la audiencia previa del juicio ordinario, ni en la vista del juicio verbal, además debe precisarse que dicha institución no opera como una excepción procesal⁴³.

3. Competencia judicial internacional

A) Foro del domicilio del demandado

33. Antes que nada, en el sector de la competencia judicial internacional, hay que destacar la estatalidad del Derecho internacional privado. Al respecto, el instrumento aplicable en litigios internacionales, que regula la competencia de los tribunales en materia civil y mercantil, es el Reglamento 1215/2012 (RBI-bis)⁴⁴. En este sentido, cuando el texto normativo se refiere a litigio internacional, quiere decir que el caso en cuestión debe presentar algún elemento de extranjería; consecuentemente, para que se pueda apreciar la presencia de algún elemento extranjero basta con que este sea el país en el que se lleva la causa, el objeto del contrato o los sujetos implicados⁴⁵.

34. Por lo tanto, cabe esgrimir que “las personas domiciliadas en un Estado miembro estarán sometidas, sea cual sea su nacionalidad, a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado” (art. 4 RBI-bis).

³⁹ J. MONTERO AROCA et al., *Op. Cit.*, pp. 60-61. En relación con la capacidad para ser parte, Montero Aroca considera que: “El derecho no atribuye capacidad a los hombres sino que se limita a reconocerla; la personalidad va unida a la condición de hombre, el cual por el mero hecho de serlo es ya titular de derechos y obligaciones. En cambio la persona jurídica sí es reconocida por el Derecho, el cual puede fijar los requisitos para otorgarle dicha capacidad. La capacidad de las personas jurídicas para ser parte, queda reflejada en el art. 38 del CC”.

⁴⁰ *Ibid.* p. 63.

⁴¹ T. ARMENTA DEU, *Op. Cit.*, p.95. “La legitimación, a diferencia de la capacidad para ser parte y la capacidad procesal, incide directamente sobre el fondo; es un presupuesto de la acción y debe ser puesta en relación con el objeto del proceso. Si la falta de personalidad (...) determina no poder entrar sobre el fondo, la falta de legitimación acarrea la pérdida del proceso”. En este sentido, *vid.* STS 779/2012 de 9 de diciembre de 2012. [ECLI: ES:TS: 2012:8305].

⁴² STS 15 enero 2014 [CENDOJ 28079110012014100018]; STS 2 julio 2008 [CENDOJ 28079110012008100705]; STS 28 diciembre 2012 [CENDOJ 28079110012012100758]. Citadas en A-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Op. Cit.*, p. 113.

⁴³ *Ibidem.*

⁴⁴ M.-A. CEBRIÁN SALVAT, “La competencia judicial internacional residual en materia contractual en España”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 9, nº2, 2017, p.129.

⁴⁵ STJCE 28 marzo 1995, as. C-346/93, *Benson*, RJ 1995, p. I-615; STJCE 1 marzo 2005, as. C-281/02, *Andrew Owusu vs. N.B. Jackson*, RJ, 2005, p. I-1445, FJ 26; STJUE 14 November 2013, as. C-478/12, *Armin Maletic, Marianne Maletic vs. lastminute.com GmbH, TUI Österreich GmbH*, [ECLI:EU:C:2013:735], (FJ 26 y 28); STJUE 19 Julio 2012, as. C-154/11, *Mahamdia*, [ECLI:EU:C:2012:491], (FJ 39); STJUE 17 November 2011, as. C-327/10, *Hypotecní banka a.s. vs. Udo Mike Lindner*, RJ 2011, p. I-11543, (FJ 29-33).

35. En relación con este foro cabe decir que: 1.) Este foro responde a la regla clásica del “*actor sequitur forum rei*”, quien establecía la competencia del juez donde se encontrase la parte demandada; 2.) este precepto contiene una regla de competencia judicial, y es que para determinar el órgano competente, se debe prestar especial consideración al Derecho Procesal del Estado miembro donde se encuentre el domicilio del demandado⁴⁶; 3.) asimismo, se considera que es un foro “general”, ya que opera sin importar la materia objeto del proceso y el tipo de proceso; y, 4.) se considera como un foro un tanto “débil”, pues puede ser desplazado, y en ese caso, no operaría cuando existan foros exclusivos de competencia (art. 24 RBI-bis) o sumisión expresa o tácita a los tribunales de otros Estados (arts. 25 y 26 RBI-bis)⁴⁷.

B) Cláusula de sumisión a favor de tribunales de un tercer Estado

36. La contratación mercantil, desde el siglo XIX, se ha regido por el principio de la libre autonomía de las partes para constituir, respecto de cada acuerdo y/o transacción mercantil, las cláusulas oportunas. Para ello, las partes debían mantener una posición equidistante e igualitaria en dicha negociación⁴⁸. Pues bien, dichos acuerdos se formalizan cuando existe un consenso entre los implicados; es decir, esto ocurre cuando una de las partes acepta la oferta, tras realizarla la otra. De esa manera, el consentimiento queda implícito, ya sea de manera verbal o por escrito, y se celebra un contrato de mutuo acuerdo (art. 1.262 CC)⁴⁹.

37. Dicho lo cual, el sometimiento a los tribunales de un estado en particular se conoce como la sumisión expresa. Este tipo de sumisión, potencia la libre circulación desde un punto de vista mercantil y genera un “efecto llamada” muy positivo para la formalización y perfección de los contratos internacionales. La posibilidad de que las partes puedan acudir al tribunal que ellos consideren pertinente, proporciona una confianza en la relación contractual, garantiza cierta seguridad jurídica y permite “ahorrar” tiempo y dinero –ya que en “principio” no se va a litigar sobre la competencia judicial de otro tribunal⁵⁰.

38. No obstante, ante esa sumisión expresa, las partes siempre pueden invocar la reserva de hacer cumplir o no dicha sumisión, y solo podría incumplirse dicha cláusula cuando las partes llegasen, de mutuo acuerdo, a un nuevo contrato.

39. Ahora bien, como se ha mencionado en el punto anterior, el RBI-bis es aplicable en un litigio internacional entre un demandado domiciliado en un Estado miembro y un demandante domiciliado en un tercer Estado, en virtud del criterio del art.4 RBI-bis. No obstante, en caso de la existencia de un acuerdo de sumisión en favor de un tribunal de un tercer estado, el RBI-bis no determina ninguna solución. En este sentido, éste únicamente atribuye o niega la competencia de los tribunales de un Estado miembro⁵¹.

40. Pues bien, esta cuestión –la sumisión a los tribunales de un tercer Estado– se regirá por las normas establecidas por el Estado en donde surge la cuestión a la sumisión indicada. Dicha sumisión surte unos efectos jurídicos y en consecuencia, debe respetarse siempre que se ajuste a las normas del Estado miembro en donde se alega la sumisión. Parte de la Doctrina llama a esto “La remisión al Dere-

⁴⁶ W.-G. RINGE, “*Überseering im Verfahrensrecht – Zu den Auswirkungen der EuGH-Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften auf das Internationale Zivilprozessrecht*”, *IPRax*, 2007, pp. 388-395 (p. 390); A. WOLF, *Die internationale Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts*, *Sipplingen, JWV Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft*, 2017, pp. 203-204.

⁴⁷ En este sentido, *Vid.* A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Op. Cit.*, p. 71.

⁴⁸ F. SÁNCHEZ CALERO/ J. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, *Instituciones de Derecho Mercantil*, vol. II., *Op.* p.201.

⁴⁹ M. BROSETA PONT/ F. MARTÍNEZ SANZ, *Manual de Derecho Mercantil*, Vol.II., Madrid, Tecnos, 26.ª ed., 2019, p.43.

⁵⁰ I. LORENTE MARTÍNEZ, “Cláusula atributiva de competencia a favor de tribunales de terceros estados y sumisión tácita a favor de tribunales de un estado miembro: el dilema”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 9, nº1, 2017, p.447.

⁵¹ I. LORENTE MARTÍNEZ, *Op. Cit.*, p. 446.

cho nacional”⁵². Las consecuencias de esta “remisión” a ese derecho nacional conllevan resultados muy positivos: potencia, en un escenario internacional, la seguridad jurídica, refuerza la confianza de los sujetos implicados en los acuerdos y favorece el respeto y cuidado de las expectativas de las partes⁵³.

41. Así pues, la jurisprudencia del Tribunal Supremo confirma lo que se extrae *a sensu contrario* del art. 36 LEC⁵⁴; y es que en el caso de que se presente ante los Tribunales españoles una demanda alegando su falta de competencia por la existencia de una cláusula de sumisión, éstos no podrán declararse incompetentes de oficio sino únicamente a instancia de parte⁵⁵. La concesión de efectos a dicha cláusula de sumisión no es tan sencilla, si el tribunal ostenta el foro surge la cuestión de si ha de otorgarse a dicho acuerdo “efectos derogatorios”, es decir, si el tribunal español debe abstenerse para que lo haga el Tribunal que los sujetos han elegido⁵⁶.

C) La declinatoria internacional

42. Una institución jurídica, estrechamente vinculada con la falta de competencia judicial internacional, es la declinatoria internacional⁵⁷. Dicha figura es un mecanismo previsto en nuestro ordenamiento jurídico, concretamente en el art. 39 LEC; este precepto garantiza que, a falta de competencia internacional, el demandado podrá alegar, mediante declinatoria, la falta de competencia del tribunal ante el que se inste una pretensión, por pertenecer la competencia a otro órgano jurisdiccional.

43. Por otra parte, el art. 39 LEC se complementa con lo dispuesto en el art. 63 LEC. Como es sabido, la declinatoria es un mecanismo previsto en nuestro ordenamiento jurídico. En supuestos internacionales, su principal finalidad es permitir a la parte que la invoca, solicitar que se declare incompetente al tribunal español al que ha acudido la parte actora para resolver un procedimiento con tintes internacionales. La función de esta figura –como se ha mencionado en el anterior párrafo–, actúa como mero “recordatorio” exigiendo al tribunal su abstención para conocer de un asunto internacional. Por lo tanto, el demandado, ante la carencia de competencia judicial por parte de un tribunal, deberá interponer dicha declinatoria ante ese mismo tribunal (art. 63.2 LEC), en tiempo y forma (art. 64 LEC)⁵⁸.

44. Al respecto, si el tribunal considerase necesario estimar la declinatoria interpuesta por la parte demandada por corresponder la competencia a los tribunales de otro estado, resolverá mediante auto, y se abstendrá de conocer sobre el fondo del asunto (art.65.2 LEC); del mismo modo, en dicho auto, el tribunal debe señalar quien es el órgano ante el cual las partes deben ejercitar sus derechos. Contra dicho auto, la parte actora podrá presentar un recurso de apelación (art. 66 LEC).

⁵² A. RODRÍGUEZ BENOT, “Arts. 25 y 26”, en AA.VV., *Comentario al Reglamento (UE) n.º 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Reglamento Bruselas I refundido)*, Aranzadi-Thomson Reuters, 2016, pp. 545-590; A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, 16ª ed., Comares, Granada, 2016, pp. 277-278.

⁵³ I. LORENTE MARTÍNEZ, *Op. Cit.*, p. 447.

⁵⁴ STS 10 de noviembre 1993m n.º 7559/1993, [ECLI: ES:TS:1993:7559].

⁵⁵ M.-A. CEBRIÁN SALVAT, “Sumisión a tribunales extranjeros y normas españolas y europeas de competencia judicial internacional. Fundamentos y argumentos del Tribunal Supremo” en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Dir.), *El Tribunal Supremo y el Derecho Internacional Privado*, Colección Derecho y Letras, n.º1., Murcia, 2019., p.109.

⁵⁶ B. CAMPUZANO DÍAZ, “La *derogatio fori* en la Ley orgánica del Poder judicial”, *REDI*, Vol. 70, n.º. 1, pp.155-175.

⁵⁷ E. FERNÁNDEZ MASÍÁ, “Declinatoria internacional ante los tribunales españoles. La posición del tribunal supremo” en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Dir.), *El Tribunal Supremo y el Derecho Internacional Privado*, *Op. Cit.*, pp.115-136.

⁵⁸ En este sentido, *Vid.* A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. II., Granada, Comares, 18.ª ed., 2018, “La declinatoria internacional no debe proponerse en la contestación de la demanda. Debe proponerse como un “incidente de previo pronunciamiento” y, necesariamente, en los primeros días del plazo para contestar a la demanda o en los cinco primeros días posteriores a la citación para vista (art. 64.1 LEC). En consecuencia si se contesta a la demanda, y en los fundamentos de derecho se alega, entre otros, la incompetencia de los tribunales españoles, el cauce utilizado no será el adecuado. Es más, según el TS, el actuar de dicha forma, establece una sumisión tácita a los tribunales españoles y éstos conocerán del caso en virtud de dicha sumisión”.

46. Por lo tanto, en relación con la cláusula de sumisión a los tribunales de un tercer Estado, a falta de convenio internacional⁵⁹, se obliga a los tribunales del Estado en el que se ha interpuesto la demanda a resolver a tenor de sus propias normas nacionales de competencia judicial internacional. En España, por ejemplo, en un procedimiento de similares características en el que se interponga una demanda y existiese una cláusula de sumisión a los tribunales de un tercer Estado, la competencia judicial de los Tribunales españoles se determinaría conforme a lo establecido en los art. 22 y ss. LOPJ⁶⁰.

47. Pues bien, en primer término, el foro que otorga competencia a los Tribunales españoles en virtud de una cláusula de sumisión se encuentra en el art. 22 ter LOPJ. En segundo término, el apartado cuarto de este mismo precepto, excluye dicha competencia si existiera previamente entre las partes un acuerdo de elección de foro a favor de los tribunales de un tercer estado. En tal supuesto, los Tribunales españoles deberán suspender el procedimiento y solo podrían conocer del asunto en el caso de que los tribunales de ese tercer Estado declinasen su competencia.

III. Comentario del Auto n.º 128/2019 de 8 de mayo de 2019.

48. A lo largo del presente análisis, se han ido introduciendo y comentando los aspectos más relevantes de las pretensiones establecidas por las partes implicadas. Para recapitular, nos encontramos, por un lado, a la demandante, *Bempagoldin* –con sede social en España–, y por otro, como partes demandadas a *FCC España* –con sede en España–, y a su empresa filial, *FCC Costa Rica* –ubicada en dicho país–.

49. Cabe recordar que sendos procedimientos –detallados al principio de la presente– fueron iniciados por la sociedad demandante por un supuesto incumplimiento de contrato por parte de una de las demandadas, *FCC Costa Rica*. A pesar de ello, la demanda fue presentada ante los Tribunales españoles utilizando el foro general del domicilio del demandado (art. 4 del RBI-bis) y demandando a ambas compañías. La actora, *Bempagoldin*, alegó que la empresa *FCC España* se había servido de su empresa filial costarricense, *FCC Costa Rica*, con el único propósito de eludir a los Tribunales españoles ante un posible litigio.

1. Procedimiento n.º 355/2017 del Juzgado de Primera Instancia n.º 38 de Barcelona

49. En primer lugar y al hilo del primer caso, cabe decir que la resolución emitida por la Audiencia Provincial de Barcelona tiene la consideración de cosa juzgada, concretamente de “Cosa juzgada formal”. Con lo cual, y como se ha especificado en el epígrafe segundo en su apartado primero, la consecuencia de que un procedimiento tenga dicha consideración es que la resolución emitida afecta de manera interna, tanto a las partes implicadas como al propio tribunal; no obstante, ello no impide la apertura de un nuevo procedimiento.

50. Seguidamente y como se ha explicado en el epígrafe tercero, apartado segundo, en un procedimiento como el seguido ante la Audiencia Provincial de Barcelona, donde existía una cláusula de sumisión a los tribunales de un tercer Estado, los Tribunales españoles deben abstenerse de apreciar de oficio su competencia, debiendo esperar a que sea solicitada a instancia de parte mediante declinatoria. Por ello, la parte demandante, *FCC España*, interpuso una declinatoria internacional ante los Tribunales

⁵⁹ En España, además del RBI-bis, esta en vigor el Convenio de Lugano II (Decisión del Consejo, de 15 de octubre de 2007, relativa a la firma, en nombre de la Comunidad, del Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. «DOUE» núm. 339, de 21 de diciembre de 2007). También se encuentra vigente el Convenio de 30 de junio de 2005 sobre Acuerdos de Elección de Foro. Asimismo, tenemos un convenio bilateral con el país de El Salvador (Instrumento De Ratificación del Tratado entre el Reino de España y la República de El Salvador sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil, hecho en Madrid el 7 de noviembre de 2000. «BOE» núm. 256, de 25 de octubre de 2001).

⁶⁰ M.-A. CEBRIÁN SALVAT, “La competencia judicial internacional residual en materia contractual en España”, *Op. Cit.*, p. 137.

españoles⁶¹. Al respecto, y de conformidad con el art. 65.2 LEC, tal declinatoria se resolvió mediante auto. No obstante, para resolver la declinatoria internacional y determinar la competencia judicial internacional de los tribunales españoles, tales tribunales –en defecto de normas internacionales–, deben acudir al derecho interno para poder resolverlas (art.22 y ss. LOPJ).

51. En tercer lugar, como ya se ha dicho, la declinatoria internacional opera como una excepción procesal y en caso de ser estimada, el órgano juzgador no puede entrar a conocer sobre el objeto del proceso. En definitiva, tampoco puede dictar ninguna sentencia sobre el fondo del asunto, resolviendo dicho procedimiento mediante Auto (art. 65.2 LEC). Por lo tanto y como consideración de todo lo anterior, se puede afirmar que en este procedimiento no hubo cosa juzgada material.

2. Procedimiento nº 209/2018 del Juzgado de Primera Instancia nº 44 de Barcelona

52. En segundo lugar y como consecuencia directa del Auto emitido por la Audiencia Provincial de Barcelona en el primer procedimiento, se puede deducir que al no encontramos con una resolución con un tratamiento de “cosa juzgada material”, sino de “cosa juzgada formal”, esta permitido a la parte actora volver a iniciar este segundo procedimiento.

53. Por lo tanto, lo primero que realiza el órgano juzgador es verificar nuevamente su competencia judicial internacional –La explicación vendría a ser la misma que la detallada en los puntos 51 y 52, por lo tanto, se considerarán como reproducidos–. Para sintetizar, se ha explicado que la competencia judicial es un presupuesto del proceso, que debe ser analizada con carácter previo, siendo apreciada bien de oficio o a instancia de parte mediante declinatoria, siendo estimada y resuelta mediante Auto, teniendo en cuenta en defecto de normas internacionales los foros de los arts. 22 y ss. LOPJ. En consecuencia, la argumentación que ofrece el propio Auto es la que acompaña:

“La sumisión expresa o tácita de las partes es un elemento de determinación de la jurisdicción de los tribunales civiles españoles que opera cuando estamos ante la atribución de competencia exclusiva y excluyente, según señaló la STS de 15 de enero de 2013. Pero la sumisión también puede operar como límite de la jurisdicción pues puede tener eficacia a favor de los tribunales de otro Estado. Así se pronunció la STS 31 de mayo de 2012, ya antes de la reforma de la LOPJ por Ley 7/2015, de 21 de julio, al señalar: ‘En todo caso, el artículo 22, regla segunda, de la Ley 6/1.985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en relación con el artículo 36 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es interpretado por la Jurisprudencia, en reconocimiento de la libertad de pacto –dentro de los límites señalados a la potencialidad normativa creadora de las partes–, en el sentido de que también permite la sumisión expresa a favor de la jurisdicción de los Tribunales de otros Estados, aunque no sean miembros de la Unión Europea - sentencias de 19 de noviembre de 1990, 942/1993, de 13 de octubre, 1040/1993, de 10 de noviembre, y 687/2010, de 15 de noviembre–’. De esta forma, según se pronuncia la STS de 14 de marzo de 2007, dictada en un litigio en el que las partes se sometieron a la jurisdicción de los tribunales de otro Estado: ‘Excluida la competencia exclusiva de los tribunales españoles, se ha de mantener la plena efectividad de la cláusula de atribución de competencia, contenida en el contrato, y la virtualidad de su efecto derogatorio, siendo irrelevante frente a ella la concurrencia de conexiones tales como el domicilio del demandado, el lugar donde se encuentren los bienes que conforman el patrimonio de la sociedad cuyo capital se transmite, o cualesquiera otros que denoten la idea de proximidad de las partes o del objeto del negocio jurídico con el tribunal ante el que se presentó la demanda iniciadora de este proceso.’ En ese mismo sentido se había pronunciado ya la STS de 23 de julio de 2001” (FD 2º).

54. Así pues, como se ha detallado, el hecho de que el órgano juzgador haya estimado la declinatoria internacional considerado su falta de competencia judicial internacional, repercute en que no va a entrar a valorar ninguna cuestión que requiera entrar en el fondo del asunto. Del Auto no se desprende si el demandado alegó cosa juzgada “material” o “formal”, si bien en todo caso, el tratamiento de la cosa

⁶¹ Vid. *Supra*. M.-A. CEBRIÁN SALVAT, *Op. Cit.* p.109.

juzgada material requeriría un examen del fondo del asunto, en tanto que es una excepción material, no procesal. Dicho lo cual, para poder pronunciarse, el juzgado debería haber dictado sentencia sobre el fondo del asunto y no lo hace porque ha estimado la declinatoria internacional en tanto en cuanto que no dispone de competencia judicial internacional, en virtud de la cláusula de sumisión a los Tribunales de Costa Rica.

55. Lo mismo cabe decir, respecto de la legitimación pasiva de la parte demandada, al ser una institución que afecta al fondo del asunto, requeriría que se dictase sentencia que sí que comportaría el efecto de cosa juzgada, dado que no puede considerarse como una excepción procesal.

56. Finalmente, lo que hace la Audiencia Provincial de Barcelona es acudir al contrato de 19 de mayo de 2005 suscrito por las partes y al percatarse de la existencia de una cláusula de sumisión a los tribunales de Costa Rica, le responde a la parte demandante que no tiene competencia judicial internacional y que debe acudir a los Tribunales de Costa Rica. En este sentido, estos últimos serán los que decidan si el demandado está o no legitimado pasivamente –*FCC España*–. De esta manera, el propio tribunal da por terminado el procedimiento sin tener que celebrar vista, ni practicar prueba, ni dictar una sentencia. Dicho lo cual, se ahorra costes y tiempo.

IV. Reflexión final

57. En primer lugar cabe esgrimir, que la Audiencia Provincial de Barcelona, en su Auto n.º 128/2019 de 8 de mayo de 2019, desmontó los argumentos de la parte demandante, desde un punto de vista internacionalprivatista, con una fundamentación rigurosa, solvente y acertada.

58. La propia Audiencia, lejos de resolver dichas pretensiones y siendo conocedora de la repercusión que produce una cláusula de sumisión a los tribunales de un tercer Estado en relación con la competencia judicial internacional, decidió –al amparo de la declinatoria interpuesta por la parte demandada–, resolver la falta de dicha competencia, otorgar plenos efectos a la cláusula de sumisión en favor de los Tribunales de Costa Rica y todo ello, sin entrar a valorar la cosa juzgada, la legitimación pasiva, ni la institución del levantamiento del velo, con lo cual al no conocer respecto del fondo del asunto, no celebra una vista, ni tampoco practica prueba y se ahorra dictar una sentencia.

59. Así pues y a modo de cierre, es preciso distinguir que los procesos judiciales internacionales se sustentan por las convicciones y las garantías jurídicas que la propia normativa internacional ha establecido. Intentar, al amparo de las mismas, desvirtualizar su contenido no es lo adecuado para un correcto funcionamiento de la justicia. En este caso, una vez más, se puede afirmar que la lógica y la justicia imperó sobre las trampas, las argucias y las estrategias procesales fraudulentas. Y es que, como dijo Alan Turing, «A veces la persona que nadie imagina capaz de nada es la que hace cosas que nadie imagina»

LA APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA 2004/38/CE EN SUPUESTOS DE KAFALA (قَلْافَك) INTERNACIONAL

THE APPLICATION OF DIRECTIVE 2004/38/EC IN AN INTER- NATIONAL KAFALA'S (قَلْافَك) CASES

M^a JESÚS SÁNCHEZ CANO

*Profesora Ayudante Doctora de Derecho Internacional Privado
Universidad San Jorge
Magistrado Suplente*

Recibido: 16.12.2019 / Aceptado: 10.01.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5217>

Resumen: El incremento que ha experimentado en los últimos años el recurso a la Kafala de Derecho islámico por parte de ciudadanos residentes en la Unión Europea ha suscitado numerosos inconvenientes respecto a su calificación, dado que se trata de una figura desconocida en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. En este sentido, surge la duda de si a los efectos de la Directiva 2004/38/CE, el menor en situación de Kafala estaría comprendido en la categoría de “descendiente directo” de un ciudadano de la Unión Europea o por el contrario, podría calificarse como “otros miembros de la familia”, en los términos del art.3.2 de la citada Directiva.

Palabras clave: *Kafala*, Directiva 2004/38/CE, libre circulación y residencia, Unión Europea.

Abstract: The increase in recent years in the use of the *Kafala* of Islamic law by citizens residing in the European Union has given rise to numerous problems with regard to its classification, given that it is an unknown figure in the legal systems of the Member States. In this sense, the question arises as to whether, for the purposes of Directive 2004/38/EC, the minor in a *Kafala* situation would be included in the category of “direct descendant” of a citizen of the European Union or, on the other hand, could be classified as “other family members”, in the terms of art. 3.2 of the above-mentioned Directive.

Keywords: *Kafala*, Directive 2004/38/EC, free movement and residence, European Union.

Sumario: I. Planteamiento de la cuestión. II. Algunas consideraciones sobre la figura de la *kafala* (قَلْافَك). 1. Generalidades. 2. Breve referencia al régimen de la *kafala* (قَلْافَك) en el Derecho argelino. III. Aproximación a la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. IV. Análisis de la STJUE de 26 de marzo de 2019, asunto C 129/18, SM / *Entry Clearance Officer, UK Visa Section*. 1. Antecedentes de hecho. 2. Estudio del fallo. A. ¿Es un “descendiente directo” en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra c), de la Directiva 2004/38 el menor que se halla bajo la tutela legal permanente de un ciudadano o ciudadanos de la Unión con arreglo a la institución de la “kafala” o a una disposición equivalente prevista en la legislación [de su país de origen]? B. ¿Está facultado un Estado miembro a investigar, antes de reconocer a un menor que no es descendiente consanguíneo de un [ciudadano de la Unión] como descendiente directo con arreglo al artículo 2, apartado 2, letra c), de la Directiva 2004/38, si el procedimiento mediante el que se otorgó la tutela o custodia del menor a dicho [ciudadano de la Unión] tuvo en cuenta suficientemente el interés superior del menor? C. ¿Está facultado un Estado miembro a investigar, antes de reconocer a un menor que no es descendiente consanguíneo de un [ciudadano de la Unión] como descendiente directo con arreglo al artículo 2, apartado 2, letra c), de la Directiva 2004/38, si el procedimiento mediante el que se otorgó la tutela o custodia del menor a dicho [ciudadano de la Unión] tuvo en cuenta suficientemente el interés superior del menor? IV. Reflexión final.

I. Planteamiento de la cuestión

1. El punto de partida del presente estudio se encuentra en la Directiva 2004/38/CE sobre el derecho de los ciudadanos de la Unión Europea y de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de la Unión Europea¹. El objeto de la norma, como su propio nombre indica, regula los requisitos y limitaciones para el ejercicio del derecho a la libre circulación y residencia de los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y de los miembros de su familia, cualquiera que sea la nacionalidad de éstos.

2. El art.2.2 de la Directiva determina quienes pueden considerarse miembros de la familia de un ciudadano de la Unión Europea a los efectos de la aplicación de la mencionada Directiva. Este precepto se complementa con lo dispuesto en el art.3, que amplía el elenco de beneficiarios.

3. Concretamente, por lo que respecta a este trabajo, resultan relevantes los art.2.2.c) y 3.2.a) de la Directiva 2004/38/CE. Así, el primero de los preceptos citados incluye dentro de la definición del término “miembros de su familia” a los descendientes directos menores de 21 años o a cargo y los del cónyuge o de la pareja. En cuanto al segundo de los artículos a los que se ha hecho referencia, ordena facilitar la libre circulación y residencia a otros familiares distintos de los recogidos en la letra c) del art.2.2, que se encuentren a cargo o convivan en el país de procedencia con el ciudadano de la Unión Europea, beneficiario a título principal del derecho de residencia.

4. El problema se plantea cuando el permiso de entrada se solicita por parte de un nacional de la Unión respecto de un menor procedente de un tercer Estado, que se encuentra a su cargo en virtud de una *kafala* transnacional. Ello se debe a que la calificación de esta institución no es tarea sencilla, habida cuenta de que se trata de una institución propia del Derecho islámico, desconocida en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. Surge entonces la cuestión de determinar si, atendiendo a los efectos que despliega la *kafala* procedente de un país islámico, el menor en situación de *kafala* (*makfoul*) puede beneficiarse del derecho a la libre circulación y residencia en la Unión Europea en los términos del art.2.2.c), del 3.2.a) o de algún otro precepto de la Directiva 2004/38/CE.

5. Recientemente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha tenido ocasión de pronunciarse sobre este tema en la Sentencia dictada en el asunto C-129/18 (*SM / Entry Clearance Officer, UK Visa Section*)². En este caso se trataba de la solicitud de un permiso de entrada en Reino Unido, requerido por dos cónyuges de nacionalidad francesa respecto de una menor argelina, en relación con la cual habían constituido una *kafala* en Argelia, conforme al Derecho de ese país. En la solicitud figuraba que la menor era hija adoptiva del matrimonio francés, pese a que, como más adelante se explicará, los efectos de la *kafala* no se corresponden con los de la institución adoptiva. Debido a que las autoridades británicas denegaron el permiso, SM interpuso los recursos pertinentes hasta llegar a la *Supreme Court of the United Kingdom* (Tribunal Supremo, Reino Unido), la cual suspendió el procedimiento y remitió al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

“1) ¿Es un “descendiente directo” en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra c), de la Directiva 2004/38 el menor que se halla bajo la tutela legal permanente de un ciudadano o ciudadanos de la Unión con arreglo a la institución de la *kafala* o a una disposición equivalente prevista en la legislación [de su país de origen]?”

¹ Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros por la que se modifica el Reglamento (CEE) n.º 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE (DO L 158 de 30.4.2004, pp. 77–123). Corrección de errores (DO L 229 de 29.6.2004, pp. 35-48)

² STJUE de 26 de marzo de 2019, asunto C129/18, *SM / Entry Clearance Officer, UK Visa Section* (ECLI:EU:C:2019:248).

- 2) ¿Pueden interpretarse otras disposiciones de la Directiva 2004/38, en particular sus artículos 27 y 35, en el sentido de que puede denegarse la entrada de tales menores en el territorio si son víctimas de explotación, abusos o tráfico de seres humanos o están expuestos a ese riesgo?
- 3) ¿Está facultado un Estado miembro a investigar, antes de reconocer a un menor que no es descendiente consanguíneo de un [ciudadano de la Unión] como descendiente directo con arreglo al artículo 2, apartado 2, letra c), de la Directiva 2004/38, si el procedimiento mediante el que se otorgó la tutela o custodia del menor a dicho [ciudadano de la Unión] tuvo en cuenta suficientemente el interés superior del menor?”

6. Con carácter previo al examen de la resolución y del análisis de las respuestas dadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea a las tres cuestiones prejudiciales formuladas, conviene precisar cuáles son los efectos que despliega la figura de la *kafala* y su regulación en el Derecho argelino, junto con los aspectos más destacados de la Directiva 2004/38/CE.

II. Algunas consideraciones sobre la figura de la *kafala* (كفاليفك)³

1. Generalidades

7. Como es sabido, el Corán prohíbe la institución adoptiva⁴, si bien no deja de lado la protección de los menores, sino que la contempla en diferentes suras⁵. En efecto, en los países islámicos la protección de los niños huérfanos o desamparados se lleva a cabo mediante el recurso a la *kafala*, que constituye la figura que proporciona a los menores la máxima protección en dichos Estados. Se trata de una modalidad propia del Derecho musulmán, que puede desempeñar diversas funciones, pero cuyos efectos no resultan equivalentes a los de otras instituciones de protección de menores previstas en los sistemas jurídicos occidentales, incluido el Derecho español.

8. Más en concreto y en lo que interesa al presente trabajo, hay que dejar sentado que las facultades que derivan de la *kafala* se asemejan a los derechos y deberes derivados de las relaciones paternofiliales, así como que, al igual que otras figuras de protección de menores, se fundamenta en el interés del menor. No obstante, la *kafala* no comporta el establecimiento de vínculos de filiación entre el *kafil* y el *makfoul*, lo que la distingue de la adopción, aún en su modalidad de simple o no plena⁶. De

³ La transcripción del árabe de los términos que hacen referencia a esta institución es la que sigue: *Kafala* (كفاليفك), *kafil* (كفاليفك) y *makfoul* (كفاليفك). La traducción ha sido facilitada por Hani Al Rached, Doctor en Derecho por la Universidad de Zaragoza.

En la elaboración de este apartado se han tomado en cuenta especialmente las siguientes obras: A. RODRIGUEZ BENOT, “La eficacia de la *Kafala* ante el ordenamiento español”, en AA.VV., *Kafala y adopciones en las relaciones hispano-marroquíes*, Madrid, FIIAP, 2009, pp. 127-155; N. MARCHAL ESCALONA, “Reconnaissance et efficacité de la kafala marocaine dans l’ordre juridique espagnol (1)”, *Revue critique de droit international privé*, 104 (1), janvier-mars 2015, pp.89-113; K. QALD ALI, Y T. SAGHIR, “Acercamiento a la adopción en los países del Magreb”, en G. ESTEBAN DE LA ROSA (COOR.), *Regulación de la Adopción internacional. Nuevos problemas, nuevas soluciones*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2007, pp. 84 y ss.; y H. ZEKRI, “La *Kafala* en el Derecho marroquí”, en AA.VV., *Kafala y adopciones en las relaciones hispanomarroquíes*, Madrid, , 2009.

⁴ Este es el motivo de que sólo tres ordenamientos de tres países del mundo islámico contemplan la institución adoptiva: Turquía, Túnez e Indonesia. Vid. *Rapport n°164, Sénat, Session ordinaire de 2000-2001, Annexe au procès-verbal de la séance du 20 décembre 2000*, p.15.

⁵ Concretamente, la prohibición se encuentra en los versículos 4 y 5 de la Sura 33 del Corán. A este respecto, resulta muy ilustrativo el razonamiento que se ofrece de los orígenes de la institución de la *Kafala* en H.ZEKRI Y J. OUHIDA, «Capítulo I: La *kafala* en el Derecho marroquí», A. QUIÑONES ESCÁMEZ, A.RODRÍGUEZ BENOT, H.ZEKRI Y J. OUHIDA, *Kafala y adopción en las relaciones hispano-marroquíes*, Madrid, FIIAP, 2009, pp. 11-125. En esta obra se explica también como la prohibición de la adopción se recogió en los versos 5, 37 y 38 de la *Ázora* de los Partidos (*Al-Ahzab*). Puede consultarse también H. AL RACHED, « Protección de los menores no acompañados (MENAS) en el Derecho Internacional: Especial atención a la situación de los niños sirios » (Aceptado para su publicación en la *RJUAM*).

⁶ H.ZEKRI Y J. OUHIDA, « Capítulo I: La *kafala* en el Derecho marroquí», A. QUIÑONES ESCÁMEZ, A.RODRÍGUEZ BENOT, H.ZEKRI Y J. OUHIDA, *Kafala y adopción en las relaciones hispano-marroquíes*, Madrid, FIIAP, 2009, pp. 13-14.

igual modo, la *kafala* difiere de la adopción porque aquella puede constituirse de manera transitoria y no permanente⁷.

9. Igualmente, conviene reseñar que, a diferencia de otras modalidades de protección de menores, como el acogimiento o la adopción, lo que en verdad caracteriza a la *kafala* es su naturaleza religiosa. Esto es así, dado que el *kafil*, junto con la obligación de cuidar y mantener al *makfoul*, asume igualmente el deber de instruirlo en la fe islámica. Este dato es importante, puesto que constituye del denominador común a las distintas regulaciones de la *kafala* existentes en los sistemas jurídicos de los países islámicos que la regulan⁸.

10. Asimismo, debe indicarse que en algunos ordenamientos de países musulmanes se recogen dos modalidades de *kafala*, la judicial y la notarial. Respecto de esta última, se ha puesto de manifiesto que pudiera dar lugar a *kafalas* fraudulentas, debido a la ausencia de controles legales y medidas de seguimiento, que puede derivar en prácticas contrarias a los intereses de los menores, colocándolos en situaciones de auténtica desprotección. Ello se debe, principalmente, a que se permite la constitución de *kafalas* notariales fuera del ámbito familiar, siendo el *kafil* una tercera persona con la que el *makfoul* no tiene ningún tipo de parentesco⁹.

11. Con todo, la *kafala* constituye una institución de protección de menores, que viene reconocida como tal medida en textos internacionales, como el art. 20.3 del Convenio sobre los Derechos del Niño de 1989 o en el art.3.e).33 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 niños¹⁰.

⁷ H.ZEKRI Y J. OUHIDA, «Capítulo I: La *kafala* en el Derecho marroquí», A. QUIÑONES ESCÁMEZ, A.RODRÍGUEZ BENOT, H.ZEKRI Y J. OUHIDA, *Kafala y adopción en las relaciones hispano-marroquíes*, Madrid, FIIAP, 2009, pp. 35-47. En esta obra se indica que en Derecho marroquí el papel de *kafil* lo pueden desempeñar los cónyuges y la mujer musulmana, mientras que el hombre musulmán sólo lo puede asumir en los supuestos previstos en la ley. De la misma manera, como dato distintivo de la institución adoptiva, cabe señalar que está previsto que la titularidad de la *kafala* recaiga en un establecimiento público o de una organización o asociación de carácter social catalogada como de utilidad pública.

⁸ Recuérdese que las autoridades marroquíes restringieron la constitución de *kafalas* transnacionales, ante el temor de que los menores fuesen educados en los países de recepción fuera de la fe musulmana, lo que conllevaría una grave trasgresión de la naturaleza de esta figura. A este respecto, el Ministerio de Justicia y Libertad marroquí dictó la Circular nº 40 S/2 de Justicia. Debido a las restricciones introducidas por el Gobierno marroquí, el legislador español, modificó el art.19.4 LAI, mediante la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE núm.180, 29 julio 2015), prohibiendo en ciertos casos la constitución en España de una adopción después de haberse decretado una *Kafala* en el Estado de origen del menor. Para mayor información, puede consultarse N. MARCHAL ESCALONA, “La *Kafala* marroquí: problemas de ayer, hoy y mañana”, *Revista internacional de Derecho y Jurisprudencia* nº 3, 2013, Universidad de Almería, <http://ojs.ual.es/ojs/index.php/RIDJ/article/view/1782>. y M.J. SÁNCHEZ CANO, “Adopción en España de menores en situación de *Kafala* y Ley Nacional del Adoptando”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2018), Vol. 10, No 2, pp. 932-933.

⁹ En efecto, por ejemplo, en Derecho marroquí se regula la *kafala* judicial, que se constituye mediante resolución judicial del Juez de Tutelas, y la *kafala* notarial, que no precisa ni la declaración de abandono ni la apertura de procedimiento judicial alguno, y en la cual los padres confieren al *kafil* a su hijo, mediante lo que se conoce con el nombre de “acta adular”. Esta última modalidad de *kafala* suele llevarse a cabo dentro del ámbito familiar, aunque también puede acordarse a favor de terceras personas con las que no existe ningún lazo de parentesco, prescindiendo, en ocasiones, incluso del “acta adular”. H.ZEKRI Y J. OUHIDA, «Capítulo I: La *kafala* en el Derecho marroquí», *cit.*, pp. 47-51.

Respecto de las *kafalas* fraudulentas, la autora del presente trabajo ha tenido conocimiento de que en Ceuta y Melilla se han detectado posibles prácticas fraudulentas, cuyo objeto es la obtención de beneficios en los sectores de la nacionalidad y de la extranjería. La fuente de esta información se sitúa en una entrevista telefónica con la periodista Sabela González García, perteneciente a la Fundación PorCausa (<https://porcausa.org/persona/sabela-gonzalez/>) y que investiga el tema desde la perspectiva de las niñas y adolescentes marroquíes y su situación en Melilla, bajo el contexto de las migraciones y la tutela en la ciudad autónoma. Una información más completa de este asunto se publicará próximamente en S. GONZÁLEZ GARCÍA Y J. BAUTISTA, *Buscar la vida*, libros.com, <https://libros.com/crowdfunding/buscar-la-vida/>.

¹⁰ Ciertamente, la *kafala*, es una de las medidas de protección de menores que quedan cubiertas por el ámbito de aplicación de las normas internacionales mencionadas. Más todavía, durante los trabajos preparatorios del CH 1993 y en relación con la definición del art.2.2, que define la adopción como aquella institución que comporta un vínculo de filiación, se insistió por parte del delegado egipcio para que se solventaran los problemas que suscitaba el Proyecto de Convenio respecto a países que, como es el caso de Egipto, no reconocen la adopción, aunque disponen de otras instituciones de protección de los menores,

12. En este orden de cosas, cabe mencionar aquí que esta institución también ha sido objeto de tratamiento por el TEDH, que ha reconocido que la relación que instituye la *kafala* entre el *kafil* y el *makfoul* se encuentra protegida por el art.8 CEDH. En este sentido, parece oportuno comentar brevemente dos resoluciones del citado Tribunal. En primer lugar, la STEDH, Sección 5^a, de 4 de Octubre de 2012, rec. 43631/2009 (*Affaire Harroudj c. France*), que resolvió el recurso interpuesto contra una resolución del Tribunal de *Grande Instance* de Lyon, por una ciudadana de nacionalidad francesa, ante la imposibilidad de constituir en Francia la adopción de una menor argelina, respecto de la cual se había decretado previamente una *kafala* en Argelia y que se encontraba en situación de abandono en dicho país. La recurrente invocó en su recurso la infracción de los arts. 8 y 14 del CEDH por parte de la ley francesa. El TEDH entendió que no se había producido vulneración alguna de las citadas normas y que, en consecuencia, la prohibición prevista en el art. 370-3 del *Code civil* francés se ajusta a lo dispuesto en el CH 1993. Igualmente, el TEDH resuelve que la *kafala* es una medida de protección de menores expresamente recogida tanto en el Convenio de Nueva York sobre derechos del niño como en el CH 1996, que se reconoce en el ordenamiento jurídico francés, equiparándola a tutela. Por consiguiente, el Tribunal entendió que la medida que incorpora el art. 370-3 del *Code civil* respeta el pluralismo cultural y mantiene un justo equilibrio entre el interés público y el de la recurrente.

13. En similares términos se pronunció el TEDH en el Caso *Chbihi Loudoudi* y otros contra Bélgica. (Sentencia de 16 diciembre 2014. TEDH 2014\101). En esta resolución, el Tribunal ponderó los intereses en conflicto y concluyó que tampoco hubo violación del art. 8 CEDH por la negativa de las autoridades belgas de no acordar una adopción, en tanto que del mismo no se desprende “una concepción unívoca del interés superior de la menor que exigiría el pronunciamiento de la adopción en el sentido de la legislación belga, cuando la niña ya disponía de una filiación previa”. Más aún, cuando la ley belga ofrece la posibilidad de garantizar la vida familiar a través de un procedimiento de tutela oficiosa, cuyos efectos se asemejan a los de la *kafala*¹¹.

2. Breve referencia al régimen de la *kafala* (كافل افك) en el Derecho argelino

14. En Argelia, el régimen de la *kafala* se rige por la *loi* n° 84-11 du 9 juin 1984 y los arts. 116 y ss. del *Code de la famille algérien*. En concreto, el art.16 de dicho texto legal define la *kafala* como el compromiso para hacerse cargo del mantenimiento, la educación y la protección un menor, de la misma manera que lo haría un padre para con su hijo y que se establece por un acto legal¹².

15. Por otra parte, como consecuencia del carácter religioso que tiene la *kafala*, el art.18 del *Code de la famille algérien* exige que el *kafil* profese la religión musulmana¹³. El *kafil* puede ser hombre

tales como la *kafala*. Por este motivo, el delegado egipcio, solicitó que la noción de adopción que se incorporase al Convenio fuera lo suficientemente amplia para comprender figuras como la *kafala*. Su propuesta, fue finalmente rechazada. Vid. G. PARRA ARANGUREN, “Convenio de 29 de mayo de 1993 relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional. Informe explicativo”, <http://www.hcch.net/upload/brochure33es.pdf>, pp.27 y 28.

¹¹ Debido a la extensión del presente trabajo y en aras de la brevedad, no parece oportuno abordar en este momento el tratamiento de la *kafala* por la jurisprudencia española. No obstante, en referente a este tema, pueden resultar ilustrativas, debido a su reciente publicación: P. JUÁREZ PÉREZ, “La *kafala* islámica como institución de protección: interpretación y práctica españolas”, en M.A. CEBRIÁN SALVAT E I. LORENTE MARTÍNEZ (Dir.), *Protección de menores y Derecho Internacional Privado*, Granada, Comares, 2019, pp.143-169 y M. VARGAS URRUTIA, “Capítulo XX. La *kafala* del Derecho musulmán y el Tribunal Supremo, en A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Dir.), *El Tribunal Supremo y el Derecho Internacional Privado*, Vol.2, Colección “Derecho y Letras” N°1, Murcia, 2019, pp.475-488.

¹² El art. 16 del *Code de la famille algérien* expone que la *kafala* constituye “*l’engagement de prendre bénévolement en charge l’entretien, l’éducation et la protection d’un l’éducation et la protection d’un enfant mineur, au même titre que le ferait un père pour son fils. Il est établi par acte légal*”.

¹³ El art.18 del *Code de la famille algérien* requiere que el *kafil* sea “*musulman, sensé, intègre, à même d’entretenir l’enfant recueilli et capable de le protéger*”.

o mujer, sin importar su estado civil, aunque, tratándose de una persona casada, se requiere el consentimiento del otro cónyuge¹⁴.

16. En cuanto al *makfoul*, es necesario que se trate de un menor de 19 años, nacional o extranjero, cuya filiación resulte conocida o desconocida, aunque si la filiación del menor es conocida, es necesario el consentimiento de los padres del niño, así como el del propio menor. En el supuesto de que los progenitores hayan fallecido o se hallen desposeídos de los derechos sobre el niño, el consentimiento lo emitirá el consejo de familia o el *directeur de l'Action Sociale*, si se tratase de un menor abandonado que se encuentre a cargo de los servicios sociales (arts.116-120 del *Code de la famille algérien*)¹⁵.

17. El *Code de la famille algérien* prevé dos tipos de *kafala*, la judicial y la notarial. Así, a *kafala* judicial, mayormente, tiene por objeto menores en situación de abandono, mientras que la *kafala* notarial suele ser intrafamiliar, dado que se utiliza, particularmente, en los supuestos en que los propios padres confían a los menores a otros parientes. En los dos supuestos es preciso el consentimiento de los padres o persona autorizada a tal fin y su constitución requiere de la apertura de un expediente al que deben aportarse idénticos documentos. La diferencia entre ambas modalidades estriba en que la *kafala* judicial se constituye por decisión judicial, mientras que la *kafala* notarial finaliza con un acta notarial.

18. En lo referente a los efectos de la *kafala*, los arts. 122-125 del *Code de la famille algérien* establece que la tutela legal del *makfoul* se atribuye al *kafil* y en consecuencia, el menor disfruta de los mismos beneficios, familiares, sociales y educativos que el hijo legítimo.

19. Por lo que respecta a las obligaciones y prerrogativas del *kafil*, la citada norma le faculta para administrar los bienes del menor, teniendo en cuenta su mejor interés, así como para establecer un legado o una donación a favor del *makfoul*, siempre dentro del límite de un tercio de sus bienes.

20. Muy interesante resulta la previsión introducida por el *Décret algérien n° 92-24 du 13 jan. 1992 modifiant le décret n° 71- 157 du 3 juin 1971 relatif au changement de nom*. Esta norma dispone que el *kafil* puede otorgar su apellido al *makfoul* si es de padre desconocido, en su caso, con el consentimiento de la madre biológica, si bien, esta coincidencia de apellidos, autorizada por el Ministro de Justicia, no significa que se establezcan lazos de filiación entre el *kafil* y el menor. Recalca, por tanto, el Decreto argelino, la regla básica del Derecho musulmán de que la *kafala* no instituye vínculos jurídicos de filiación, a diferencia de lo que ocurre con la institución adoptiva.

21. Para terminar, hay que señalar que, entre las causas previstas para el cese de la *kafala*, el *Code de la famille algérien* contempla que el *makfoul* haya alcanzado la edad de 19 años. Esta es otra nota que diferencia a la *kafala* de la adopción, que en nuestro país se configura como una institución de carácter irrevocable y que sólo regula la extinción en los supuestos excepcionales del art.180 Cc¹⁶.

¹⁴ Vid. *Droit de la famille des femmes françaises & maghrébines La kafala algérienne* CICADE – 2015 / www.cicade.org <http://www.cicade.org/wp-content/uploads/2015/07/La-kafala-algérienne.pdf>.

¹⁵ Vid. *Droit de la famille des femmes françaises & maghrébines La kafala algérienne* CICADE – 2015 / www.cicade.org <http://www.cicade.org/wp-content/uploads/2015/07/La-kafala-algérienne.pdf>.

¹⁶ La información de los párrafos 15-20 se ha obtenido de Vid. *Droit de la famille des femmes françaises & maghrébines La kafala algérienne* CICADE – 2015 / www.cicade.org <http://www.cicade.org/wp-content/uploads/2015/07/La-kafala-algérienne.pdf>. También pueden encontrarse referencias a la *kafala* en el Derecho argelino en N. MARCHAL ESCALONA, “La *kafala*, ciudadanía de la unión y los derechos fundamentales del menor: de Estrasburgo a Luxemburgo”, La Ley Unión Europea, N° 71, 30 de Junio de 2019 (LA LEY 7510/2019).

III. Aproximación a la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros

22. El fundamento del derecho a la libre circulación y residencia de todos los ciudadanos de la Unión Europea por todo el territorio de la Unión se sitúa en los arts.3.2 y 21, así como en los títulos IV y V del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), junto al art. 45 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE)¹⁷.

23. Más en concreto, a partir del Tratado de Ámsterdam, el establecimiento progresivo de un espacio de libertad, de seguridad y de justicia, trajo como consecuencia la elaboración de una política común en materia de inmigración y extranjería en Europa. Ello ha requerido de la aprobación de normas y medidas que se ocupen, entre otras cuestiones, de las condiciones de entrada y residencia de los nacionales de terceros Estados¹⁸.

24. A este respecto, para precisar el régimen de los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea hay que partir del art.18 TFUE (art.12 TCE) y del 21 TFUE (art.18 TCE). El primero de los preceptos citados contempla la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad¹⁹. Mientras, el segundo de ellos otorga la titularidad directa del derecho a la libre circulación y residencia a los ciudadanos de la Unión Europea, desarrollando lo dispuesto en el art.20 TFUE (art.17 TFUE), que define el concepto de ciudadanía europea y enuncia algunos de los derechos que derivan de esta circunstancia. Estos presupuestos se han venido completando a través de diferentes Reglamentos y Directivas, así como mediante la jurisprudencia del TJUE²⁰.

25. En este punto, conviene dejar claro que, como ya se ha dicho, la titularidad del derecho originario a la libre circulación y residencia del art.21 TFUE viene atribuida en exclusiva a los ciudadanos de la Unión Europea y no corresponde a los nacionales de terceros Estados con residencia legal en la Unión. No obstante, el ejercicio de este derecho se ha hecho extensivo asimismo a los familiares de los ciudadanos de la Unión y asimilados, con el argumento de que favorece la libre circulación de los ciudadanos de la Unión, por lo cual el establecimiento de límites desproporcionados supondría un obstáculo a dicha libertad. Todo ello, unido a la salvaguarda del derecho a la vida familiar, recogido, entre otros

¹⁷ Vid. *Fichas temáticas sobre la Unión Europea. Parlamento Europeo. Libre circulación de personas*, <http://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/147/la-libre-circulacion-de-personas>.

¹⁸ Sobre este particular, hay que tener en cuenta que las primeras normas sólo contemplaban la libre circulación de trabajadores y a la libertad de establecimiento y venían recogidas en el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (1.1.1, 2.1.5 y 2.1.4). El concepto de ciudadanía europea se incorporó en el Tratado de Maastricht, de tal manera que todos los nacionales de un Estado miembro son automáticamente ciudadanos de la Unión y en consecuencia, son titulares del derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. Por su parte, el Tratado de Lisboa, además de confirmar este derecho, lo incluyó en las disposiciones generales sobre el espacio de libertad, seguridad y justicia. Vid. *Fichas temáticas sobre la Unión Europea. Parlamento Europeo. Libre circulación de personas*, <http://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/147/la-libre-circulacion-de-personas>.

Por lo que respecta a la evolución de esta cuestión en los diferentes Tratados, Vid. M. MOYA ESCUDERO, “Un Código de derechos para los nacionales de terceros Estados residentes legales en la Unión: un avance en derecho antidiscriminatorio”, *Revista Electrónica de Derecho Internacional* n° 34, 2017.

¹⁹ El apartado 2 del art.21 TFUE (art.18 TCE) faculta a Parlamento Europeo y al Consejo “adoptar, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario disposiciones destinadas a facilitar el ejercicio de los derechos [libre circulación y residencia]”.

²⁰ Vid. P. JIMÉNEZ BLANCO, “Las libertades de circulación y de residencia de los miembros de la familia de los ciudadanos de la Unión Europea”, *Diario La Ley*, N° 5771, Sección Unión Europea, 30 de Abril de 2003, Año XXIV, Ref. D-103, Editorial LA LEY (LA LEY 693/2003).

En cuanto a la jurisprudencia, han sido muchas las sentencias que ha ido modulando el régimen de la libre circulación y residencia en relación con la prohibición de discriminación. Entre otras, cabe mencionar algunas de las resoluciones más significativas que se dictaron a este respecto, como la Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de mayo de 1998, Asunto C-85/96-*Martínez Sala* (ECLI:EU:C:1998:217) y la Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de septiembre de 2002, Asunto C-413/99 - *Baumbast y R* (ECLI:EU:C:2002:493).

textos, como el art. 7 CDFUE y el art.8 CEDH, se ha traducido en que los familiares de los ciudadanos de la Unión son titulares de un derecho derivado a la libre circulación y residencia²¹.

26. En la actualidad, las condiciones para el ejercicio de la libertad de circulación y residencia, temporal o permanente, de los ciudadanos de la Unión Europea y de sus familiares se encuentran reguladas en la Directiva 2004/38/CE, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. La Directiva se aprobó después de la supresión de las fronteras interiores, de conformidad con el Acuerdo Shengen y unifica en un solo texto otros instrumentos legislativos. Esta norma define igualmente los límites de dichas libertades por razones de orden público, seguridad pública o salud pública, además de clarificar el régimen de los trabajadores por cuenta ajena, por cuenta propia, estudiantes o personas que no trabajen a cambio de una remuneración²².

27. Por lo que se refiere al presente trabajo interesa señalar que el art. 2.2) de la Directiva establece cuales son los sujetos que considera miembros de la familia:

- a) El cónyuge²³.
- b) La pareja de hecho registrada, cuando la legislación del Estado miembro de acogida equipare esta relación al matrimonio.
- c) Los descendientes directos menores de veintiún años o a cargo, incluidos los del cónyuge o de la pareja registrada.
- d) Los ascendientes directos a cargo, incluidos los del cónyuge o de la pareja registrada.

28. No cabe duda de que con la inclusión de los familiares que comprende el art.2.2 de la Directiva, lo que ha pretendido el legislador europeo es garantizar la continuidad de la situación familiar, en el caso de que estas personas deseen acompañar o reunirse con el ciudadano de la Unión Europea en otro Estado miembro (art.3.1)²⁴. Ténganse en cuenta aquí que la Directiva no opera respecto de aquellos

²¹ Vid. P. JIMÉNEZ BLANCO, “Las libertades de circulación y de residencia...cit”. y P. JIMÉNEZ BLANCO, “Doble nacionalidad y derecho de residencia de los miembros de la familia del ciudadano de la Unión. Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de noviembre de 2017, asunto C-165/16: *Lounes*”, *La Ley Unión Europea*, N° 56, 28 de Febrero de 2018, Editorial Wolters Kluwer (LA LEY 1305/2018).

²² Recuérdese que modifica el Reglamento (CEE) n.º 1612/68 y derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE. A este respecto, consúltese Fichas temáticas sobre la Unión Europea. Parlamento Europeo. Libre circulación de personas, <http://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/147/la-libre-circulacion-de-personas>.

²³ Quedan comprendidos también los cónyuges del mismo sexo, conforme a lo resuelto en la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 5 de junio de 2018, Asunto C-673/16 - *Coman y otros* (ECLI:EU:C:2018:385).

²⁴ El TJUE ha puntualizado en qué supuestos estos familiares pueden ejercer el derecho derivado a la libre circulación y residencia. Son numerosas las resoluciones que han tratado esta materia, por poner algunos ejemplos, de entre todas ellas, cabe traer a colación las siguientes:

– Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 25 de julio de 2008. Asunto C-127/08 - *Metock y otros* (ECLI:EU:C:2008:449), que dispone que la Directiva “se opone a la normativa de un Estado miembro que exige al nacional de un país tercero, cónyuge de un ciudadano de la Unión que reside en ese Estado miembro del que no tiene la nacionalidad, una residencia legal previa en otro Estado miembro antes de su entrada en el Estado miembro de acogida para poder acogerse a las disposiciones de esa Directiva”.

– Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 23 de febrero de 2010, de 2010, C-310/08 - *Ibrahim y Secretary of State for the Home Department* (ECLI:EU:C:2010:80), que establece que “los hijos de un nacional de un Estado miembro que trabaja o ha trabajado en el Estado miembro de acogida y el progenitor que tiene efectivamente su custodia pueden invocar, en este último Estado, el derecho de residencia [...] sin que tal derecho esté supeditado al requisito de que dispongan de recursos suficientes y de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en dicho Estado”.

– Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 8 de noviembre de 2012, Asunto C-40/11, *Yoshikazu Iida c. Stadt Ulm* (ECLI:EU:C:2012:691), que interpreta el artículo 3, apartado 1, de la Directiva en el sentido de que “no se le puede reconocer un derecho de residencia sobre la base de la Directiva 2004/38 a un nacional de un tercer país que, en el Estado de acogida, no ha acompañado al miembro de su familia ciudadano de la Unión que ha ejercido su libertad de circulación ni se ha reunido con él”. Consecuentemente, el Tribunal concluye que “cuando tampoco existe otro elemento de conexión con las disposiciones del Derecho de la Unión en materia de ciudadanía, un nacional de un tercer país no puede invocar un derecho de residencia derivado de un ciudadano de la Unión”.

ciudadanos de la Unión que no hayan ejercido su libertad de circulación, toda vez que siempre han residido en su Estado miembro de origen. En consecuencia, ni estos ciudadanos ni sus familiares pueden beneficiarse del régimen de la Directiva 2004/38/CE²⁵.

29. Del mismo modo, el art.3.2 de la Directiva dispone que “el Estado miembro de acogida facilitará, de conformidad con su legislación nacional, la entrada y la residencia de las siguientes personas:

- a) Cualquier otro miembro de la familia, sea cual fuere su nacionalidad, que no entre en la definición del punto 2 del artículo 2 que, en el país de procedencia, esté a cargo o viva con el ciudadano de la Unión beneficiario del derecho de residencia con carácter principal, o en caso de que, por motivos graves de salud, sea estrictamente necesario que el ciudadano de la Unión se haga cargo del cuidado personal del miembro de la familia;
- b) la pareja con la que el ciudadano de la Unión mantiene una relación estable, debidamente probada”.

30. Aquí, hay que hacer hincapié en que el legislador europeo deja al arbitrio de cada Estado miembro el reconocimiento del derecho de entrada y residencia de estos sujetos, dado que no se plantea como una obligación, si bien es cierto que las regulaciones de los Estados miembros deberán facilitar el ejercicio de este derecho, introduciendo en su normativa interna los parámetros para hacerlo efectivo de la manera más adecuada. Por tal motivo, es preciso que las autoridades de los Estados miembros dispensen a las personas que recoge el art.3.2 de la Directiva un trato más beneficioso que a los nacionales de terceros Estados no comprendidos en dicho precepto y que sus resoluciones estén debidamente motivadas²⁶.

31. En relación con la aplicación de la Directiva, debe advertirse que se han constatado graves deficiencias, que, lejos de garantizar la libre circulación y residencia, suponen obstáculos al ejercicio de dichas libertades. Así lo acreditan los informes de la Comisión y estudios del Parlamento sobre la aplicación de la Directiva, los procedimientos por incumplimiento contra Estados miembros por transposición incorrecta o incompleta, el notable número de peticiones formuladas frente al Parlamento, así como también la ingente cuantía de asuntos pendientes ante el Tribunal de Justicia. En este punto, no pueden desconocerse que varios Estados miembros, durante los años 2013 y 2014, se quejaron de la existencia de situaciones de abuso por parte de ciudadanos de la Unión con lo que denominaron “fines de turismo de prestaciones sociales”, de donde surgieron propuestas de reformas, que han quedado en suspenso debido a la decisión del Reino Unido de abandonar la Unión Europea²⁷.

32. Por último, hay que indicar que la Directiva 2004/38/CE se encuentra incorporada al ordenamiento jurídico español a través del Texto consolidado del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, (BOE núm. 51, de 28 de febrero de 2007)²⁸.

²⁵ Vid. M. VINAIXA MIQUEL, “El derecho de residencia de los nacionales de terceros estados, familiares de ciudadano de la UE, en el territorio del estado de origen (Comentario a la STJUE de 12 de marzo de 2014, As. C-456/2012, *O y Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel y Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel y B*)”, *La Ley Unión Europea*, N° 16, Junio 2014, Año II, Editorial Wolters Kluwer (LA LEY 3955/2014) y P. JIMÉNEZ BLANCO, “Doble nacionalidad y derecho de residencia de los miembros de la familia...cit”.

²⁶ Así lo interpreta la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 5 de septiembre de 2012, Asunto C-83/11 - *Rahman y otros* (ECLI:EU:C:2012:519).

Asimismo, consúltese M. N. ARRESE IRIONDO, “la nueva dimensión de la ciudadanía de la Unión y su repercusión sobre el derecho de residencia”, *Revista de Administración Pública*, núm. 194, Madrid, mayo-agosto (2014), pp.182-183.

²⁷ Fichas temáticas sobre la Unión Europea. Parlamento Europeo. Libre circulación de personas, <http://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/147/la-libre-circulacion-de-personas>.

²⁸ Para estudiar con mayor profundidad el Texto consolidado del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, que incorpora a nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 2004/38/CE, puede consultarse A. ORTEGA GIMÉNEZ, “ESPAÑA: El nuevo régimen de entrada, libre circulación y residencia de ciudadanos comunitarios y “asimilados”, *Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales* N° 13, pp. 87-107.

IV. Análisis de la STJUE de 26 de marzo de 2019, asunto C 129/18, SM / *Entry Clearance Officer, UK Visa Section*

1. Antecedentes de hecho

33. Conviene recordar muy brevemente lo dicho en relación con el objeto del litigio al introducir el presente trabajo. En síntesis, la controversia presenta diversos elementos que, para una mejor comprensión de las cuestiones prejudiciales formuladas, parece oportuno desglosar:

- 1º) Se trata de un matrimonio, en el cual ambos cónyuges (Sr. y Sra. M) ostentan la nacionalidad francesa, que residen en el Reino Unido, lugar donde contrajeron matrimonio, ocho años antes del inicio del procedimiento de constitución de la *kafala* en Argelia, y en el cual tienen residencia permanente.
- 2º) Los cónyuges constituyeron en Argelia y con arreglo al Derecho argelino, una *kafala* respecto de una menor nacional de dicho país (SM), que se encontraba en situación de abandono y bajo la tutela de las autoridades argelinas.
- 3º) La *kafala* se decretó en Argelia por resolución judicial, por la cual se otorgó la patria potestad de acuerdo con la legislación argelina. En virtud de dicha decisión judicial, los cónyuges, se comprometían a “impartir a la niña [...] una educación islámica, procurar su bienestar físico y moral, cubrir sus necesidades, ocuparse de su educación, tratarla como si fueran sus padres biológicos, protegerla, defenderla ante la justicia y asumir la responsabilidad civil por actos lesivos”.
- 4º) Igualmente, conforme a la citada resolución, el Sr. y la Sra. M asumían el derecho a obtener “prestaciones familiares, subsidios e indemnizaciones reclamables, a firmar todos los documentos administrativos y de viaje y a viajar con SM fuera de Argelia”.
- 5º) Posteriormente, otro Tribunal argelino, dictó una decisión que autorizaba a SM a cambiar el apellido que constaba en el acta de nacimiento por el de los Sres. M.
- 6º) El Sr. M hubo de regresar al Reino Unido, donde, recuérdese, tenía residencia permanente, por motivos de trabajo, si bien su esposa permaneció en Argelia junto a la menor.
- 7º) Meses después, SM instó la solicitud de permiso de entrada al Reino Unido, alegando su condición de hija adoptiva del Sr. M, nacional del EEE. Las autoridades del Reino Unido denegaron esta pretensión, con fundamento en que la tutela en régimen de *kafala* argelina no se reconoce como adopción a efectos del Derecho del Reino Unido y que no constaba que se hubiera presentado solicitud de adopción internacional.
- 8º) Ante la negativa de las autoridades del Reino Unido a conceder el permiso solicitado por SM, la menor interpuso los recursos pertinentes hasta llegar a la *Supreme Court of the United Kingdom* (Tribunal Supremo del Reino Unido), que, al amparo del art.267 TFUE, formula al Tribunal de Justicia de la Unión Europea las cuestiones prejudiciales que a continuación se examinarán.

2. Estudio del fallo

34. Para una mejor sistematización de la exposición, se seguirá el orden de las cuestiones prejudiciales resueltas por el Tribunal de Justicia.

A. ¿Es un “descendiente directo” en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra c), de la Directiva 2004/38 el menor que se halla bajo la tutela legal permanente de un ciudadano o ciudadanos de la Unión con arreglo a la institución de la “kafala” o a una disposición equivalente prevista en la legislación [de su país de origen]?

35. A la vista de la cuestión prejudicial que se formula, el Tribunal ha de dilucidar la interpretación que debe darse a la expresión “descendiente directo” del art. 2.2.c) de la Directiva 2004/38, en tanto

que de ello depende que SM sea beneficiaria de los derechos de libre circulación y residencia previstos en la propia Directiva, en los términos de su art. 3.1²⁹. La cuestión no es baladí, pues, recuérdese, que, como se ha explicado en apartados anteriores los descendientes directos menores de 21 años de los ciudadanos de la Unión gozan a título derivado del derecho de entrada y residencia en el Estado miembro donde residen tales ciudadanos de forma automática.

36. Con la finalidad de responder a esta cuestión, el TJUE comienza analizado el contenido del Derecho argelino y los efectos que despliega la *kafala* en dicho ordenamiento jurídico, estableciendo las diferencias con la institución adoptiva. En este punto, todos los Gobiernos que presentaron observaciones hacen hincapié en un mismo dato: la *kafala* de Derecho argelino no instituye ningún vínculo jurídico de filiación entre el *kafil* y el *makfoul*. Por consiguiente, a los efectos de la aplicación del art.2.2.c) de la Directiva 2004/38, entienden que esta institución no encuentra cabida en el concepto de “descendiente directo” que exige la existencia de un vínculo de filiación, ya sea por naturaleza o por adopción, entre los menores y los ciudadanos de la Unión Europea.

37. El Tribunal de Justicia también toma en consideración los argumentos de SM, *Coram Children's Legal Centre (CCLC)*, *AIRE Centre* y la Comisión Europea, que aducen que el concepto de “descendiente directo” puede amparar a los menores que, como en el caso de la *kafala* de Derecho argelino, se encuentran bajo la tutela legal permanente de un ciudadano de la Unión. Fundamentan estas partes su posición en el principio del interés del menor y en la continuidad de la vida familiar que los menores tienen con sus tutores.

38. En resumen, el Tribunal de Justicia, atendiendo al principio de igualdad y a la exigencia de aplicación uniforme del Derecho de la Unión, sostuvo que el término “descendiente directo” debe ser objeto de una interpretación uniforme en todo el territorio de la Unión³⁰. Más aún, cuando el precepto en cuestión no recoge remisión expresa al Derecho nacional de los Estados miembros y habida cuenta que la Directiva no contempla una definición de dicho concepto.

39. Justamente, puesto que la Directiva no define qué debe entenderse por “descendiente directo”, el TJUE, trayendo a colación su propia doctrina, entiende que no cabe limitarse al sentido literal de la disposición, sino que, además, han de valorarse otros elementos tales como el contexto y objetivos que pretende alcanzar la norma en la que se integra³¹. En este punto, no debe olvidarse que el propósito de esta norma consiste en favorecer la libre circulación de los ciudadanos de la Unión por todo el territorio de la Unión Europea, principio éste que se encuentra recogido en el art.21 TFUE y que se vería conculcado de establecer obstáculos desproporcionados a su ejercicio. Como tampoco puede desconocerse que con esta finalidad se ha hecho extensiva dicha libertad a otros sujetos, como los mencionados en el art.2.2 de la Directiva, dado que, de este modo, se reconoce la continuidad de la relación familiar, ante la hipótesis de que estas personas quieran seguir al ciudadano de la Unión a otro Estado miembro o reunirse con él en dicho Estado.

40. A la vista de tales argumentos, a los efectos de la aplicación de la Directiva, el Tribunal de Justicia construye un concepto autónomo, independiente del previsto en los ordenamientos de los Estados miembros y así, concluye que no cabe duda de que la noción de “descendiente directo” comporta la existencia de un vínculo jurídico de filiación entre el menor y el progenitor, ciudadano de la Unión Eu-

²⁹ Esta misma opinión se sostiene en N. MARCHAL ESCALONA, “La *kafala*, ciudadanía de la unión y los derechos fundamentales del menor...cit”.

³⁰ Acoge aquí el TJUE la doctrina anteriormente expuesta en la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 21 de diciembre de 2011, asuntos acumulados C-424/10 y C-425/10 (ECLI:EU:C:2011:866). También ha sido utilizado este principio en el Asunto, C-673/16- *Coman*, antes mencionado.

³¹ Este es el sentido de la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera), de 7 de octubre de 2010, Asunto C-162/09-*Lassal*, ECLI: EU:C:2010:592, que reproduce la doctrina establecida, respecto de la interpretación del Derecho de la Unión Europea en general, en otras resoluciones, tales como la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 19 de noviembre de 2009, Asuntos acumulados C-402/07 y C-432/07 (ECLI:EU:C:2009:716), entre otras.

ropea. Ahora bien, el TJUE determina que ha de otorgarse un significado amplio a la expresión “vínculo de filiación, en el sentido de que comprende tanto el vínculo que deriva de la filiación por naturaleza como el que se instituye por adopción”³².

41. Luego, a juicio del Tribunal, no sólo los hijos biológicos entrarían dentro de la definición de “descendiente directo”, sino que, en lo referente a la Directiva, también estarían comprendidos los hijos adoptivos. Ello, siempre y cuando se acredite que, como consecuencia de la adopción, se ha generado un vínculo jurídico de filiación entre el adoptando y el adoptante, ciudadano de la Unión. Debe señalarse aquí que el TJUE requiere únicamente que la adopción comporte el establecimiento de un vínculo de filiación, sin exigir que dicho vínculo sea equivalente al de la filiación por naturaleza, en sintonía con lo dispuesto en el art.2.2 del Convenio de La Haya de 1993 en materia de adopción internacional³³. Ello supone que quedan comprendidos dentro del concepto de “descendiente directo” de la Directiva tanto los adoptados en forma plena como los adoptados en forma simple, pero no abarca a los sujetos amparados bajo otras instituciones de protección de menores que no establezcan un vínculo jurídico de filiación, como es el caso de la *kafala*.

42. A esta conclusión llega, asimismo, el Tribunal de Justicia, que, finalmente, deja bien sentado que “no puede considerarse que un menor que se halla bajo la tutela legal de ciudadanos de la Unión con arreglo a dicha institución sea “descendiente directo” de un ciudadano de la Unión”, habida cuenta que, como ya se ha explicado al comentar la regulación argelina de la *kafala*, esta figura no crea un vínculo de filiación entre el *kafil* y el *makfoul*³⁴.

43. Sin embargo, el Tribunal de Justicia opta por dar respuesta a la solución litigiosa recurriendo a otro precepto de la Directiva, cual es el art.3.2. a), salvaguardando, de este modo, tanto el principio del interés superior del menor³⁵ como la unidad y continuidad familiar a la que se ha aludido con anterioridad y que, como se viene afirmando, es uno de los objetivos de la Directiva relativa a la libre circulación. Entiende, por tanto, el Tribunal que, por los motivos que se acaban de exponer, la menor SM no se halla entre los familiares comprendidos en la definición del punto 2 del art.2 de la Directiva 200/38, pero, opina que su situación puede entrar en el ámbito de aplicación del art.3.2 a), toda vez que la menor SM puede considerarse como “otro miembro de familia” que se encuentra, en virtud de la *kafala*, decretada en el país de origen de la niña, a cargo del ciudadano de un ciudadano de la Unión que es beneficiario del derecho de residencia con carácter principal. No se olvide el compromiso asumido por el *kafil*-en este caso, los Sres. M-de conformidad con la legislación argelina y que se centra en hacerse cargo del mantenimiento, la educación y la protección del *makfoul*-la menor SM- de la misma manera que lo haría un padre para con su hijo.

44. Consecuentemente con todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia dispone que, atendiendo al art.3.2 de la Directiva, los Estados miembros deberán, conforme a su legislación nacional, facilitar la entrada y la residencia de las personas que, como SM, “mantengan con un ciudadano de la Unión

³² Vid. N. MARCHAL ESCALONA, “La *kafala*, ciudadanía de la unión y los derechos fundamentales del menor...cit” y M. VARGAS URRUTIA, “Capítulo XX. La *kafala* del Derecho musulmán y el Tribunal Supremo...cit”, pp.484-487.

³³ El CH 1993 contempla un concepto amplio de adopción, que cubre tanto las adopciones plenas, cuyos efectos se corresponden con la filiación por naturaleza, como las simples, que aunque establecen un vínculo de filiación entre el adoptante y el adoptado, no comportan la ruptura de vínculos entre éste y su familia de origen. De la misma manera, el CH 1993 comprende dentro de su ámbito de aplicación las adopciones revocables.

³⁴ Vid. M. VARGAS URRUTIA, “Capítulo XX. La *kafala* del Derecho musulmán y el Tribunal Supremo...cit”, pp.484-487. Destaca un sector doctrinal que de no haber recurrido el TJUE a una interpretación autónoma y uniforme del concepto de “descendiente directo”, se hubiera corrido el riesgo de que, a la luz del Derecho nacional, algún Estado miembro hubiera considerado que los menores en situación de *kafala* son “descendientes directos” del ciudadano en cuestión, pudiendo dar lugar a interpretaciones diferentes en otros Estado miembros, lo que restringiría la libertad de circulación de aquellos ciudadanos que fuesen objeto de un trato desigual. Vid. N. MARCHAL ESCALONA, “La *kafala*, ciudadanía de la unión y los derechos fundamentales del menor...cit”.

³⁵ El TJUE ha tomado en consideración el principio del interés del menor en numerosas sentencias. Por todas, Vid. Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 10 de mayo de 2017, Asunto C-133/15 - *Chavez-Vilchez y otros* (ECLI:EU:C:2017:354).

relaciones familiares estrechas y estables por razón de circunstancias de hecho específicas, como una dependencia financiera, una relación de convivencia o motivos graves de salud”³⁶. A tal fin, puntualiza el Tribunal que, en supuestos como el examinado, en el cual hay una menor que se encuentra bajo la tutela de un ciudadano de la Unión, en virtud de una *kafala* de Derecho argelino, los Estados miembros deberán dictar una resolución (motivada, si es denegatoria), con fundamento en un análisis detallado de la situación personal, a la luz de las circunstancias presentes en cada caso concreto³⁷, así como de todos los intereses en juego y en particular, teniendo en cuenta el interés del menor y el derecho al respeto a la vida familiar³⁸.

45. El Tribunal, no obstante lo dicho anteriormente, ordena ponderar también en cada supuesto examinado la concurrencia de peligro o riesgo de que los menores tutelados puedan ser víctima de abuso, explotación o tráfico. En este punto, matiza el TJUE que no cabe deducir esta situación de riesgo del hecho de que el Estado donde se ha constituido la *kafala* establezca un procedimiento menos riguroso y garantista que el del Estado miembro de acogida. A este respecto, parece oportuno hacer una precisión y es que, sin descartar que los Estados miembros puedan efectuar los controles que estimen convenientes, la eventualidad de que aparezcan conductas fraudulentas y contrarias al interés del menor se ven mitigadas en el caso de la *kafala* argelina, toda vez que su regulación se inspira en los principios del Convenio de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño³⁹. Máxime, si como en el caso enjuiciado, se trata de una *kafala* judicial, cuyas garantías son mayores que en los supuestos de *kafala* notarial, como se ha explicado más arriba.

46. En definitiva, el Tribunal de Justicia resuelve que, si queda demostrada la existencia de una vida familiar efectiva y de una relación de dependencia entre el menor y su tutor, los Estados miembros, dando cumplimiento al principio del interés del menor y al derecho a la vida familiar, deberán conceder al menor el derecho de entrada y residencia, con la finalidad de que pueda convivir con su tutor en el Estado miembro de la residencia de éste. Esta solución resulta acorde con lo dispuesto en los arts.7 y 24 CDFU, en relación con el Considerando 31 de la Directiva, y en el art.8 CEDH, así como con la jurisprudencia del TEDH en interpretación de este último precepto, que ha sido estudiada en un apartado anterior del presente trabajo.

47. Por último, no está de más introducir una reflexión acerca del art.3.2 de la Directiva 2004/38. Así, un sector doctrinal se pregunta si a los efectos de aplicar este precepto, resulta necesario el reconocimiento previo de la *kafala*, señalando que la doctrina mayoritaria entiende que no es posible obviar este trámite. Sin embargo, estos autores advierten que, en la práctica, las autoridades administrativas suelen limitarse a verificar un control formal de la documentación aportada, sin atender a la validez de la *kafala*. Las críticas a esta actuación quedan matizadas en tanto que la aplicación de las normas de

³⁶ Continúa el Tribunal de Justicia la línea jurisprudencial emprendida en el Asunto C-83/11 - *Rahman y otros*, ya citado, en la cual, además, el Tribunal deja sentado que “Para que una persona esté comprendida en la categoría de miembro de la familia “a cargo” de un ciudadano de la Unión contemplada en el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2004/38, la situación de dependencia debe existir en el país de procedencia del miembro de la familia de que se trate, y ello al menos en el momento en que dicha persona solicita reunirse con el ciudadano de la Unión a cuyo cargo está”.

³⁷ Entre esas circunstancias, el Tribunal destaca: “la edad desde la que los menores se hallen en régimen de “*kafala*” argelina, la existencia de vida en común de los menores con sus tutores desde el inicio de dicho régimen, el grado de las relaciones afectivas que se hayan entablado entre los menores y sus tutores y el nivel de dependencia de los menores respecto de sus tutores en la medida en que estos asumen su patria potestad y guardia legal y económica”.

³⁸ Apoya su argumentación el Tribunal en numerosas resoluciones anteriores. Sirva como ejemplo, la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 13 de septiembre de 2016, Asunto C-165/14- Rendón Marín (ECLI:EU:C:2016:675), en la cual se lleva a cabo una interpretación del art. 21 TFUE y de la Directiva 2004/38/CE “en el sentido de que se oponen a una normativa nacional que exige la denegación automática de una autorización de residencia a un nacional de un tercer Estado, progenitor de un hijo menor de edad ciudadano de la Unión y nacional de un Estado miembro distinto del Estado miembro de acogida, que está a su cargo y que reside con él en el Estado miembro de acogida, debido únicamente a que dicho nacional de un tercer Estado tiene antecedentes penales”.

³⁹ Vid. P. JUÁREZ PÉREZ, “La *kafala* islámica como institución de protección...cit.”, pp.149 y 150.

Derecho Internacional Privado en supuestos como el examinado podrían menoscabar el derecho a la vida familiar⁴⁰.

B. ¿Está facultado un Estado miembro a investigar, antes de reconocer a un menor que no es descendiente consanguíneo de un [ciudadano de la Unión] como descendiente directo con arreglo al artículo 2, apartado 2, letra c), de la Directiva 2004/38, si el procedimiento mediante el que se otorgó la tutela o custodia del menor a dicho [ciudadano de la Unión] tuvo en cuenta suficientemente el interés superior del menor?”

48. Sobre este particular, recuerda el Tribunal que los menores respecto de los cuales se planteó la cuestión prejudicial no quedan cubiertos por el concepto de “descendientes directos” del art.2.2.c) de la Directiva, sino que su situación se debe valorar al amparo del art.3.2 del mismo texto legal. Por consiguiente, el Tribunal de Justicia no entra a responder esta cuestión.

C. ¿Está facultado un Estado miembro a investigar, antes de reconocer a un menor que no es descendiente consanguíneo de un [ciudadano de la Unión] como descendiente directo con arreglo al artículo 2, apartado 2, letra c), de la Directiva 2004/38, si el procedimiento mediante el que se otorgó la tutela o custodia del menor a dicho [ciudadano de la Unión] tuvo en cuenta suficientemente el interés superior del menor?

49. Por idénticos motivos que en la cuestión prejudicial anterior, el Tribunal de Justicia considera que no resulta procedente entrar a valorar esta cuestión prejudicial⁴¹.

IV. Reflexión final

50. El presente estudio ha puesto de manifiesto como la particular naturaleza de la *kafala*, y los efectos que despliega, tal como se regula en los ordenamientos jurídicos de los países islámicos, plantea numerosos retos a los que deben enfrentarse los diferentes operadores jurídicos y de los cuales, no se ha librado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Ello, toda vez que ha tenido que pronunciarse, en orden a la aplicación de la Directiva 2004/38, sobre el encaje de la situación de una menor respecto de la cual ejerce la tutela un ciudadano de la Unión en virtud de una *kafala*,.

51. En su Sentencia dictada en el asunto C-129/18 el Tribunal de Justicia lleva a cabo un ejercicio de justicia internacional que debe valorarse muy positivamente, puesto que solventa el difícil problema que plantea el la acomodación de la figura del *makfoul* en los supuestos previstos en la citada Directiva. Esto, dado que la *kafala* no establece vínculo jurídico de filiación entre el menor y el *kafil* y de que, en consecuencia, de la misma tampoco deriva relación de parentesco o familiar alguna.

52. Ciertamente, la menor SM no puede ser considerada como “descendiente directo” de la persona bajo cuya tutela se encuentra con arreglo a la *kafala*, motivo por el cual no podía gozar de los derechos que atribuye la Directiva a los sujetos comprendidos en el art.2.2. c). Luego, si el Tribunal no hubiera entendido que la tutela asumida conforme a la *kafala* colocaba a la menor en una situación asimilable a la de los “otros familiares” que convivan o dependan de un ciudadano de la Unión beneficiario del derecho de residencia con carácter principal, se hubiera impedido que las autoridades de los Estados miembros de acogida valorasen la oportunidad de conceder la entrada y residencia de la menor

⁴⁰ Vid. M. VARGAS URRUTIA, “Capítulo XX. La kafala del Derecho musulmán y el Tribunal Supremo...cit”, pp.486-487 y N. MARCHAL ESCALONA, “La *kafala*, ciudadanía de la unión y los derechos fundamentales del menor...cit”.

⁴¹ El hecho de que el TJUE no haya dado respuesta a estas dos cuestiones prejudiciales planteadas ha sido objeto de críticas en N. MARCHAL ESCALONA, “La *kafala*, ciudadanía de la unión y los derechos fundamentales del menor...cit”.

en su territorio, en los términos del art.3.2 de la Directiva. Ello hubiera supuesto otorgar a SM un trato menos favorable que el previsto para las solicitudes de entrada y residencia de otros sujetos, nacionales de terceros Estados, no comprendidos en el ámbito de aplicación del art.3.2 de la Directiva 2004/38.

53. Ninguna duda cabe de que la respuesta del Tribunal de Justicia, al mismo tiempo que garantiza el derecho originario a la libre circulación y residencia del tutor, se ajusta al principio del interés del menor, que resulta básico cuando se trata de la protección de los niños y adolescentes, y que se encuentra recogido en diferentes textos internacionales, en particular, en el Convenio de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, en cuyo art.20, además, se contempla la *kafala* como una de las medidas de protección adecuadas para los niños que se encuentran privados de su medio familiar. Igualmente, la decisión del Tribunal resulta respetuosa con el derecho a la vida familiar (art.7 CDFUE y art.8 CEDH), más aún, teniendo en cuenta que el TEDH ha interpretado que la relación que se origina como consecuencia de la *kafala* entre el *kafil* y el *makfoul* se encuentra protegida por el art.8 CEDH.

54. Por el contrario, no puede calificarse de acertada la decisión del Tribunal de Justicia de no pronunciarse acerca de las otras dos cuestiones prejudiciales formuladas por el Tribunal del Reino Unido. No es posible, por tanto, acoger la excusa esgrimida por el Tribunal, en el sentido de que ambas cuestiones se han formulado para “el supuesto de que menores que, como SM, se hallan bajo la tutela legal de ciudadanos de la Unión con arreglo a la institución de la “*kafala*” argelina estén comprendidos en el concepto de “descendientes directos” de dichos ciudadanos a los efectos del artículo 2, punto 2, letra c), de la Directiva 2004/38. Lo lógico hubiera sido que el Tribunal de Justicia resolviera las cuestiones, partiendo de que estos menores están comprendidos en el apartado 2 del art.3 de la Directiva, en los términos de la respuesta dada a la primera cuestión prejudicial y teniendo en cuenta el hecho de que una institución no se encuentre regulada en la ley del Estado miembro de acogida no significa que sus efectos resulten contrarios al interés del menor.

ESTUDIO JURÍDICO DEL CASO DE JUANA RIVAS
Y FRANCESCO ARCURI DESDE LA PERSPECTIVA
DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO
Y DEL DERECHO CIVIL*

LEGAL STUDY OF THE CASE OF JUANA RIVAS
AND FRANCESCO ARCURI FROM THE PERSPECTIVE
OF PRIVATE INTERNATIONAL LAW AND CIVIL LAW

JAVIER MARTÍNEZ CALVO

Doctor en Derecho

*Miembro colaborador del Grupo de Investigación Ius Familiae
Universidad de Zaragoza*

M^a JESÚS SÁNCHEZ CANO

Doctora en Derecho

*Miembro efectivo del Grupo de Investigación Ius Familiae
(Universidad de Zaragoza)*

Recibido: 16.12.2019 / Aceptado: 10.01.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5218>

Resumen: El presente trabajo tiene por objeto el estudio del denominado “Caso Juana Rivas”, cuyo desarrollo ha despertado la atención de los medios de comunicación. Dejando al margen el interés mediático, el asunto presenta notable importancia desde el punto de vista jurídico, debido a la presencia de elementos internacionales que vinculan la situación con dos ordenamientos jurídicos, el español y el italiano. Conviene, por tanto, abordar los interrogantes principales de la controversia desde un enfoque internacionalprivatista, así como desde el plano del Derecho comparado.

Palabras clave: sustracción de menores, *affidamento*, *collocazione*, derecho de visitas, derecho de alimentos, Derecho comparado.

Abstract: The purpose of this paper is to study the so-called “Juana Rivas Case”, which has attracted the attention of the media. Leaving media interest aside, the case is of considerable importance from a legal point of view, due to the presence of international elements that link the situation with two legal systems, Spanish and Italian. It is therefore appropriate to approach the main questions of the controversy from an international-privatist approach, as well as from the point of view of comparative law.

Keywords: child abduction, *affidamento*, *collocazione*, visiting rights, right to support, Comparative law.

* El presente trabajo ha sido elaborado en el marco del Grupo Consolidado de Investigación del Gobierno de Aragón “Ius Familiae”, IP Carlos Martínez de Aguirre Aldaz; y del Proyecto de Investigación MINECO DER2016-7542-R “Prospectiva sobre el ejercicio de la capacidad de la interrelación entre las reformas legales en materia de discapacidad y menores, IIPP Sofía de Salas Murillo y M^a Victoria Mayor del Hoyo.

Sumario: I. Introducción. II. El “Caso Juana Rivas”: una visión desde el Derecho Internacional Privado. 1. Cuestiones generales. 2. Aproximación al concepto de sustracción internacional de menores. 3. Con carácter general, ¿eran competentes internacionalmente los Tribunales españoles para conocer del litigio acerca de la guarda y custodia de los hijos menores de la Sra. Rivas. y del Sr. Arcuri? 4. ¿Qué Tribunales podrían resolver el litigio relativo a la guarda y custodia de los menores y conforme a qué ley? ¿Resultan competentes los Tribunales italianos? 5. ¿Cuál es el procedimiento pertinente para solicitar el retorno de los hijos menores de la pareja a Italia? ¿Hubieran podido los Tribunales españoles pronunciarse sobre la demanda de guarda y custodia, una vez iniciado el procedimiento por sustracción de menores a instancias del Sr. Arcuri? A. Sustracción internacional de menores y sistema del CH 1980. B. Régimen de la sustracción internacional de menores en el RBII bis. C. Algunas consideraciones en relación con el proceso de sustracción internacional de menores seguido ante la jurisdicción civil en España 6. ¿Podrían aceptarse como motivos de oposición a la restitución de los niños a Italia argumentos como los esgrimidos por la Sra. Rivas referentes al presunto maltrato del que dijo ser objeto por parte del Sr. Arcuri? III. Medidas civiles relativas a los hijos menores. 1. Cuidado de los hijos menores. A) El régimen de atribución del cuidado de los hijos menores en el Derecho italiano. a) El ejercicio de la *responsabilità genitoriale* tras la ruptura. b) El *affidamento*. c) La *collocazione*. B) Análisis de los argumentos del Tribunal de Cagliari. a) El interés superior del menor. b) El lugar de residencia de los progenitores. c) La aptitud de los progenitores. d) La predisposición de los progenitores para permitir las relaciones del menor con el otro. e) La presencia de alienación parental. f) Valoración de la posible existencia de violencia de género. 2. Régimen de visitas. 3. Alimentos.

I. Introducción

1. El presente trabajo tiene por objeto el estudio del denominado “Caso Juana Rivas”, de cuyo desarrollo se han venido haciendo eco los medios de comunicación desde el verano del año 2016 hasta la fecha. En concreto, los hechos comienzan el 18 de mayo de 2016, cuando Juana Rivas, de nacionalidad española, se trasladó desde Italia a Granada, junto con sus hijos menores (12 y 5 años de edad), en lo que parecía que iban a ser unas vacaciones con su familia, toda vez que sacó billete de vuelta para mes y medio después. En este punto, hay que señalar que, desde el año 2013, Juana Rivas residía en Italia, junto con sus dos hijos y su pareja, Francesco Arcuri, de nacionalidad italiana y padre de los dos menores. No obstante, una vez en España, la Sra. Rivas, aconsejada por la Directora del Centro de la Mujer de una localidad de la provincia de Granada, interpuso denuncia contra el Sr. Arcuri por malos tratos físicos y psicológicos y solicitó ante los Tribunales españoles la guarda y custodia de sus dos hijos menores. Al mismo tiempo, comunicó a su pareja que no tenía intención de regresar a Italia y que pensaba permanecer en España con sus hijos.

2. Por su parte, Francesco Arcuri formuló una denuncia por sustracción de menores, que dio inicio a un procedimiento judicial para la restitución de los niños, en el cual se dictó resolución por la que se acordó que Juana Rivas debía hacer entrega de sus hijos a su padre a fin de que regresasen a Italia, en tanto que era este el país de la residencia habitual de los niños con anterioridad a la sustracción. Esta resolución fue confirmada por la Audiencia Provincial de Granada¹.

3. Tras pasar un tiempo en paradero desconocido, Juana Rivas reapareció y procedió a la restitución de los dos menores a su padre, quien regresó con ellos a Italia, donde tuvo lugar el juicio.

4. Mientras, en España, el periplo judicial desembocó en una condena para Juana Rivas de cinco años de prisión, accesorias y privación de seis años del ejercicio de la patria potestad, por un delito de

¹ La SAP Granada de 21 abril 2017 (ECLI: ES:APGR:2017:486) confirma la dictada por el Juzgado de Primera Instancia n° 3 de Granada, por la cual se acordaba la inmediata restitución de los menores al Estado de su residencia habitual con anterioridad a la sustracción, en ese caso Italia.

sustracción de menores. La Sentencia no es firme, habida cuenta que está pendiente todavía la resolución del recurso de casación interpuesto por Juana Rivas ante el Tribunal Supremo².

5. Dejando al margen la atención mediática que despierta este tema y tomando en consideración los elementos que figuran en este caso, no puede desconocerse que el asunto presenta notable interés desde el punto de vista jurídico, debido a la existencia de elementos internacionales que vinculan la situación con dos ordenamientos jurídicos, el español y el italiano, atendiendo a la nacionalidad y residencia habitual de los implicados. Este dato complica la tramitación del litigio, habida cuenta que del mismo se desprenden una serie de cuestiones para cuya solución es preciso acudir a las normas de Derecho Internacional Privado. Del mismo modo, se trata de un asunto cuyo estudio resulta relevante desde la perspectiva del Derecho comparado, toda vez que, como se ha indicado, se encuentra vinculado con distintos sistemas jurídicos.

6. Conviene, por tanto, analizar los puntos principales de la controversia desde una óptica estrictamente jurídica, que arroje luz sobre las informaciones, a veces sesgadas, que difunden los medios de comunicación. En este sentido, se procederá, en primer lugar, a estudiar desde un enfoque internacionalprivatista los interrogantes que derivan de este caso, para, seguidamente, abordar los aspectos más importantes que suscita este asunto desde el plano del Derecho comparado.

II. El “Caso Juana Rivas”: una visión desde el Derecho Internacional Privado

1. Cuestiones generales

7. Como se ha explicado más arriba, el denominado “Caso Juana Rivas” constituye un ejemplo más de sustracción internacional de menores. Se trata de un fenómeno que, lejos de disminuir, ha experimentado en las últimas décadas un notable incremento, hasta el punto de que puede afirmarse que, hoy en día, supone una auténtica lacra social³. Este aumento de casos de sustracción de menores proviene de

² Ciertamente, el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Granada dictó sentencia con fecha 18 de Julio de 2018, por la cual se condenó a Juana Rivas como autora de dos delitos de sustracción de menores, a la pena de dos años y seis meses de prisión por cada uno de ellos, con accesoria de privación del derecho de sufragio pasivo, privación del ejercicio de la patria potestad durante seis años respecto de sus hijos, así como a indemnizar a Francesco Arcuri a en la suma treinta mil euros euros y al pago de las costas incluidas las de la acusación. Dicha condena fue confirmada por la Audiencia Provincial de Granada en su Sentencia de fecha 7 de marzo de 2019 (ECLI: ES:APGR:2019:25). Parece oportuno comentar que el Juzgado de lo Penal tenía competencia en el orden penal, en virtud del art.23 LOPJ. En consecuencia, el Juzgado de lo Penal de Granada aplicó la pena prevista para el delito de sustracción de menores (art.225 bis Cp), que, junto con la privación de libertad dispone la privación para el ejercicio de la patria potestad. Como más adelante se explicará, los tribunales españoles no disponían, en el orden civil, de competencia judicial internacional en este asunto, dado que los menores tenían su residencia habitual en Italia (art.8 RBII bis). Nótese aquí que la privación para el ejercicio de la patria potestad que prevé el art.225 bis Cp no es estrictamente una medida de protección de menores, sino que forma parte de la pena. Sin embargo, a lo largo del presente trabajo, se explicará que los tribunales italianos, en tanto que el RBII bis les otorgaba competencia, dictaron una sentencia, en la que, si bien atribuye al padre el *affidamento esclusivo* y la *collocazione* de los dos hijos de la pareja, no priva a la madre del ejercicio de la *responsabilità genitoriale*. Existen, por tanto, dos sentencias contradictorias, una española, dictada en el orden penal, y otra italiana, proveniente de un juzgado de familia. Ante esta tesitura, el Profesor Javier Carrascosa ha manifestado a esta autora, en conversación habida el día 13-12-2019, que el art.225 bis CP pudiera ser contrario al Derecho de la Unión Europea.

³ Así lo ponen de manifiesto, A. L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Sustracción internacional de menores: una visión general”, en Y. GAMARRA CHOPO (Coord.), *El discurso civilizador en Derecho Internacional. Cinco estudios y tres comentarios*, Colección Actas. Derecho. Institución “Fernando El Católico» (C.S.I.C.), Excma. Diputación de Zaragoza, Zaragoza, 2011, p. 115. En esta obra los citados autores refieren como este problema ha ido en aumento desde los años 70 del s. XX, al mismo tiempo que ponen como ejemplo casos que han adquirido importancia debido a su tratamiento periodístico, como el “Caso Eneko”, el “Caso María Amor González” o el “Caso M^a José Carrascosa”. Otros autores también han indicado que la sustracción de menores se está convirtiendo en algo habitual y citan algún otro ejemplo que suscitó el interés de los medios de comunicación, como fue el asunto *Bornes contra Fuentes B*, resuelto por el Tribunal Supremo en su sentencia de 8 de abril de 1975. En este sentido, puede consultarse, S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Desplazamiento internacional de menores, procedimiento de retorno y tutela judicial efectiva”, *Derecho Privado y Constitución*, nº16, Enero-Diciembre, 2002, pp.41 y 42.

una mayor presencia en nuestra sociedad de familias con un elemento internacional, lo que ha provocado que se acentúen los conflictos familiares transfronterizos, en especial aquellos que derivan de crisis matrimoniales o ruptura de parejas, en los cuales se ven involucrados niños y adolescentes⁴.

8. En este punto, no debe olvidarse que son los menores de edad los sujetos más débiles y necesitados de protección, cuyo interés prevalente debe salvaguardarse en primer término⁵. Por este motivo, se ha venido defendiendo que el Derecho debería facilitar la solución a los conflictos que se producen en situaciones transfronterizas, muy particularmente por lo que se refiere a la atribución y ejercicio de los derechos de custodia y visitas⁶. En este sentido, el legislador español ha abordado la sustracción de menores desde distintos ámbitos (civil, penal e internacionalprivatista)⁷, de tal manera que la regulación vigente incorpora mecanismos de carácter preventivo, y llegado el caso, no ampara el ejercicio ilimitado de la guarda y custodia por parte del progenitor que decide trasladar de forma ilícita a un menor de un Estado a otro, sin el consentimiento del otro progenitor y sin autorización judicial.

9. Por lo que respecta a los aspectos propios del Derecho Internacional Privado, el marco normativo de la sustracción de menores está constituido por las siguientes normas: RBII bis⁸, CH 1996⁹, Convenio de Luxemburgo de 1980¹⁰ y CH 1980¹¹. Estas normas serán analizadas a lo largo del presente trabajo en lo referente a su aplicabilidad al “Caso Juana Rivas”, habida cuenta los elementos extranjeros presentes en el mismo y el contexto en el que se plantea este asunto¹².

⁴ La distinta nacionalidad de los cónyuges y las diferencias culturales han sido señaladas como motivo de ruptura de parejas mixtas y en consecuencia, también como origen de conflictos que pueden desembocar en un secuestro internacional de menores. Vid. A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol.II, Decimoctava edición, Granada, Comares, 2018, p. 292/ C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “El secuestro internacional de menores: soluciones entre España y Marruecos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, (Marzo 2011), Vol. 3, No 1, p 47. Muy interesante resulta la consulta de I. LORENTE MARTÍNEZ, *Sustracción Internacional de menores. Estudio Jurisprudencial y práctico*. Madrid, Dykinson, 2019, donde la autora aborda de manera exhaustiva el estudio de los casos de sustracción de menores, desde una perspectiva práctica, analizando la jurisprudencia y aportando soluciones a los problemas que suscita esta realidad.

⁵ A este respecto, Vid. N. GONZÁLEZ MARTÍN, “Sustracción internacional parental de menores y mediación. Dos casos para la reflexión: México (Amparo directo en revisión 903/2014) y los Estados Unidos de América (Lozano v. Montoya Álvarez)”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales (REEI)*, n°29, año 2015, www.reei.org, DOI: 10.17103/reei.29.08. Igualmente, puede consultarse M.J. VALVERDE MARTÍNEZ, “El caso “Green Card”. Reconocimiento de resolución de familia británica en España. Sustracción internacional de menores/Reino Unido, España y Estados Unidos de América”, en A. CEBRIÁN SALVAT/ I. LORENTE MARTÍNEZ (Dir.), *Protección de menores y Derecho Internacional Privado*, Granada, Comares, 2019, p.91.

⁶ Vid. A. DURÁN AYAGO, “Ejercicio de los derechos de custodia y visitas en un mundo globalizado: riesgos y disfunciones. Especial referencia al *Forum Divortii* en el contexto europeo”, A. CEBRIÁN SALVAT/ I. LORENTE MARTÍNEZ (Dir.), *Protección de menores y Derecho Internacional Privado*, Granada, Comares, 2019, p.61.

⁷ Recuérdese que Juana Rivas fue condenada por dos delitos de sustracción de menores tipificados en el art. 225 bis Código Penal. A este respecto, algún autor ha puesto de relieve que el ordenamiento jurídico español dispone de normas que regulan las distintas facetas de la sustracción de menores desde el Derecho Penal, el Derecho Civil y el Derecho Internacional Privado. Vid. I. REIG FABADO, “El retorno inmediato del menor en la sustracción internacional de menores”, *Revista Boliviana de Derecho*, n°20, Julio, 2015, p.244

⁸ Reglamento (CE) No 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1347/2000 (DO L 338 de 23.12.2003, p. 1).

⁹ Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996 (BOE Núm. 291, 2 diciembre 2010).

¹⁰ Convenio Europeo relativo al reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de dicha custodia, hecho en Luxemburgo el 20 de mayo de 1980. (BOE núm. 210, 1 septiembre 1984). Recuérdese que el RBII bis prevalece sobre este Convenio y lo desplaza en todos los Estados miembros del Reglamento (art.60 RBII bis).

¹¹ Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980 (BOE Núm. 202, 24 agosto 1987).

¹² Existe otro instrumento internacional vigente en nuestro país en materia de sustracción internacional de menores, que no resulta relevante al caso analizado, cual es el Convenio entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de menores, firmado en Madrid el 30 de mayo de 1997 (BOE Núm. 150, de 24 junio 1997)

9. Dicho esto, atendiendo a lo acontecido en el “Caso Juana Rivas”, cabe formular una serie de interrogantes para cuya respuesta habrá que recurrir a las normas mencionadas en el párrafo que antecede:

- 1º. Con carácter general, ¿eran competentes internacionalmente los Tribunales españoles para conocer del litigio acerca de la guarda y custodia de los hijos menores de la Sra. Rivas y del Sr. Arcuri?
- 2º. En caso de no ser competentes los Tribunales españoles, ¿qué Tribunales podrían resolver el litigio relativo a la guarda y custodia de los menores y conforme a qué ley? ¿Resultan competentes los Tribunales italianos?
- 3º. ¿Cuál es el procedimiento pertinente para solicitar el retorno de los hijos menores de la pareja a Italia? ¿Hubieran podido los Tribunales españoles pronunciarse sobre la demanda de guarda y custodia, una vez iniciado el procedimiento por sustracción de menores a instancias del Sr. Arcuri?
- 4º. ¿Podrían aceptarse como motivos de oposición a la restitución de los niños a Italia argumentos como los esgrimidos por la Sra. Rivas referentes al presunto maltrato del que dijo ser objeto por parte del Sr. Arcuri?

9. Todas las cuestiones anteriores serán desarrolladas a lo largo del presente trabajo, si bien, con carácter previo, parece oportuno dilucidar los supuestos en que una conducta es susceptible de ser calificada como sustracción internacional de menores.

2. Aproximación al concepto de sustracción internacional de menores

10. Tomando como referencia las normas de Derecho Internacional Privado aplicables en el presente caso, primeramente, cabe señalar que el art. 3 CH 1980 se refiere a traslado o retención ilícitos de un menor. Tales conductas se consideran ilícitas:

- a) Cuando hayan tenido lugar “con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al Derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención”. Este derecho de custodia puede venir atribuido por ministerio de la ley o puede derivar de una resolución judicial o administrativa, o de un acuerdo en vigor conforme al Derecho de dicho Estado.
- b) En el supuesto de que este derecho se ejerciera “de forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se hubiera ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención”.

11. En idéntico sentido se pronuncia el art. 7 CH 1996, al fijar las autoridades o tribunales competentes para conocer de un desplazamiento o retención ilícitos de un niño. De manera similar se articula el traslado o retención ilícitos en el art.2.11) RBII bis, si bien este precepto introduce una matización en su apartado b), el cual precisa que la custodia se ejerce conjuntamente en aquellos casos en que, “en virtud de una resolución judicial o por ministerio de la ley, uno de los titulares de la responsabilidad parental no pueda decidir sin el consentimiento del otro titular sobre el lugar de residencia del menor”¹³.

¹³ Ténganse en cuenta aquí que, no obstante lo dispuesto en el art.2.9 RBII bis, el concepto de “derechos de custodia” del Reglamento, pese a inspirarse en el art.5 CH 1980, es autónomo, propio del Derecho de la Unión Europea e independiente del Derecho de los Estados miembros. Ahora bien, para determinar la titularidad de tales derechos de custodia, el art.2.11 RBII bis en su apartado a) remite a la ley sustantiva del Estado miembro en donde el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención. Así lo entiende igualmente la jurisprudencia europea y ejemplo de ello son la STJUE (Sala Tercera) de 5 de octubre de 2010 (C-400/10 PPU, ECLI:EU:C:2010:582) y la STJUE (Sala Primera) de 22 de diciembre de 2010 (C-497/10 PPU, ECLI:EU:C:2010:829). En cuanto a la doctrina, consúltese A. L. CALVO CARAVACA /J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Sustracción internacional de menores: ...cit”, p.141.

12. Por su parte, el art.1 del Convenio de Luxemburgo a la hora de calificar un traslado como ilícito pone el acento en las siguientes circunstancias:

- a) Que el traslado del menor tenga lugar a través de una frontera internacional.
- b) Que el traslado se produzca con infracción de una resolución relativa a la custodia del menor dictada por las autoridades de un Estado contratante y que sea ejecutoria en dicho Estado.

13. Asimismo, el citado precepto considera ilícito el desplazamiento del menor a través de una frontera internacional cuando no regrese al Estado en el que operase la custodia, tras “finalizar el periodo de ejercicio del derecho de visitas o al término de cualquier otra estancia de carácter temporal en territorio distinto de aquel en el que se ejerza la custodia”. Además, es ilícito y por consiguiente, queda cubierto por el mencionado Convenio de Luxemburgo, aquel traslado que hubiera tenido lugar a través de una frontera internacional, sin haberse dictado todavía por las autoridades de un Estado contratante un resolución ejecutoria respecto de la custodia del menor. En este caso, se requiere que, con posterioridad, se hubiera pronunciado en un Estado contratante y a petición de la parte interesada, una resolución ejecutoria, resolviendo acerca de la custodia de dicho menor y declarando ilícito dicho traslado¹⁴. Nótese aquí que, a diferencia de los demás textos internacionales a los que se ha hecho alusión en párrafos anteriores, el Convenio de Luxemburgo únicamente comprende los casos en que la custodia haya sido atribuida por resolución judicial, dejando fuera de su ámbito de aplicación aquellos otros en que la custodia se ostente por ministerio de la ley o de hecho¹⁵.

14. Al margen de las normas de Derecho Internacional Privado, el tipo penal del art.225 bis, por el que fue condenada la Sra. Rivas en aplicación de lo dispuesto en el párrafo 2, diferencia dos situaciones:

- a) “El traslado de un menor de su lugar de residencia sin consentimiento del progenitor con quien conviva habitualmente o de las personas o instituciones a las cuales estuviese confiada su guarda o custodia”.
- b) “La retención de un menor incumpliendo gravemente el deber establecido por resolución judicial o administrativa”¹⁶.

15. Por su parte, la doctrina incide en que existe un supuesto típico de sustracción o secuestro internacional de menores, en el cual pueden distinguirse dos presupuestos:

- 1º) Un progenitor que tiene a su favor un derecho de visitas respecto de sus hijos menores de edad, que, habitualmente, le ha sido atribuido por una decisión judicial dictada en un procedimiento de separación o divorcio.
- 2º) Este progenitor, valiéndose del ejercicio de este derecho, traslada al menor a otro Estado diferente del de su residencia habitual, ante cuyas autoridades solicita la custodia¹⁷.

¹⁴ En este punto, hay que advertir que, en cuanto al art.18 del Convenio de Luxemburgo de 1980, España formuló la reserva de que no queda vinculada por lo dispuesto en el artículo 12.

¹⁵ S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Desplazamiento internacional de menores, procedimiento de retorno...cit”, p.46.

¹⁶ A este respecto, la doctrina señala que, para valorar la concurrencia de los elementos del tipo penal del art.225 bis CP, la noción de sustracción internacional de menores no puede extraerse directamente de las normas civiles o de Derecho Internacional Privado, sino que habrá que atender a la naturaleza del bien jurídico protegido. Vid. A. L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Sustracción internacional de menores: ...cit”, p.153. Los citados autores fundamentan sus afirmaciones en el AAP Tarragona de 14 octubre 2009.

¹⁷ Autores como CALVO CARAVACA Y CARRASCOSA GONZÁLEZ ponen de relieve que el Estado del traslado ilícito suele coincidir con el de la nacionalidad del progenitor infractor y no es frecuente que en estos casos los tribunales de dicho país no otorguen la custodia a sus nacionales. Vid. A. L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Sustracción internacional de menores: ...cit”, p.116.

16. Se trata de lo que algunos autores han denominado “secuestro legal de menores”, en tanto que lo que pretende el progenitor infractor al instar la custodia ante las autoridades del país del traslado ilícito es, justamente, legalizar esta situación.

17. No obstante, estos mismos autores, reconocen que pueden darse otras hipótesis de sustracción internacional de menores, tales como aquellas en las que, al igual que en el asunto de Juana Rivas, los dos progenitores ostentan la custodia conjunta del hijo común y uno de ellos lo traslada a un país distinto del de su residencia habitual, con la finalidad de que el otro no pueda ejercer su derecho de custodia respecto del menor. Lo mismo cabe decir de los casos en que es el progenitor que tiene atribuida la guarda del menor quien lo traslada a otro estado, impidiendo el ejercicio de visitas por el progenitor que lo ostenta¹⁸.

18. Ahora bien, al hablar de sustracción internacional de menores, desde el punto de vista subjetivo, en los últimos tiempos, ha surgido otro dato que también conviene tomar en consideración, dado que puede tener relevancia a la hora de resolver un supuesto como el de Juana Rivas. En este sentido, desde hace algunos años se viene detectando un aumento de madres que ostentan la custodia de sus hijos y que se trasladan con ellos a otro país, alegando que sufren maltrato por parte del otro progenitor y que son víctimas de la violencia de género¹⁹. Habida cuenta que la Sra. Rivas alegó ser víctima de violencia de género, se retomará el estudio de esta cuestión en un apartado posterior.

3. Con carácter general, ¿eran competentes internacionalmente los Tribunales españoles para conocer del litigio acerca de la guarda y custodia de los hijos menores de la Sra. Rivas. y del Sr. Arcuri?

19. Primeramente, hay que señalar que los derechos de guarda y custodia, así como de visita se engloban dentro del concepto más amplio de responsabilidad parental²⁰, que tal como se desprende del 2.7 RBII bis abarca “los derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica en virtud de una resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos, en relación con la persona o los bienes de un menor”. Además, el citado precepto remarca que dentro del término responsabilidad parental se incluyen, particularmente, los derechos de custodia y visita²¹.

¹⁸ Vid. A. L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Sustracción internacional de menores: ...cit”, p.115.

¹⁹ Vid. A. L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Sustracción internacional de menores: ...cit”, p.117. Los citados autores explican que, actualmente, más del 70% de los casos de secuestro de menores se llevan a cabo por la madre y cuando ésta tiene atribuida la custodia de los menores. También se ha señalado que buena parte de esas mujeres son víctimas de violencia de género que huyen de su agresor. Vid. M. J. CAÑADAS LORENZO, “La incidencia de la Violencia de Género en la sustracción internacional de menores” (Ponencia presentada por la Fiscal Adscrita a la Fiscal de Sala de Violencia sobre la Mujer en el VII Congreso sobre Violencia Doméstica y de Género: Madrid, 18 y 19 de octubre de 2018), recuperado en http://www.poderjudicial.es/portal/site/cgpj/menuitem.65d2c4456b6ddb628e635fc1dc432ea0/?vgnextoid=718a60d810c96610VgnVCM1000006f48ac0aRCRD&vgnnextchannel=a64e3da6cbe0a210VgnVCM100000cb34e20aRCRD&vgnnextfmt=default&vgnnextlocale=es_ES. En el mismo sentido, puede consultarse, I. REIG FABADO, “El traslado ilícito de menores en la Unión europea: retorno vs. violencia familiar o doméstica”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, (Marzo 2018), Vol. 10, No 1, p. 611. El cariz que viene tomando este tema ha derivado en la introducción de enmiendas relativas a la violencia de género o doméstica en los considerando 17 y 18 por la Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 18 de enero de 2018, sobre la propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (refundición). Así lo indica C. RUIZ SUTIL, “Implementación del Convenio de Estambul en la refundición del Reglamento Bruselas II bis y su repercusión en la sustracción internacional de menores”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2018), Vol. 10, No 2, p. 622.

²⁰ Tras la reforma efectuada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE núm. 180, 29 julio 2015), se ha incorporado el término responsabilidad parental a nuestra normativa de producción interna. Sirvan de ejemplo los arts.9.4, y 154 Cc, entre otros.

²¹ El TJUE ha venido interpretando el concepto de responsabilidad parental de manera amplia, señalando que la lista de materias que enumera el art.2.1 RBI II bis no es exhaustiva, sino “meramente indicativa”, como se deduce del uso de la expresión “en particular”. En este sentido, pueden consultarse las siguientes resoluciones del TJUE: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 27 de noviembre de 2007 (C435/06, ECLI: EU:C:2007), Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de

20. En la misma línea, el art. 1.2 CH 1996 establece que la noción de responsabilidad parental comprende “la autoridad parental o cualquier otra relación de autoridad análoga que determine los derechos, poderes y obligaciones de los padres, tutores o de otro representante legal respecto a la persona o los bienes del niño”. Igualmente, el art. 3, entre las medidas cubiertas por el Convenio, contempla “la atribución, ejercicio y privación total o parcial de la responsabilidad parental, así como su delegación”, el derecho de guarda, así como el derecho de visita, introduciendo “el derecho de trasladar al niño durante un periodo limitado de tiempo a un lugar distinto del de su residencia habitual”.

21. En segundo término, conviene establecer el orden de prevalencia de los diferentes instrumentos normativos en vigor en nuestro país para determinar la competencia internacional de los tribunales y autoridades españolas en materia de responsabilidad parental. Concretamente, al respecto, en España se encuentran vigentes las siguientes normas: RBII bis, CH 1996 y el art.22 *quáter* LOPJ. En este punto, hay que atender a los siguientes criterios para determinar cuál de estos textos legales resulta aplicable, atendiendo al lugar de residencia habitual del menor²²:

- a) Si el menor reside habitualmente en un Estado miembro del RBII bis opera dicho Reglamento y ello, con preferencia al CH 1996 (art.61 RBII bis) y al art.22 *quáter* LOPJ. Aquí, cabe puntualizar que el RBII bis se refiere a menores de edad, sin precisar si la minoría de edad se establece a una edad concreta, como pudieran ser los dieciocho años de edad. Por tanto, lo más lógico sería entender que, a los efectos del RBII bis, la mayoría de edad dependerá de lo previsto en la ley personal del sujeto, que en España se fija conforme al art.9.1 Cc.
- b) Cuando el menor no resida habitualmente en un Estado miembro, pero haya fijado su residencia habitual en un Estado parte del CH 1996, resultará de aplicación el CH 1996. Al contrario que el RBII bis, el art. 2 del Convenio indica que el mismo se aplica a los niños desde su nacimiento y hasta alcanzar la edad de dieciocho años.
- c) En el supuesto de que el menor no resida habitualmente ni en un Estado miembro del RBII bis ni en un Estado parte del CH 1996, la competencia internacional se fija a través del CH 1996. No obstante, hay que llamar la atención sobre lo dispuesto en el art.12.4 RBII bis, toda vez que permite aplicar este foro a un menor con residencia habitual en el territorio de un tercer Estado que no sea parte contratante del CH 1996, en beneficio del menor y particularmente, cuando no resulte posible incoar un procedimiento en el tercer Estado en cuestión.
- d) Por último, el art.22 *quáter* LOPJ entra en juego con carácter residual, en aquellos supuestos en que no opera ni el RBII bis ni el CH 1996. O lo que es lo mismo, cuando se trate de un mayor de dieciocho años (art.2 CH 1996), pero, menor de edad conforme a su ley personal (art.9.1 Cc), y no residente en un Estado miembro.

22. Además de lo anterior, cabe señalar que cuando resulte aplicable el RBII bis y no sea posible deducir la competencia internacional de ninguna autoridad de ningún Estado miembro, los tribunales y autoridades españoles han de acudir al CH 1996. Sólo en el caso de que éste no atribuya competencia a los tribunales españoles, operará el art.22 *quáter* LOPJ (art.14 RBII bis). Si tampoco dispusiesen de competencia con arreglo al 22 *quáter* LOPJ, las autoridades y tribunales españoles deberán declararse de oficio incompetentes internacionalmente²³.

23. En atención a lo expuesto, resulta claro que en el “Caso Juana Rivas”, para conocer de la demanda de guarda y custodia de los hijos menores de la pareja, los juzgados y tribunales españoles deberían deducir su competencia internacional a través de los foros del RBII bis. El Reglamento establece

26 de abril de 2012 (C92/12 PPU, ECLI:EU:C:2012:255) y Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 21 de octubre de 2015 (C-215/15, ECLI:EU:C:2015:710).

²² A este respecto, se ha tenido en cuenta lo dispuesto en A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Tema XV: Protección de menores”, en A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Dir.), *Compendio de Derecho Internacional Privado*, Murcia, 2019, p.390.

²³ A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado...cit.*, p. 432.

como regla general, en su art.8, que, en materia de responsabilidad parental, son competentes internacionalmente los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que el menor tenga su residencia habitual en el momento de presentación del asunto ante dichas autoridades. Ello, con dos excepciones, en las cuales los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual anterior mantienen su competencia:

- 1^a En los supuestos de cambio de residencia legal de un Estado miembro a otro, el Estado miembro de la residencia precedente del menor conservará su competencia para modificar una resolución judicial sobre el derecho de visita dictada en dicho Estado miembro antes de que hubiera cambiado de residencia, con las condiciones del art.9 RBII bis.
- 2^a Cuando se haya producido una sustracción internacional de menores entre Estados miembros (art.10 RBIIbis)²⁴.

24. Ahora bien, ante asuntos como el de Juana Rivas, surge la duda de qué debe entenderse por “residencia habitual” y cuáles son las notas a las que han de atender los tribunales y autoridades para fijar dicho concepto y diferenciarlo de una simple presencia temporal. En este sentido, ninguno de los instrumentos internacionales aplicables a la situación recogen una definición de “residencia habitual”²⁵. No obstante, en el ámbito del RBII bis, esta laguna²⁶ ha sido integrada por el TJUE, que ha establecido que, a los efectos de la aplicación del art.8 RBII bis y en la línea de los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, la residencia habitual se corresponde con el “lugar en el que el menor tenga una cierta integración en un entorno social y familiar”, dado que del término habitual se desprende “cierta regularidad o estabilidad en la residencia”. El propio TJUE ha concretado una serie de parámetros que han de tomarse en consideración por el órgano jurisdiccional nacional en el momento de determinar el lugar de la residencia habitual de un menor, de los cuales se infiere que, si bien se requiere la presencia física del menor en un Estado miembro, no se trata de una presencia ocasional o temporal. Entre tales factores destacan “las condiciones y razones de la permanencia del menor en el territorio de un Estado miembro, así como su nacionalidad”. En otros casos, el TJUE ha atendido a “la duración, la regularidad, las condiciones y las razones de la estancia en el territorio de ese Estado miembro y en su caso, del traslado de la madre a este último Estado. Igualmente, se han de contemplar “la edad del menor, los orígenes geográficos y familiares de la madre, junto con las relaciones familiares y sociales que mantienen ésta y el menor en el mismo Estado miembro”²⁷.

²⁴ Sobre este particular, obsérvese lo dispuesto en el Considerando número 12 RBII bis: “Las normas de competencia que establece el presente Reglamento en materia de responsabilidad parental están concebidas en función del interés superior del menor, y en particular en función del criterio de proximidad. Esto significa por lo tanto que son los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el cual el menor tiene su residencia habitual los que deben ser competentes en primer lugar, excepto en ciertos casos de cambio de residencia del menor o en caso de acuerdo entre los titulares de la responsabilidad parental”. Igualmente, la doctrina sostiene que son las autoridades del Estado de la residencia habitual del menor las que se encuentran mejor situadas para dar una rápida respuesta a las reclamaciones relativas a la responsabilidad parental, así como que el foro del art.8 RBII bis “desincentiva el traslado internacional ilícito del menor”. Vid. A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Tema XV: Protección de menores”, en A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Dir.), *Compendio...cit.*, p.393. En definitiva, se manifiesta que este foro “fomenta la buena administración de justicia” y en tal sentido, Vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Litigación internacional, responsabilidad parental y foro de la residencia habitual del menor en un Estado miembro. Un estudio jurisprudencial”, en M.A. CEBRIÁN E I. LORENTE MARTÍNEZ (Dir.), *Protección de Menores y Derecho Internacional Privado*, Granada, Comares, 2019, p.312,

²⁵ La realidad es que este vacío legal está siendo integrado por la jurisprudencia de distintos órganos jurisdiccionales, particularmente, cuando han de resolver supuestos de sustracción internacional de menores. Así lo indica también, I. LORENTE MARTÍNEZ, “Competencia judicial internacional de los tribunales españoles en los casos de sustracción de menores. El trato desigual en situaciones similares”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2019), Vol. 11, No 1, p.829.

²⁶ Entiende CARRASCOSA GONZÁLEZ que, además de una laguna, cabe entender que el legislador europeo podría haber incurrido en un error, en tanto que no ha sabido precisar el concepto legal de residencia habitual. El citado autor valora asimismo la posibilidad de que el legislador conscientemente no haya definido este concepto, con la intención de que sean los tribunales los que lo desarrollen, atendiendo a las circunstancias de cada caso concreto. Vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Litigación internacional, responsabilidad parental y foro de la residencia habitual...cit”, p.315.

²⁷ Vid., ente otras resoluciones, STJUE (Sala Primera) de 22 de diciembre de 2010 (C- 497/10 PPU, ECLI:EU:C:2010:829), STJUE (Sala Primera) de 15 de febrero de 2017 (C-499/15, ECLI:EU:C:2017:118), ATJUE (Sala Primera) de 10 de abril de 2018 (C-85/18, PPU – CV, ECLI:EU:C:2018:220) y STJUE (Sala Primera) de 17 de octubre de 2018 (C393/18 PPU,

25. De la misma manera, el TJUE ha entendido que la voluntad de uno de los progenitores de convivir con el menor en el Estado miembro del que es nacional dicho progenitor no puede resultar decisiva a la hora de precisar donde se sitúa la residencia habitual del menor en el momento de presentación de la demanda. Más aún, si la titularidad de la guardia y custodia del menor la ostentan ambos progenitores, supuesto en el cual debe valorarse la intención de éstos por separado²⁸.

26. Luego, a la vista de las anteriores consideraciones, resulta claro que, con carácter general y sin entrar a valorar la cuestión del traslado y retención ilícitos de los menores, los tribunales españoles no disponían conforme al art.8 RBII bis de competencia judicial internacional para conocer de las pretensiones de la Sra. Rivas referentes a la guardia y custodia de sus hijos²⁹.

27. Tampoco podría acudir al foro del art.13 RBII bis, que basa la competencia internacional en la presencia del menor en un Estado miembro, habida cuenta que para que entre en juego el citado precepto se requiere que no pueda determinarse la residencia habitual del menor y que no sea posible determinar la competencia sobre la base del art.12. Resulta obvio que en el “Caso Juana Rivas” no se dan los presupuestos del art.12 y como a continuación se expondrá, debe entenderse que la residencia habitual de los hijos menores se encontraba en Italia en el momento de interposición de la reclamación relativa a la guarda y custodia.

4. ¿Qué Tribunales podrían resolver el litigio relativo a la guarda y custodia de los menores y conforme a qué ley? ¿Resultan competentes los Tribunales italianos?

28. Habiendo determinado que, haciendo abstracción de la sustracción internacional de menores, en el “Caso Juana Rivas” la competencia judicial internacional no recae sobre los órganos jurisdiccionales y autoridades españolas, procede establecer los tribunales internacionalmente competentes para establecer a quién corresponde la guarda y custodia de los dos hijos de la Sra. Rivas y del Sr. Arcuri. Asimismo, cabe cuestionarse si dicha competencia concierne a los órganos jurisdiccionales italianos.

29. Recuérdese aquí que el art.8 RBII bis establece la competencia general en materia de responsabilidad parental, atribuyendo competencia internacional en estos casos a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la residencia habitual del menor al tiempo de presentar el asunto ante tales órganos jurisdiccionales. A este respecto, trayendo a colación los criterios establecidos por la jurisprudencia del TJUE antes analizada y atendiendo a las circunstancias que rodean el “Caso Juana

ECLI:EU:C:2018:8359). En este punto, debe indicarse que la “residencia habitual” es un concepto “ficticio” o “de hecho”, tal y como se recoge en la STJUE (Sala Quinta) de 8 junio 2017 (C-111/17 PPU, ECLI:EU:C:2017:436). El estudio de la cuestión puede ampliarse consultando, I. LORENTE MARTÍNEZ, “Competencia judicial internacional de los tribunales españoles en los casos de sustracción de menores. El trato desigual en situaciones similares”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2019), Vol. 11, No 1, p.830, donde la autora aborda el tema analizando exhaustivamente la jurisprudencia europea, española e italiana.

Por otra parte, un sector doctrinal sostiene que hay que examinar también conceptos jurídicos o mixtos, con la finalidad de armonizar un concepto de hecho como el de la residencia habitual con otros vínculos igualmente relevantes, en interés de los menores. Vid. F.J. FORCADA MIRANDA, “Carencias, necesidades y conflictos de la sustracción internacional de menores y el novedoso marco legal español”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 68 (2016), 2, p. 342.

²⁸ Véase la STJUE (Sala Quinta) de 28 de junio de 2018 (C512/17, ECLI:EU:C:2018:513).

²⁹ Recuérdese aquí que la Sra. Rivas interpuso en España denuncia por violencia de género contra su pareja, al mismo tiempo que solicitó la guarda y custodia de sus hijos menores. En lo referente a esta cuestión, debe indicarse que, en el orden penal, para la instrucción o conocimiento de este tipo de causas son competentes territorialmente los Juzgados de Violencia sobre la Mujer del domicilio de la víctima (art. 15 bis LECr. en relación con el art.87.ter.1 LOPJ). Dichos juzgados son igualmente competentes en el orden civil para el enjuiciamiento de los asuntos que versen sobre la guarda y custodia de hijos e hijas menores vinculados a tales procedimientos. Ahora bien, al margen de que, en cuanto a la competencia judicial internacional, el Considerando 7 RBII bis dispone que el citado Reglamento se aplica a las materias civiles, con independencia de cuál sea la naturaleza del órgano jurisdiccional, no debe desconocerse que en el “Caso Juana Rivas”, no se cumplen ninguno de los requisitos del art.23.4.I LOPJ para que pueda conocer el asunto la jurisdicción española en el orden penal.

Rivas”, lo lógico es concluir que la residencia habitual de los menores se encontraba en el momento de la reclamación en Italia. Ciertamente, no cabe duda que es este país donde los niños se encontraban perfectamente integrados y en el cual se situaba su centro social y familiar. No se olvide que, en el momento en que la Sra. Rivas solicitó su guarda y custodia, los menores llevaban pocos meses en España, donde, además, habían venido a pasar las vacaciones con la familia materna. De todo ello se deduce que no existe la regularidad o estabilidad que exige la jurisprudencia europea al definir la noción de la residencia habitual.

30. En consecuencia, la competencia judicial internacional para resolver el litigio relativo a la guarda y custodia de los hijos de la Sra. Rivas y del Sr. Arcuri correspondería a los tribunales italianos, en virtud del art.8 RBII bis, dado que es en Italia donde se considera que los niños tenían su residencia habitual cuando la madre formuló la reclamación. Es, pues, este foro el que fundamenta la competencia judicial internacional del Tribunal de Cagliari para conocer de la controversia y finalmente, fallar a favor del padre. En epígrafes posteriores se analizará con más detalle esta cuestión, teniendo en cuenta que el procedimiento trae causa de un supuesto de sustracción internacional de menores.

31. Atendiendo a lo que antecede, los tribunales españoles habrían de haberse declarado de oficio incompetentes para decidir acerca de la guarda y custodia de los niños, conforme a lo dispuesto en el art.17 RBII bis, toda vez que no dispondrían de ningún foro que les otorgase competencia internacional con arreglo al Reglamento y que en su virtud, la competencia correspondería a los tribunales italianos.

32. Después de haber fijado la competencia judicial internacional, cabe cuestionarse qué ley habrán aplicado los tribunales italianos para establecer los derechos de guardia y custodia y en su caso, el derecho de visitas, respecto de los dos hijos menores de la Sra. Rivas y del Sr. Arcuri. A tal fin, los tribunales italianos habrán tenido que acudir al CH 1996, vigente en Italia y que, dado su carácter universal y eficacia *erga omnes*, resulta de aplicación en dicho país con preferencia a sus normas de conflicto de producción interna en materia de responsabilidad parental. Tratándose de medidas de protección solicitadas que deben ser acordadas por una autoridad judicial, el Convenio remite al art. 15.1, que incorpora la máxima *lex fori in foro proprio*. Es decir, el mencionado artículo recoge una regla general, que dispone que las autoridades de los Estados contratantes aplicarán su propia ley cuando resulten internacionalmente competentes de conformidad con las disposiciones del Capítulo II.

33. En este punto, conviene realizar una serie de puntualizaciones:

- a) Del tenor literal del art.15.1 CH 1996 parece desprenderse que para que opere la norma de conflicto convencional la competencia internacional ha debido de determinarse con arreglo a los foros del Capítulo II del propio Convenio.
- b) En el caso analizado la competencia judicial internacional de los Tribunales italianos no se ha establecido en virtud de los foros del CH 1996, sino con arreglo al art.8 RBII bis, dado que este texto legal se aplica con preferencia al Convenio cuando los menores residen en un Estado miembro (art.61 RBII bis).
- c) Podría, por tanto, plantearse la duda de si los tribunales italianos deberían fijar la ley aplicable a la guarda y custodia de los niños teniendo en cuenta lo previsto en sus normas de conflicto de producción interna.
- d) La doctrina española ante hipótesis de este tipo, defiende que, dado que el RBII bis contempla un foro de competencia judicial internacional equivalente al del CH 1996, nada impide al Tribunal que ha determinado su competencia conforme al art.8 del Reglamento aplicar las normas de conflicto previstas en el citado Convenio. En este sentido, argumentan que esta solución es acorde con el "espíritu conflictual" del Convenio, puesto que conduce a la aplicación del Derecho material del Estado contratante cuyas autoridades resultan competentes

en virtud de uno de los foros previstos en la propia norma convencional, cual es el de la residencia habitual del menor, incorporado en el art. 5.1 CH 1996³⁰.

34. Por consiguiente, en el “Caso Juana Rivas”, el art.15.1 CH 1996 remite al Derecho sustantivo italiano, que habrá tenido que ser aplicado por el Tribunal de Cagliari al dar respuesta a las cuestiones relacionadas con la responsabilidad parental. *Más adelante, se explicará el contenido del Derecho italiano en lo referente a esta cuestión.*

5. ¿Cuál es el procedimiento pertinente para solicitar el retorno de los hijos menores de la pareja a Italia? ¿Hubieran podido los Tribunales españoles pronunciarse sobre la demanda de guarda y custodia, una vez iniciado el procedimiento por sustracción de menores a instancias del Sr. Arcuri?

35. En relación con esta cuestión y por lo que respecta a los procedimientos civiles, principalmente, hay que hacer referencia a la regulación establecida por el CH 1980 y por el RBII bis³¹. Junto a ello, en nuestro país, siempre que resulten aplicables un convenio internacional o las disposiciones de la Unión Europea, el proceso se regirá por las reglas del Capítulo IV bis del Título I, Libro IV de la LEC (arts.778. *quáter* a 778. *sexies*), cuya rúbrica reza “Medidas relativas a la restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional”. No obstante, el procedimiento de la LEC no opera cuando el menor proceda “de un Estado que no forma parte de la Unión Europea ni sea parte de algún convenio internacional”³².

A. Sustracción internacional de menores y sistema del CH 1980

36. Con carácter previo, parece oportuno explicar algunos aspectos sustanciales de los instrumentos vigentes en nuestro país en lo relativo a la sustracción internacional de menores. Así, hay que comenzar explicando que el CH 1980, que opera inter partes, se basa en un sistema de cooperación a través de autoridades centrales, al mismo tiempo que incorpora una acción directa para la restitución inmediata de un menor de dieciséis años, residente habitualmente en un Estado contratante y que ha sido trasladado o se encuentra retenido de forma ilícita en otro Estado parte del Convenio³³. En virtud de esta acción, el menor ha de ser restituido inmediatamente al país de su residencia habitual anterior al traslado o retención ilícitos (arts.1, 4 en relación con los arts. 8 y ss. CH1980).

37. Ahora bien, aunque la regla anterior es el criterio general, el CH 1980 introduce algunas excepciones, facultando a las autoridades competentes para no decretar el retorno del menor cuando ello perjudique su superior interés. Ello, siempre que concurren algunas de las causas determinadas en los arts. 12, 13 y 20³⁴.

³⁰ Vid. A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado...cit.*, p. 439. Con cita de los mencionados autores, esta tesis fue asumida por la SAP Zaragoza (Secc.2^a) de 20 de abril de 2012 (ECLI:ES:APZ:2012:1015).

³¹ No se analizarán otros instrumentos, tales como el Convenio de Luxemburgo de 1980, habida cuenta la primacía del RBII bis en el supuesto que se plantea (art.60 RBII bis).

³² Para mayor información, entre otras obras, consúltese A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado...cit.*, pp.567-570, C.M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “Sustracción internacional de menores. Aplicación por el Tribunal Supremo de los instrumentos internacionales vigentes para España”, en A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Dir.), *El Tribunal Supremo y el Derecho Internacional Privado*, Vol.2, Colección Derecho y Letras, Murcia, 2019, pp.587-605, I. REIG FABADO, “El traslado ilícito de menores en la Unión europea...cit”, p.610-619, y F.J. FORCADA MIRANDA, “Carencias, necesidades y conflictos de la sustracción internacional de menores...cit”, pp. 337-346.

³³ Debe observarse que el mecanismo del CH 1980 funciona de manera complementaria con otros instrumentos legales, tales como el RBII bis, en los supuestos de sustracción transfronteriza entre Estados miembros, y el CH 1996, siempre que se trate de Estados contratantes. Vid. A. L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Sustracción internacional de menores: ...cit”, p.151, donde los citados autores también se refieren a las relaciones de complementariedad entre el CH 1980 y el Convenio de Luxemburgo 1980, y I. REIG FABADO, “El traslado ilícito de menores en la Unión europea...cit”, p.613.

³⁴ Sobre las causas tasadas previstas en el CH 1980 para no ordenar la inmediata restitución del menor, se ha puesto de manifiesto que otorgan al juez una notable discrecionalidad, así como que se corre el riesgo de menoscabar el interés del propio

38. Respecto del art.12 CH 1980, hay que hacer notar que fija en un año el parámetro de integración del menor en el Estado de la residencia posterior al traslado ilícito, diferenciando los casos en que haya transcurrido un periodo inferior a este tiempo desde dicho traslado de aquellos otros en los que el plazo sea superior a un año³⁵. En ambos casos, la autoridad competente ordenará la restitución del niño, pero pasado un año, cabe formular oposición, acreditando que el menor ha quedado integrado en su nuevo ambiente. Aquí, algún autor ha puesto de manifiesto que el menor ha podido integrarse con anterioridad al transcurso de ese año desde que tiene lugar la sustracción, motivo por el cual, se defiende que habrá que ponderar las circunstancias presentes en cada caso concreto³⁶.

39. En cuanto al art.13 CH 1980, autoriza a las autoridades del país del lugar donde se encuentra el menor a no ordenar la restitución en los siguientes casos:

- a) Cuando la custodia no se ejerciera de modo efectivo en el momento en que el menor fue trasladado o retenido.
- b) Cuando el traslado o retención haya sido consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención.
- c) Cuando exista “un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable” (art.13.b). El estudio de esta causa se llevará a cabo con más detenimiento en otro apartado del presente trabajo.
- d) Cuando el propio menor se oponga a la restitución, si tiene una edad o grado de madurez que permita tener en cuenta sus opiniones.

40. Por su parte, el art.20 CH 1980 también faculta para denegar la restitución del menor en el supuesto de que no la “permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales”.

41. En este orden de cosas, debe tenerse muy presente que el art.16 CH 1980 establece lo que se ha denominado “regla de competencia judicial negativa”³⁷, en cuya virtud, no se permite conocer sobre la cuestión de fondo de los derechos de custodia a las autoridades del Estado contratante al que ha sido trasladado el menor o donde se encuentre retenido. Ello, desde el mismo momento en que dichas autoridades hayan tenido conocimiento de los hechos y hasta que se hayan resuelto que no concurren los presupuestos para la restitución del menor o en su caso, hasta que haya transcurrido un periodo de tiempo razonable sin que se haya presentado una solicitud de restitución³⁸. De aquí se desprende que el Convenio diferencia entre el proceso de restitución del menor ilegalmente trasladado o retenido en un Estado contratante de aquel otro en el que deba dilucidarse las cuestiones propias de los derechos de custodia, respecto del cual, el CH 1980 no incorpora ninguna disposición³⁹.

menor, de apartarse de los propósitos del Convenio, motivo por el cual, han de ser de interpretación restrictiva. A este respecto, Vid. I. REIG FABÁ, “El retorno inmediato del menor...cit”, p.250.

³⁵ Algún autor ha indicado que la integración del menor en el Estado contratante donde ha sido trasladado o donde está detenido de forma ilícita ha de valorarse al tiempo de interposición de la demanda, no en la fecha de la resolución que pone fin al proceso. Vid. . F.J. FORCADA MIRANDA, “Carencias, necesidades y conflictos de la sustracción internacional de menores...cit”, p.346.

³⁶ Vid. I. LORENTE MARTÍNEZ, “Competencia judicial internacional de los tribunales españoles...cit”, p.831.

³⁷ Vid. A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado...cit.*, pp.445 y 446 y C.M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “Sustracción internacional de menores. Aplicación por el Tribunal Supremo...cit”, p.593.

³⁸ Acerca de la interpretación del art.16 CH 1980, resulta muy ilustrativa la STS (Sala de lo Civil, Sec.1^a) de 22 de junio de 1998 (ECLI:ES:TS:1998: 4153). Esta sentencia establece que una resolución dictada por las autoridades o tribunales del Estado del traslado o retención ilícitos sobre el fondo de los derechos de custodia, contraria a otra emitida en el país de la residencia habitual anterior del menor, vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva del solicitante de la restitución. Ello, en tanto en cuanto haría inviable la ejecución de medida de restitución. La citada STS ha sido analizada con más detalle en C.M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “Sustracción internacional de menores. Aplicación por el Tribunal Supremo...cit”, pp.595 y 596.

³⁹ Así lo indican C.M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “Sustracción internacional de menores. Aplicación por el Tribunal Supremo...cit”, p.592. y I. REIG FABÁ, “El retorno inmediato del menor...cit”, p.246.

42. En cuanto al sistema del CH 1980, se ha puesto en evidencia que no otorga el amparo debido a supuestos en los que, como sucede en el “Caso Juana Rivas”, no se ha vulnerado el derecho de custodia de un progenitor por el otro progenitor no custodio, habida cuenta que la pareja no se encuentra separada legalmente ni divorciada y en consecuencia, ambos progenitores son titulares de la custodia de los menores en el momento en que uno de ellos se marcha a otro país con los hijos, razonando que existe riesgo para los menores de permanecer con el otro progenitor. A este respecto, un sector doctrinal argumenta que el Convenio no es capaz de dar una respuesta eficaz a casos como el enunciado, que cada día resultan más frecuentes, y por consiguiente se ha quedado anticuado⁴⁰.

B. Régimen de la sustracción internacional de menores en el RBII bis

43. El RBII bis incorpora, asimismo, una regulación de la sustracción internacional de menores que cubre los supuestos de traslado o retención ilícitos que tienen lugar entre Estados miembros del Reglamento. Es decir, este régimen opera, con preferencia al del CH 1980, cuando el menor haya sido “trasladado o retenido de forma ilícita en un Estado miembro distinto del Estado miembro en el que (...) tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos” (art.11.1 RBII bis). A tal fin, contempla tres mecanismos cuyo objeto es la restitución del menor⁴¹:

- 1º) Acción directa de restitución (art.11, párrafos 2 a 5 RBII bis): Ha de ejercitarse ante las autoridades del Estado miembro en donde haya sido trasladado o retenido ilícitamente el menor, conforme a las reglas del CH 1980, si bien con algunas matizaciones⁴². De ahí que autores como Calvo Caravaca y Carrascosa González se refieran a esta acción como “mecanismo de La Haya alterado”⁴³.
- 2º) Demanda en reclamación de los derechos de custodia⁴⁴ y solicitud de una orden de restitución en el Estado miembro de la residencia habitual del menor anterior al traslado o retención ilícitos (art.11, párrafos 6-8 RBII bis en relación con los arts.40.1.b) y 42 RBII bis): Opera únicamente en el caso de no haberse otorgado la restitución del menor mediante la acción directa a la que se ha aludido en el párrafo anterior y no puede accionarse sin el previo ejercicio de dicha acción directa. Ante esta hipótesis, las autoridades del Estado miembro donde se encuentra el menor darán traslado de toda la documentación a las autoridades del Estado miembro de la residencia habitual anterior, tras lo cual, es posible iniciar un procedimiento de guarda y custodia en dicho país. De atribuirse la custodia al progenitor no infractor, cabría solicitar una orden de restitución del menor al Estado miembro de su

⁴⁰ Vid. A. L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Sustracción internacional de menores: ...cit”, p.139. En cuanto a las posibles deficiencias del CH 1980 que precisan de mejora, Vid. F.J. FORCADA MIRANDA, “Carencias, necesidades y conflictos de la sustracción internacional de menores...cit”, pp. 338-339.

⁴¹ Para la explicación de la cuestión se ha recurrido a la siguiente obra: A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Tema XV: Protección de menores”, en A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Dir.), *Compendio...cit.*, pp. 411-415.

⁴² En este punto, cabe traer a colación la propuesta de reforma del RBII bis, que contempla varias modificaciones, con la finalidad de “aumentar la eficacia y mejorar el funcionamiento del mecanismo de prevalencia”. Sobre este particular, dado que la mayor parte de los Estados miembros consideran que se tramitan con mayor celeridad los casos cubiertos por el CH 1980, se propone que la duración total del procedimiento de restitución del menor no exceda de 16 semanas (actualmente, el tiempo medio es de 165 días). Vid. Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre sustracción internacional de menores (refundición), recuperado en <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/ES/1-2016-411-ES-F1-1-PDF> (consultado el 9-12-2019).

⁴³ A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Tema XV: Protección de menores”, en A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Dir.), *Compendio...cit.*, p. 412.

⁴⁴ La propuesta de reforma del RBII bis impone a las autoridades del Estado miembro de la residencia habitual del menor previa al traslado o retención ilícitos la obligación de realizar un completo análisis del interés del menor, con anterioridad a dictar una resolución acerca de la custodia que comporte la restitución del niño. Asimismo, prevé que se de audiencia al menor, cuando tenga suficiente juicio. Vid. Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre sustracción internacional de menores (refundición), recuperado en <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/ES/1-2016-411-ES-F1-1-PDF>.

residencia habitual previa, que será ejecutada, sin que sea necesario el *exequátur*, en el otro Estado miembro.

- 3º) Demanda en reclamación de los derechos de custodia ante los Tribunales del Estado miembro de la residencia habitual del menor anterior al traslado o retención ilícitos y solicitud posterior de *exequátur* (arts.28-36 RBII bis): En estos supuestos se puede iniciar directamente el procedimiento, sin necesidad de ningún trámite previo, ante las autoridades del Estado miembro donde se situaba la residencia habitual del menor, instando la atribución de la custodia o la restitución del menor a dicho Estado. Ahora bien, la resolución que se dicte debe obtener el *exequátur* en el Estado miembro del traslado o retención ilícitos para hacer efectivo el regreso del menor al Estado de su residencia habitual precedente⁴⁵.

44. A la vista de las consideraciones anteriores, resulta obvio que lo que no pueden hacer las autoridades del Estado miembro en el que el menor se encuentra trasladado o retenido es entrar a conocer de un litigio sobre los derechos de custodia, ya que carecen de competencia internacional conforme a lo dispuesto en el art.10 RBII bis. En efecto, en los supuestos de sustracción internacional de menores, el citado artículo dispone que “los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que residía habitualmente el menor inmediatamente antes del traslado o retención ilícitos conservarán su competencia hasta que el menor haya adquirido una residencia habitual en otro Estado miembro”, con dos salvedades:

- a) Que se trate de un traslado o retención consentidos por el titular del derecho de custodia.
- b) Que el menor haya residido en el otro Estado miembro durante un período mínimo de un año desde que el titular del derecho de custodia haya tenido o hubiera debido tener conocimiento de su paradero y que se encuentre integrado en dicho Estado, con las condiciones del apartado b) ⁴⁶.

⁴⁵ Acerca de la interpretación del sistema del RBII bis, Vid. STJUE (Sala Tercera) de 11 de julio de 2008 (C-195/08 PPU, ECLI:EU:C:2008:406), en la cual el Tribunal dictaminó que, cuando el procedimiento se refiera a una resolución certificada con arreglo a los artículos 11, apartado 8, y 40 a 42 del RBII bis, “no se permite la oposición al reconocimiento de la resolución de restitución y al órgano jurisdiccional requerido le incumbe únicamente constatar la fuerza ejecutiva de la resolución certificada y disponer la restitución inmediata del menor”. Igualmente importantes resulta la STJUE (Sala Tercera) de 1 de julio de 2019 (C-211/10 PPU, ECLI:EU:C:2010:400), cuya parte dispositiva dispone: “El artículo 11, apartado 8, del Reglamento n° 2201/2003 debe interpretarse en el sentido de que una resolución del órgano jurisdiccional competente que ordena la restitución del menor está comprendida en el ámbito de aplicación de dicha disposición, aun cuando no esté precedida de una resolución definitiva del mismo órgano jurisdiccional relativa al derecho de custodia del menor”. Consúltense, asimismo, SSTJUE (Sala Primera) de 19 de septiembre de 2018 (Asuntos acumulados C-235/18 PPU y C-375/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:739), que falló que el art. 33.1 RBII bis en relación con el art. 47 CDFUE ha de interpretarse que “se opone a la ejecución de una resolución dictada por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que ordena el sometimiento a tutela y la restitución de menores y que ha sido declarada ejecutiva en el Estado miembro requerido, antes de la notificación de la declaración de ejecutoriedad de dicha resolución a los progenitores afectados”.

En nuestro país, el Tribunal Supremo también se ha pronunciado sobre este asunto, sirva de ejemplo la STS (Sala de lo Civil, Secc.1ª) de 17 de octubre de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:10945^a), en la cual el Alto Tribunal deja bien sentado que los arts.40 y 42 RBII bis no autorizan a los tribunales del Estado miembro requerido a llevar a cabo una revisión sobre el fondo de un litigio resuelto por los tribunales de otro Estado miembro. Esta sentencia ha sido comentado más profundamente por C.M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “Sustracción internacional de menores. Aplicación por el Tribunal Supremo...cit”, pp.596-600. En dicha obra (pp.600-605), la citada autora explica igualmente el fallo de la STS (Sala de lo Civil, Secc.1ª) de 19 de julio de 2018 (ECLI:ES:TS:208:2832), el cual concluye que, en ausencia de mecanismo de restitución, el reconocimiento de la resolución dictada sobre el fondo del asunto por los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro de origen se llevará a cabo según lo previsto en el art.23 RBII bis y en consecuencia, los tribunales del Estado miembro requerido pueden valorar los motivos de denegación que contempla dicho precepto.

⁴⁶ Las condiciones a las que se refiere el art.10.b) RBII bis son las siguientes:

- “i) que en el plazo de un año desde que el titular del derecho de custodia haya tenido o hubiera debido tener conocimiento del paradero del menor, no se haya presentado ninguna demanda de restitución ante las autoridades competentes del Estado miembro al que se haya trasladado o en el que esté retenido el menor,
- ii) que se haya desistido de una demanda de restitución presentada por el titular del derecho de custodia sin que haya presentado ninguna nueva demanda en el plazo estipulado en el inciso i),
- iii) que se haya archivado, a tenor de lo dispuesto en el apartado 7 del artículo 11, una demanda presentada ante un órgano jurisdiccional del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos.

45. En consecuencia, la competencia judicial internacional para resolver el litigio sobre los derechos de custodia del menor recae sobre los tribunales del Estado miembro de la residencia habitual previa a la sustracción (art.8 RBII bis)⁴⁷. Esta previsión, en tanto que no favorece al progenitor infractor, tiene carácter preventivo y produce un efecto disuasorio respecto de los secuestros transfronterizos, garantizando el respeto a los derechos de custodia en todos los Estados miembros del Reglamento. A esto se añade que, como se ha puesto de relieve a lo largo del presente trabajo, son los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la residencia habitual del menor los que se encuentran en mejor situación para conocer de cualquier pretensión relativa a la responsabilidad parental, más aún en supuestos tan sensibles como el traslado y retención ilícitos de un menor.

46. El RBII bis también protege el derecho de visitas del progenitor no custodio a través de las normas de la Sección IV del Capítulo II, que, en síntesis, establecen que una resolución ejecutiva sobre el derecho de visitas dictada en un Estado miembro ha de ser reconocida y se le debe otorgar fuerza ejecutiva en otro Estado miembro, sin necesidad de *exequátur*.

C. Algunas consideraciones en relación con el proceso de sustracción internacional de menores seguido ante la jurisdicción civil en España

47. En el “Caso Juana Rivas”, en el marco del procedimiento civil, los tribunales españoles ordenaron la restitución de los hijos menores de la Sra. Rivas y del Sr. Arcuri a Italia, país donde nuestras autoridades determinaron que los niños tenían su residencia habitual con anterioridad al traslado y posterior retención ilícita (Sentencia dictada en autos de Restitución/ Retorno de Menores/ Sustracción Internacional no 1442/2016 por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Granada, confirmada por la SAP Granada de 21 abril 2017)⁴⁸.

48. Los tribunales españoles no se pronunciaron sobre el fondo de los derechos de custodia, habida cuenta que no disponían de competencia internacional, atendiendo a lo dispuesto en el art.10 RBII bis. Por el contrario, fueron los tribunales italianos los que conocieron de la demanda de custodia formulada por el Sr. Arcuri, en tanto que el art.10 en relación con el art.8 RBII bis les otorgaba competencia judicial internacional a tal fin⁴⁹. Aquí, cabe indicar que la Sentencia dictada por los tribunales italianos, concretamente, por el Tribunal de Cagliari, atribuye al Sr. Arcuri el *affidamento esclusivo* y la *collocazione* de los dos hijos de la pareja, de cinco y doce años de edad. La eficacia en España de dicha resolución dependerá de que obtenga el *exequátur* en nuestro país (arts.28-36 RBII bis).

49. En los siguientes epígrafes se llevará a cabo un estudio más detallado de los motivos por los cuales la Sra. Rivas se opone a la restitución de los menores a Italia, en especial, por en lo referente al art.13.b) CH 1980. No obstante, en este momento, parece oportuno comentar algunos aspectos relevantes de la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada. Así, primeramente, la Sala deja bien sentado que la residencia habitual de los menores se sitúa en Italia, desde el año 2013, incidiendo en que el hijo menor reside en dicho país desde su nacimiento. Entiende, por tanto el Tribunal que los niños se encuentran sujetos, tanto a las normas italianas como a las de Derecho internacional, que la Sala ciñe al Tratado de Roma, en lo que afecta a la resolución del caso.

iv) que los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos hayan dictado una resolución sobre la custodia que no implique la restitución del menor”.

⁴⁷ Igualmente, la competencia se puede fijar, en su caso, con arreglo a los arts.12,13, 14 y 15 RBII bis. Así lo entienden también A. L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Sustracción internacional de menores: ...cit”, p.145.

⁴⁸ Como ya se ha explicado, la SAP Granada de 21 abril 2017 (ECLI: ES:APGR:2017:486) confirmó la resolución del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Granada en los autos de Restitución/ Retorno de Menores/ Sustracción Internacional no 1442/2016, por la cual se acordaba la inmediata restitución de los menores al Estado de su residencia habitual con anterioridad a la sustracción, en ese caso, Italia.

⁴⁹ Trib. Cagliari, 21 marzo 2019.

50. De otro lado, para fundamentar que la residencia habitual de los menores se encuentra en Italia, la Audiencia Provincial argumenta que es en ese país donde, además, reside el padre de los niños y donde éstos están escolarizados. El Tribunal aprecia la ilicitud del traslado al recriminar a la Sra. Rivas que haya utilizado la vía de hecho, aprovechando unas vacaciones en España, para desplazar a sus hijos a nuestro país, “tomándose la justicia por su mano”. En este punto, la Sala también reprocha a la apelante que no haga alusión a la competencia de los tribunales italianos, toda vez que allí residían los menores cuando los trasladó a España de forma ilícita.

51. Igualmente, la Audiencia Provincial de Granada analiza la concurrencia de los presupuestos de la acción de restitución inmediata, en los términos del CH 1980 en relación con el art.11 RBII bis, y establece que no ha transcurrido un año desde el traslado ilícito de los menores, motivo por el cual no es posible entrar en la valoración de la integración de los niños en nuestro país, dado que esta circunstancia va unida al transcurso del periodo de un año, que, como se ha mencionado, no se ha superado. Sí que examina la Sala la causa de oposición a la restitución del art.13.b) CH 1980, que, más adelante, se desarrollará. El Tribunal recuerda, no obstante, que la resolución sobre la restitución no puede afectar a la cuestión de fondo de los derechos de custodia (art.19 CH 1980). En realidad, el Tribunal está exponiendo que, dado que se trata de una sustracción “intra” Unión Europea, ha de aplicar el RBII bis (art.11) con preferencia al CH 1980, si bien, la acción de restitución se rige por lo dispuesto en el CH 1980 con algunas alteraciones (“mecanismo de La Haya alterado”).

52. Muy interesantes resultan los razonamientos de la Audiencia en lo referente al derecho a la vida familiar del art.8 CEDH, con cita de jurisprudencia del TEDH, debido a que concluye que los actos tendentes a impedir que los progenitores se relacionen con sus hijos constituyen una violación del art.8 CEDH.

53. Ahora bien, llama la atención que el Tribunal sustente los argumentos vertidos en el Fundamento de Derecho Segundo, en su mayor parte, en los preceptos del CH 1996, excepción hecha a una breve referencia al RBII bis. Ello, por cuanto, como se ha explicado al inicio del presente trabajo, el Reglamento resulta de aplicación preferente al Convenio en virtud del art.60 RBII bis.

54. Por lo demás, argumenta la Sala que en la resolución de supuestos como el de autos ha de tomarse especialmente en consideración el principio del interés del menor, de conformidad con lo previsto en el Convenio de los Derechos del Niño, en el art.39 CE y en la LOPJM.

6. ¿Podrían aceptarse como motivos de oposición a la restitución de los niños a Italia argumentos como los esgrimidos por la Sra. Rivas referentes al presunto maltrato del que dijo ser objeto por parte del Sr. Arcuri?

55. Primeramente, cabe recordar que la acción de restitución del CH 1980 se basa en el principio del interés del menor, que se sitúa en su derecho a no ser desplazado de su residencia habitual. Sin embargo, la excepción del art.13. b) CH 1980 hace decaer ese derecho frente a otro más básico, cual es el derecho del menor a no estar expuesto a un grave peligro físico o psíquico, o colocado en una situación intolerable⁵⁰. Ambas expectativas se conjugan en mayor medida a través del art.11.4 RBII bis, que modula o corrige el mecanismo del CH 1980. Así, el citado precepto prohíbe a las autoridades competentes la denegación de la restitución del menor con fundamento en el art.13.b) CH 1980, si se acredita que se han adoptado “medidas adecuadas para garantizar la protección del menor tras su restitución”⁵¹.

⁵⁰ Vid. E. PÉREZ VERA, *Informe explicativo del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*, p.7, recuperado en <https://assets.hcch.net/docs/43df3dd9-a2d5-406f-8fdc-80bc423cdd79.pdf>.

⁵¹ Un sector doctrinal indica que el RBII bis trata de prevenir que la aplicación del art.13.b) CH 1980 manifieste el “nacionalismo judicial”, que según algunos autores, se utiliza para “bendecir” la sustracción de menores en supuestos transfronterizos. Vid. A. L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Sustracción internacional de menores: ...cit”, p.143.

56. Por otra parte, al principio de este trabajo se ha explicado el notable incremento que han experimentado en los últimos años los casos de sustracción transfronteriza en los cuales, como en el “Caso Juana Rivas”, el sujeto infractor es la madre de los menores, que, a su vez, dice ser víctima de malos tratos por parte del otro progenitor. En este punto, debe advertirse que ni el CH 1980 ni el RBII bis contemplan precepto alguno referente a la violencia de género, siendo el art.13.b) CH 1980 el único resquicio legal que permitiría tomar esta circunstancia en consideración. Cabe preguntarse, entonces, si la violencia de género quedaría comprendida en el art.13. b) CH 1980 y en consecuencia, podría operar como causa para no otorgar la restitución del menor, de entender que los menores se encuentran expuestos a graves peligros físicos o psíquicos o una situación intolerable. Particularmente, surgen las dudas cuando el menor no es la víctima directa de los malos tratos, sino que la violencia recae sobre su madre⁵².

56. El problema causa gran preocupación, ya que se han detectado situaciones fraudulentas, en las cuales se recurre al art.13. b) CH 1980 con la finalidad de retardar la tramitación del procedimiento y así tratar de justificar la integración del niño en el Estado de su nueva residencia para paralizar el retorno⁵³. Sin embargo, no por ello se olvida que los efectos de la violencia de género se dejan sentir igualmente en los hijos, a los cuales, aún no siendo víctimas directas de maltrato físico, no cabe duda de que les causa profundos daños psicológicos⁵⁴, motivo por el cual la restitución al país de su residencia anterior puede resultar una medida contraria a su interés.

57. Es evidente la dificultad que entraña la aplicación en este contexto del CH 1980, más todavía, en relación con el art.11.4 RBII bis, dada la imposibilidad de denegar la restitución del menor cuando se acredite que se han acordado medidas para garantizar su protección. No obstante, existen proposiciones para colmar las lagunas de ambos instrumentos y mejorar su aplicación en el ámbito de la violencia de género, tales como la Propuesta de Guía de Buenas Prácticas sobre el art. 13.b) del CLH 1980, elaborada en sede de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional Privado, y la reforma del Texto de Refundición del RB II bis, a través de la implementación del Convenio de Estambul⁵⁵.

58. Debe recordarse que la carga de la prueba de esta situación de maltrato que pone en grave peligro al menor recae sobre el progenitor que la alega⁵⁶. Con todo corresponde al Juez o Tribunal que resulte competente resolver acerca de la restitución, de forma discrecional, que no arbitraria, y de manera motivada, tanto la realidad de la situación de maltrato como, en su caso, si el Estado de la residencia anterior del menor ha tomado las medidas necesarias para garantizar su salvaguarda⁵⁷.

59. En este sentido, existiendo denuncias de malos tratos en el ámbito de la violencia de género e incluso, procedimiento judicial en curso por esta causa, la jurisprudencia española suele inclinarse

⁵² Algún autor ha señalado que existen estudios que evidencian que la violencia como causa de no restitución al país de la residencia habitual únicamente se tiene en cuenta cuando la víctima de los malos tratos físicos es el menor. Por el contrario, el motivo no prospera cuando la violencia se ejerce solamente sobre la madre y ello, aunque tenga lugar en presencia de sus hijos. Esto trae como consecuencia la utilización del CH 1980 como un instrumento de control a favor del maltratador frente a la víctima. Vid. C. RUIZ SUTIL, “Implementación del Convenio de Estambul...cit”, p.617.

⁵³ Vid. C. RUIZ SUTIL, “Implementación del Convenio de Estambul...cit”, pp.622 y 626.

⁵⁴ Existen datos que evidencian la relación entre la violencia conyugal y la violencia contra los hijos (entre 30% y 60%), con consiguiente riesgo para el menor. Para mayor información, Vid. M. J. CAÑADAS LORENZO, “La incidencia de la Violencia de Género en la sustracción internacional de menores” (Ponencia presentada por la Fiscal Adscrita a la Fiscal de Sala de Violencia sobre la Mujer en el VII Congreso sobre Violencia Doméstica y de Género: Madrid, 18 y 19 de octubre de 2018), recuperado en http://www.poderjudicial.es/portal/site/cgpp/menuitem.65d2c4456b6ddb628e635fc1dc432ea0/?vgnextoid=718a60d810c96610VgnVCM1000006f48ac0aRCRD&vgnnextchannel=a64e3da6cbe0a210VgnVCM100000cb34e20aRCRD&vgnnextfmt=default&vgnnextlocale=es_ES.

⁵⁵ Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011 (BOE núm. 137, 6 junio 2014). Sobre los trabajos en la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y en el seno de la Unión Europea, Vid. C. RUIZ SUTIL, “Implementación del Convenio de Estambul...cit”, p.625.

⁵⁶ Vid. SAP Santa Cruz de Tenerife Sentencia (Sección 1ª) núm. 415/2007 de 26 noviembre ([JUR 2008, 65320).

⁵⁷ Vid. I. REIG FABADO, “El traslado ilícito de menores en la Unión europea...cit”, p.615.

por ordenar la restitución de los menores en aquellos supuestos en que no existen indicios razonables que acrediten la situación de peligrosidad o grave riesgo para el hijo, particularmente, cuando no es la víctima directa de los malos tratos⁵⁸.

60. A este respecto, resulta muy interesante la SAP Valencia de 23 de febrero de 2017, en la cual el Tribunal consideró que, aún existiendo un proceso penal incoado por violencia de género contra el padre, no opera la excepción a la restitución por grave riesgo o una situación intolerable, por dos motivos: porque no consta que los malos tratos afecten a la hija y porque la restitución no impide la adopción de medidas de protección en el país de la residencia anterior, Francia. Más todavía, argumenta la Audiencia que, pese a que no se han especificado esas medidas de protección de la menor, tratándose de un país de la Unión Europea, rigen las normas europeas de prevención y lucha contra la violencia doméstica, en clara alusión al Convenio de Estambul⁵⁹.

61. La condena por un delito de violencia de género y la existencia de una orden de protección contra la mujer tampoco es óbice para decretar la restitución de un menor al Estado de su residencia anterior y así lo entendió la SAP Navarra de 3 de octubre de 2018, en tanto que no apreció la concurrencia de elementos probatorios que permitieran inferir que había una situación objetiva de riesgo en los términos del art 13 del Convenio de la Haya⁶⁰.

62. Por el contrario, nuestros tribunales optan por acordar la restitución inmediata del menor cuando entienden que obran en los autos un conjunto indiciario de medios probatorios más que suficientes para concluir que concurriría una situación que podría poner en peligro al menor. Ello debido a que al menor también le afecta la violencia ejercida por el otro progenitor sobre su madre o porque, junto a la existencia de violencia de género, se ha acreditado que el niño es igualmente objeto de malos tratos por parte de su padre⁶¹.

63. En cuanto al “Caso Juana Rivas”, por Juzgado de Primera Instancia de Granada se dictó sentencia, en la cual se ordenó la inmediata restitución de sus hijos a Italia, sobre la base de que no quedó debidamente probado que afectasen directamente a los menores los episodios de violencia familiar existentes entre sus padres⁶². Ello, aun valorando como un dato negativo que tales episodios violentos fueran presenciados por los dos menores. En concreto, se practicó prueba pericial psicológica, mediante la cual se verificó que la restitución al país de su residencia habitual anterior no suponía grave riesgo para la integridad física o psíquica de los niños y por consiguiente, tampoco se apreció la excepción del artículo 13 b) CH 1980.

⁵⁸ Vid. entre otras, SAP Málaga (Sección 6^a) núm. 286/2018, 28 marzo (ECLI:ES:APMA:2018:2544), SAP Islas Baleares (Sección 4^a) núm. 52/2018 de 9 febrero (ECLI: ECLI:ES:APIB:2018:267), SAP Málaga (Sección 6^a) núm. 243/2015, 30 abril y AAPM (Sección.22^a) 31 Marzo 2015 (ECLI:ES:APM:2015:142A). Esta resolución pone el acento en el tiempo transcurrido entre los hechos denunciados y la denuncia, llegando a concluir que concurre ánimo espurio por parte de la madre que alega la violencia de género, cuando la interposición de la denuncia se ha dilatado en el tiempo (dos años). La citada resolución fue declarada nula por la STC 16/2016, de 1 de febrero de 2016 (BOE núm. 57, de 7 de marzo de 2016), por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, al tratarse de una resolución carente de ponderación de la situación de la menor en orden a la determinación de su interés superior.

⁵⁹ En concreto, la SAP Valencia (Sección 10^a) núm. 180/2017, 23 Febrero 2017 (ECLI: ES:APV:2017:718) razona: “*Lo cierto es que la existencia de tales medidas simplemente impediría, de acuerdo con el artículo 11-4 del Reglamento 2201/2003 de 27 de noviembre de 2003 valorar la denegación de la restitución al amparo del artículo 13 b) del Convenio de La Haya , pero su falta no impide acordar la restitución cuando, a la luz del mencionado precepto del Convenio, no se advierta la exposición a un peligro físico o psíquico o una situación intolerable para la menor.*”

⁶⁰ Vid. SAP Navarra (Sección 3^a) núm. 449/2018, de 3 Octubre 2018 (ECLI: ES:APNA:2018:875). Tampoco tiene en cuenta la existencia de un procedimiento por violencia de género archivado en el Estado de la residencia habitual anterior al traslado ilícito la SAP Les Illes Balears (Sección 4^a) núm. 141/2016, 9 Mayo 2016 (ECLI: ES:APIB:2016:751).

⁶¹ Vid. AAP Cádiz (Sección 5^a), núm. 25/2011 de 22 Febrero 2011 (ECLI: ES:APCA:2011:30^a) y AAP Sevilla (Sección 2^a) núm. 185/2008 de 12 septiembre (JUR 2009\54463).

⁶² Sentencia del Juzgado de Primera Instancia N^o. 3 de Granada núm. 754/2016, 14 Diciembre 2016 (ECLI: ES:JPI:2016:723).

64. Como ya se ha explicado, esta Sentencia fue confirmada por la Audiencia Provincial, que se pronunció acerca de la denuncia formulada por la Sra. Rivas, argumentando que el solo hecho de haber formulado una denuncia por malos tratos al llegar a España, no es suficiente por sí mismo para garantizar el éxito de su pretensión. Más bien, la Sala entiende que el propósito de la Sra. Rivas fue alterar la competencia civil y penal para conocer de este asunto.

III. Medidas civiles relativas a los hijos menores

65. La *Prima Sezione Civile* del Tribunal de Cagliari, compuesta por tres jueces y presidida por el magistrado Ignazio Tamponi, dictó Sentencia el pasado 21 de marzo de 2019 en el proceso civil entablado entre Dña. Juana y D. Francesco, estableciendo las siguientes medidas:

66. Por cuanto se refiere al cuidado de los menores, atribuye el *affidamento esclusivo* y la *collocazione* de los dos hijos de la pareja, de cinco y doce años de edad, a D. Francesco.

67. Respecto al régimen de visitas, establece que los hijos menores estarán en compañía de Dña. Juana la mitad de las vacaciones de Navidad, Semana Santa y verano; así como un fin de semana alterno, en caso de que esta resida en Italia, o un fin de semana de cada cinco, si vive en España o en cualquier otro país. Ello, pese a que D. Francesco pedía que se prohibiera la salida de los niños de Italia.

68. En cuanto a la contribución al mantenimiento de los hijos menores, el Tribunal de Cagliari fija una pensión de alimentos a cargo de Dña. Juana de 300 € mensuales (150 € por cada hijo). Además, esta deberá abonar el 50 % de los gastos extraordinarios.

69. A continuación, nos centraremos en cada una de las mencionadas medidas, analizando el régimen jurídico previsto en el Derecho italiano y las razones que han llevado al Tribunal a adoptar su decisión. Nos detendremos especialmente en la atribución del cuidado de los hijos menores, pues el resto de medidas dependen directamente de esta.

70. Además, para que el lector pueda comprender mejor el régimen italiano y las instituciones en él previstas, iremos realizando las oportunas comparaciones con nuestro propio ordenamiento jurídico.

1. Cuidado de los hijos menores

71. Ya hemos adelantado que el Tribunal de Cagliari atribuye el *affidamento esclusivo* y la *collocazione* de los dos hijos de la pareja a D. Francesco. Al respecto, argumenta que se trata de la única solución que garantiza el respeto del interés superior de los menores, llegando a considerar que adoptar otra solución supondría un importante perjuicio para su equilibrio psicofísico. Para ello, tiene en cuenta diferentes factores, como la obstaculización de las relaciones entre los hijos y su padre por parte de Dña. Juana, su inaptitud para asumir el cuidado diario de los menores o la manipulación de los mismos que presuntamente ha llevado a cabo, hasta el punto de causarles el denominado “Síndrome de Alienación Parental”. No tiene en cuenta, sin embargo, la posible presencia de violencia de género en la pareja.

72. A continuación, analizaremos todos los argumentos esgrimidos por el Tribunal de Cagliari para adoptar su decisión. Pero antes, veremos en qué consisten exactamente el *affidamento* y la *collocazione*, centrándonos especialmente en las similitudes y diferencias existentes con nuestra guarda y custodia.

A) El régimen de atribución del cuidado de los hijos menores en el Derecho italiano

73. Las dos figuras que utiliza el Derecho italiano para articular el modo en el que los progenitores van a atender a sus hijos tras la ruptura son el *affidamento* y la *collocazione*, a cuyo análisis vamos a destinar este apartado. Además, también haremos una breve referencia al ejercicio de la responsabilidad parental —*responsabilità genitoriale*—, ya que ello nos permitirá comprender mejor el funcionamiento de dichas figuras.

a) El ejercicio de la *responsabilità genitoriale* tras la ruptura

74. El *Codice Civile* italiano diferencia en su artículo 337 *ter.3* entre las decisiones consideradas “de mayor importancia” —*di maggiore interesse*— y aquellas otras a las que denomina “de ordinaria administración” —*di ordinaria amministrazione*—. Dentro de las primeras, recoge expresamente algunas, como las que se refieren a la instrucción, educación y salud de los menores y las relativas al establecimiento de su residencia habitual. En cualquier caso, no se trata de una lista cerrada, por lo que podría incluirse cualquier otra decisión susceptible de incidir notablemente en vida del menor⁶³.

75. Independientemente de la modalidad de *affidamento* que se establezca, las decisiones calificadas como de mayor importancia serán adoptadas conjuntamente por ambos padres —arts. 337 *ter.3* y 337 *quater.3* del *Codice Civile*—, con una única excepción: el supuesto del *affidamento superesclusivo*, al que me referiré brevemente en el siguiente epígrafe.

76. Ello implica que a los padres les incumbe un deber de información recíproca y de consulta con carácter previo a adoptar cualquier decisión de estas características⁶⁴. Para el caso de que no se alcance un acuerdo, el artículo 337 *ter.3* del *Codice Civile* establece que la decisión corresponde al juez. Aquí encontramos una diferencia con nuestro ordenamiento jurídico, pues de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 156.2 del Código Civil, en caso de desacuerdo entre los progenitores, el juez no adoptará la decisión, sino que atribuirá la facultad de decidir a uno de los progenitores.

77. En cuanto a las decisiones de ordinaria administración, la doctrina italiana ha considerado que dentro de esta categoría se encuentran aquellas decisiones cotidianas que exige el cuidado directo del menor y que, por ende, requieren de cierta inmediatez⁶⁵.

78. Finalmente, entre una y otra clase de decisiones, existe una zona intermedia, en la que se encuentran aquellas decisiones que, sin llegar a ser consideradas especialmente importantes, tampoco pueden calificarse como cotidianas o de ordinaria administración. Lo cierto es que el *Codice Civile* italiano no se refiere a esta clase de decisiones, por lo que su régimen ha sido configurado por la doctrina⁶⁶.

79. Como vamos a ver a continuación, la competencia para la adopción de las decisiones de ordinaria administración y de las que se encuentran a medio camino entre éstas y las de mayor importancia, dependerá del régimen de *affidamento* que se establezca⁶⁷.

⁶³ Vid. M. DOGLIOTTI, “Affidamento condiviso e individuale” en VV AA, *Affidamento condiviso e diritti dei minori — coord. M. DOGLIOTTI—*, Lex Nova, Torino, 2008, p. 44; y A. ARCERI, “Il contenuto dell’affidamento esclusivo ed il potere del giudice di conformazione della responsabilità genitoriale”, *Famiglia e Diritto*, fasc. 1, 2016, p. 3.

⁶⁴ Vid. A. ARCERI, “Il contenuto dell’affidamento esclusivo ...cit.”, p. 3.

⁶⁵ Vid. M. DOGLIOTTI, “Affidamento condiviso ...cit.”, p. 62.

⁶⁶ Vid. G.F. BASINI, “Crisi tra i genitori e affidamento condiviso. Gli aspetti di diritto sostanziale (art. 337 *ter.3* c.c.)” en VV AA, *Codice Commentato di famiglia, minori e soggetti deboli* —G.F. BASINI, G. BONILINI, y M. CONFORTINI—, Utet Giuridica, 2014, p. 1158.

⁶⁷ Vid. G.F. BASINI, “Crisi tra i genitori e affidamento condiviso ...”, cit., p. 1158.

b) *El affidamento*

80. La principal función del *affidamento* italiano consiste en determinar el modo concreto en el que se va a ejercer la responsabilidad parental sobre los hijos menores tras la ruptura de la pareja⁶⁸. Ello hace que no pueda identificarse con nuestra guarda y custodia, que, como sabemos, tiene por objeto disponer cuál de los padres va a convivir con los hijos, y, como regla general, no incide en el ejercicio de la patria potestad⁶⁹, que sigue perteneciendo a ambos progenitores —art. 92.4 del Código Civil—. Ello sin perjuicio de que haya algunas facultades que el progenitor no custodio tenga limitadas, como la relativa a tener a los menores en su compañía o la participación en la adopción de determinadas decisiones de escasa importancia pertenecientes al día a día.

81. Además, a diferencia de lo que ocurre con la guarda y custodia española, el *affidamento* italiano no siempre incluye la determinación del progenitor que va a convivir diariamente con el menor⁷⁰. Sí que la incluye en aquellos casos en los que se asigna a uno de los progenitores —*affidamento esclusivo*—, pero no cuando se asigna conjuntamente a ambos —*affidamento condiviso*—, ya que en estos supuestos la determinación del progenitor que va a convivir con el menor es objeto de una decisión posterior. Así, el *Codice Civile* italiano, tras regular el *affidamento*, encarga al juez la tarea de establecer el tiempo y modalidad de presencia del menor con cada uno de sus progenitores —art. 337 *ter*.2—. Para ello, el ordenamiento italiano cuenta con la figura de la *collocazione*, a la que nos referiremos en el siguiente apartado.

82. Con carácter general, se prevén dos modalidades de *affidamento*: *esclusivo* y *condiviso*. A continuación, expondremos las principales diferencias que existente entre ellas:

83. El *affidamento esclusivo* se caracteriza porque las decisiones de mayor importancia son adoptadas conjuntamente por ambos progenitores; mientras que el resto de decisiones —las de ordinaria administración y las que se encuentran a medio camino entre unas y otras—, son adoptadas exclusivamente por el progenitor *affidatario*, salvo que el juez decida graduar el ejercicio de la responsabilidad parental y atribuir al *no affidatario* la facultad de participar en determinadas decisiones —art. 337 *quater*.3 del *Codice Civile*—.

84. Además, el artículo 337 *quater*.3 del *Codice Civile* italiano prevé la posibilidad de que, con carácter excepcional, el juez pueda apartar al progenitor *no affidatario* también de las decisiones de mayor importancia. Ello ha llevado a la doctrina a hablar de un subtipo de *affidamento esclusivo*, al que ha dado la denominación de *superesclusivo*⁷¹. En todo caso, el carácter excepcional de esta modalidad de *affidamento* hace que haya tenido una escasa repercusión práctica, aunque es posible encontrar algún pronunciamiento que la establezca⁷².

⁶⁸ Vid. Trib. Bologna, 24 aprile 2006; Trib. Messina, 18 luglio 2006; Trib. Milano, 6 ottobre 2006; Trib. Viterbo, 18 ottobre 2006; y Trib. Firenze, 13 dicembre 2006. Vid. también: C. GRASSI, “Potestà genitoriale e affidamento della prole”, *Giustizia Civile*, fasc.10, 2008, p. 5; y M. DOGLIOTTI, “Affidamento condiviso...cit.”, p. 51 y 115.

⁶⁹ Vid. C. GUILARTE MARTÍN-CALERO, “La custodia compartida alternativa: Un estudio doctrinal y jurisprudencial”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, N° 2, 2008, p. 4; y L. DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN y A. GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil. Volumen IV (tomo I): Derecho de familia*, 12ª ed., Tecnos, Madrid, 2018, p.123.

⁷⁰ Vid. Cass., 8 febbraio 2012; Cass., 17 maggio 2012; Cass., 15 maggio 2013, Trib. Milano, 6 ottobre 2006; Trib. Viterbo, 18 ottobre 2006; Trib. Firenze, 13 dicembre 2006; y Trib. Pisa, 20 dicembre 2006. Vid. también: B. DE FILIPPIS, *Affidamento condiviso dei figli nella separazione en el divorcio*, Cedam, Padova, 2006, p. 91; T. FEBBRAJO, *Crisi della familia e diritto alla “bigenitorialità”*: *L'affidamento dei figli dopo la legge n. 54/2006*, eum, 2008, p. 221; M. DOGLIOTTI, “Affidamento condiviso...cit.”, p. 48 y 51; C. IRTI, *Affidamento condiviso e casa familiare*, Jovene Editore Napoli, 2010, p. 39; T. AULETTA, “L’attuazione dei principi sull’affidamento dei figli nella crisi familiare a sei anni dall’entrata in vigore della nuova disciplina”, *Famiglia, persone e successioni*, fasc. 6, 2012, p. 4; y G.F. BASINI, “Crisi tra i genitori e affidamento condiviso...cit.”, p. 1148

⁷¹ Vid. G. SAVORANI, “L’affidamento super-esclusivo in talune circostanze è l’unico mezzo per tutelare l’interesse del figlio minore”, *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, fasc. 12, 2014, p. 4.

⁷² Vid. Trib. Milano, 20 marzo 2014.

85. Por lo demás, tanto en el supuesto del *affidamento esclusivo* como en el del *superesclusivo*, el progenitor no *affidatario* tiene el derecho y el deber de vigilar la instrucción y educación del menor, estando facultado para dirigirse al juez cuando las decisiones adoptadas por el otro progenitor puedan menoscabar su interés superior —art. 337 *quater*.3 del *Codice Civile*—. Esta regla no solo se aplica en situaciones de ruptura, ya que el artículo 316.5 del *Codice Civile* establece con carácter general que el progenitor que no ejerza la responsabilidad parental controlará la instrucción, educación y condiciones de vida de su hijo.

86. Por cuanto respecta al *affidamento condiviso*, una vez más, las decisiones de mayor importancia deben ser acordadas por ambos progenitores —art. 337 *ter*.3 del *Codice Civile*—. El resto de decisiones podrán ser adoptadas por el progenitor que se encuentre en compañía del menor en cada momento, pero informando y consultando al otro progenitor y sin apartarse nunca del proyecto educativo común acordado entre ambos⁷³. Por último, se establece una salvedad con las decisiones de ordinaria administración, respecto de las cuales el juez puede establecer el ejercicio separado de la responsabilidad parental, lo que supone que pueden ser adoptadas de forma autónoma por el progenitor al que el juez atribuya dicha facultad —art. 337 *ter*.3 del *Codice Civile*—.

87. Los artículos 337 *ter*.2 y 337 *quater* del *Codice Civile* italiano atribuyen preferencia legal al régimen de *affidamento condiviso* —arts. 337 *ter*.2 y 337 *quater*—, tal y como han interpretado de forma prácticamente unánime la jurisprudencia⁷⁴ y doctrina⁷⁵ italianas. El primero de los mencionados preceptos, aun sin utilizar expresamente la locución *affidamento condiviso*, señala que el juez valorará “prioritariamente” la posibilidad de que los hijos menores sean confiados a ambos progenitores; mientras que el artículo 337 *quater*.1 limita la posibilidad de establecer el *affidamento esclusivo* a aquellos casos en los que quede acreditado que el *affidamento condiviso* resulta contrario al interés del menor.

88. La doctrina italiana ha llegado a considerar que actualmente el *affidamento esclusivo* tiene un carácter residual, de tal manera que solo ante la presencia de comportamientos o situaciones evidentemente dañosas para los hijos puede excluirse el *affidamento condiviso*⁷⁶.

89. El *Codice Civile* italiano no prevé los supuestos concretos en los que el *affidamento condiviso* resulta contrario al interés superior del menor y en los que, por tanto, cabe adoptar el *affidamento esclusivo*; por lo que se deja a la discrecionalidad del juez⁷⁷. A modo de ejemplo, la jurisprudencia se ha opuesto al *affidamento condiviso* cuando alguno de los padres padecía graves patologías psíquicas⁷⁸, se encontraba privado de libertad⁷⁹, padecía algún tipo de adicción⁸⁰ o mostraba un carácter violento que pudiera poner en riesgo a sus hijos menores⁸¹.

⁷³ Vid. App. Bologna, 21 settembre 2006; y App. Catania, 6 marzo 2007. Vid. también: G.F. BASINI, “Crisi tra i genitori e affidamento condiviso ...cit.”, p. 1158

⁷⁴ Vid. App. Roma, 9 maggio 2007; y Trib. Catania, 2 ottobre 2007.

⁷⁵ Vid. B. DE FILIPPIS, *Affidamento condiviso ...cit.*, p. 63; T. FEBBRAJO, *Crisi della famiglia e diritto alla “bigenitorialità...cit.*, p. 137; C. GRASSI, “Potestà genitoriale ...cit.”, p. 1; C. IRTI, *Affidamento condiviso...cit.*, p. 16; A. VECCHI, “Conferma da piazza cavour: l'affidamento condiviso è la regola, quello esclusivo è l'eccezione”, *Diritto e Giustizia online*, fasc. 0, 2010, p. 1; F. ASTIGGIANO, “Affidamento condiviso, inidoneità dei genitori e possibilità di affidamento del minore a terzi”, *Famiglia, persone e successioni*, fasc. 10, 2012, p. 2; y G.F. BASINI, “Crisi tra i genitori e affidamento condiviso...cit.”, p. 1142.

⁷⁶ Vid. B. DE FILIPPIS, *Affidamento condiviso ...cit.*, pp. 91 y 116; T. FEBBRAJO, *Crisi della famiglia e diritto alla “bigenitorialità...cit.*, p. 190; A. ANSALDO, “Il divorzio” en VV AA, *Affidamento condiviso e diritti dei minori —coord. M. DOGLIOTTI—*, Lex Nova, Torino, 2008, p. 183; G.E. NAPOLI, “L'interesse del minore a vivere con uno solo dei genitori nel quadro delle tendenze normative verso la bigenitorialità”, *Diritto di famiglia e delle persone*, fasc. 1, 2009, p. 4; C. IRTI, *Affidamento condiviso...cit.*, pp. 23 y 30; y A. VECCHI, “Conferma...cit.”, p. 1.

⁷⁷ Vid. C. GRASSI, “Potestà genitoriale...cit.”, p. 4.

⁷⁸ Vid. Trib. Firenze, 17 maggio 2006; y Trib. Catania, 18 maggio 2006.

⁷⁹ Vid. Trib. Catania, 18 maggio 2006; y Trib. Pisa, 9 maggio 2007.

⁸⁰ Vid. Trib. Firenze, 25 ottobre 2006; Trib. Firenze, 17 maggio 2006; y Trib. Trani, 17 maggio 2007.

⁸¹ Vid. App Ancora, 22 novembre 2006; y Trib. Pisa, 14 febbraio 2007.

90. En el supuesto objeto de examen, el Tribunal de Cagliari opta por apartarse de la regla general del *affidamento condiviso* y atribuir a D. Franceso el *affidamento esclusivo*. Lo hace con los argumentos que ya hemos mencionado, y que en seguida pasaremos a analizar. Ello supone que, si bien Dña. Juana participará en la adopción de las decisiones de mayor importancia relativas a los menores, no lo hará en aquellas de ordinaria administración, ni entre las que se encuentran a medio camino entre unas y otras. Y es que, en el caso concreto, el juez no ha hecho uso de la facultad que le atribuye el artículo 337 *quater.3* del *Codice Civile* para otorgar al *no affidatario* la facultad de participar en determinadas decisiones. Tampoco ha optado por establecer el denominado *affidamento superesclusivo*, lo que hubiera agravado notablemente la situación para Dña. Juana, pues le habría excluido también de la adopción de las decisiones de mayor importancia.

c) La *collocazione*

91. La jurisprudencia y doctrina italianas vienen utilizando la expresión *collocazione*⁸² para aludir a la determinación del progenitor va a convivir con el menor tras la ruptura de la pareja —aunque en ocasiones se le han dado denominaciones diversas, como *domiciliazione privilegiata*⁸³ o *residenza principale*⁸⁴—.

92. La guarda y custodia española podría equipararse en cierto modo a la *collocazione*, pues al igual que aquella, permite determinar qué progenitor va a convivir en el día a día con el menor⁸⁵, y, en principio, no afecta al ejercicio de la patria potestad, que salvo casos excepcionales se mantiene de forma conjunta en ambos progenitores —art. 92.4 del Código Civil—. No obstante, ello supone una visión excesivamente simplista de la guarda y custodia. Y es que, es inevitable que el cuidado directo del menor requiera la adopción de decisiones cotidianas de menor importancia que, por razones de inmediatez, deberán ser tomadas por el progenitor que en cada momento se encuentre en su compañía menor⁸⁶. Por ello, podemos decir que, aunque la guarda y custodia española se identifica principalmente con la *collocazione* italiana, también mantiene algunos puntos de conexión con la figura del *affidamento*.

93. Como ya se ha dicho, en los supuestos de *affidamento esclusivo*, la determinación del progenitor con el que va a convivir el menor no presenta mayores problemas, ya que el *affidamento* incluirá también la *collocazione*, que corresponderá al *progenitor affidatario*. Y parece bastante razonable, pues si el juez estima que existen razones para excluir a un progenitor del *affidamento* —y, por tanto, del grueso del ejercicio de la responsabilidad parental—, con mayor razón justificarán la exclusión de la *collocazione*⁸⁷.

⁸² Vid. Trib. Bologna, 26 aprile 2006; Trib. Bari, 13 settembre 2006, Cass., 10 ottobre 2008; Cass., 8 febbraio 2012; Cass., 17 maggio 2012; y Cass., 15 maggio 2013. Vid. también: S. VAGLIO, "Affidamento dei figli nella separazione e nel divorzio", *Famiglia e Diritto*, 1995, 3, p. 1; D. MORELLO DI GIOVANNI, "Affidamento congiunto nella separazione personale tra i coniugi", *Famiglia e Diritto*, fasc. 5, 1997, p. 2; M. FIORINI, "Autonomia privata e affidamento condiviso", *Rivista del Notariato*, fasc.1, 2007, p. 4; G. FERRANDO, "L'assegnazione della casa familiare" en VV AA, *Affidamento condiviso e diritti dei minori —coord.* M. DOGLIOTTI—, Lex Nova, Torino, 2008, p. 116; G.E. NAPOLI, "L'interesse del minore...cit.", p. 7; A. ARCERI, "Affidamento esclusivo, affidamento condiviso, affidamento a terzi: confini tra le diverse tipologie di affidamento nella recente giurisprudenza di legittimità", *Famiglia e Diritto*, fasc. 7, 2012, p. 3; T. AULETTA, "L'attuazione dei principi sull'affidamento dei figli...cit.", p. 9; C. CICERO, "Principio di bigenitorialità, conflitto di coppia e sindrome da alienazione parentale", *Diritto di Famiglia e delle Persone*, fasc. 3, 2013, p. 2; G.F. BASINI, "Crisi tra i genitori e affidamento condiviso...cit.", p. 1148; y A. DI LALLO, "Minore collocato dalla madre perché maggiormente in grado di garantire il diritto alla bigenitorialità", *Diritto & Giustizia*, fasc.10, 2016, p. 4.

⁸³ Vid. Trib. Messina, 18 luglio 2006; Trib. Pisa, 9 maggio 2007; y Trib. Messina, 25 settembre 2007.

⁸⁴ Vid. Trib. Civitavecchia, 2 ottobre 2007. Vid. también: L. SACCHETTI, "Dell'affidamento congiunto imposto", *Famiglia e Diritto*, fasc. 3, 2003, 3, p. 4.

⁸⁵ Vid. C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, "La regulación de la custodia compartida en la Ley de igualdad de las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres", *Actas de los vigésimos encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, 2010, p. 144; y J.A. SERRANO GARCÍA, "Guarda y custodia de los hijos y régimen de visitas en Aragón" en VV AA, *Relaciones entre padres e hijos en Aragón: ¿un modelo a exportar?* —coords. M.C. BAYOD LÓPEZ y J.A. SERRANO GARCÍA—, Institución Fernando el Católico, 2013, p. 25.

⁸⁶ Vid. J.A. SERRANO GARCÍA, "Guarda y custodia de los hijos...cit.", p. 25.

⁸⁷ Vid. S. VAGLIO, "Affidamento dei figli...cit.", p. 4; T. FEBBRAJO, *Crisi della famiglia e diritto alla "bigenitorialità" ...cit.*, p. 221.

94. El problema se plantea cuando se establece un régimen de *affidamento condiviso*, pues será necesario determinar el régimen de *collocazione* del menor. A ello se refiere el artículo 337 *ter.2* del *Codice Civile* cuando señala que el juez debe determinar el tiempo y modalidad de presencia del menor con cada uno de sus progenitores. Por tanto, en el caso del *affidamento condiviso*, se distinguirá entre el progenitor *affidatario* conviviente con el menor —*collocatario*— y el progenitor *affidatario* que no convive con él —*no collocatario*—⁸⁸. Además, pese a que el *Codice Civile* no lo prevé expresamente, se viene admitiendo la posibilidad de que el juez establezca una *collocazione* similar con ambos progenitores⁸⁹. A esta modalidad de *collocazione* se le ha denominado *collocazione alternata*⁹⁰, y, aunque su aplicación práctica ha sido bastante escasa, es posible encontrar algún pronunciamiento que la adopta⁹¹.

95. En cualquier caso, en el supuesto que nos ocupa, ya hemos señalado que el Tribunal de Cagliari decide atribuir a D. Francesco el *affidamento esclusivo* de los hijos menores de la pareja, por lo que este ejercerá también la *collocazione*.

B) Análisis de los argumentos del Tribunal de Cagliari

96. A continuación, vamos a descender al análisis de los diferentes argumentos en los que se basa el Tribunal de Cagliari para atribuir a D. Francesco el *affidamento* y *collocazione* de los hijos menores de la pareja:

a) El interés superior del menor

97. El interés superior del menor es el principal criterio al que debe atender el juez a la hora de determinar el régimen de *affidamento* y *collocazione* de los hijos menores —art. 337 *ter.2* del *Codice Civile*—. Así lo viene interpretando de forma unánime la doctrina italiana⁹².

98. Lo mismo ocurre en nuestro propio ordenamiento: el Código Civil sitúa el interés superior del menor como el criterio fundamental a tener en cuenta en la adopción de cualquier decisión en materia de Derecho de familia y, concretamente en el establecimiento del régimen de guarda y custodia de los hijos menores —arts. 90 b), 92.4, 92.8, 94 y 103.1 del Código Civil—.

99. El problema es que tanto el Derecho italiano⁹³ como el español⁹⁴ configuran el interés superior del menor como un concepto jurídico indeterminado, lo que supone que tendrá que ser concretado en cada supuesto, en base a las circunstancias concurrentes.

⁸⁸ Vid. T. FEBBRAJO, *Crisi della familia e diritto alla "bigenitorialità" ...cit.*, p. 222.

⁸⁹ Lo mismo ocurría en el Derecho español antes de la entrada en vigor de la Ley 15/2005, de 8 de julio, de reforma del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio (BOE de 9 de julio de 2005), que introdujo por primera vez en el Código Civil la posibilidad de establecer un régimen de guarda y custodia compartida. Con anterioridad a dicha reforma, la jurisprudencia ya aplicaba en ocasiones el régimen de custodia compartida pese a no estar prevista legalmente —vid. SAP Madrid 8 marzo 2002 (JUR 2002\196395), SAP Cuenca 28 febrero 2003 (AC 2003\886), SAP Asturias 2 abril 2003 (JUR 2003\231488), SAP Castellón 10 abril 2003 (AC 2003\846) o SAP Las Palmas 15 abril 2004 (JUR 2004\152448)—.

⁹⁰ Vid. G.F. BASINI, "Crisi tra i genitori e affidamento condiviso...cit.", p. 1151.

⁹¹ Vid. Trib. Chieti, 28 giugno 2006.

⁹² Vid. V. MONTARULI, "L'interesse del minore nell'affidamento, tra responsabilità e libertà", *Giurisprudenza Italiana*, 1996, fasc. 4, p. 3; L. SACCHETTI, "Dell'affidamento...cit.", p. 3; B. DE FILIPPIS, *Affidamento condiviso...cit.*, p. 67; C. GRASSI, "Potestà genitoriale...cit.", p. 1; y G.E. NAPOLI, "L'interesse del minore...cit.", p. 3.

⁹³ Vid. R. GELLI, "Affidamento della prole", *Famiglia e Diritto*, fasc. 2, 2005, 2, p. 5; C. IRTI, *Affidamento condiviso...cit.*, p. 61; y L. LENTI, "L'interesse del minore nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: espansione e trasformismo", *CEDAM: La nova giurisprudenza civile commentata*, Anno XXXII, N° 1, 2016, p. 148.

⁹⁴ Vid. F. RIVERO HERNÁNDEZ, *El interés del menor*, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 54 y 57.

100. En la doctrina italiana, son varias las voces que consideran que el interés superior del menor se vincula con su derecho a la *bigenitorialità*⁹⁵, es decir, con el derecho del menor a ser cuidado con ambos padres. Se ha llegado a señalar, incluso, que el legislador presume que el régimen de *affidamento condiviso* es el que protege en mayor medida el interés superior del menor⁹⁶, y por ello le ha atribuido carácter preferente.

101. No obstante, en el supuesto que nos ocupa, el Tribunal de Cagliari ha decidido apartarse de la regla general y excluir el *affidamento condiviso*, por considerar que el *affidamento esclusivo* es el que mejor protege el interés superior del menor en el caso concreto.

b) El lugar de residencia de los progenitores

102. El *Codice Civile* no se refiere al peso que tiene el lugar de residencia de cada uno de los progenitores en la determinación del régimen de *affidamento* y *collocazione* de los hijos menores. Al respecto, se limita a prever que, en caso de que uno de los progenitores traslade su residencia al extranjero, debe comunicárselo al otro progenitor en el plazo máximo de 30 días —art. 337 *sexies.2* del *Codice Civile*—, con el apercibimiento de que, de no hacerlo, deberá indemnizar los daños y perjuicios que pudieran causarse al otro progenitor o a los propios hijos.

103. Ante el silencio del *Codice Civile*, han sido jurisprudencia y doctrina las que se han pronunciado sobre esta cuestión, mostrándose con carácter general partidarias de establecer el régimen de *affidamento condiviso* también en aquellos casos en los que existe lejanía entre los domicilios de los progenitores⁹⁷ —aunque es posible encontrar algún caso en el que se ha estimado que debe descartarse el *affidamento condiviso*, argumentando que la lejanía de los domicilios dificulta la corresponsabilidad y coparticipación en el cuidado, educación e instrucción del menor⁹⁸—. En el caso que estamos analizando, ya hemos visto que el Tribunal de Cagliari descarta el *affidamento condiviso*, para lo que tiene en cuenta diversos factores, entre los que incluye la lejanía existente entre los domicilios de los progenitores, ya que viven en diferentes países.

104. En cuanto al régimen de *collocazione*, a diferencia de lo que hemos visto para el *affidamento*, se ha considerado que, con carácter general, la lejanía entre los domicilios de los progenitores hace que la *collocazione alternata* no resulte recomendable⁹⁹ —lo que no ha impedido que en alguna ocasión se haya acordado pese a existir una importante distancia entre los lugares de residencia de los progenitores¹⁰⁰—. En el caso de nuestro ordenamiento, jurisprudencia¹⁰¹ y doctrina¹⁰² también se muestran contrarias, con carácter general, al establecimiento del régimen de custodia compartida cuando no existe cierta proximidad entre los domicilios de los progenitores.

⁹⁵ Vid. B. DE FILIPPIS, *Affidamento condiviso...cit.*, p. 116; T. FEBBRAJO, *Crisi della famiglia e diritto alla "bigenitorialità"...* *cit.*, p. 129; G.E. NAPOLI, "L'interesse del minore...cit.", p. 2; y C. IRTI, *Affidamento condiviso...cit.*, p. 15.

⁹⁶ Vid. T. FEBBRAJO, *Crisi della famiglia e diritto alla "bigenitorialità"...* *cit.*, p. 139; C. GRASSI, "Potestà genitoriale...cit.", p. 1; C. IRTI, *Affidamento condiviso...cit.*, p. 19; y T. AULETTA, "L'attuazione dei principi sull'affidamento dei figli...cit.", p. 6.

⁹⁷ Vid. Cass., 2 dicembre 2010; Cass., 19 maggio 2011; Trib. Bologna, 22 maggio 2006; Trib. Min. Emilia Romagna, 6 febbraio 2007; y App. Catania, 10 novembre 2010. Vid. también: G. MANERA, "Se un'elevata conflittualità tra i genitori (uno dei quali tacciato di omosessualità) escluda l'applicazione in concreto dell'affidamento condiviso", *Diritto di Famiglia e delle Persone*, fasc. 4, 2007, p. 3; y T. AULETTA, "L'attuazione dei principi sull'affidamento dei figli...cit.", p. 6.

⁹⁸ Vid. Trib. Pisa, 20 dicembre 2006; y App. Roma, 18 aprile 2007.

⁹⁹ Vid. Cass., 2 dicembre 2010.

¹⁰⁰ Vid. Trib. Chieti, 28 giugno 2006.

¹⁰¹ Vid. STS 11 marzo 2010 (RJ 2010\2340), SAP Zaragoza 7 febrero 2012 (JUR 2012\63159), SAP Málaga 22 octubre 2013 (JUR 2014\17117), SAP Murcia 3 enero 2014 (JUR 2014\40800) y SAP Baleares 18 marzo 2014 (JUR 2014\98386).

¹⁰² Vid. C. GUILARTE MARTÍN-CALERO, "La custodia compartida alternativa...cit.", pp. 19-20. Vid. también: Conclusiones del IV Encuentro de Magistrados, Fiscales y Secretarios con Abogados de la AEAFA celebrado en Valencia los días 26, 27 y 28 de octubre de 2009.

105. En el supuesto de estudio, no llega siquiera a plantearse la posibilidad de establecer un régimen de *collocazione alternata*, toda vez que el Tribunal se ha decantado por el *affidamento esclusivo*, y, como ya hemos señalado, ello excluye la posibilidad de adoptar la *collocazione alternata*.

106. Por lo demás, el lugar de residencia de los progenitores es un criterio cuya eficacia no se agota con la adopción del régimen de *affidamento y collocazione*, ya que también puede ser muy útil para determinar la configuración concreta del régimen de visitas, tal y como posteriormente veremos.

c) La aptitud de los progenitores

107. Los supuestos más habituales en los que la aptitud de uno de los progenitores para ejercer el cuidado de sus hijos puede quedar en entredicho son los relativos a la existencia de enfermedades, que normalmente serán de carácter psíquico —como esquizofrenia, depresiones, obnubilación de la conciencia, trastornos de personalidad graves, trastorno obsesivo-compulsivo, etc.—, aunque en algunas ocasiones se incluyen también las minusvalías físicas —parálisis, hemiplejías, cuadriplejías, etc.—.

108. En este sentido, es posible encontrar varios pronunciamientos en la jurisprudencia italiana que se oponen al *affidamento condiviso* debido al padecimiento de enfermedades psíquicas en alguno de los progenitores¹⁰³ —también en la jurisprudencia española¹⁰⁴—. Y, de hecho, ya hemos anticipado que uno de los argumentos a los que recurre el Tribunal de Cagliari para rechazar el *affidamento condiviso* es que aprecia una cierta inaptitud de la madre para asumir el cuidado diario de los menores, al mostrar, en palabras del Tribunal, un funcionamiento psíquico gravemente patológico, asociado a una desorganización mental. En este sentido, señala que D. Juana ha demostrado con su comportamiento ser absolutamente inconsciente del daño que ha causado a los niños al separarlos de su padre. Así mismo, entiende que la relación del hijo mayor con la madre resulta patológica por carecer de reciprocidad y basarse en el control y el deseo del menor de complacerla. En cambio, considera que D. Francesco muestra un comportamiento comprensivo y responsable que le hace más idóneo para asumir el cuidado de sus hijos menores.

109. En cualquier caso, parece que el Tribunal estima que dicha inaptitud no es absoluta, ya que en ese caso la solución habría sido la privación de la *responsabilità genitoriale*, lo que hubiera supuesto una situación mucho más gravosa para Dña. Juana, pues conllevaría su exclusión de la adopción de las decisiones de mayor importancia relativa a sus hijos menores, y, presumiblemente, impediría —o cuanto menos, limitaría— el derecho de visitas con los mismos. De hecho, es una posibilidad que todavía no debe descartarse, pues el Tribunal de lo Penal n° 1 de Granada, en su Sentencia de 18 de julio de 2018 —ratificada por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 14 de marzo de 2019—, dictada en el procedimiento de sustracción de menores, acuerda privar a Dña. Juana del ejercicio de la patria potestad por un periodo de seis años. Actualmente, el pronunciamiento se encuentra pendiente de recurso ante el Tribunal Supremo, que, de ratificarlo, lo dotará de firmeza, con las perniciosas consecuencias para Dña. Juana a las que nos hemos referido.

d) La predisposición de los progenitores para permitir las relaciones del menor con el otro

110. Ya hemos adelantado que uno de los criterios que el Tribunal de Cagliari tiene en cuenta para excluir el *affidamento condiviso* y atribuírselo con carácter exclusivo a D. Francesco es la obstaculización de las relaciones entre los hijos y su padre por parte de Dña. Juana, bien impidiéndolas —cuando sustrae a los menores en 2016— o bien dificultándolas —cuando en octubre de 2018 se quedó con los hijos dos días más de los que marcaba el régimen de visitas—; unida a la buena predisposición de D. Francesco para favorecer las relaciones entre los menores y su madre.

¹⁰³ Vid. por todas: Trib. Firenze, 17 maggio 2006; y Trib. Catania, 18 maggio 2006.

¹⁰⁴ Vid. SAP Soria 8 abril 1996 (AC 1996\1580), SAP Las Palmas 24 abril 2007 (JUR 2007\170887), SAP Málaga 29 diciembre 2007 (JUR 2008\245907), SAP Zaragoza 15 julio 2008 (JUR 2008\344577) y SAP Asturias 14 mayo 2009 (JUR 2009\269029).

111. De hecho, la jurisprudencia¹⁰⁵ y doctrina¹⁰⁶ italianas vienen considerando que la obstaculización de las relaciones entre el menor uno de los progenitores por parte del otro progenitor constituye una causa de exclusión del *affidamento condiviso*. Además, el artículo 709 *ter* del *Codice di Procedura Civile* italiano prevé la posibilidad de que el juez establezca una indemnización por los daños causados tanto en favor del hijo como del progenitor al que se le han impedido las relaciones con el mismo, así como una multa que podrá ir desde los 75 € a los 5.000 €¹⁰⁷.

112. Por contra, la mayor predisposición de uno de los progenitores para permitir las relaciones del menor con el otro —un criterio procedente del Derecho anglosajón al que se le suele conocer como *friendly parent*¹⁰⁸— ha sido concebida por la jurisprudencia¹⁰⁹ y doctrina¹¹⁰ italianas como un aspecto muy positivo para atribuirle el *affidamento* y la *collocazione* de los hijos menores. Y lo mismo ocurre en nuestra propia jurisprudencia¹¹¹ y doctrina¹¹². De hecho, si atendemos a los ordenamientos autonómicos de nuestro país, tanto el Código Civil de Cataluña —art. 233-11.1 c)—¹¹³ como la Ley del País Vasco 7/2015 —art. 9.3 e)—¹¹⁴ recogen expresamente la predisposición de los progenitores para permitir las relaciones con el otro como uno de los criterios a tener en cuenta para la atribución de la guarda y custodia; y también pretendía hacerlo el legislador nacional a través del fallido Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia¹¹⁵.

e) La presencia de alienación parental

113. El Tribunal de Cagliari estima que Dña. Juana ha manipulado a sus hijos para predisponerlos en contra de su padre, D. Francesco, dando por bueno el informe pericial del equipo psicossocial adscrito al juzgado, en el que señala que los niños padecen el llamado Síndrome de Alienación Parental.

114. La expresión “Síndrome Alienación Parental” (S.A.P.) —en inglés: *Parental Alienation Syndrome (P.A.S.)*— fue acuñada en 1985 por el psiquiatra y psicoanalista estadounidense Richard Gardner¹¹⁶, que fue el primero en estudiar en profundidad este fenómeno¹¹⁷. De hecho, pese a su fallecimiento en el año 2003, sigue siendo su principal referente teórico¹¹⁸.

¹⁰⁵ Vid. Cass., 21 febbraio 2014; Cass., 4 aprile 2018; y Trib. Roma, 11 ottobre 2016.

¹⁰⁶ Vid. A. CONCAS, “Cassazione: è reato impedire al padre di vedere il figlio”, *Diritto e diritti*, 2017, p. 3.

¹⁰⁷ Al respecto, la Corte de Cassazione, en su sentencia de 21 de febrero de 2014, impone una multa de 2.500 € a una progenitora que venía impidiendo las relaciones entre sus hijos y el otro progenitor —vid. Cass., 21 febbraio 2014—.

¹⁰⁸ Vid. T. SAN SEGUNDO MANUEL, “El régimen de visitas de los progenitores”, *European Journal of Social Law*, N° 16, 2012, p. 90.

¹⁰⁹ Vid. Trib. Milano, 28 marzo 1990; y Trib. Roma 11 ottobre 2016.

¹¹⁰ Vid. M. RAGOZZINO y G. GUERRERI, *I tuoi diritti. Separazione e divorzio*, Editore Ulrico Hoepli Milano, Milano, 2012, p. 390; y A. DI LALLO, “Minore collocato dalla madre...cit.”, p. 4.

¹¹¹ Vid. SAP Madrid 26 julio 2010 (JUR 2010\308952), SAP Ourense 21 diciembre 2010 (JUR 2011\61930) y SAP Valencia 9 enero 2013 (JUR 2013\119835).

¹¹² Vid. L. ZANÓN MASDEU, *Guarda y custodia de los hijos*, Bosch, Barcelona, 1996, 1ª ed., p. 199; y C. GUILARTE MARTÍN-CALERO, “Comentarios del nuevo artículo 92 del Código Civil” en VVAA, *Comentarios a la reforma de la separación y el divorcio: (Ley 15/2005, de 8 de julio)* —dir. V. GUILARTE GUTIÉRREZ—, Lex Nova, 2005, p. 150.

¹¹³ Vid. DOGC de 21 de agosto de 2010.

¹¹⁴ Vid. BOPV de 24 de julio de 2015.

¹¹⁵ Vid. art. 1.4 del Anteproyecto, en la redacción que le hubiera dado al nuevo artículo 92 bis.4 que pretendía introducir en nuestro Código Civil.

¹¹⁶ Vid. R.A. GARDNER, “Recent Trends in Divorce and Custody Litigation”, *Academy Forum*, Volume 29, Number 2, Summer, 1985, p. 3.

¹¹⁷ Aunque con anterioridad otros autores ya habían advertido de los efectos que pueden provocar en el menor la manipulación de uno de los progenitores para predisponerlo en contra del otro. Para aludir a esta situación se utilizaban expresiones como “Síndrome de Medea”, “Síndrome de la madre maliciosa” o “Programación Parental en el Divorcio” —vid. M. ARCH MARIN, “El síndrome de alienación parental desde la perspectiva de la psicología forense” en VV AA, *La Protección del Menor en las Rupturas de Pareja* — dir. M.C. GARCÍA GARNICA—, Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2009, 1ª ed., p. 124—.

¹¹⁸ Vid. A. ESCUDERO NAES, L. AGUILAR REDORIA, y J. DE LA CRUZ LEIVA, Julia, “La lógica del Síndrome de Alienación Parental de Gardner (SAP): «terapia de la amenaza»”, *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, Vol. 28, N° 102, Madrid, 2008, p. 285.

115. Gardner definió el Síndrome de Alienación Parental como una campaña de difamación contra uno de los padres por parte del hijo que obedece al adoctrinamiento sistemático de este por parte del otro progenitor. Por tanto, su rasgo fundamental es la manipulación o programación del hijo por parte de uno de los padres para que odie al otro sin ninguna justificación¹¹⁹. La literatura científica ha considerado que son ocho los síntomas que concurren en un menor que padece el Síndrome de Alienación Parental¹²⁰ —en los que no vamos a profundizar por trascender del ámbito jurídico—.

116. Lo cierto es que existe una amplia discusión acerca de si la alienación parental puede ser calificada como un verdadero síndrome. De hecho, no ha sido considerada como tal por ninguna asociación científica y no se recoge en las clasificaciones internacionales de enfermedades: no es reconocida como síndrome ni por el Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales (DSM V-TR)¹²¹ ni por los Criterios de Clasificación internacional de enfermedades (CIE-10)¹²².

117. Uno de los hitos más importantes en el reconocimiento del Síndrome de Alienación Parental fue la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 de julio del 2000 —*Elholz vs. Alemania*— (TEDH 2000\152)¹²³. En dicho pronunciamiento, se condena al Estado alemán a indemnizar a un padre por los daños y perjuicios que se le han causado al denegarle el régimen de visitas con base en las manifestaciones vertidas por su hijo de cinco años, que era supuesta víctima del Síndrome de Alienación Parental.

118. No es el propósito de este estudio entrar en debates acerca de su consideración o no como trastorno psiquiátrico. De hecho, en adelante utilizaremos la expresión “alienación parental”, prescindiendo del término “síndrome”, pues como hemos visto, por el momento no cuenta con el reconocimiento de la comunidad médica.

119. Lo que sí es un hecho constatable es que muchos menores son manipulados por uno de sus padres y programados en contra del otro. Al respecto, es frecuente que los padres conversen con sus hijos acerca de temas delicados, como sus problemas económicos y personales, o incluso que se quejen abiertamente de la conducta del otro progenitor, lo que puede considerarse como una manipulación del menor para predisponerle en su contra. Además, las disputas que se producen en no pocas ocasiones entre los padres en las situaciones de crisis familiar crean una situación muy propicia para que los hijos puedan ser utilizados o instrumentalizados para tratar de dañar al otro progenitor.

120. Evidentemente, habrá supuestos en los que el rechazo del menor contra uno de los progenitores esté justificado, en cuyo caso no cabría hablar de alienación parental¹²⁴. Ello sucede, por ejemplo, cuando ha presenciado situaciones de violencia de género o ha sufrido violencia o abusos sexuales por

¹¹⁹ Vid. P. GÓMEZ MAGAN, "Síndrome de Alienación Parental (SAP)", *Revista de derecho de familia*, N° 38, 2008, p. 66.

¹²⁰ 1. Una campaña de denigración manifestada mediante palabras o actos en los que el menor participa de forma activa; 2. Justificaciones débiles, absurdas o frívolas para la desaprobación; 3. Ausencia de ambivalencia, de tal manera que el menor considera que todo es bueno en un padre y todo es malo en el otro; 4. El «fenómeno del pensador independiente», que hace que el menor manifieste su autonomía en su actitud y afirme no haber sido influenciado por nadie; 5. Apoyo reflexivo al padre alienador en el conflicto parental; 6. Ausencia de culpabilidad por el odio que tiene hacia uno de sus progenitores; 7. La presencia de escenarios prestados, de tal manera que el menor cuenta hechos que no han sido vividos por él y utiliza expresiones que no son propias de su edad; y 8. Extensión del odio hacia la familia y los amigos del progenitor alienado —vid. A. ESCUDERO NAFS, L. AGUILAR REDORIA, y J. DE LA CRUZ LEIVA, Julia, "La lógica del Síndrome de Alienación Parental de Gardner (SAP)...cit.", pp. 287-288.

¹²¹ Vid. Asociación Americana de Psiquiatría, *Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales*, American Psychiatric Publishing, 2013, 5^a ed.

¹²² Vid. O.M.S., *Clasificación Internacional de Enfermedades: décima versión*, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, 2009, 8^a ed.

¹²³ Posteriormente le seguirían muchas otras: STEDH 2 septiembre 2010 —*Mincheva vs. Bulgaria*— (TEDH 2010\91), STEDH 2 noviembre 2010 —*Piazzi vs. Italia*— (JUR 2010\360648), STEDH 11 enero 2011 —*Bordeianu vs. Moldavia*— (JUR 2011\2703) y STEDH 20 diciembre 2011 —*Prodelalova vs. República Checa*— (TEDH 2011\111).

¹²⁴ Vid. J.M. AGUILAR CUENCA, S.A.P.: *Síndrome de Alienación Parental*, Almuzara, 2004, p. 67; y J.L. OROPEZA ORTÍZ, "Síndrome de Alienación Parental: Actores Protagonistas", *Revista Internacional de Psicología*, Vol. 8, N° 2, julio 2007, p. 1.

parte de uno de sus progenitores¹²⁵. Aunque esta es una cuestión que hay que valorar con especial cautela, ya que en ocasiones la manipulación del progenitor alienador puede llegar al extremo de hacer creer al menor que ha sido víctima de abusos cuando en realidad no es cierto¹²⁶.

121. Ni la normativa italiana ni la española prevén ningún tipo de solución a la alienación parental —de hecho, ni siquiera la mencionan—¹²⁷, por lo que han sido jurisprudencia y doctrina las que han propuesto diversas soluciones. En el marco del Derecho civil, la consecuencia más habitual —y que la doctrina mayoritaria considera acertada¹²⁸— cuando se detecta la presencia de alienación parental en un menor es atribuir el cuidado de los hijos menores al progenitor alienado para que pueda recuperar su relación con ellos. De hecho, en la jurisprudencia italiana es posible encontrar varias sentencias que atribuyen la *collocazione*¹²⁹ o incluso el *affidamento esclusivo*¹³⁰ al progenitor alienado —si bien, ello queda supeditado a que resulte lo más conveniente para el interés superior del menor¹³¹—, tal y como sucede también en el pronunciamiento objeto de este estudio.

122. Además, con carácter accesorio puede resultar conveniente que las partes acudan a mediación familiar para tratar de suavizar la situación¹³². Así mismo, en algunos supuestos puede ser necesario que el progenitor alienador se someta a algún tipo de tratamiento o acuda a terapia, ya que no es descartable que padezca algún trastorno psíquico o patológico¹³³, lo que explicaría su conducta. De hecho, así lo estima el Tribunal de Cagliari en el supuesto que nos ocupa, pues además de privar a Dña. Juana del *affidamento* y la *collocazione* de sus hijos menores, acuerda que se someta a cursos de tratamiento de apoyo a la maternidad.

f) Valoración de la posible existencia de violencia de género

123. El Tribunal de Cagliari también se pronuncia sobre la posible existencia de violencia de género, citando el fallo del Tribunal de Granada de 2009 que condenó a D. Francesco a tres meses de prisión por maltrato en el ámbito familiar; aunque no lo considera determinante para la determinación del régimen de *affidamento* y *collocazione* en el caso concreto. Además, no tiene en cuenta la denuncia posterior que D. Juana interpone contra D. Francesco, que se encuentra parada en un juzgado italiano pendiente de diligencias.

124. Lo cierto es que la escasa relevancia que el Tribunal concede a esta cuestión resulta llamativa, toda vez que la posible existencia de violencia de género suele tener un peso significativo a la hora de decidir acerca de la atribución del cuidado de los hijos menores, y desde luego es razonable, dado el impacto negativo que pueden tener sobre el interés superior del menor las situaciones de violencia intrafamiliar. Es por ello que tanto en el ámbito del Derecho internacional como en el de los ordenamientos internos encontramos referencias a la necesidad de proteger a los menores ante situaciones violentas que puedan darse en el seno de la familia:

¹²⁵ Vid. J.I. PAZ RODRÍGUEZ, "La prueba pericial", *III Congreso del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género*, Madrid, 2009, p. 8.

¹²⁶ Vid. R.A. GARDNER, "Recent Trends...cit.", p. 6.

¹²⁷ La ausencia de regulación de este fenómeno es una constante también en el Derecho comparado, no existiendo apenas ninguna norma que lo contemple. Un caso especial lo constituye el Derecho brasileño, que dispone de una ley específicamente creada para regular el Síndrome de Alienación Parental: Ley Ordinaria n° 12.318, de 26 de agosto de 2010.

¹²⁸ Vid. R.A. GARDNER, "Recent Trends...cit.", p. 7; y M. DE LOS RÍOS GONZÁLEZ, "Cambio de guarda y custodia. El Síndrome de Alienación Parental. Aspectos prácticos", *Revista de derecho de familia*, N° 27, 2005, p. 307.

¹²⁹ Vid. Cass., 16 maggio 2019; y Trib. Cosenza, 18 ottobre 2017.

¹³⁰ Vid. Cass., 13 settembre 2017; Trib. Castrovillari, 27 luglio 2018; y Trib. Brescia, 19 novembre 2018.

¹³¹ Vid. Cass., 16 maggio 2019.

¹³² Vid. J.M. AGUILAR CUENCA, *S.A.P...cit.*, pp. 141 y 151; y P. GÓMEZ MAGAN, "Síndrome de Alienación Parental (SAP)...cit.", p. 72.

¹³³ Vid. P. GÓMEZ MAGAN, "Síndrome de Alienación Parental (SAP)...cit.", pp. 69 y 72.

125. Respecto al Derecho internacional, cabe destacar el artículo 31 del Convenio del Consejo de Europa de 11 de mayo de 2011, sobre Prevención y Lucha contra la Violencia Doméstica y Violencia contra las Mujeres¹³⁴, que impone a los Estados partes el establecimiento de «(...) *medidas legislativas u otras necesarias para que, en el momento de estipular los derechos de custodia y visita relativos a los hijos, se tengan en cuenta los incidentes de violencia incluidos en el ámbito de aplicación del presente Convenio*».

126. En nuestro ordenamiento interno, el artículo 2.2 c) de Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor¹³⁵, exige que la vida y desarrollo del menor tenga lugar en un entorno «*libre de violencia*». En este sentido, la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género —art. 65—¹³⁶ y el Código Penal —art. 153 en relación al art. 46— facultan al juez para suspender o inhabilitar para el ejercicio de la guarda y custodia al inculcado por violencia de género.

127. Además, tanto el Código Civil —art. 92.7— como las leyes autonómicas¹³⁷ han abordado de forma específica esta cuestión al regular la guarda y custodia, recogiendo la violencia doméstica como una causa de exclusión de la misma. Centrándonos en el régimen del Código Civil, el artículo 92.7 excluye de la guarda y custodia al progenitor que «*esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos*». La jurisprudencia mayoritaria ha considerado que se trata de una regla taxativa, de modo que el juez carece de discrecionalidad para pronunciarse en sentido diverso¹³⁸.

128. A diferencia de lo que ocurre en nuestro ordenamiento, la normativa italiana no prevé los efectos que tiene la existencia de violencia de género en la atribución del *affidamento* y la *collocazione* de los hijos menores, lo que ha sido objeto de crítica por parte de la doctrina italiana, que aboga por su inclusión¹³⁹. Y es que, los artículos 130.2 y 133.1 del *Codice Civile* se limitan a facultar al juez para excluir del cuidado del menor al progenitor que lo ha maltratado o ha abusado de él, lo que en puridad no incluiría los supuestos en los que la violencia se ejerce sobre la madre. No obstante, la jurisprudencia ha llevado a cabo una interpretación flexible de los mencionados preceptos y ha incluido los supuestos de violencia de género, por considerar que cualquier tipo de violencia intrafamiliar supone un maltrato hacia el menor. Así, es posible encontrar numerosos pronunciamientos en los que se atribuye el *affidamento esclusivo* de los menores a la madre ante la presencia de conductas constitutivas de violencia de género por parte del padre¹⁴⁰ —en alguna ocasión, se opta incluso por el *affidamento superesclusivo*¹⁴¹—. Para ello, la jurisprudencia también se ha apoyado en el artículo 337 *quater* del *Codice Civile*, que ya hemos visto que reserva el *affidamento esclusivo* para aquellos casos en los que quede acreditado que el *affidamento condiviso* resulta contrario al interés del menor.

¹³⁴ Vid. BOE de 6 de junio de 2014.

¹³⁵ Vid. BOE de 17 de enero de 1996.

¹³⁶ Vid. BOE de 29 de diciembre de 2004.

¹³⁷ Vid. art. 80.6 del Código del Derecho Foral de Aragón (BOA de 29 de marzo de 2011), art. 233-11.3 del Código Civil de Cataluña (DOGC de 21 de agosto de 2010), Ley 71 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra (BOE de 7 de marzo de 1977) y art. 11.3 de la Ley del País Vasco 7/2015 (BOPV de 10 de julio de 2015). Vid. también: art. 5.6 de la anulada Ley valenciana 5/2011 (DOCV de 5 de abril de 2011).

¹³⁸ Vid. STS 7 abril 2011 (RJ 2011\3152), STS 22 julio 2011 (RJ 2011\5676), STS 4 febrero 2016 (RJ 2016\494), STS 25 abril 2016 (RJ 2016\1712) y STS 26 mayo 2016 (RJ 2016\2292).

¹³⁹ Vid. G. CACCIAPUOTI *et. al.*, Proposte di modifica all'ordinamento civile e penale in tema di violenza contro le donne. <https://www.personaedanno.it/articolo/proposte-di-modifica-all-ordinamento-civile-e-penale-in-tema-di-violenza-contro-le-donne> (fecha última consulta: 28/11/2019); y A. PANETTA, "Trattamento e riconoscimento della violenza in famiglia nei procedimenti di separazione, divorzio e affidamento dei figli", *Rivista di Psicodinamica Criminale*, noviembre, 2018, p. 24.

¹⁴⁰ Vid. a modo de ejemplo: Trib. Catania, 18 maggio 2006; App Ancora, 22 novembre 2006; Trib. Pisa, 14 febbraio 2007; Trib. Min. L' Aquila, 15 giugno 2007; Trib. Pienza, 23 ottobre 2008; Trib. Roma, 27 gennaio 2015; Trib. Milano, 10 dicembre 2015; Trib. Roma 16 giugno 2017; Trib. Roma, 21 settembre 2018; y Trib. Trani, 28 settembre 2018

¹⁴¹ Vid. Trib. Milano, 20 marzo 2014; y Trib. Roma, 16 giugno 2017.

129. En cualquier caso, la exclusión del *affidamento* y la *collocazione* para el progenitor acusado de violencia de género no se configura como una regla taxativa —nuevamente, a diferencia de lo que sucede en nuestro Derecho—, lo que supone que el juez cuenta con amplia discrecionalidad para valorar las circunstancias concurrentes¹⁴². No en vano, ya hemos visto que en el supuesto que nos ocupa el Tribunal de Cagliari ha considerado que la condena por violencia de género que recibe D. Francesco en el año 2009 y la existencia de una denuncia por violencia de género que se encuentra en trámite no son causa suficiente para excluirle del *affidamento* y la *collocazione* sobre sus hijos menores.

2. Régimen de visitas

130. Cuando la *collocazione* del menor se atribuye con carácter exclusivo a uno de los dos progenitores, resulta necesario determinar el modo en el que el progenitor que no convive con el menor va a relacionarse con él¹⁴³. De hecho, el *Codice Civile* italiano prevé que, en aquellos casos en los que se establece la *collocazione esclusiva*, es necesario con carácter general establecer un régimen de relación en favor del progenitor con el que el menor no conviva; y ello, con independencia del régimen de *affidamento* que se establezca —art. 337 *quater*.2 del *Codice Civile* italiano—. La misma regla prevé nuestro Código Civil para los supuestos de guarda y custodia exclusiva —art. 94.1—¹⁴⁴, al igual que todas las normas autonómicas que han entrado a regular en esta materia¹⁴⁵.

131. Al tiempo que el menor pasa con el progenitor *no collocatario* se le han dado diversas denominaciones en el Derecho italiano: *regime minimo di incontro*¹⁴⁶, *disciplina dei tempi in cui il padre può e deve tenere con sé il minore*¹⁴⁷, *tempi de permanenza presso il padre*¹⁴⁸, etc. Lo mismo ocurre en el Derecho español, en el que se utilizan expresiones tales como régimen de visitas¹⁴⁹, régimen de comunicación y estancia¹⁵⁰, tiempo, modo y lugar en que podrá comunicar con ellos y tenerlos en su compañía¹⁵¹, etc.

132. Respecto a la configuración concreta del régimen de visitas, a falta de previsión expresa por parte del *Codice Civile* italiano, la doctrina ha señalado que el juez cuenta con una amplia discrecionalidad para determinar el régimen de visitas que mejor se acomode al interés superior del menor¹⁵². Lo mismo ocurre en el caso del Código Civil y de las diferentes normas autonómicas, pues tampoco prevén regla alguna para la configuración concreta del régimen de visitas.

¹⁴² Vid. G. FAVA, “Quando l'affido condiviso non funziona: dalla sanzione all'affido esclusivo con esclusione dall'esercizio della potestà”, *Giurisprudenza di merito*, fasc.12, 2008, p. 1; T. FEBBRAJO, *Crisi della famiglia e diritto alla “bigenitorialità”...* *cit.*, p. 189.

¹⁴³ Vid. G.F. BASINI, “Crisi tra i genitori e affidamento condiviso ...cit.”, p. 1153.

¹⁴⁴ Sin embargo, ni el Código español ni el italiano han previsto expresamente la posibilidad de fijar un régimen de visitas en los supuestos en los que el tiempo de permanencia del menor con uno y otro progenitor es semejante —supuestos de *collocazione alternata* o de guarda y custodia compartida—. En cualquier caso, cabe entender que ello no es óbice para que pueda establecerse un régimen de visitas en favor del progenitor que no se encuentre junto al menor en cada momento, lo que puede resultar especialmente conveniente cuando los periodos de alternancia sean muy amplios.

¹⁴⁵ Vid. art. 80.1 del Código del Derecho Foral de Aragón (*op.cit.*), art. 233-1.1 a) Ley 71 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra (*op.cit.*) y art. 9.6 de la Ley del País Vasco 7/2015, de 30 de junio (*op.cit.*). Vid. también: art. 5.4 de la anulada Ley valenciana 5/2011, de 1 de abril (*op.cit.*).

¹⁴⁶ Vid. Trib. Bari, 13 settembre 2006.

¹⁴⁷ Vid. Trib. Trani, 5 aprile 2007.

¹⁴⁸ Vid. Trib. Viterbo, 12 ottobre 2006; y Trib. Messina, 5 settembre 2007.

¹⁴⁹ Vid. art. 94.1 del Código Civil, art. 80.1 del Código del Derecho Foral de Aragón (*op.cit.*), Ley 71 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra (*op.cit.*) y arts. 9.6 y 11.1 de la Ley del País Vasco 7/2015, de 30 de junio (*op.cit.*).

¹⁵⁰ Vid. 90.1 a) Cc, art. 77.2 a) del Código del Derecho Foral de Aragón (*op.cit.*), art. 233-1.1 a), 233-9.2 d), 233-9.2 e) y 234-4.1 del Código Civil de Cataluña (*op.cit.*) y arts. 5.2 a).3, 9.6, 11.3, 11.4 y 11.6 de la Ley del País Vasco 7/2015, de 30 de junio (*op.cit.*). Vid. también: arts. 4.2 a) y 5.7 de la anulada Ley valenciana 5/2011, de 1 de abril (*op.cit.*).

¹⁵¹ Vid. art. 103.1 del Código Civil.

¹⁵² Vid. G.F. BASINI, “Crisi tra i genitori e affidamento condiviso ...cit.”, p. 1154.

133. En el supuesto que estamos estudiando, el Tribunal de Cagliari establece que los hijos menores estarán en compañía de Dña. Juana la mitad de las vacaciones de Navidad, Semana Santa y verano; así como un fin de semana alterno, en caso de que esta resida en Italia, o un fin de semana de cada cinco, si vive en España o en cualquier otro país. Y es que, ya hemos visto que el lugar de residencia de los progenitores es un criterio que no solo entra en juego para determinar el régimen de *affidamento* y *collocazione*, sino también para fijar el régimen de visitas, que como regla general será más reducido cuando el progenitor *no collocatario* habite a una distancia considerable del lugar de residencia del menor, tal y como ocurre en el presente caso.

134. Por lo demás, el Tribunal de Cagliari no atiende a la petición de D. Francesco, que solicitaba que se prohibiera la salida de los niños de Italia con objeto de evitar una nueva sustracción por parte de la madre. Para ello, el Tribunal tiene en cuenta el cambio de actitud de Dña. Juana, que ha manifestado su disposición a cumplir con las medidas civiles que se establezcan.

3. Alimentos

135. El artículo 30 de la *Costituzione* italiana impone a ambos progenitores la obligación de mantener a sus hijos; y lo mismo cabe deducir del artículo 39.3 de nuestra Carta Magna, que señala que los padres deben presentar asistencia de todo orden a sus hijos menores. Para cumplir con dicho mandato, resulta necesario concretar el modo en el que cada progenitor va a contribuir a sufragar los gastos —tanto ordinarios como extraordinarios— de sus hijos menores tras la ruptura de la pareja. Comenzaremos refiriéndonos a los gastos ordinarios.

136. El artículo 337 *ter.5* del *Codice Civile* dispone que, salvo que las partes acuerden otra cosa, cada progenitor debe contribuir al mantenimiento de los hijos menores de forma proporcional a sus ingresos. También el Derecho español sigue el criterio de la proporcionalidad para determinar la cuantía que cada progenitor debe aportar para el mantenimiento de sus hijos en defecto de acuerdo de las partes¹⁵³.

137. No obstante, las reglas previstas por el Derecho español e italiano para determinar el modo preciso en el que cada progenitor va a contribuir a satisfacer los gastos ordinarios de los menores no son coincidentes —aunque, como vamos a ver a continuación, en la práctica el sistema no es tan diferente—.

138. En cuanto al Derecho italiano, la doctrina viene interpretando que, cuando se establece el régimen de *affidamento condiviso*, el *Codice Civile* prevé el mantenimiento directo por parte de cada uno de los padres, y ello con independencia de si se fija la *collocazione alternata* o la *esclusiva*¹⁵⁴. Para llegar a dicha conclusión, parte de lo dispuesto en el artículo 337 *ter.5* del *Codice Civile*, que limita la posibilidad de establecer el pago de una pensión periódica a aquellos casos en los que el juez lo estime necesario, por lo que parece atribuirle un carácter excepcional.

139. Respecto a los supuestos en los que se fija un régimen de *affidamento esclusivo*, existe unanimidad en la doctrina italiana en considerar que el establecimiento del pago de una pensión periódica a cargo del progenitor *no affidatario* se configura como la única opción posible, pues se torna complicado que este pueda asumir de forma directa el abono de los gastos del menor cuando ni tan siquiera interviene en la adopción del grueso de las decisiones relativas al mismo¹⁵⁵.

¹⁵³ Vid. arts. 145 y 146 del Código Civil, arts. 82.1, 81.2 y 81.3 del Código del Derecho Foral de Aragón (*op.cit.*), arts. 237-7.1 y 237-9.1 del Código Civil de Cataluña (*op.cit.*) y art. 5.2 b) de la Ley del País Vasco 7/2015, de 30 de junio (*op.cit.*). Vid. también: art. 7.1 de la anulada Ley valenciana 5/2011, de 1 de abril (*op.cit.*).

¹⁵⁴ Vid. B. DE FILIPPIS, *Affidamento condiviso...cit.*, p. 105; T. FEBBRAJO, *Crisi della familia e diritto alla "bigenitorialità"...* *cit.*, p. 154; y G.F. BASINI, "Crisi tra i genitori e affidamento condiviso...cit.", pp. 1166 y 1169.

¹⁵⁵ Vid. por todos: G.F. BASINI, "Crisi tra i genitori e affidamento condiviso...cit.", p. 1170.

140. Como advertíamos, las reglas que se siguen en el Derecho español no son coincidentes con las que hemos visto que recoge el Derecho italiano. El artículo 93 del Código Civil guarda silencio, y jurisprudencia y doctrina han ido estableciendo opciones diversas en función del régimen de guarda y custodia que se acuerde. Al respecto, cuando se establece un régimen de guarda y custodia exclusiva, la regla general es que el progenitor al que se le ha atribuido la guarda y custodia contribuya al mantenimiento de sus hijos menores satisfaciendo los gastos que conlleva tener a los hijos en su casa y en su compañía¹⁵⁶ y el no custodio lo haga a través del pago de una pensión de alimentos¹⁵⁷. Respecto a los supuestos de custodia compartida, existen varias posibilidades: lo más habitual es que se establezca un sistema de mantenimiento directo¹⁵⁸, pero en ocasiones se opta por abrir una cuenta bancaria común a la que los padres van aportando dinero¹⁵⁹. Incluso es posible encontrar supuestos en los que se establece el pago de una pensión de alimentos a cargo del progenitor que cuenta con una mejor posición económica¹⁶⁰.

141. Volviendo al ordenamiento italiano, lo cierto es que en la práctica es habitual que los tribunales se aparten del tenor del artículo 337 *ter.5* del *Codice Civile* y fijen una pensión periódica a cargo de uno de los padres, también en los supuestos de *affidamento condiviso*¹⁶¹. Y resulta razonable, pues parece complicado que el principio de proporcionalidad pueda hacerse efectivo mediante el mantenimiento directo, salvo que se acuerde una *collocazione* paritaria entre ambos progenitores y estos cuenten con una capacidad económica similar¹⁶². De hecho, en el caso que nos ocupa, el Tribunal de Cagliari fija una pensión de alimentos a cargo de Dña. Juana de 300 € mensuales (150 € por cada hijo).

142. Cuando el juez opte por el establecimiento de una asignación periódica —que como vemos señalando, en la práctica es lo más frecuente—, deberá hacerlo de acuerdo a cinco criterios establecidos por el artículo 337 *ter.5* del *Codice Civile*. Aquí encontramos otra diferencia con nuestro ordenamiento jurídico, pues el Código Civil español no menciona los criterios a los que debe atender el juez para establecer la cuantía de la obligación de alimentos —algo que sí han hecho la mayoría de normas autonómicas¹⁶³—.

143. Los criterios previstos por el artículo 337 *ter.5* del *Codice Civile* italiano son los siguientes: (1) Las necesidades actuales de los hijos, (2) El estilo de vida del que ha disfrutado el hijo durante la convivencia de sus progenitores, (3) Los tiempos de permanencia con cada progenitor, (4) Los recursos económicos de ambos progenitores, y (5) La valoración económica de las tareas domésticas y de cuidado asumidas por cada progenitor. Como se observa, la finalidad de los dos primeros criterios es determinar los recursos que precisa el mantenimiento del menor, mientras que los otros tres tienen por objeto especificar el modo en el que deben distribuirse las obligaciones entre los progenitores.

144. El tercer criterio y el quinto guardan relación con el régimen de *collocazione* de los hijos menores. De hecho, también la jurisprudencia¹⁶⁴ y doctrina¹⁶⁵ italianas vienen señalando que deberá tenerse especialmente en cuenta el tiempo de permanencia de los hijos con cada uno de los padres —en

¹⁵⁶ Vid. STSJ Aragón 30 septiembre 2013 (RJ 2014\1186). Vid. también: J.A. SERRANO GARCÍA, "La contribución a los gastos de crianza y educación de los hijos de padres separados, en particular en la custodia compartida", *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, N° 35, 2014, p. 54.

¹⁵⁷ Vid. J.A. SERRANO GARCÍA, "La contribución a los gastos de crianza y educación de los hijos...cit.", p. 54.

¹⁵⁸ Vid. STS 19 julio 2013 (RJ 2013\5002), SAP Alicante 30 octubre 2013 (JUR 2014\7998), SAP Valencia 15 septiembre 2014 (JUR 2014\271348) y SAP Castellón 3 octubre 2014 (JUR 2015\56255).

¹⁵⁹ Vid. SAP Zaragoza 29 marzo 2011 (AC 2011\481), SAP Cádiz 3 octubre 2012 (JUR 2013\7303) y SAP Valencia 14 octubre 2013 (JUR 2013\351228).

¹⁶⁰ Vid. SAP Santa Cruz de Tenerife 2 marzo 2012 (JUR 2012\206214), SAP Zaragoza 19 febrero 2013 (JUR 2013\111726) y SAP Baleares 19 mayo 2014 (JUR 2014\179797).

¹⁶¹ Vid. Cass., 18 agosto 2006; Cass., 20 gennaio 2012; Cass., 8 giugno 2012; y Trib. Napoli, 4 novembre 2013.

¹⁶² Vid. G.F. BASINI, "Crisi tra i genitori e affidamento condiviso...cit.", p. 1153.

¹⁶³ Vid. art. 82.2 del Código Foral de Aragón (*op.cit.*), art. 237-9.1 del Código Civil de Cataluña (*op.cit.*) y art. 10.3 de la Ley del País Vasco 7/2015, de 30 de junio (*op.cit.*).

¹⁶⁴ Vid. Cass., 4 novembre 2009; y Trib. Napoli, 4 novembre 2013.

¹⁶⁵ Vid. S. GIULIANO, "Il mantenimento dei figli minori", en VV AA, *Affidamento condiviso e diritti dei minori —coord. M. DOGLIOTTI—*, Lex Nova, Torino, 2008, p. 78; y C. GRASSI, "Potestà genitoriale...cit.", p. 3.

otras palabras, el régimen de *collocazione*—. Parece lógico, ya que el progenitor *collocatario* es el que va a asumir la cobertura de las necesidades cotidianas del menor¹⁶⁶. A ello hay que añadir el coste de oportunidad que padece el progenitor que asume de forma predominante el cuidado diario de los menores, pues destina un tiempo a ello que bien podría dedicar a realizar alguna actividad económica que le reportara un rendimiento pecuniario. Si nos fijamos en el Derecho español, podemos observar que todas las normas autonómicas que han recogido los criterios para establecer la cuantía de la obligación de alimentos incluyen entre ellos el tiempo de permanencia del menor con cada uno de los progenitores¹⁶⁷.

145. La doctrina italiana ha apuntado que también debe tenerse en cuenta la asignación que se haga del uso sobre la vivienda familiar¹⁶⁸. De hecho, pese a que el *Codice Civile* no lo incluye entre los criterios recogidos en el artículo 337 *ter.5*, al regular la atribución del derecho de uso sobre la vivienda familiar prevé que dicha atribución será tenida en cuenta en la regulación de las relaciones económicas entre los cónyuges —art. 337 *sexies.1*—. De nuevo, es un criterio que también han recogido algunas normas autonómicas en nuestro país¹⁶⁹.

146. Por lo demás, la utilidad de los mencionados criterios no se limita a aquellos supuestos en los que se establezca el pago de una pensión periódica —aunque así parece desprenderse de la ley—, sino que también pueden extenderse analógicamente a los casos en los que se acuerde un sistema de mantenimiento directo, sirviendo como instrumento para modular la proporción en la que debe contribuir cada progenitor a los gastos de los hijos menores¹⁷⁰.

147. En relación con los gastos extraordinarios, el *Codice Civile* italiano no recoge ninguna previsión respecto al modo en el que deben sufragarse. Ante el silencio del *Codice Civile*, la jurisprudencia ha considerado que resulta de aplicación la regla recogida en el artículo 337 *ter.5*, por lo que los gastos extraordinarios se sufragarán conforme a lo acordado por los progenitores, y, en defecto de acuerdo, ambos contribuirán en forma proporcional a sus recursos económicos¹⁷¹.

148. El Código Civil español tampoco regula de forma específica el modo en el los progenitores han de contribuir a los gastos extraordinarios de sus hijos menores, por lo que cabe entender que se sufragarán de acuerdo al principio de proporcionalidad, por ser esta la regla general en materia de alimentos —arts. 145 y 146 del Código Civil—. Lo mismo cabe decir en el caso de los ordenamientos autonómicos, pues la mayor parte de ellos se remiten también al principio de proporcionalidad¹⁷².

149. En el supuesto que estamos analizando, el Tribunal del Cagliari establece que cada progenitor deberá abonar el 50 % de los gastos extraordinarios, entre los que incluye expresamente algunos, como los de tipo médico que no cubre el sistema público de salud italiano, o las facturas sobre asuntos lúdicos o deportivos.

¹⁶⁶ Vid. B. DE FILIPPIS, *Affidamento condiviso...cit.*, p. 108.

¹⁶⁷ Vid. art. 82.3 del Código del Derecho Foral de Aragón (*op.cit.*), art. 233-10.3 del Código Civil de Cataluña (*op.cit.*) y art. 10.3 de la Ley del País Vasco 7/2015, de 30 de junio (*op.cit.*).

¹⁶⁸ Vid. B. DE FILIPPIS, *Affidamento condiviso...cit.*, p. 122; y S. GIULIANO, “Il mantenimento dei figli minori...cit.”, p. 78.

¹⁶⁹ Vid. arts. 233-20.1 y 233-20.7 del Código Civil de Cataluña (*op.cit.*) y arts. 5.2 c) y 10.3 de la Ley del País Vasco 7/2015, de 30 de junio (*op.cit.*). Vid. también: art. 6.1 de la anulada Ley valenciana 5/2011, de 1 de abril (*op.cit.*).

¹⁷⁰ Vid. B. DE FILIPPIS, *Affidamento condiviso...cit.*, pp. 104 y 105.

¹⁷¹ Vid. por todas: Cass., 8 giugno 2012.

¹⁷² Vid. art. 82.4 del Código del Derecho Foral de Aragón (*op.cit.*) y art. 10.3.2 de la Ley del País Vasco 7/2015, de 30 de junio (*op.cit.*). La misma regla recogían también la anulada Ley valenciana 5/2011, de 1 de abril —art. 7.3— (*op.cit.*).

COMPETENCIA EN LA MODIFICACIÓN POR TRIBUNALES
ESPAÑOLES DE MEDIDAS RELATIVAS A ALIMENTOS
ESTABLECIDAS POR TRIBUNALES EXTRANJEROS.
COMENTARIO AL AUTO DEL TRIBUNAL SUPREMO
DE 17 DE SEPTIEMBRE DE 2019

JURISDICTION AND AMMENDMENTS BY SPANISH COURTS
OF MEASURES RELATING TO ALIMONY ESTABLISHED
BY FOREIGN COURTS. A COMMENTARY TO THE ORDER
OF THE SPANISH SUPREME COURT OF SEPTEMBER 17, 2019

MARÍA JOSÉ VALVERDE MARTÍNEZ

Abogada del Ilustre Colegio de Abogados de Murcia

Recibido: 08.01.2020 / Aceptado: 15.01.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5219>

Resumen: La modificación por tribunales españoles de medidas acordadas por tribunales extranjeros es un tema candente por la conjunción de instrumentos normativos de muy diferente índole (europeos, internacionales y nacionales) que han de ser interpretados de forma integrada con el fin de determinar la competencia del órgano jurisdiccional correspondiente. En este estudio se aborda el Auto del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2019; resolución que resuelve un conflicto negativo de competencia suscitado entre dos tribunales españoles, los cuales declararon su falta de competencia territorial en relación a una demanda de modificación de medidas adoptadas en sentencia de divorcio previamente pronunciada por un juzgado de Rumanía. La modificación de medidas solicitada en la demanda presentada ante los tribunales españoles concernía al importe de la pensión alimenticia de la hija menor de los cónyuges divorciados.

Palabras clave: modificación de medidas, pensión de alimentos, divorcio, competencia internacional, competencia territorial de tribunales españoles, conflicto negativo de competencia, Derecho Internacional Privado.

Abstract: The modification by Spanish courts of measures granted by foreign courts is a difficult topic due to the combination of different regulatory instruments of a very diverse nature (European, international and national). All of them must be interpreted in an integrated manner in order to determine the competence of a specific court. In this study, the Order of September 17, 2019 rendered by the Spanish Supreme Court is analyzed. The order solves a negative conflict of jurisdiction between two Spanish courts, which declared their lack of territorial jurisdiction with regard to a claim of modification of measures adopted in a divorce decree previously pronounced by a Romanian court. The modification of measures was requested before the Spanish courts and concerned the amount of the child support of the daughter of the divorced spouses.

Keywords: modification of measures, child support, divorce, international jurisdiction, territorial jurisdiction of spanish courts, negative conflict of jurisdiction, Private International Law.

Sumario: I. Introducción. Descripción de la cuestión objeto de estudio. II. Primer nivel normativo. Competencia internacional y Reglamento (CE) 4/2009, de 18 de diciembre de 2008. III. Segundo nivel normativo: Competencia territorial de los tribunales españoles. Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. a) El nuevo marco de competencia territorial del art. 775 LEC, en su redacción ofrecida por la Ley 42/2015, de 5 de octubre. b) La regla de competencia territorial para asuntos con “elementos extranjeros”. Entra al terreno de juego el art. 769 LEC. IV. Una realidad alternativa. Los foros del Reglamento 4/2009 como foros de competencia internacional y también territorial. V. Reflexiones finales.

I. Introducción. Descripción de la cuestión objeto de estudio

1. La abogacía práctica ha de estar dotada en la actualidad de herramientas capaces de asesorar a los particulares sobre las posibilidades que abre tanto la libre circulación de personas como la libre circulación de resoluciones judiciales en la Unión Europea. Así, una pareja que se dio el “*sí, quiero*” en Londres pudo establecer con posterioridad su primer domicilio conyugal en Bucarest y, tras el divorcio, uno de los ex cónyuges pudo haber trasladado su residencia habitual a Madrid mientras el otro se trasladaba a Rumanía junto a sus hijos menores. ¿Ante los tribunales de qué Estado debe interponerse una demanda de modificación de los alimentos concedidos a los hijos menores e inicialmente fijados en la sentencia de divorcio dictada por un tribunal londinense?

2. Nunca se insistirá suficientemente en que, tras la crisis matrimonial, cuando termina el matrimonio, la familia no termina. Los cónyuges se divorcian pero los padres no se divorcian de sus hijos. Las relaciones paterno-filiares subsisten más allá del divorcio y las obligaciones por alimentos permanecerán vivas e incluso podrán, y deberán, ser objeto de modificación si se produce una variación sustancial de las circunstancias económicas del alimentante o de las necesidades del acreedor de los alimentos. Por tanto, aquéllas medidas relativas a alimentos que se adoptaron como inicialmente “definitivas” en el divorcio podrán ser modificadas, cuestión que, en la mayoría de las ocasiones, será controvertida y litigiosa y llevará, irremediablemente, a plantear cuál es el juzgado competente para el conocimiento del litigio iniciado para la modificación de dichas medidas.

3. Cuando la modificación de medidas acordadas en una sentencia de divorcio surge en un contexto internacional, la problemática es mayor que en los supuestos internos. En efecto, en los casos transfronterizos, y en orden a determinar cuáles serán los concretos tribunales competentes que conozcan de la indicada modificación de medidas, será necesario realizar una ingente labor integradora entre normas de Derecho Internacional Privado y normas de Derecho nacional. Y junto a ello, de vital importancia será establecer estrategias procesales y de Derecho sustantivo encaminadas a determinar, en caso de concurrir diferentes foros de aplicación, cuál de ellos resulta el más adecuado, ágil y eficaz para hacer valer las acciones judiciales que, en relación con la pensión de alimentos, se pretendan ejercitar.

4. En el contexto apuntado, se inscribe el auto de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo número 9225/2019, de 17 de septiembre de 2019, Ponente don Eduardo Baena Ruiz, objeto de este estudio¹. Los hechos son sencillos. Se interpone, ante tribunales españoles, una demanda de modificación de las medidas adoptadas en sentencia de divorcio dictada por un órgano jurisdiccional de Rumanía. La demanda la interpone la madre -que reside en España con su hija menor de edad- frente al padre de dicha menor, que tenía su domicilio en Madrid, y en relación al importe de la pensión alimenticia y reparto de diferentes gastos relativos a la menor.

5. El Juzgado de Primera Instancia español ante el que la madre interpone la demanda de modificación de medidas entiende que no es competente territorialmente para su conocimiento. En consecuen-

¹ ATS 17 septiembre 2019 [ECLI:ES:TS:2019:9225A] y [CENDOJ 28079110012019203694].

cia, se inhibe a favor del Juzgado de Primera Instancia también español correspondiente al domicilio del padre demanda, por aplicación del art. 769 LEC.

Por su parte, el juzgado del domicilio del demandado considera que la competencia territorial corresponde al juzgado de Primera Instancia donde la hija menor de edad tiene establecido su domicilio, en virtud del art. 769.3 LEC, en relación con el art. 3 del Reglamento (CE) núm. 4/2009 del Consejo de 18 diciembre 2008 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos².

Por tanto, dos Juzgados de Primera Instancia españoles declaran su falta de competencia territorial para el conocimiento de la demanda de modificación de medidas en materia de alimentos y contenidas en una sentencia dictada en Rumanía. Las actuaciones se remiten, pues, al Tribunal Supremo para que resuelva sobre el conflicto negativo de competencia planteado.

6. La competencia territorial en los procesos civiles ante la jurisdicción española que versan sobre alimentos de menores y, en general, la competencia territorial en los procedimientos de familia tramitados conforme a los trámites del juicio verbal, se rige por reglas imperativas, no disponibles por las partes. Así se desprende del art. 769.3 y 4 LEC y del art. 770 LEC, en relación éste último con el 54.1 LEC.

Ello determina, por un lado, que la competencia territorial haya de ser examinada, inmediatamente después de presentada la demanda, de oficio por el letrado de la administración de justicia (art. 58 LEC), quien podrá dar cuenta al juez para que resuelva lo que proceda mediante auto si entiende que el tribunal carece de competencia territorial para conocer del asunto.

Por otro lado, cuando se está en presencia de competencia territorial fijada por normas imperativas, el tribunal ante el que se propone la demanda –en el presente caso de modificación de medidas acordadas inicialmente en sentencia de divorcio-, puede decidir su falta de competencia territorial con sólo oír al Ministerio Fiscal y a las partes personadas. Esto es, el tribunal podrá inhibirse del conocimiento del asunto por su falta de competencia territorial una vez que haya dado audiencia únicamente al Ministerio Fiscal y al actor, y no al demandado, puesto que el examen de dicha competencia se realizará con carácter previo a la admisión a trámite de la demanda y, por ende, con anterioridad a la personación del demandado.

7. A este supuesto se ajusta el caso analizado por el auto del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2019. Es decir, se trata de un procedimiento ante la jurisdicción española sobre modificación de medidas de alimentos en el que la competencia territorial viene fijada por normas imperativas y el tribunal ante el que se presenta la demanda declara su falta de competencia territorial sin audiencia de todas las partes implicadas en el procedimiento. Es, por tanto, el supuesto previsto en el apartado 2 del art. 60 LEC, según el cual *“Si la decisión de inhibición por falta de competencia territorial no se hubiese adoptado con audiencia de todas las partes, el tribunal a quien se remitieran las actuaciones podrá declarar su falta de competencia territorial, cuando ésta deba determinarse en virtud de reglas imperativas”*.

En consecuencia, declarada la falta de competencia territorial del primer tribunal español ante el que se plantea la demanda de modificación de las medidas relativas a los alimentos de la hija menor, el segundo tribunal –español, igualmente- al que se remiten las actuaciones para el conocimiento del asunto, puede también declarar de oficio su falta de competencia territorial. Y así lo hace.

El trámite procesal posterior es el establecido en el apartado 3 del art. 60 LEC: cuando dos órganos jurisdiccionales civiles españoles entienden que no son competentes territorialmente para conocer de un asunto y se inhiben de su conocimiento –como ocurre en el supuesto objeto de estudio-, se genera el incidente procesal de conflicto negativo de competencia territorial. De conformidad con lo previsto en dicho precepto, ambos tribunales españoles tienen obligación de remitir todas las actuaciones al órgano superior común a fin de que dirima la controversia. En este caso, el tribunal superior común a los dos juzgados de primera instancia que declaran su falta de competencia territorial es el Tribunal Supremo.

Contra el auto del Tribunal Supremo que resuelve sobre la competencia territorial de dos tribunales españoles no cabe recurso alguno (art. 67 LEC).

² DOUE L 7 de 10 enero 2009.

II. Primer nivel normativo. Competencia internacional y Reglamento (CE) 4/2009, de 18 de diciembre de 2008

8. Para resolver el conflicto negativo de competencia, el auto del Tribunal Supremo de 17 septiembre 2019, arranca, muy correctamente, de un primer nivel normativo, el correspondiente a la competencia internacional. La sentencia de divorcio que establece las medidas definitivas relativas a los alimentos de la hija menor, cuya modificación ahora se pretende ante la jurisdicción española, fue dictada por un juzgado de Rumanía. En este sentido, se trata de un litigio internacional o transfronterizo, de modo que para determinar la competencia internacional de los órganos jurisdiccionales españoles, el Tribunal Supremo recurre acertadamente a la aplicación del citado Reglamento (CE) 4/2009, de 18 de diciembre de 2008. El art. 3 a) y b) de dicho instrumento normativo determina que la competencia para resolver en materia de obligaciones de alimentos será la del juzgado del Estado miembro de la UE donde el demandado tenga su residencia habitual o donde el acreedor de los alimentos tenga su residencia habitual³. Se trata de foros alternativos, por lo que el actor puede presentar su demanda ante uno u otro tribunal, según prefiera⁴. En ambos casos, la competencia corresponde a los tribunales españoles: en España está la residencia habitual del demandado y en España está también la residencia habitual del acreedor de alimentos.

9. Por tanto, y en aplicación del art. 3 a) y b) del Reglamento 4/2009, los tribunales españoles resultan competentes para el conocimiento de la demanda de modificación de la medida de alimentos establecida en sentencia de divorcio dictada por un juzgado de Rumanía. Y ello tanto si se opta por la residencia habitual del demandado (art. 3.a) R.4/2009), como si finalmente se elige el foro de la acreedora de los alimentos (Art. 3.b) R.4/2009).

10. Algunos datos preliminares deben también subrayarse para comprender en su justa medida el alcance del Reglamento 4/2009 en relación con este caso.

En primer término, el Tribunal Supremo destaca en éste su auto de 17 de septiembre de 2009 que, en la labor integradora del Derecho Internacional Privado al caso concreto objeto de estudio, no resulta de aplicación el Reglamento (CE) 2201/2003, de 27 de noviembre, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, esto es, el Reglamento Bruselas II-bis⁵. El art. 1.3. e) RB II-bis, en efecto, excluye de su ámbito de aplicación material las obligaciones de alimentos⁶.

En segundo término, como ha señalado J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, el Reglamento 4/2009 sustituye las disposiciones del Reglamento 44/2001 aplicables en materia de obligaciones de alimentos (art. 68 R. 4/2009) a partir de su entrada en vigor, que se produjo el 30 enero 2009, y de su momento inicial

³ Artículo 3 R.4/2009: "*Disposiciones generales. Serán competentes para resolver en materia de obligaciones de alimentos en los Estados miembros:*

- a) *el órgano jurisdiccional del lugar donde el demandado tenga su residencia habitual, o*
- b) *el órgano jurisdiccional del lugar donde el acreedor tenga su residencia habitual, o*
- c) *el órgano jurisdiccional competente en virtud de la ley del foro para conocer de una acción relativa al estado de las personas, cuando la demanda relativa a una obligación de alimentos sea accesoria de esta acción, salvo si esta competencia se basa únicamente en la nacionalidad de una de las partes, o*
- d) *el órgano jurisdiccional competente en virtud de la ley del foro para conocer de una acción relativa a la responsabilidad parental, cuando la demanda relativa a una obligación de alimentos sea accesoria de esta acción, salvo si esta competencia se basa únicamente en la nacionalidad de una de las partes".*

⁴ B. ANCEL / H. MUIR WATT, "Aliments sans frontières. 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, pp. 457-484.

⁵ Reglamento (CE) 2201/2003 del Consejo de 27 noviembre 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 (DOUE L 338 de 23 diciembre 2003) (Reglamento Bruselas II-bis).

⁶ E. CASTELLANOS RUIZ, "La obligación de alimentos en Derecho internacional privado" en M. IZQUIERDO / M. CUENA (dirs.), *Tratado de Derecho de La Familia*, vol. I, Aranzadi, Navarra, 2011, pp. 319-426.

de aplicación, que tuvo lugar el 18 junio 2011⁷. En todo caso, es preciso traer a la memoria que el Reglamento 44/2001 ha sido derogado por el Reglamento Bruselas I-bis (2012), texto que no es aplicable al sector de los alimentos.

En tercer lugar, es necesario tener presente que los foros recogidos en el Reglamento 4/2009 relativos a los litigios de alimentos operan de manera separada e independiente⁸. Ello significa que un tribunal de un Estado miembro puede o no ser competente para decidir el divorcio de los progenitores de un menor, la responsabilidad parental respecto de ese menor y la obligación de alimentos hacia éste, con arreglo a normas distintas de competencia internacional, de modo que puede disponer de competencia para resolver una, dos o las tres cuestiones anteriores de manera independiente⁹. Así lo ha precisado la STJUE 5 septiembre 2019, C-468/18, *R vs. P* FD 51-52¹⁰.

En cuarto lugar, también es conveniente no olvidar que los foros recogidos en el Reglamento 4/2009 y relativos a los litigios de alimentos funcionan tanto para las demandas declarativas que se interponen para reclamar de alimentos como para las demandas de modificación de resoluciones de alimentos ya dictadas por un órgano jurisdiccional¹¹. Así lo ha apuntado la STJUE 15 febrero 2017, C-499/15, *W, V vs. X*¹². As, en el mismo sentido, se ha pronunciado el AAP Valencia 15 junio 2010 [posible extinción de alimentos de madre e hija con residencia habitual en Austria] y la SAP Barcelona 15 septiembre 2010 [modificación de sentencia rumana de divorcio]¹³. Este dato pone de relieve que el "estado de cosas en Derecho" creado por una sentencia dictada por un tribunal de un Estado miembro se mantiene en los demás Estados miembros. Y a partir de ahí, se puede modificar, pero se arranca de una base indiscutible: lo fallado por la sentencia pronunciada por tribunales de otro Estado miembro, apunta S.L. GÖSSL¹⁴.

En quinto lugar, estos foros también son aplicables a los litigios relativos a la extinción de alimentos como ha observado perspicazmente M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA¹⁵.

⁷ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Alimentos", en A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Directores), *Derecho internacional privado*, vol. II, 18ª edición, Comares, Granada, 2018, pp. 542-543.

⁸ A. DAVI / A. ZANOBETTI, "Le obbligazioni alimentari tra parti di un'unione civile e tra conviventi nel diritto internazionale privato", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2017-1, pp. 197-211.

⁹ N. JOUBERT, "L'exécution des décisions entre autonomie procédurale des Etats membres et pleine efficacité du règlement Aliments. CJUE (6è ch.), 9 février 2017 aff. C-283/16", *RCDIP*, 2017-4, pp. 568-572.

¹⁰ STJUE 5 septiembre 2019, C-468/18, *R vs. P* [ECLI:EU:C:2019:666], FD 51: "Numerosas razones, como las mencionadas por el Abogado General en los puntos 65 a 71 de sus conclusiones, pueden motivar tal elección del acreedor de alimentos, en particular, la posibilidad de que se aplique la ley del foro, en el caso de autos la ley rumana, la facilidad de expresarse en su lengua materna, los costes posiblemente menores del procedimiento, el conocimiento de la capacidad económica del demandado por parte del órgano jurisdiccional ante el que se ha interpuesto la demanda y la eventual dispensa del exequatur" y FD 52: "Por consiguiente, procede responder a las cuestiones planteadas que el artículo 3, letras a) y d), y el artículo 5 del Reglamento n.º 4/2009 deben interpretarse en el sentido de que, en caso de que ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro se interponga un recurso que comprende tres pretensiones relativas, respectivamente, al divorcio de los progenitores de un menor, a la responsabilidad parental respecto de ese menor y a la obligación de alimentos hacia este, el órgano jurisdiccional que resuelve sobre el divorcio y que se ha declarado incompetente para pronunciarse sobre la pretensión relativa a la responsabilidad parental es competente, sin embargo, para resolver sobre la pretensión relativa a la obligación de alimentos respecto a dicho menor, cuando es también el órgano jurisdiccional del lugar de la residencia habitual del demandado o el órgano jurisdiccional ante el que este ha comparecido, sin impugnar su competencia".

¹¹ N. JOUBERT, "La résidence de l'enfant du divorce face à la demande de modification de la décisions relative à la garde et aux aliments" (nota a Sent. TJUE 15 febrero 2017, C-499/15)", *RCDIP*, 2018-1, pp. 138-143.

¹² STJUE 15 febrero 2017, C-499/15, *W, V vs. X* [ECLI:EU:C:2017:118].

¹³ AAP Valencia 15 junio 2010 [CENDOJ 46250370102010200272]; SAP Barcelona 15 septiembre 2010 [CENDOJ 08019370122010100317].

¹⁴ S.L. GÖSSL, "Ein weiterer Mosaikstein bei der Anerkennung ausländischer Status-Änderungen in der EU oder: Wann ist ein Name „rechtmäßig erworben“? (EuGH S. 416)", *IPRax*, 2018-4, pp. 376-381.

¹⁵ M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, "Litigios sobre la obligación de alimentos: normas de competencia y problemas procesales en el Reglamento 4/2009", en M. GUZMÁN ZAPATER Y M. HERRANZ BALLESTEROS (dir.), *Crisis matrimoniales internacionales y sus efectos: derecho español y de la Unión Europea: estudio normativo y jurisprudencial*, 2018, pp. 317-352.

III. Segundo nivel normativo: Competencia territorial de los tribunales españoles. Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

11. Superado el primer nivel normativo, y afirmada la indiscutible competencia internacional de los órganos jurisdiccionales españoles para el conocimiento del asunto, el auto del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2019 aborda el segundo nivel normativo, relativo a la competencia territorial de los tribunales españoles. En este segundo estrato legal, el TS hace uso de la LEC (Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil)¹⁶. Y es, precisamente, en el ámbito de la ley procesal civil española donde surgen los controvertidos problemas interpretativos de los arts. 775 y 769.3, ambos de la LEC, especialmente tras la nueva redacción dada al art. 775 LEC por la Ley 42/2015, de 5 de octubre.

a) El nuevo marco de competencia territorial del art. 775 LEC, en su redacción ofrecida por la Ley 42/2015, de 5 de octubre.

12. El art. 775 LEC, en su redacción dada por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, determina:

“(…) El Ministerio Fiscal, habiendo hijos menores o incapacitados y , en todo caso, los cónyuges, podrán solicitar *del tribunal que acordó las medidas definitivas*, la modificación de las medidas convenidas por los cónyuges o las adoptadas en defecto de acuerdo, siempre que hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas o acordarlas (...)” (cursivas añadidas)¹⁷.

13. En su redacción primitiva, bajo la rúbrica “Modificación de las medidas definitivas”, el art. 775 LEC presentaba en su primer apartado el siguiente tenor:

“(…) El Ministerio Fiscal, habiendo hijos menores o incapacitados y , en todo caso, los cónyuges, podrán solicitar *del tribunal*, la modificación de las medidas convenidas por los cónyuges o las adoptadas en defecto de acuerdo, siempre que hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas o acordarlas (...)” (cursivas añadidas).

14. El auto del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2019 argumenta respecto a la competencia territorial que ha de regir en los procedimientos de modificación de medidas definitivas que se tramiten ante los tribunales españoles a partir de la modificación operada por la Ley 42/2015, que el art. 775 LEC goza, en los casos internos en los que es preciso concretar la competencia territorial, de "preferencia aplicativa" sobre el art. 769.3 LEC¹⁸.

¹⁶ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, publicada en BOE núm. 7, de 8/01/2000

¹⁷ Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, publicada en BOE núm. 239, de 6 de octubre de 2015, pp. 90240 a 90288.

¹⁸ Indica el TS: "C) Esta Sala, con anterioridad a la reforma procesal del art. 775 LEC, por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, había venido determinando, respecto a las demandas de modificación de medidas definitivas en relación con el régimen de visitas, guarda y custodia y pensión de alimentos de los hijos menores que éstas se regían por la regla de competencia determinada en el art. 769.3 LEC, al considerar que el proceso de modificación de medidas no era un incidente del pleito principal, sino un procedimiento autónomo en cuanto a las reglas de competencia se refería (AATS de 27 de enero de 2016, conflicto nº 224/2015 y 24 de febrero de 2016, conflicto nº 239/2015, entre los más recientes). D) Sin embargo, tras la entrada en vigor de la nueva redacción del art. 775 LEC, por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, esta sala ha venido aplicando el tenor literal de este precepto, atribuyendo la competencia para conocer de las demandas de modificación de medidas al juzgado que dictó la resolución inicial (Auto del Pleno de 27 de junio de 2016, asunto 815/2016) Respecto a esta solución, la sala ha recordado que no se trata ésta de una medida aislada adoptada por esta reforma legislativa, pues la coetánea Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, mantuvo el mismo criterio: el fuero general en los expedientes de intervención judicial por desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad, en los de medidas de protección relativos al ejercicio inadecuado de la potestad de guarda y en los de la administración de bienes de menores de las personas con la capacidad modificada es el de su domicilio (arts. 86.2 y 87.2), pero se regulan en esos mismos preceptos concretas excepciones que atribuyen la competencia de forma prioritaria al juzgado que previamente haya dictado una resolución estableciendo el ejercicio conjunto de la patria potestad, la atribución de la guarda y custodia o la tutela. Por lo demás, ha recordado la sala, que el principio de proximidad no es absoluto en el

15. Ello significa que, con anterioridad a la reforma introducida por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, la competencia territorial en los procedimientos de modificación de medidas definitivas (que versaran sobre guarda y custodia de hijos menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos menores) se regía por el art. 769.3 LEC¹⁹. De este modo, y de conformidad con doctrina consolidada por el Tribunal Supremo, cuando existían unas medidas definitivas previas y las partes, o incluso los menores procedían a cambiar su domicilio, al formular una modificación de las medidas, el superior interés de los menores implicaba seguir una solución acorde con el principio de proximidad. Y en consecuencia, resultaban competentes, a elección del demandante (fuero imperativo, pero electivo) el Juzgado de Primera Instancia (o el Juzgado de Familia) del domicilio del demandado o el correspondiente a la residencia del menor. En otro caso, esto es, cuando los progenitores residían en el mismo partido, resultaba competente el Juzgado del lugar del último domicilio común.

16. Sin embargo, la reforma del art. 775 LEC introducida por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, atribuye expresamente la competencia territorial para la tramitación de las demandas de modificación de medidas a partir de 7 de octubre de 2015 (fecha en que entra en vigor la modificación) al Juzgado que dictó la sentencia con las medidas definitivas. Es decir, al órgano que acordó las primigenias medidas, que será el Juzgado que tramitó la separación, el divorcio o las relaciones paterno-filiares, que "conserva" su competencia a pesar del cambio de circunstancias del supuesto (*perpetuatio fori*). Esta solución encaja con lo establecido en el art. 545.1 LEC para las resoluciones susceptibles de ejecución forzosa, y también con lo preceptuado en el art. 807 LEC para los procedimientos de liquidación del régimen económico-matrimonial. Es una solución también seguida por el art. 86.2 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, respecto de la competencia para conocer de las solicitudes de tutela en caso de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad y por el art. 87.2 de la misma Ley de Jurisdicción Voluntaria, respecto de los expedientes para la adopción de medidas relativas al ejercicio inadecuado de la potestad de guarda o de administración de los bienes del menor o persona con capacidad modificada judicialmente.

17. En apoyo de esta tesis surgida a partir de la nueva redacción del art. 775 LEC para la determinación de la competencia relativa a modificación de medidas definitivas, se alzan numerosas resoluciones del Tribunal Supremo. Todas ellas tienen como fundamento el Auto del Pleno de 27 de junio de 2016 (conflicto 815/2016), que sigue, a su vez, el criterio fijado en el Auto de 30 de marzo de 2016 (conflicto 42/2016), resoluciones que han sido reiteradas posteriormente mediante diferentes autos de la misma Sala Primera²⁰.

18. En el Auto del TS de fecha 30 de marzo de 2016 (asunto 42/2016) se resolvió el conflicto de competencia en favor del juzgado que conoció del procedimiento inicial, con el argumento de que tras la reforma operada en el art. 775 LEC por la Ley 42/2015 "[...] ya no es aplicable la regla sobre atribución de competencia recogida en el art. 769.3 LEC, que la Sala Primera venía aplicando a las demandas de modificación de medidas definitivas en relación con el régimen de visitas, guarda y custodia y pensión de alimentos de los hijos menores al considerar que el proceso de modificación de medidas no era un

resto de los fueros de competencia de los procesos matrimoniales y de menores que regula la LEC y que, de hecho, ni el art. 769.1 ni el art. 769.3 LEC establecen como fuero principal el domicilio de los menores. Por todo ello, ha entendido esta sala, que en la opción plasmada por la reforma del art. 775 LEC el legislador ya ha ponderado las ventajas y los inconvenientes de una solución que, una vez convertida en derecho positivo, no puede ser obviada por los órganos judiciales que aplican la norma, por "exigencias básicas del principio de legalidad"..."

¹⁹ Art. 769.3 LEC, texto original publicado el 8/01/2000, en vigor a partir del 8/01/2001: "En los procesos que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos menores, será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar del último domicilio común de los progenitores. En el caso de residir los progenitores en distintos partidos judiciales, será tribunal competente, a elección del demandante, el del domicilio del demandado o el de la residencia del menor".

²⁰ *Id.*, ad ex.: ATS 22 marzo 2017 [ECLI: ES: TS: 2017:2563A]; ATS 20 julio 2016 [ECLI: ES: TS: 2016: 7582A]; ATS 14 septiembre 2016 [ECLI: ES: TS: 2016 :8171A]; ATS 21 diciembre 2016 [ECLI: ES: TS: 2016:11978A]; ATS 15 febrero 2017 [ECLI: ES: TS: 2017:840A]; ATS 14 febrero 2018 [ECLI: ES: TS: 2018: 1208A]; ATS 25 abril 2018 [ECLI: ES: TS: 2018:4789A]; ATS 17 julio 2018 [ECLI: ES: TS: 2018:8393A]; ATS 29 enero 2019 [ECLI: ES: TS: 2019:1565A].

incidente del pleito principal, sino un procedimiento autónomo en cuanto a las reglas de competencia se refería".

19. El Auto del Pleno de 27 de junio de 2016 (asunto 815/2016) del Tribunal Supremo ilustra ampliamente, y con todo acierto, sobre el nuevo marco de competencia territorial establecido por la nueva redacción del art. 775 LEC. Valga destacar aquí sus palabras más relevantes:

"Se entiende, por ello, que en la opción plasmada en la reforma del art. 775 el legislador ya ha ponderado las ventajas y los inconvenientes de una solución que, una vez convertida en derecho positivo, no puede ser obviada por los órganos judiciales que aplican la norma, por exigencias básicas del principio de legalidad. No puede desconocerse que, frente a la virtualidad indudable del fuero de proximidad, mantener la competencia del juzgado que adoptó las medidas cuya modificación se pretende aporta también ventajas y que los inconvenientes que provoca no son insalvables. En primer lugar, este fuero de competencia aporta un factor de calidad en la decisión de cambio de las medidas, ya que es el juzgado que las adoptó el que se encuentra en mejor posición para valorar si las circunstancias tenidas en cuenta en la resolución inicial han sufrido una modificación relevante. En segundo lugar, la atribución unívoca y exclusiva de la competencia a ese juzgado es una norma clara y precisa que garantiza la seguridad jurídica y evita conflictos de competencia como los que han sido tan frecuentes en la aplicación del art. 769 LEC, al tiempo que evita posibles fraudes de ley por alteraciones caprichosas del domicilio del progenitor custodio.

Por otro lado, los inconvenientes de esta solución, apuntados por el Ministerio Fiscal en su informe, se concentran en los concretos casos en que la modificación de las medidas afecte a hijos menores o discapaces que hayan dejado de residir en el partido judicial en el que se dictó la resolución inicial, pero, aun constatando el riesgo de que tales inconvenientes existan, no se consideran insalvables. De entrada, se trata de un problema que admite múltiples graduaciones en función del caso concreto: su entidad dependerá de la distancia entre ciudades, de las vías y medios de comunicación, de la residencia del progenitor no custodio, del régimen de estancia con él, de los vínculos con la ciudad de origen, etc., de modo que en muchos casos el asunto podrá tramitarse y resolverse en el juzgado que acordó las medidas sin especiales dificultades para los menores o discapaces. Y, en función de las peculiaridades de cada caso, siempre será posible arbitrar los medios necesarios para minimizar esos inconvenientes: la utilización del sistema de videoconferencia para la práctica de las pruebas personales, previsto en el art. 229 LOPJ para las «declaraciones, interrogatorios, testimonios, careos, exploraciones, informes, ratificación de los periciales y vistas»; la colaboración de los equipos psicosociales adscritos a los juzgados del domicilio del menor; las vías de cooperación y auxilio judicial previstas en la ley; incluso, cuando la exploración de los menores sea necesaria y resulte especialmente gravoso su desplazamiento al juzgado competente, podrá autorizarse el desplazamiento del juez de conformidad con el art. 275 LOPJ, cuando no se perjudique la competencia de otro órgano y venga justificado por razones de economía procesal".

20. En consecuencia, parece claro que, tras la reforma legal operada por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, la competencia territorial para los litigios para la modificación de medidas relativas a alimentos corresponde al Juzgado que dictó la sentencia con las medidas definitivas. Cierto, pero como es lógico, natural y evidente, esta regla de competencia territorial sólo funciona de modo correcto si el juzgado que dictó la sentencia sobre alimentos es un juzgado español. En efecto, el art. 775 LEC no recoge una regla de competencia territorial que decide el juzgado español que dispone de tal competencia al efecto. El precepto no puede, de ningún modo, atribuir la competencia territorial a un tribunal extranjero, por evidentes razones de soberanía. La determinación del exacto tribunal territorialmente competente para modificar una sentencia de alimentos es competencia de cada Estado.

b) La regla de competencia territorial para asuntos con “elementos extranjeros”. Entra al terreno de juego el art. 769 LEC

21. El auto del Tribunal Supremo objeto de estudio se reafirma y se recrea en que es el art. 775 LEC, en su nueva redacción dada en el año 2015, el que debe presidir el marco de competencia terri-

torial en las modificaciones de medidas establecidas como definitivas anteriormente, de modo que el conocimiento de las demandas de modificación de medidas relativas a alimentos corresponde, de modo imperativo, al juzgado que dictó la resolución inicial.

22. Sin embargo, este auto del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2019 recuerda en su tercer y último fundamento de Derecho, que, en el caso objeto de estudio, la medida de alimentos fue adoptada originariamente en sentencia de divorcio por un juzgado de Rumanía. En consecuencia, manifiesta el Ponente de la resolución analizada la *"imposibilidad de aplicar el art. 775 LEC al supuesto de autos"*, puesto que la medida definitiva de alimentos no fue acordada por un órgano jurisdiccional español. El Ponente insiste en que procede resolver el conflicto de competencia planteado mediante la aplicación del art. 769.3 LEC.

Es decir, en el caso analizado, el Tribunal Supremo termina por dar entrada al terreno de juego al art. 769.3 LEC y atribuye finalmente la competencia territorial de la modificación de medidas planteada al juzgado donde se encuentra el domicilio de la menor acreedora de los alimentos. En defensa de dicho criterio añade, como única motivación o justificación que tal decisión se adopta *"de acuerdo con los criterios expuestos y seguidos por esta sala hasta la modificación del art. 775 LEC por la ley 42/2015, de 5 de octubre"*.

23. La cuestión de fondo que suscita el auto del Tribunal Supremo analizado es, por un lado, que la norma de competencia contenida en el art. 775 LEC, con los aciertos y desaciertos que la doctrina ha puesto de manifiesto respecto a su nueva redacción operada en el año 2015, es una regla de competencia territorial para asuntos sin "elementos extranjeros". En este sentido, únicamente se puede anclar la competencia del tribunal anterior que dictó resolución inicial sobre las medidas que se pretenden modificar si dicho órgano jurisdiccional fue originariamente un juzgado o tribunal español. Para el caso de medidas adoptadas en su origen en el seno de un procedimiento seguido ante un juzgado o tribunal extranjero, la regla de competencia territorial del art. 775 deviene no operativa y de imposible aplicación. Es preciso encontrar un juzgado español competente para modificar la resolución de alimentos dictada en Rumanía porque el Reglamento 4/2009 atribuye a los tribunales españoles la competencia internacional para conocer de tal modificación.

24. Por otro lado, resulta criticable en el auto objeto de análisis que no se profundice ni se justifique la atribución de competencia al juzgado donde se encuentra el domicilio de la menor, pues obvia así otra de las reglas de competencia contenidas en el art. 769.3 LEC. Con ello se hace alusión al olvidado, por el TS, foro del domicilio del demandado, ya que de la dicción literal del art. 769.3 LEC se colige que, en los casos en que los progenitores residan en distintos partidos judiciales, -circunstancia que es muy habitual en los asuntos con elemento internacional-, *"será tribunal competente, a elección del demandante, el del domicilio del demandado o el de la residencia del menor"*. Se trata de foros alternativos, de manera que puede elegirse entre uno u otro, según convenga a la demandante en su estrategia procesal.

25. Por razones obvias, puede ser más conveniente, cómodo y sencillo interponer demanda de modificación de medidas de alimentos ante el juzgado español que corresponde al lugar donde tiene su residencia la menor, que convive junto con la madre, la demandante. La tramitación del procedimiento ante el Juzgado donde residen madre e hija evita el desplazamiento de ambas a otras localidades más lejanas y supone un ahorro en los gastos del procedimiento, por no hablar de la cercanía y agilidad que supone litigar con abogado y procurador de la propia plaza judicial. Sin duda, la elección del lugar de residencia de la menor como foro de competencia territorial redonda en una buena administración de justicia, en términos de oportunidad y economía e incluso celeridad del procedimiento.

26. Sin embargo, frente a lo anterior, el auto del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2019 se queda a medio camino. No zanja definitivamente la controversia que se suscita cuando el asunto reviste un carácter internacional y está provisto de "elementos extranjeros". Este carácter internacional, la mayor parte de las veces, comporta que los domicilios de los progenitores no se localicen en la misma

población. La Sala no explica en estos casos el juego alternativo vía art. 769.3 LEC del domicilio del demandado y de la residencia de la menor acreedora de los alimentos, a elección de la demandante. Se trata de unos foros alternativos que se encuentran en línea y en franca consonancia con los foros aplicados por la misma resolución del Tribunal Supremo como primer nivel normativo, es decir, en el ámbito de la competencia internacional. Y ello porque la competencia internacional de los órganos jurisdiccionales españoles resulta de la dispuesto en el art. 3 a) y b) del Reglamento (CE) 4/2009, de 18 de diciembre de 2008, y se corresponde con los tribunales del Estado miembro donde tiene su residencia habitual el demandado o donde el acreedor de los alimentos tiene su residencia habitual.

27. Así, el objetivo de la norma de competencia territorial establecida en el art. 769.3 LEC para los asuntos con elementos extranjeros parece encontrarse, de esta manera, en íntima conexión con el fin de la norma contenida en los foros de competencia del art. 3 a) y b) del Reglamento 4/2009. Esta argumentación podría tener más peso que la ofrecida por el auto de 17 de septiembre de 2019, que parece estar anclado a un criterio unívoco de legeforismo que acude únicamente a la ley nacional interna para regular la situación privada internacional, e ignora, en consecuencia, la presencia de elementos extranjeros en el asunto.

28. En definitiva, no es que la competencia territorial de los juzgados españoles para modificar sentencias extranjeras relativas a alimentos venga determinada de forma subsidiaria en el art. 769.3 LEC, vista la imposibilidad de aplicación de la regla general que para dicha competencia viene determinada en el art. 775 LEC. Muy al contrario de ello, el art. 775 LEC está diseñado para asuntos nacionales que no presentan elemento internacional y en los que ha intervenido previamente un tribunal español en la fijación de las medidas definitivas que pretenden modificarse. Para casos con elementos extranjeros, en los que los tribunales que dictaron las medidas definitivas de alimentos no son tribunales españoles, la regla general debe ser la contenida en el art. 769.3 LEC. De esta manera, y por la vía de la aplicación del art. 769.3 LEC, se conecta, igualmente, con la evolución normativa de dicho precepto, de su labrado ajuste jurisprudencial antes de la reforma operada por la Ley 42/2015, de 5 de octubre. En efecto, la modificación de medidas se debe considerar como un procedimiento autónomo e independiente del inicial y no incidental del mismo. Además, de esa manera se tienen presentes las circunstancias actuales de las partes, que en la mayor parte de los asuntos ya no mantendrán relación alguna con el juzgado que originariamente dictó aquellas medidas.

IV. Una realidad alternativa. Los foros del Reglamento 4/2009 como foros de competencia internacional y también territorial

29. Acierta, es claro, el TS al entender que el art. 775 LEC no es aplicable a casos internacionales de modificación de medidas de alimentos originariamente acordadas por resoluciones dictadas por tribunales extranjeros²¹. La solución que el TS propone, esto es, acudir al juzgado español de la residencia del menor, produce consecuencias positivas, pero no debería el TS haber olvidado el otro foro territorial alternativo recogido en el art. 769.3 LEC, el domicilio del demandado. Dicho esto, otra visión del problema de la determinación de los tribunales españoles competentes para modificar sentencias extranjeras de alimentos es posible.

30. Una solución radicalmente distinta al problema, en efecto, y que puede proporcionar resultados más satisfactorios pasa por recordar que los dos foros recogidos en el art. 3 (letras a y b) del Reglamento 4/2009 (foro del "*lugar donde el demandado tenga su residencia habitual*" y foro del "*lugar donde el acreedor tenga su residencia habitual*"), son foros con doble valencia. Operan, en efecto, como foros de competencia internacional y como foros de competencia territorial al mismo tiempo.

²¹ En tal sentido, R. LACUEVA BERTOLACCI, "La ejecución de las resoluciones de alimentos previstas en el Reglamento (CE) núm. 4/2009 del Consejo", *La Ley (Unión Europea)*, n. 7747 de 30 noviembre 2011.

Por tanto, el si el menor acreedor de alimentos tiene su residencia habitual, por ejemplo, en Santander, podrá acudir, ante los juzgados de Santander para solicitar la modificación de unos alimentos fijados anteriormente por sentencia dictada en Rumanía y ello por aplicación directa del art. 3.b R.4/2009, sin que resulte preciso aplicar la Ley de enjuiciamiento civil española 1/2000.

31. La doctrina acepta que estos dos foros contenidos en el art. 3.a y b R.4/2009 operan como una regla de competencia internacional y también como una regla de competencia territorial²². Así lo ha apuntado también, de manera transparente, la STJUE 18 diciembre 2014, C-400/13-C-408/13, *Sophia Marie Nicole Sanders*²³. De todos modos, conviene tener presente que el TJUE ha indicado que la precisión exacta del órgano jurisdiccional concretamente competente para resolver tales litigios y la definición concreta de la competencia territorial de los órganos jurisdiccionales del lugar de residencia habitual del acreedor, corresponde a cada Estado miembro (STJUE 18 diciembre 2014, C-400/13 y C-408/13, *Sanders*, FD 30-31, citada). Por ejemplo, la precisión del partido judicial competente. El Estado miembro en cuestión debe señalar como competente un tribunal que corresponda, realmente, al lugar donde el acreedor tiene su residencia habitual o al lugar donde tiene su residencia habitual el demandado. Ello potencia, es evidente, el papel de la residencia habitual como foro eficiente de competencia internacional, observa M.-P. WELLER, como foro útil para los particulares afectados por una litigación internacional en el sector de los alimentos²⁴.

32. Es curioso señalar que el Tribunal Supremo español encuentra dificultades a la hora de comprender la doctrina de los foros de doble valencia también en otros sectores y no sólo en relación con los alimentos y con el Reglamento 4/2009. Así, en un sector tan alejado de la esfera alimenticia como es el de la precisión del tribunal territorialmente competente para conocer de las reclamaciones de los particulares perjudicados por un cártel de dimensión transfronteriza, el Tribunal Supremo no alcanza a entender que el art. 7.2 del Reglamento Bruselas I-bis contiene, también un "foro de doble valencia" que determina la competencia internacional de los tribunales de un concreto Estado miembro y la competencia territorial de un tribunal específico de dicho Estado miembro²⁵. Así lo ha destacado M. GÓMEZ JENE, con precisión y argumentos irrefutables²⁶. En suma, el Tribunal Supremo entiende bien el conflicto de

²² En esta dirección, *vid., inter alia*, E. CASTELLANOS RUIZ, *Derecho de Alimentos. Aspectos Internacionales y Transfronterizos*, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 89-91; E. CASTELLANOS RUIZ, "La obligación de alimentos en Derecho internacional privado" en M. IZQUIERDO / M. CUENA (dirs.), *Tratado de Derecho de La Familia*, vol. I, Aranzadi, Navarra, 2011, pp. 319-426; F. POCAR / I. VIARENGO, "Il Regolamento (CE) n.4 / 2009 in materia di obbligazioni alimentari", *RDIPP*, 2009, pp. 806-828; I. VIARENGO, "Rapporto sull'applicazione in Italia del Regolamento (CE) n. 4/2009 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", en S. BARIATTI/I. VIARENGO/F.C. VILLATA (Eds.), *La giurisprudenza italiana sui regolamenti europei in materia civile e commerciale e di famiglia*, Milanofiori Assago, Wolters Kluwer Italia, Padova, CEDAM, 2016, pp. 405-417; B. ANCEL / H. MUIR WATT, "Aliments sans frontières. 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, pp. 457-484.

²³ STJUE 18 diciembre 2014, C-400/13-C-408/13, *Sophia Marie Nicole Sanders*, [ECLI:EU:C:2014:2461], FD 30: "El artículo 3, letra b), del Reglamento n° 4/2009 determina el criterio que permite identificar el órgano jurisdiccional competente para pronunciarse sobre los litigios transfronterizos relativos a obligaciones de alimentos, a saber, «el lugar donde el acreedor tenga su residencia habitual». Esta disposición, que determina tanto la competencia internacional como la competencia territorial, tiene por objeto unificar las reglas de conflicto de jurisdicción (véase, por analogía, la sentencia *Color Drack*, C-386/05, EU:C:2007:262, apartado 30)" y FD 31: "En sus observaciones escritas presentadas al Tribunal de Justicia, el Gobierno alemán y la Comisión ponen de relieve que aunque el artículo 3, letra b), del Reglamento n° 4/2009 determina la competencia internacional y territorial de los órganos jurisdiccionales competentes para conocer de los litigios transfronterizos relativos a los créditos alimenticios, incumbe únicamente a los Estados miembros, en el marco de su organización jurisdiccional, identificar el órgano jurisdiccional concretamente competente para resolver tales litigios y definir la competencia territorial de los órganos jurisdiccionales del lugar de residencia habitual del acreedor en el sentido del artículo 3, letra b), del Reglamento n° 4/2009".

²⁴ M.-P. WELLER, "Die neue Mobilitätsanknüpfung im Internationalen Familienrecht – Abfederung des Personalstatutenwechsels über die Datumtheorie", *IPRax*, 2014-3, pp. 225-233.

²⁵ Reglamento (UE) n. 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (refundición) (DOUE L 351 de 20 diciembre 2012), conocido como Reglamento Bruselas I-bis.

²⁶ M. GÓMEZ JENE, "Competencia judicial internacional y litigación Camiones: sobre la aplicación del artículo 7.2 del Reglamento Bruselas I refundido", *Diario La Ley*, n° 9410, 2019 (versión *on line*).

jurisdicciones pero se maneja con aturdimiento e inexactitud cuando se trata de aplicar un foro europeo que es, al mismo tiempo, un foro de competencia internacional y un foro de competencia territorial, eso es, un foro propio del espacio de justicia europeo²⁷.

V. Reflexiones finales

33. Diversas y de variada índole son las reflexiones que se pueden extraer de la resolución judicial analizada en este estudio.

En primer lugar, el Tribunal Supremo acierta al aplicar el art. 3.b Reglamento 4/2009 para fijar la competencia internacional de los juzgados españoles al caso analizado: es sin duda, una reclamación alimenticia con carácter internacional y el reglamento aludido es aplicable. Igualmente, vuelve a estar inspirado el Tribunal Supremo al descartar la aplicación al supuesto del art. 775 LEC. Es éste un precepto del Derecho procesal español que regula la competencia territorial de tribunales españoles una vez que ha quedado fijada la competencia internacional de la jurisdicción española. Por ello, el precepto citado no es aplicable a casos internacionales de modificación de medidas de alimentos originariamente acordadas por resoluciones dictadas por tribunales extranjeros.

En segundo lugar, y acreditada la competencia internacional de los jueces españoles para modificar una sentencia rumana que se pronuncia sobre alimentos debidos al menor, el Tribunal Supremo acude a la solución del foro territorial previsto en el art. 769.3 LEC. Es decir, el Tribunal Supremo acuerda declarar competente para el conocimiento del procedimiento de modificación de medidas de alimentos al juzgado español que se corresponde con la residencia del menor. Esta decisión es probablemente la más ventajosa en términos de oportunidad y economía e incluso de celeridad del procedimiento, puesto que se trata del tribunal más cercano a la menor y a su madre, con la que convive, y por ende, los gastos del procedimiento serán menores para la acreedora de los alimentos. Es loable, en este sentido, una decisión judicial que redunde en una buena administración de justicia.

En tercer lugar, el hecho de que el Tribunal Supremo acepte, tal y como marca el Derecho europeo, que un tribunal español puede y debe modificar, en su caso, una sentencia dictada por un tribunal de otro Estado miembro, Rumanía, es un reflejo positivo, subrayan C. KOHLER y M. WELLER, del "principio de confianza mutua" en la Justicia que administran los aparatos judiciales de todos los Estados miembros de la UE²⁸. Un juez de un Estado miembro dicta una sentencia y otro juez de otro Estado miembro la modifica.

34. Sin embargo, de una lectura más profunda de los fundamentos jurídicos de este auto del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2019, puede concluirse que la resolución estudiada deja sin

²⁷ En estos casos, el TS mantiene una posición dudosa por no decir que cuestionable. Innumerables autos del alto tribunal ignoran que el art. 7.2 RB I-bis designa no sólo el Estado miembro cuyos tribunales son competentes para conocer del asunto, sino también, y al mismo tiempo, el concreto órgano jurisdiccional con competencia territorial al efecto. Así puede verse, por ejemplo, en el ATS 8 octubre 2019 [ECLI:ES:TS:2019:10149A], ATS 15 octubre 2019 [ECLI:ES:TS:2019:10564A], ATS 22 octubre 2019 [ECLI:ES:TS:2019:10921A], ATS 5 noviembre 2019 [ECLI:ES:TS:2019:11489A], ATS 5 noviembre 2019 [ECLI:ES:TS:2019:12031A], ATS 12 noviembre 2019 [ECLI:ES:TS:2019:11930A], ATS 26 noviembre 2019 [ECLI:ES:TS:2019:12547A], ATS 26 noviembre 2019 [ECLI:ES:TS:2019:12520A], ATS 26 noviembre 2019 [ECLI:ES:TS:2019:12552A], ATS 3 diciembre 2019 [ECLI:ES:TS:2019:12964A], ATS 10 diciembre 2019 [ECLI:ES:TS:2019:12960A], entre otros muchos. Afirma el TS que el art. 7.2 RB I-bis sólo conduce a los tribunales españoles en el caso de que el camión se haya adquirido en España pero que la competencia territorial se determina mediante la LEC, lo que no es cierto ni necesario. En tal perspectiva, visto que el art. 52.1.12º LEC conduce al tribunal del lugar donde el demandado tiene su establecimiento y éste no tiene establecimiento en España ni tampoco domicilio o lugar de residencia, acude el TS al foro electivo para el demandante: lugar donde se haya realizado el acto o donde se produzcan sus efectos. Ello lleva a estimar relevante el lugar de producción de efectos, esto es, el lugar donde el demandante ve repercutido el sobreprecio, y que puede identificarse sin problemas adicionales con el lugar de adquisición del vehículo (art. 52.1.12º LEC). Este lugar es determinante como foro de competencia internacional en aplicación del art. 7.2 RB I-bis cuando el demandado no está domiciliado en España.

²⁸ C. KOHLER, "Grenzen des gegenseitigen Vertrauens im Europäischen Justizraum: Zum Urteil des EGMR in Sachen Avotiņš v. Lettland", *IPRax*, 2017-4, pp. 333-339; M. WELLER, "Mutual trust: in search of the future of European Union private international law", *Journal of Private International Law*, vol. 11, 2015, pp. 64-102.

explicar cuestiones clave en la aplicación el referido art. 769.3 LEC. Y ello porque olvida el juego del segundo foro territorial alternativo recogido en el indicado precepto, el del domicilio del demandado.

35. Deseable hubiera sido que el Tribunal Supremo hubiera entendido en el asunto objeto de análisis que las normas de competencia contenidas en el Reglamento 4/2009 operan como de competencia con "doble valencia". Porque el Tribunal Supremo, al aplicar el Reglamento 4/2009 se muestra europeísta y ello merece una valoración positiva. No obstante, si el Tribunal Supremo se sitúa en una línea europeísta, debería haber sido europeísta hasta el final, hasta sus últimas consecuencias. Y una de tales consecuencias radica en el hecho de que no sólo hay que aplicar el Derecho europeo, el Reglamento 4/2009 en este caso, sino que además es preciso descartar el Derecho español cuando no está en sintonía con el Derecho (internacional privado) europeo. En dicho sentido, el Tribunal Supremo olvida que el art. 3, letras a) y b) del Reglamento 4/2009 recogen normas de competencia internacional y de competencia territorial al mismo tiempo: la doble valencia. Por tanto, el foro del "*lugar donde el demandado tenga su residencia habitual*" y el foro del "*lugar donde el acreedor tenga su residencia habitual*" son foros que operan como foros de competencia internacional y como foros de competencia territorial a la vez. Ésta hubiera sido la solución judicial que, por otro lado, habría encajado mejor con la buena administración de justicia, no sólo por las razones de economía y oportunidad indicadas para la demandante, sino también por las evidentes ventajas que comporta la consulta de un solo texto legal para saber cuál es el concreto tribunal competente para la modificación de medidas: en este caso, el Reglamento 4/2009. Los costes de información jurídica son también costes para las partes y el Derecho europeo, con estos foros, elimina la necesidad de consultar las normas de competencia territorial de los Estados miembros. En este sentido, el Tribunal Supremo debería "escuchar" al Tribunal de Justicia de la UE cuando éste interpreta y aplica los reglamentos europeos de DIPr. Ello redundaría, explican K. LENAERTS / TH. STAPPER, en una más ajustada aplicación del Derecho internacional privado europeo y en una mayor seguridad jurídica para los ciudadanos que circulan en el espacio europeo de Justicia²⁹.

36. Hablar de futuro en la evolución jurisprudencial de estas normas de competencia con doble valencia y lograr con ello la aplicación de un único nivel normativo, el del Derecho de la Unión Europea, es siempre incierto y arriesgado. En un momento como el actual, en el que algunos países históricos de la Unión Europea ponen en tela de juicio los principios de autonomía y unidad que propiciaron un marco único de Derecho Internacional Privado en la Unión Europea, quizá lo más importante sea volver a creer profundamente en aquellos principios inspiradores del Derecho europeo y aplicarlos con toda su intensidad. En definitiva, resulta preciso, también para el Tribunal Supremo, volver a creer en el sistema institucional europeo, en el Espacio Europeo de Justicia, en el Derecho internacional privado de la Unión Europea como un sistema único de normas que hace Justicia en los casos transfronterizos que dinamiza, escriben H.-P. MANSEL / K. THORN / R. WAGNER, todo el Derecho europeo, y, por último, y muy particularmente, en el procedimiento de creación de normas jurídicas europeas y en el control de su validez e interpretación por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea³⁰.

²⁹ K. LENAERTS / TH. STAPPER, "Die entwicklung der Brüssel I-Verordnung im Dialog des Europäischen Gerichtshofs mit dem Gesetzgeber", *RabelsZ*, 2014-1, pp. 252-293.

³⁰ H.-P. MANSEL / K. THORN / R. WAGNER, "Europäisches Kollisionsrecht 2010: Verstärkte Zusammenarbeit als Motor der Vereinheitlichung?", *IPRax*, 2011-I, pp. 1-30.

EL CONCEPTO DE CONTRATO DE TRABAJO
EN EL MARCO DEL CONVENIO DE LUGANO. COMENTARIO
A LA SENTENCIA DEL TJUE DE 11 DE ABRIL DE 2019,
ASUNTO C-603/17, BOSWORTH Y HURLEY.

THE CONCEPT OF EMPLOYMENT CONTRACT
IN THE LUGANO CONVENTION. COMMENTARY
OF THE JUDGEMENT OF THE CJEU AVRIL 11, 2019,
CASE C-603/17, BOSWORTH AND HURLEY.

CARMEN VAQUERO LÓPEZ

*Profesora Contratada Doctora de Derecho internacional privado
Universidad de Valladolid*

Recibido: 10.12.2019 / Aceptado: 17.12.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5220>

Resumen: El TJUE se pronuncia, por primera vez, sobre el alcance de los foros de competencia judicial internacional en materia de contrato individual de trabajo del Convenio Lugano II. El paralelismo de este Convenio con el Reglamento Bruselas I se reproduce en esta decisión del Alto Tribunal, que sigue su jurisprudencia sobre la calificación del contrato de trabajo en el marco de las disposiciones del Reglamento europeo. Esta simetría no se ha mantenido tras la promulgación del Reglamento Bruselas I bis, por lo que la reciente decisión de los jueces de Luxemburgo pone sobre el papel la necesidad de una revisión del texto convencional.

Palabras clave: Convenio *Lugano II*, competencia judicial internacional, contrato de trabajo, acción procesal.

Abstract: The CJEU pronounces, for the first time, on the scope of the international jurisdiction regarding the individual employment contract of the Lugano II Convention. The parallelism of this Convention with the Brussels I Regulation is reproduced in this decision of the High Court, which follows its jurisprudence on the qualification of the employment contract within the framework of the provisions of the European Regulation. This symmetry has not been maintained after the promulgation of the Brussels I bis Regulation, so the recent decision of the Luxembourg judges puts on paper the need for a revision of the treaty text.

Keywords: Lugano II Convention, international jurisdiction, employment contract, legal action.

Sumario: I. Introducción. II. Los hechos litigiosos. III. Los foros de protección en materia de contratos de trabajo en el sistema del Convenio Lugano II. IV. El concepto de contrato de trabajo. V. La calificación de la acción procesal. VI. Valoración de la decisión del TJUE.

I. Introducción

1. La decisión del TJUE de 11 de abril de 2019 en el asunto C-603/17, *Bosworth y Hurley*, constituye la primera decisión del Tribunal de Luxemburgo sobre la interpretación de los foros de competencia judicial internacional en materia de contrato individual de trabajo establecidos por los artículos 18 a 21 del Convenio de Lugano de 2007, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (en adelante, el Convenio *Lugano II*)¹.

2. El sistema establecido en el marco del Convenio *Lugano II* para la protección procesal de los trabajadores se corresponde con el instaurado en el ámbito de la UE por los artículos 18 a 21 del Reglamento *Bruselas I*, también referidos a los contratos individuales de trabajo. Este paralelismo alcanza igualmente a la interpretación de las disposiciones de ambos instrumentos, por mor de lo establecido en el Protocolo número 2 del Convenio *Lugano II*. De conformidad con lo dispuesto en este Protocolo, el TJUE será el garante de la uniformidad en la interpretación de las disposiciones de ambos instrumentos, de manera que la jurisprudencia del Alto Tribunal sobre la interpretación de las disposiciones del Reglamento europeo será aplicable a las disposiciones del Convenio *Lugano II*.

Sin embargo, este acercamiento entre los dos regímenes de competencia judicial internacional se transforma en distancia por lo que se refiere a los contratos individuales de trabajo, pues las importantes modificaciones introducidas por el Reglamento *Bruselas I bis* respecto de esta materia (arts. 20 a 23) no encuentran paralelismo en el Convenio *Lugano II*.

3. La decisión del TJUE en el asunto *Bosworth y Hurley* ofrece una buena oportunidad para analizar el sistema de competencia judicial internacional del Convenio *Lugano II* en materia de contrato individual de trabajo y pone sobre el papel la necesidad de llevar a cabo una revisión del mismo que, cuando menos, acerque las soluciones convencionales al régimen del Reglamento *Bruselas I bis*.

II. Los hechos litigiosos

4. Los hechos que dieron lugar a la decisión del TJUE en el asunto *Bosworth y Hurley* son los siguientes.

Los Sres. Peter Bosworth y Colin Hurley, nacionales británicos con domicilio en Suiza, fueron demandados ante la *High Court of Justice (England & Wales) Queen's Bench Division*, por el accionista único de Arcadia (Farahead Holdings Ltd.) y las sociedades de este grupo multinacional (Arcadia London, Arcadia Switzerland y Arcadia Singapore), para obtener una indemnización por el perjuicio causado como consecuencia de una serie de operaciones fraudulentas en las que se habían visto envueltas dichas sociedades.

Los demandados, que ostentan la condición de *chief executive officer* (CEO) y de *chief financial officer* (CFO) del Grupo Arcadia -del que también son consejeros- y están vinculados a las sociedades demandantes por un “contrato de trabajo”, interpusieron una declinatoria de competencia ante los tribunales británicos, por considerar que únicamente los tribunales suizos pueden conocer de un litigio que entra dentro del ámbito de aplicación de los artículos 18 a 21 del Convenio *Lugano II*, donde se recogen los foros especiales en materia de contratos individuales de trabajo.

La demanda inicial se basaba en las imputaciones de maquinación a través del uso de medios ilícitos, de incumplimiento del deber de actuar en beneficio de otro y de incumplimiento de obligaciones contractuales expresas o implícitas derivadas de los contratos de trabajo que vinculaban a los demandados con el Grupo Arcadia. Más tarde, con posterioridad a la declinatoria de competencia interpuesta por los Sres. Bosworth y Hurley, los demandantes modificaron su demanda y renunciaron a alegar el incumplimiento contractual. En estas nuevas circunstancias, el tribunal británico se declaró competente

¹ DOUE L 339 de 21 de diciembre de 2007.

² Vid. G. PALAO MORENO, “La competencia judicial internacional en materia de contratos individuales de trabajo en el Convenio de Lugano”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, octubre 2019, pp. 115-140.

para conocer de las cuestiones delictuales, según la calificación del Derecho inglés, e incompetente para decidir respecto de los hechos que habían tenido lugar cuando los demandados estaban vinculados con los demandantes por un contrato de trabajo.

5. La decisión del tribunal británico fue recurrida por los Sres. Bosworth y Hurley en apelación ante la *Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division)* y, posteriormente, en casación ante la *Supreme Court of the United Kingdom*, que decidió suspender el procedimiento y plantear ante el TJUE cuatro cuestiones prejudiciales. Mediante estas cuestiones se pide del Alto Tribunal un pronunciamiento sobre la interpretación que debe darse al concepto de contrato individual de trabajo en el marco los artículos 18 a 21 del Convenio *Lugano II*, así como sobre si estos preceptos son de aplicación a una demanda de indemnización por daños presentada entre las partes de un contrato sobre la base de un fundamento jurídico de naturaleza delictual.

III. Los foros de protección en materia de contratos de trabajo en el sistema del Convenio *Lugano II*

6. Los artículos 18 a 21 del Convenio *Lugano II* establecen un sistema especial de competencia judicial internacional para la protección de los trabajadores que están inmersos en un litigio afectado por un elemento de internacionalidad, que resulta de aplicación cuando el demandado –ya sea el trabajador o el empresario- tiene su domicilio en un Estado miembro de la AELC (Islandia, Noruega y Suiza) o se prorroga la competencia de los tribunales de uno de estos Estados. En virtud de lo establecido en dichas disposiciones, se limita el ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes en la elección del tribunal internacionalmente competente y se modula el juego de los foros de competencia judicial en función de su posición procesal en el litigio, reconociendo al trabajador un *forum actoris* que se deniega al empresario demandante.

7. Efectivamente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21 del Convenio *Lugano II*, los acuerdos de elección de tribunal en el marco de un contrato de trabajo únicamente se permiten si se celebran con posterioridad al nacimiento del litigio o, en cualquier momento, si incrementan las posibilidades de acción del trabajador demandante. En defecto de cláusula de jurisdicción válida, los artículos 18 a 20 del instrumento convencional establecen un sistema de foros de competencia subsidiarios que maximizan la protección del trabajador, al incrementar sus opciones procesales frente a las del empresario. De este modo, el trabajador podrá demandar al empresario, bien ante los tribunales del lugar donde éste tiene su domicilio, bien ante los tribunales del lugar en el que el trabajador desempeñare habitualmente su trabajo o en el que lo hubiere desempeñado en último lugar; en su defecto, cuando resultare imposible determinar un único lugar de prestación laboral habitual, el trabajador podrá optar entre el foro general del domicilio del empresario demandado y el del lugar en el que estuviere o hubiere estado situado el establecimiento del empleador (art. 19). Todo ello sin perjuicio de la posibilidad, reconocida al trabajador por el artículo 18 del Convenio *Lugano II*, de interponer su demanda ante los tribunales del lugar donde el empresario posee un establecimiento secundario (*ex. art. 5.5*), siempre que se cumplan las condiciones relativas a la entidad de la agencia y a su actividad autónoma. Sin embargo, las posibilidades procesales del empresario son mucho más reducidas, pues únicamente podrá demandar al trabajador ante los tribunales en los que éste tuviera su domicilio (art. 20).

8. Este sistema de competencia judicial internacional, especialmente tuitivo, se corresponde con el establecido por los artículos 18 a 21 del Reglamento *Bruselas I*, pero este paralelismo se rompe a partir de la promulgación del Reglamento *Bruselas I bis*, cuyos artículos 20 a 23 introducen importantes reformas en materia de contrato individual de trabajo, que no han sido reproducidas en el espacio Lugano.

En particular, el Reglamento *Bruselas I bis* añade un nuevo foro de competencia judicial internacional, permitiendo al trabajador interponer su demanda ante los tribunales del lugar “desde el que el trabajador” desempeña habitualmente su trabajo [art. 22.1.b.i)]; reconoce el alcance universal de los foros de protección a favor del trabajador, que serán aplicables en todos los supuestos en los que éste sea

el demandante, con independencia del país donde el empresario tenga su domicilio (art. 21.2); protege al trabajador de los efectos de una comparecencia involuntaria ante los tribunales del Estado miembro UE donde el empresario interpone su demanda, pues el juez, antes de asumir su competencia, debe asegurarse de que el trabajador demandado ha sido informado de su derecho a impugnar la competencia ante dicho tribunal y de las consecuencias de comparecer o no (art. 26.2); corrige la regla general de litispendencia (*prior tempore, potior iure*) cuando el demandante es un trabajador y el acuerdo atributivo de competencia no es válido conforme al sistema del propio Reglamento (art. 31.4); admite el litisconsorcio pasivo de empresarios *ex* artículo 8.1 (art. 20.1); y contempla la vulneración de los foros de protección en materia de contrato individual de trabajo como causa de denegación del reconocimiento de la sentencia cuando el demandado en el proceso de origen haya sido el trabajador [art. 45.1.e)]³.

9. Ninguna de estas nuevas reglas puede aplicarse en el espacio Lugano, por lo que la decisión del TJUE en el asunto *Bosworth y Hurley* ofrece una buena oportunidad para llamar la atención sobre la conveniencia de llevar a cabo una revisión del Convenio *Lugano II*, actualmente vigente, que favorezca el tradicional paralelismo con las soluciones del sistema de Bruselas⁴. Pero, sobre todo, la decisión del Alto Tribunal vuelve a plantear la necesidad de introducir un concepto autónomo del contrato de trabajo en el marco de las normas de competencia judicial internacional, que permita una calificación materialmente orientada de la relación que se establece entre las partes del contrato, una calificación funcional que tenga en cuenta la *ratio* indiscutiblemente tuitiva de los foros de protección adoptados en este ámbito⁵. Esta misma finalidad deberá servir también para delimitar el alcance de las acciones que pueden subsumirse en el ámbito de aplicación de los foros de competencia judicial internacional en materia de contrato individual de trabajo establecidos por ambos sistemas, una cuestión sobre la que el TJUE no se pronuncia, pero que fue planteada por las partes del litigio principal en el asunto que nos ocupa y ha merecido una especial atención del Abogado General.

IV. El concepto de contrato de trabajo

10. La finalidad de las disposiciones contenidas en los artículos 18 a 21 del Convenio *Lugano II* es la de proteger procesalmente al trabajador en los litigios que lo enfrentan al empresario, en tanto que parte económica y jurídicamente más débil de la relación contractual establecida entre ellos. Sin embargo, a diferencia de lo que sucede en materia de contratos celebrados con consumidores, en torno a los cuales el Convenio *Lugano II* también articula un sistema especialmente protector sobre la base de una delimitación objetiva de la persona tutelada (art. 15)⁶, en materia de contratos de trabajo ninguna disposición de este Convenio precisa lo que deba entenderse ni por contrato de trabajo, ni por trabajador,

³ Para una sistematización de las novedades introducidas por el Reglamento *Bruselas I bis* en materia de contrato individual de trabajo, *vid.* A.-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA (dirs.) y C. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *Litigación internacional en la Unión Europea. Competencia judicial y validez de resoluciones en materia civil y mercantil en la Unión Europea. Comentario al Reglamento Bruselas I bis*, Cizur Menor, Aranzadi, 2017, pp. 426-428. También sobre estas reformas, *vid.* N. Nord, “Refonte du règlement «Bruxelles I» et protection du travailleur”, *La Semaine Juridique. Édition Sociale*, nº 52, 2014, pp. 22-28.

⁴ Ampliamente, *vid.* J. MASEDA RODRÍGUEZ, “Competencia judicial internacional, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. La convivencia del Reglamento 1215/2012 con el Convenio de Lugano de 2007”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, nº 3, 2018, pp. 365-423, esp. pp. 388-389.

⁵ En el mismo sentido, *vid.* M. A. ADAM MUÑOZ, “Algunas consideraciones en torno al contrato individual de trabajo en el Derecho internacional privado” en M. SABIDO RODRÍGUEZ (COORD.), *Algunos retos que plantea la realidad social, económica y jurídica actual en los ámbitos societario y laboral*, Cizur Menor, Aranzadi, 2012, pp. 282-283.

⁶ Este carácter “objetivo” del concepto de consumidor utilizado en las normas europeas de competencia judicial internacional ha sido recientemente remarcado por el TJUE en su sentencia de 3 de octubre de 2019, asunto C-208/18, *Petruchová*. Para el Alto Tribunal, el elemento determinante para la aplicación de los foros de protección en materia de contratos de consumidores del Reglamento *Bruselas I bis* no es la finalidad del contrato, sino el hecho de que el consumidor actúe al margen de un actividad profesional, siendo irrelevante cualquier otra circunstancia subjetiva que concurra en esta persona, como por ejemplo los eventuales conocimientos o su experiencia en la materia sobre la que versa el contrato. Sobre esta decisión, *vid.* J. I. PAREDES PÉREZ, “La noción de consumidor a efectos de la aplicación de los foros de protección del Reglamento de Bruselas I bis a litigios relativos a instrumentos financieros y de inversión”, *La Ley Unión Europea*, nº 75, 2019.

a los efectos de aplicación de las normas especiales de competencia judicial internacional establecidas por este instrumento.

11. Así sucede también en el marco del sistema de Bruselas, lo que ha obligado al TJUE ha pronunciarse sobre la calificación del contrato de trabajo en el ámbito que nos ocupa. En su sentencia de 10 de septiembre de 2015, asunto C-47/14, *Holterman*, el Alto Tribunal defendió una interpretación autónoma del contrato de trabajo y estableció que los foros de protección del Reglamento *Bruselas I* (entonces en vigor) únicamente serán de aplicación cuando la persona en cuyo favor se invocan haya realizado, durante cierto tiempo, en favor de dicha sociedad y bajo la dirección de ésta, determinadas prestaciones a cambio de las cuales reciba una retribución⁷. En el litigio principal del que trae causa esta decisión, la sociedad neerlandesa *Holterman* se enfrentaba con el Sr. Spies von Büllenheim, residente en Alemania y demandado en su condición de administrador social por desempeñar incorrectamente sus funciones, así como por incurrir en dolo o imprudencia consciente en el cumplimiento del contrato de trabajo que lo vinculaba con dicha sociedad. En estas circunstancias, similares a las que concurren en los demandados en el asunto que ahora nos ocupa, los jueces de Luxemburgo hacen depender la calificación de una relación contractual como “contrato de trabajo”, de la existencia de una relación de subordinación entre las partes, determinando que esta circunstancia debe apreciarse en cada caso concreto, en función del conjunto de hechos y circunstancias que caractericen a las relaciones *inter partes*.

12. En definitiva, el TJUE parte de una aproximación funcional a las circunstancias del caso concreto, que obliga a diferenciar el lenguaje jurídico utilizado por las partes, por un lado, y la finalidad perseguida por la relación jurídica establecida entre ellas, por otro. De esta manera, el elemento determinante que se tiene en cuenta para declarar la aplicabilidad al caso concreto de los foros establecidos para la protección de los trabajadores es la función que cumple el contrato entre las partes, con independencia de los términos utilizados para designar la relación que se establece entre ellas⁸.

Esta misma calificación es la que sigue el TJUE en el asunto *Bosworth y Hurley*. En su decisión de 11 de abril de 2019, el Alto Tribunal señala que “*un contrato que vincula a una sociedad y a una persona física que ejerce las funciones de consejero de la misma no crea un nexo de subordinación entre ellas y, en consecuencia, no puede tener la calificación de ‘contrato individual de trabajo’, en el sentido de estas disposiciones (las del título II, sección 5ª del Convenio Lugano II), cuando, aunque el accionista o los accionistas de esta sociedad tengan la facultad de poner fin a dicho contrato, esa persona esté en condiciones de decidir o decida efectivamente los términos de ese contrato y disponga de un poder de control autónomo tanto sobre la gestión corriente de los asuntos de esa sociedad como sobre el ejercicio de sus propias funciones*”.

13. Siguiendo su jurisprudencia *Holtermann*, el TJUE hace depender la calificación del contrato de trabajo de la existencia de una relación de subordinación entre las partes, sin que la terminología utilizada para definir las relaciones que se establecen entre ellas sea determinante⁹.

⁷ Sobre esta decisión y, en general, sobre la interpretación por parte del TJUE de las normas europeas de competencia judicial internacional en materia de contratos de trabajo, *vid.* J. F. LOUSADA AROCHENA: “Competencia judicial internacional e persoal de embaixadas, auxiliares de voo e outras cuestións en litixios laborais (Últimas aportacións do Tribunal de Justiza da Unión Europea)”, *Revista Galega de Dereito Social*, n.º 7, 2018, pp. 99-126, esp. pp. 115-122.

⁸ Sobre esta calificación funcional del contrato de trabajo en el sistema de Bruselas, *vid.* C. VAQUERO LÓPEZ, “Mecanismos de Derecho internacional privado europeo para la protección de los trabajadores en supuestos de deslocalización de empresas”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XVII, 2017, pp. 425-471, esp. pp. 437-441.

⁹ Ya en el informe JENARD/MÖLLER sobre el Convenio de Lugano de 1988 se señalaba que una relación laboral supone en todo caso la existencia de un “vínculo de dependencia del trabajador con respecto al empleador” (DOCE C 189 de 28 de julio de 1990). En el mismo sentido, en sus Conclusiones Generales al asunto *Holterman*, el Abogado General CRUZ VILLALÓN señalaba que, al interpretar de forma autónoma el concepto de contrato individual de trabajo a los efectos del Reglamento, no debe perderse de vista el fin protector de la parte más débil de la relación que está en la base de la creación por el legislador de los criterios específicos de atribución de la competencia judicial en este ámbito (apartado 27). El elemento diferenciador que separa el contrato de trabajo de la prestación de servicios a los efectos del Reglamento viene constituido por el hecho de que, en el caso del contrato de trabajo, la persona que presta el servicio esté sometida, en mayor o menor grado, al poder de dirección y a las instrucciones de la otra parte de la relación contractual, lo que la coloca en una posición de subordinación respecto a ésta. Es

14. Se ha criticado que, en el asunto *Bosworth y Hurley*, el TJUE en ningún momento se haya planteado una interpretación favorable a una parte que aparentemente tiene una posición más débil desde una perspectiva económica y jurídica, más aún cuando tanto el demandante como el demandado admiten que existe una relación laboral¹⁰. Sin embargo, la calificación del contrato de trabajo no puede hacerse depender de una apariencia, ni de cómo se denomina la relación entre las partes, sino que está en función de la *ratio* del sistema en cuyo marco se pretende una protección especial para el trabajador. Efectivamente, el alcance de la protección que se otorga al trabajador es diferente en el ámbito de las disposiciones sobre competencia judicial internacional, cuya alta función tuitiva justifica la exigencia de un *plus* de subordinación entre las partes, a la que tiene en otros ámbitos, como en el de la determinación del Derecho material aplicable al contrato, donde no puede hablarse de normas materialmente orientadas a tutelar al trabajador¹¹. Tampoco podrá tomarse en consideración la interpretación del concepto de “subordinación” adoptada por el TJUE en su jurisprudencia *Danosa y Balkaya*¹², referida a la libre circulación de trabajadores, que extiende la protección contra el despido que ofrecen las directivas de armonización de la UE a los directivos de las sociedades; tal y como tal señala el Abogado General en sus conclusiones generales (apdo. 58), los intereses en juego en el ámbito de las normas sobre competencia judicial internacional para determinar la responsabilidad de los trabajadores frente a sus empleadores (Derecho laboral) son muy diferentes de los que existen en materia de determinación de la responsabilidad civil de los directivos (Derecho de sociedades), y, por tanto, no pueden extrapolarse.

15. En consecuencia, atendiendo a las circunstancias del caso concreto, los Sres. Bosworth y Hurley no podrán prevalerse de la protección que le otorgan los artículos 18 a 21 del Convenio *Lugano II* y, por consiguiente, la determinación de los tribunales internacionalmente competentes para conocer del litigio principal del que trae causa la decisión del TJUE que nos concierne deberá hacerse de conformidad con las reglas generales de competencia judicial internacional establecidas por dicho instrumento. Ello significa que, en ausencia de una prorrogación tácita o expresa de la competencia judicial internacional a favor de los tribunales de otro Estado, con carácter general serán competentes para conocer del presente litigio los tribunales del domicilio del demandado (*ex art. 2*) o, alternativamente, los tribunales designados por los foros de competencia especiales de los artículos 5 y 6 del Convenio *Lugano II*.

V. La calificación de la acción procesal

16. Mediante la primera cuestión prejudicial planteada ante el TJUE, el tribunal británico pide su pronunciamiento sobre el criterio que debe seguirse para determinar si una acción ejercitada por un empresario frente a un empleado o antiguo empleado puede considerarse una acción “en materia de contrato individual de trabajo” en el sentido de los artículos 18 a 21 del Convenio *Lugano II*. El Alto Tribunal considera improcedente responder a esta cuestión, pues su planteamiento se basa en la hipótesis de que los contratos en causa sean calificados como contratos de trabajo, una calificación a la que, como hemos visto, el Tribunal se opone.

esa posición de subordinación, señala el Abogado General, la que hace necesaria una protección particular de la parte más débil y justifica las reglas especiales del Reglamento europeo (apartado 28). El autor insiste en que el criterio de la subordinación es determinante para identificar una relación laboral, si bien es necesaria una “relectura flexible” de este requisito, en J. CRUZ VILLALÓN, “El concepto de trabajador subordinado frente a las nuevas formas de empleo”, *Revista de Derecho Social*, nº 83, 2018, pp. 13-44, esp. pp. 33-35.

¹⁰ Vid. A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, “Convenio de Lugano y concepto de contrato de trabajo de personal directivo”, *La Ley*, nº 6659, 2019.

¹¹ Vid. C. VAQUERO LÓPEZ, “Mecanismos de Derecho internacional...”, *loc. cit.*, pp. 452-461.

¹² Sentencias del TJUE de 11 de noviembre de 2010, asunto C-232/09, y de 9 de julio de 2015, asunto C-229/14. Un amplio análisis de esta jurisprudencia puede encontrarse en B. ALONSO-OLEA GARCÍA, “Los conceptos de trabajador por cuenta ajena, asegurado social y ciudadano de la Unión Europea según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sus consecuencias y su controversia”, *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 62, 2017.

17. Sin embargo, el interés de la cuestión nos obliga a plantearnos cuál habría sido la decisión de los jueces de Luxemburgo si entre las partes del litigio hubiera existido una relación laboral en un supuesto, como el planteado en el litigio principal, en el que la demanda, modificada para excluir los incumplimientos del contrato, tuviera como objeto el ejercicio de una acción extracontractual por el daño causado por los demandados.

18. Con carácter general, la calificación de una acción como contractual o extracontractual a los efectos de determinar los tribunales internacionalmente competentes debe realizarse conforme a la jurisprudencia *Brogssitter*¹³, según la cual esta calificación debe basarse en los hechos que sustentan la demanda y no en el fundamento jurídico material que invoca el demandante¹⁴. Esta calificación es especialmente delicada cuando existe una vinculación contractual entre las partes, tal y como sucede en el asunto que ahora nos ocupa. En estos casos, la delimitación de la naturaleza de la acción debe hacerse depender del carácter que tiene la obligación que sirve de base a la demanda, con independencia de cuál sea la calificación de la acción en el Derecho nacional. De este modo, si la fuente de la obligación no se halla en el acuerdo de voluntades, sino en un hecho ilícito y es consecuencia de la infracción de una obligación legal, el litigio debe ser calificado como materia extracontractual¹⁵.

19. Esta calificación, basada en los antecedentes del hecho litigioso y no en los fundamentos jurídicos materiales invocados por el demandante, es también la que debe primar en un asunto como el que nos ocupa y sobre la que debe fundamentarse la aplicación de los artículos 18 a 21 del Convenio *Lugano II*, cuyas disposiciones, especialmente tuitivas, no pueden ser eludidas por el empresario basando su pretensión en cuestiones delictuales. Así lo ha entendido nuestra doctrina cuando señala que los litigios referidos a la responsabilidad por daños producidos en el marco de la relación laboral entre el trabajador y el empresario deben subsumirse dentro de los foros de protección en materia de contratos individuales de trabajo del Reglamento *Bruselas I* (paralelos a los del Convenio *Lugano II*), y ello aunque conforme a la ley aplicable al fondo la acción pueda calificarse como extracontractual¹⁶.

20. En consecuencia, tal y como señala el Abogado General en las conclusiones al asunto que nos ocupa (apdo. 94), una demanda versa sobre la materia “contratos individuales de trabajo” cuando, a la luz de los hechos, existe un determinado vínculo material entre la demanda y el contrato, tal y como particularmente sucede cuando la demanda tiene por objeto una controversia que tiene su origen en la relación contractual, con independencia de que el demandante base o no su demanda en dicho contrato.

21. De este modo, la demanda de indemnización interpuesta contra los Sres. *Bosworth y Hurley* estaría sometida al sistema establecido por los artículos 18 a 21 del Convenio *Lugano II* si su objeto hubieran sido las faltas cometidas por los demandados en el desempeño de sus funciones como trabajadores. Una interpretación en este sentido tiene como consecuencia la exclusión del ámbito de aplicación de dichos preceptos de las demandas del empresario contra el trabajador relativas a un comportamiento lesivo que no esté relacionado con ninguna circunstancia objetiva (lugar, tiempo, medios o finalidad) de las funciones desempeñadas por el trabajador.

¹³ STJUE de 13 de marzo de 2014, asunto C-548/12, *Brogssitter*, con nota de C. I. CORDERO ÁLVAREZ, *REDI*, vol. LXVI, nº 2, 2014, pp. 250-253. Sobre la evolución de esta jurisprudencia y, muy particularmente, sobre la decisión del TJUE de 14 de julio de 2016 en el asunto C-196/15, *Granarolo*, con la que el Alto Tribunal complica la labor de delimitación de las materias contractual y extracontractual, *vid.* I. ANTÓN JUÁREZ, “Los retos de la litigación transnacional en la Unión Europea: ¿Se ha extendido demasiado la ‘noción de materia contractual’ en el Reglamento Bruselas I?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 10, nº 1, 2018, pp. 525-533.

¹⁴ Interpretación defendida con anterioridad en su sentencia de 27 de septiembre de 1988, asunto 189/87, *Kalfelis*.

¹⁵ *Vid.* J. C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, 10ª Ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2018, pp. 675-676.

¹⁶ En este sentido *vid.* M. VIRGÓS SORIANO y F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2ª Ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2007, p. 178.

VI. Valoración de la decisión del TJUE

22. La decisión del TJUE en el asunto *Bosworth y Hurley* merece, en nuestra opinión, una valoración positiva en la medida en que extiende, al ámbito de aplicación del Convenio *Lugano II*, su jurisprudencia sobre la interpretación del concepto de “contrato individual de trabajo” en el marco de las disposiciones de competencia judicial internacional del Reglamento *Bruselas I*. Los jueces de Luxemburgo insisten en que el elemento determinante que identifica al trabajador beneficiario de dichas disposiciones es que la actividad que lleva a cabo está sometida, en mayor o menor grado, al poder de dirección y a las instrucciones del empresario, de manera que se coloca en una posición de subordinación respecto de éste. Es esta característica de “subordinación” la que justifica la necesidad de una especial tutela en el ámbito procesal de quien ocupa una posición económica y jurídicamente más débil.

23. Esta delimitación del ámbito de aplicación de los foros de protección en materia de contrato de trabajo favorece el paralelismo inicial entre el Reglamento *Bruselas I* y el Convenio *Lugano II*, pero pone de manifiesto la falta de correspondencia entre las soluciones actualmente aplicables en el espacio Bruselas y las vigentes en el territorio Lugano, lo que obliga a plantear la conveniencia de su revisión, lo cual permitiría reforzar la finalidad tuitiva de dichos foros.

24. Por otra parte, en la decisión que es objeto de comentario, el TJUE insiste en la necesidad de utilizar un concepto autónomo de contrato de trabajo en los sistemas de Bruselas y de Lugano, que tenga en cuenta la “función social”, especialmente tuitiva, de las normas de competencia judicial internacional adoptadas en el ámbito laboral. Una solución en este sentido permite además sostener una concepción flexible del contrato de trabajo, de forma que la mera integración del trabajador en la esfera organizativa, productiva y directiva de la empresa sea suficiente para que podamos hablar de “subordinación”, con independencia de cuál sea el nombre que recibe la relación entre las partes implicadas. De este modo, se garantiza una aplicación eficiente de los foros de protección en materia de contrato individual de trabajo, evitando su elusión por los empresarios cuando los elementos esenciales de la relación laboral se desdibujan.

25. En definitiva, la decisión del TJUE favorece una aplicación materialmente orientada de las normas de competencia judicial internacional en materia de contrato de trabajo del Convenio *Lugano II*, que se compadece con la heterogénea realidad de las relaciones laborales en un mercado de trabajo globalizado y flexible.

CRISIS FAMILIAR, RESPONSABILIDAD PARENTAL
Y ALIMENTOS: REVISANDO LAS CUESTIONES GENERALES
EN UN DIVORCIO TRANSNACIONAL
(Audiencia Provincial Barcelona - Sentencia de 15/04/2019)

CRISIS OF THE COUPLE, PARENTAL RESPONSABILITY
AND MAINTENANCE: REVIEWING CORE MATTERS
IN A CROSS-BORDER FAMILY JUDGEMENT
(Barcelona Court of Appeal - Decision of 15/04/2019)

MARINA VARGAS GÓMEZ-URRUTIA

Profesora Titular de Derecho internacional privado
Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)
ORCID ID: 0000-0002-4574-341X

Recibido: 16.12.2019 / Aceptado: 10.01.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5221>

Resumen: La interacción entre las normas de competencia judicial internacional y las cuestiones de fondo que resuelven las normas de conflicto en las distintas materias del derecho de familia constituyen un problema específico en los divorcios con elementos transfronterizo. En la SAP Barcelona de 15 de abril de 2019 se pone a prueba el sistema de competencia judicial internacional y de ley aplicable a raíz de una acción principal de divorcio donde, además, se han de establecer medidas de responsabilidad parental y fijar la obligación de alimentos.

Palabras clave: competencia judicial internacional, ley aplicable, litigios transfronterizos, divorcio, responsabilidad parental, obligación de alimentos.

Abstract: In family law matters specific issues raises from the interaction between the rules on international jurisdiction and applicable law. The Decision of the Barcelona Court of Appeal rendered on April 15, 2019 tests the international jurisdiction system and the issues of applicable law in a cross-border family litigation where a main divorce must be established in addition with parental responsibility measures and maintenance claims.

Keywords: international jurisdiction, applicable law, cross-border UE family law, divorce, parental responsibility disputes, maintenance claims.

Sumario: I. Hechos del litigio principal y cuestiones de DIPr presentes en la SAP Barcelona de 15 de abril de 2019. 1. Los hechos del litigio. 2. Sobre la declinatoria internacional y el sistema aplicable a la guarda de la menor. II. Determinación de la residencia habitual en supuestos de crisis matrimoniales internacionales. III. Revisando las líneas generales de la regulación del sistema de competencia judicial internacional y de ley aplicable en los procesos de crisis matrimonial transfronteriza. 1. Pluralidad de instrumentos y pluralidad de foros. 2. Coordinación de instrumentos y adecuación coordinada de los foros y de la ley aplicable. IV. Reflexión conclusiva.

I. Hechos del litigio principal y cuestiones de DIPr presentes en la SAP Barcelona de 15 de abril de 2019¹

1. Los hechos del litigio

1. Ante la Audiencia Provincial de Barcelona se plantea un recurso de apelación contra la sentencia de fecha 31 de enero de 2018 dictada por un Juzgado de Primera Instancia e Instrucción en autos de divorcio contencioso. La sentencia decretaba la disolución del matrimonio celebrado entre D. Eladio, de nacionalidad italiana y residente en Barcelona, y D^a Mónica, binacional colombiana y alemana, residente en Berlín. El matrimonio se había celebrado en Barcelona en el año 2005 constando como último domicilio común dicha ciudad. Son padres de una niña (África) menor de edad que a la fecha de interposición de la demanda vivía temporalmente con su madre en Berlín, con el consentimiento del padre.

2. La sentencia de primera instancia declaraba, a instancias del padre (demandante), además del divorcio, la disolución del régimen económico del matrimonio con adjudicación de la vivienda a D. Eladio y pago a D^a Mónica de 70.000€ en compensación de su parte de gananciales. En relación con las medidas a favor de la menor, la sentencia de instancia, elevando a definitivas las acordadas provisionalmente, estableció que la patria potestad será compartida atribuyendo la guardia y custodia al padre y un régimen de visitas semanal para la madre que “deberá trasladarse a Barcelona para cumplir el mismo”. Asimismo, fijó una pensión de alimentos a favor de la menor y a cargo de la madre por importe de 130€ mensuales. En relación con los gastos extraordinarios (uniforme, colegio, libros escolares, gastos médicos no cubiertos por la Seguridad Social, deportes, actividades extraescolares, etc.) estableció un reparto proporcional, siendo el 20% a cargo de la madre y el 80% a cargo del padre.

3. Contra esta sentencia se alzó la demandada (D^a Mónica) alegando de forma previa vulneración de la tutela judicial efectiva e indefensión e impugnando los pronunciamientos de la resolución recurrida. En particular, reiteraba la falta de competencia judicial internacional del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción para conocer de las actuaciones y, para el supuesto de que no se apreciase, solicitaba que se declarase la firmeza de la disolución del vínculo por divorcio y que se ratificase y mantuviese el acuerdo sobre liquidación de la vivienda y régimen económico del matrimonio. Se opuso al resto de los pronunciamientos relativos a las medidas definitivas adoptadas respecto de la menor y solicitó que se autorice el traslado de la menor a Berlín para poder tener consigo a la niña. Subsidiariamente, si no se acordase el traslado de la menor a Berlín, solicitaba que la guarda y custodia fuera otorgada a la madre (quien se trasladaría a la ciudad de Barcelona) y que el régimen de visitas lo fuera a favor del progenitor no custodio (el padre). Y, para el caso de no acordarse esto último, también subsidiariamente, pidió que se establezca un régimen de visitas más amplio. En cuanto a los gastos de la menor, también fueron impugnados por la madre en cuanto a la proporción.

4. Tanto el Ministerio Fiscal como el demandante se opusieron al recurso de apelación, no solo respecto de las peticiones primarias y subsidiarias, sino también en relación con las infracciones procesales denunciadas por la recurrente. En concreto, esta entendía: (A) que en el proceso llevado a cabo en primera instancia se había vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de “un proceso público sin dilaciones indebidas”, al amparo del artículo 24.2 CE. Cabe señalar que en este proceso se tramitó una declinatoria por falta de competencia judicial internacional para la adopción de medidas provisionales previas y que supuso la suspensión el procedimiento principal hasta su resolución. *Justamente, es en el análisis de la declinatoria internacional donde la Audiencia Provincial plantea las principales cuestiones de DIPr objeto de esta nota*; (B) que había habido lentitud y mal funcionamiento en otros procedimientos paralelos iniciados por la demandada; (C) que se había vulnerado el derecho de la menor a ser oída; (D) que se había infringido el principio de igualdad de las partes; y (E) que no se habían resuelto las pretensiones subsidiarias introducidas durante la vista principal celebrada en primera

¹ SAP B 3980/2019 – ECLI: ES:APB:2019:3980. Fecha: 15/04/2019. Recurso de apelación núm. 472/2018.

instancia. La Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso de apelación, únicamente por lo que hace al régimen de visitas a favor de la madre (vacaciones de Navidad y Semana Santa), manteniendo el resto de las medidas definitivas adoptadas por la sentencia recaída en primera instancia. En relación con las infracciones procesales denunciadas, todas fueron desestimadas (F.J. Segundo).

2. Sobre la declinatoria internacional y el sistema aplicable a la guarda de la menor

5. El FJ Tercero de la sentencia expone los aspectos de Derecho internacional privado presentes en este proceso suscitados, como queda dicho, a raíz de la declinatoria internacional formulada por la demandada impugnando la competencia de los tribunales españoles para conocer de la demanda de divorcio y de las medidas provisionales previas a la misma (resueltas mediante Auto de 16/02/2016 o de 16/09/2016²). En esencia, para saber si son competentes los tribunales españoles para conocer de las medidas provisionales solicitadas (responsabilidad parental y alimentos), previas a la demanda de divorcio, ha de dilucidarse la residencia habitual de la menor (España o Alemania) y para la competencia en materia de divorcio, la de los cónyuges. La sentencia declara aplicable: (1) para resolver las cuestiones relativas a la competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental y de divorcio, el Reglamento 2201/2003; y por lo que respecta a la competencia judicial internacional en materia de obligaciones de alimentos, el Reglamento 4/2009 y el Convenio de la Haya de 23 de noviembre de 2007. Nada señala sobre la ley aplicable que, por lo que se verá a continuación, se despeja únicamente respecto de la guarda de la menor aplicando directamente Código civil de Cataluña (en adelante, CCCat).

6. El FJ Cuarto trata la cuestión del *interés superior del menor* como parámetro de determinación “del sistema de guarda” y se apoya en el artículo 39 de la Constitución española, en los artículos 12 y 15 del Reglamento 2201/2003, en el artículo 3 de la Convención sobre los derechos de niño de 1989 y en el artículo 211.6.1 del Código civil de Cataluña. Afirmado que “corresponde al juez la labor de determinar cuál es el interés del menor en el caso concreto, valorando la situación concurrente teniendo en cuenta las circunstancias fácticas que se dan en cada supuesto”.

II. Determinación de la residencia habitual en supuestos de crisis matrimoniales internacionales

7. La concreción de la residencia habitual de la menor para la adopción de medidas provisionales en esta sentencia no es cuestión baladí. De acuerdo con el relato de hechos³, durante el curso escolar 2014-2015 la menor se habría trasladado a Berlín (Alemania) con su madre, quien estaba realizando una estancia de estudios referente a su tesis doctoral. Consta que la solicitud de medidas provisionales previas a la demanda de divorcio se promovió el 31 de marzo de 2015, por tanto, residiendo la niña en Alemania con su madre. Y que la declaración de competencia de los tribunales españoles para conocer de dichas medidas provisionales previas recayó en Auto de fecha 16 de febrero de 2016. La demanda principal de divorcio se presentó el 25 de febrero de 2016. Consta igualmente que desde septiembre de 2015 la hija común volvió a España y que desde entonces reside en Barcelona con su padre donde está escolarizada. Aunque no se explicita, parece que la madre continuó viviendo en Alemania colaborando en el Departamento de Historia de la Universidad donde realizaba sus estudios de tesis. Otro elemento de (posible) internacionalidad del caso reside en la nacionalidad de los progenitores y de la menor: el padre es italiano y la madre binacional colombiana-alemana. La menor, por consiguiente, no ostenta (en principio) la nacionalidad española.

8. En estas circunstancias, cabe afirmar que el elemento relevante de internacionalidad que justifica la no aplicación de las normas de competencia judicial internacional del Derecho autónomo

² El FJ 3º de la sentencia se refiere a este Auto de 2016 con dos fechas diferentes.

³ F.J. Tercero, apartado 5º de la sentencia.

español (art. 22 *quáter* LOPJ) es la distinta residencia habitual de las partes (España y Alemania) cuando se presenta la solicitud de divorcio con establecimiento de medidas provisionales previas. La Audiencia, en su análisis de la residencia habitual, señala que *no resulta controvertido* que la residencia habitual de la menor al tiempo de la interposición de la demanda de medidas provisionales previas a la demanda de divorcio está en Alemania con su madre, señala que este desplazamiento era temporal (solo un curso académico) y constata que desde septiembre de 2015 la menor reside en Barcelona con su padre, donde está escolarizada. Por lo que hace a la residencia habitual de los cónyuges declara que tenían su último domicilio común en nuestro país. Sobre estos hechos deduce que es clara la residencia en España a los efectos de la atribución de competencia. Ahora bien, ¿es correcta la fundamentación?

9. Como hemos visto en la exposición de los hechos, en el momento en que se iniciaron las actuaciones por el padre, residente en España, la menor residía en Alemania con su madre. De donde cabría interrogarse cómo interpretar esta esta residencia (temporal) a los efectos de fijar la competencia judicial internacional de los tribunales españoles *respecto de las medidas provisionales relativas a la responsabilidad parental y a los alimentos*. Para dar respuesta a esta interrogante conviene despejar, como primera variable, la noción misma de residencia habitual y, como segunda variable el carácter de los foros del Reglamento 2201/2003 en materia de divorcio y su relación con las medidas sobre responsabilidad parental y las medidas sobre obligación de alimentos.

10. Como es sabido, en las crisis matrimoniales internacionales no solo se dilucida la ruptura, la relajación o la inexistencia del vínculo (divorcio, separación o nulidad) o la disolución del régimen económico del matrimonio, también, en el mismo proceso, se pueden solicitar medidas provisionales previas acerca de la responsabilidad parental y la obligación de alimentos. Pues bien, en estas cuatro materias la residencia habitual juega un papel nuclear al ser criterio de atribución principal de competencia judicial internacional y ser, igualmente, uno de los puntos de conexión de la ley aplicable a cada materia. Cuando la situación fáctica del supuesto es clara, el juez no tendrá problemas para deducir el lugar de la residencia habitual de los cónyuges, del menor o del acreedor de alimentos. Pero numerosos litigios evidencian que, justamente, es la determinación de la residencia habitual el primer elemento de fricción entre las partes. En consecuencia, el tribunal habrá de darse a la tarea de determinar cuál sea esa residencia habitual y cómo funciona el foro de la residencia habitual en los reglamentos concernidos. El resultado no siempre es evidente ni satisfactoria la respuesta, como lo demuestran las diversas cuestiones prejudiciales respecto de las que el Tribunal de Justicia (en adelante, TJUE) ha debido pronunciarse⁴.

11. La inexistencia de una definición única del concepto *residencia habitual* en los Reglamentos europeos y Convenios de La Haya de Derecho internacional privado de la familia y, en concreto, en aquellos que atienden las materias derivadas de crisis matrimoniales internacionales⁵, ha suscitado

⁴ Por ejemplo, asuntos: C-523/07, *A* - ECLI:EU:C:2009:225; C-497/10, *Mercredi v. Chaaffe* -ECLI:EU:C:2010:829; C-376/14, *C v. M* - ECLI:EU:C:2014:2268; C-111/17, *OL v. PQ* -ECLI:EU:C:2017:436; C-393/18, *UD v. XB* - ECLI:EU:C:2018:835; C-468/18, *R v P* - ECLI:EU:C:2019:666. El TJUE hace referencia a los factores que han de ser tenidos en cuenta por el juzgador para determinar la residencia habitual del menor. Así: la duración, la regularidad, las condiciones y los motivos de la estancia en el territorio de otro Estado miembro, si la familia se ha mudado o no a dicho Estado, si el menor tiene o no la nacionalidad de ese otro Estado, si en ese otro Estado el menor está escolarizado o no, si conoce o no el idioma, si está integrado y qué tipo de relaciones sociales tiene en ese otro Estado. Ahora bien, no basta con tomar en cuenta estos elementos, conviene explicar su aplicación al caso en cuestión (C-376/14, *cit.*). Cfr. T. KRUGER, “Chapter 2. Finding a habitual residence”, in: *Planning the future of cross border families: a path through coordination. Final Study* (I. VIARENGO and F. VILLATA, ed. - JUST/2014/JCOO/AG/CIVI/7729, co-funded by the European Commission under the Civil Justice Programme), Università degli Studi di Milano, 2018, pp. 74-89. A nuestro entender, la Audiencia ha perdido una excelente oportunidad de perfilar el concepto de residencia habitual de una menor que temporalmente está en otro Estado miembro por razón de estudios de su madre y despejar claramente que el traslado no era una retención ilícita. Sobre este particular, especialmente interesante el examen de la jurisprudencia del TJUE que realiza B. CAMPUZANO DÍAZ, en “Una nueva sentencia del TJUE sobre el concepto de residencia habitual en el marco del Reglamento 2201/2003: Sentencia de 17 de octubre de 2018, UD y XB, AS. 393/18 PPU”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (octubre 2019), Vol. 11, Nº 2, pp. 462-471.

⁵ En esta nota nos ocupamos principalmente de los siguientes instrumentos normativos: 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

un intenso debate doctrinal y una rica práctica jurisprudencial, tanto de los tribunales nacionales de los Estados miembros como del TJUE. Es un lugar común señalar que las nociones de los reglamentos europeos han de interpretarse de manera autónoma y uniforme y teniendo en cuenta el contexto (interpretación sistemática) y el objetivo de la norma (interpretación teleológica); esto es, desvinculadas de las nociones de los derechos nacionales, con el fin de garantizar la aplicación uniforme de los mismos⁶.

Respecto de la residencia habitual como criterio de aplicación general para la determinación de la competencia judicial internacional y punto de conexión en la norma de conflicto, la doctrina ha analizado las ventajas e inconvenientes⁷. Ahora bien, toda vez que ninguno de los reglamentos europeos en materia de familia define el concepto cabe la duda acerca de su concreción ante el caso concreto. La doctrina ha manifestado que la idea de no cerrar el concepto obedece a la decisión del legislador de que sean los tribunales quienes la determinen, caso por caso, atendiendo al ámbito de aplicación de cada reglamento con unos criterios donde el tipo de litigio y los intereses en presencia ofrezcan las mejores pautas de evaluación. Pero para ello, además de tomar en cuenta las circunstancias fácticas del caso, ha de situarse en el texto de aplicación el precepto concreto de análisis toda vez que los reglamentos concernidos utilizan el concepto en distintos artículos y, eventualmente, con un alcance distinto⁸.

No cabe duda de que la correcta gestión de las normas aplicables y, en particular, los problemas de coordinación de los distintos instrumentos normativos es todo un desafío. No es de extrañar las dificultades de los tribunales nacionales para evitar caer en las inconsistencias⁹ de aquellos cuando han de aplicarlos conjuntamente, como es lo que sucede con los argumentos de la AP de Barcelona en la sentencia de 15 de abril de 2019.

materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1347/2000; Reglamento (CE) n° 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos. Reglamento (UE) n° 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial; Protocolo de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, sobre la Ley aplicable a las obligaciones alimenticias; y, Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996.

⁶ Véanse las referencias en A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, Vol. II, Ed Comares, 2017, p. 545.

⁷ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Litigación internacional, responsabilidad parental y foro de la residencia habitual del menor en un Estado miembro”, en *Protección de menores y Derecho internacional privado* (A. Cebrián Salvat e Isabel Llorente Martínez, Dirs.), Comares, Granada, 2019, pp. 307-323, esp. pp. 311-312. L. PÉREZ MARTÍN, “Determinación y trascendencia de la residencia habitual en las crisis familiares internacionales”, en: *Crisis matrimoniales internacionales y sus efectos. Derecho español y de la Unión Europea. Estudio normativo y jurisprudencial* (M. GUZMÁN ZAPATER y M. HERRANZ BALLESTEROS, Dirs.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 927-963, esp. p. 946.

⁸ Por ejemplo, el *Reglamento 2201/2003* alude al concepto residencia habitual en los Considerandos 12 (normas de competencia en materia de responsabilidad parental), 17 (restitución del menor en caso de traslado o retención ilícitos) y 18 (resoluciones de no restitución) y en las definiciones del artículo 2 relativas al derecho de custodia (2.9), al derecho de visita (2.10) y al traslado o retención ilícitos (2.11). Asimismo, aluden a la residencia habitual los artículos 6 y 7 del citado Reglamento para establecer las normas de competencia en asuntos relativos al divorcio, a la separación judicial y la nulidad; los artículos 8 a 13 para la competencia en materia de responsabilidad parental; en el artículo 15 sobre la remisión o transferencia de jurisdicción a un órgano menor situado para conocer del asunto; en el artículo 18 sobre la comprobación de la admisibilidad; en el artículo 23 sobre los motivos de denegación del reconocimiento de resoluciones en materia de responsabilidad parental; en el artículo 29 sobre competencia territorial; en el artículo 42 sobre restitución del menor; en el artículo 51 sobre caución o depósito; en el artículo 57 sobre métodos de trabajo de la autoridad central en solicitudes de asistencia e información de los titulares de la responsabilidad parental; en el artículo 61 sobre las relaciones entre el Reglamento con el Convenio de La Haya de 1996; y, finalmente en el artículo 66 sobre la referencia a la residencia habitual en Estado miembros con dos o más ordenamientos jurídicos. Por su parte, en el *Reglamento 4/2009*, sobre obligaciones de alimentos, la referencia a la residencia habitual está presente en los considerandos 15 (normas de competencia generales), 17 (regla de competencia para la modificación de resoluciones de alimentos a instancia del deudor) y 32 (sobre el criterio de residencia habitual de la persona que tiene derecho a solicitar ayuda de una autoridad central); en el artículo 3 (regla general de competencia); en el artículo 4 (regla de competencia basada en la autonomía de la voluntad); en el artículo 8 (regla de competencia para solicitar por el deudor la modificación de una resolución previamente dictada por otro Estado miembro); en el artículo 11 (sobre la verificación de la admisibilidad); en el 27 (sobre la competencia territorial); en el artículo 32 sobre el recurso contra la solicitud de otorgamiento de ejecución); en el artículo 45 d) sobre justicia gratuita).

⁹ R. ESPINOSA CALABUIG, “Cross-border Family Issues in the European Union: Multiplicity of Instruments, Inconsistencies and Problems of Coordination”, in: *Diversity and Integration in Private International Law* (V. RUIZ ABOU-NIGH and M.B. NOODT-TAQUELA, ed), Edimburg University Press, 2019, pp. 65-82, esp. pp. 77 ss.

12. En la sentencia, el examen de la *residencia habitual* que justifica la competencia para cada una de las materias sometidas a examen (divorcio, responsabilidad parental y alimentos) no queda bien dibujado. Sí se indican los instrumentos aplicables y los artículos concretos (foros de competencia) pero no los factores que el juzgador tuvo en cuenta para decidir que el matrimonio tuvo su último domicilio en Barcelona y que la menor, al tiempo de la interposición de la demanda, “no había cambiado de residencia”. Ambas son cuestiones relevantes para aplicar correctamente los foros de competencia del divorcio, de la responsabilidad parental y de los alimentos. En otras palabras, hubiera sido deseable que el juzgador de instancia y particular la Audiencia Provincial ante cuestión procesal tan relevante como es la declinatoria internacional se hubieran esmerado en delinear el concepto autónomo de la residencia habitual (elementos fácticos concretos y apoyo en la jurisprudencia del TJUE) determinantes para vincular el supuesto a España y declarar así su competencia internacional.

13. Resulta irónico que un concepto tan rico en factores y circunstancias fácticas quede justificado en esta sentencia por referencia a una simple dirección postal en Barcelona de los cónyuges. Bien es cierto que la Audiencia Provincial sí se extiende las circunstancias fácticas de los progenitores cuando analiza el interés superior de la menor y declara que mantiene la decisión del juzgador de instancia respecto de la guarda y custodia a favor del padre. Pero no es menos cierto que estos argumentos hubieran debido servir también para explicar y justificar la vinculación con España de todos los elementos del pleito (en particular, la residencia habitual de la menor como base de la jurisdicción en relación con la responsabilidad parental). Y es que, no hay que olvidar que la menor llevaba viviendo en Berlín con la madre desde hacía más de un año antes de la interposición de la demanda y que también estaba perfectamente escolarizada. ¿Por qué determina el juez que la proximidad del pleito con España es superior a la que pudiera tener con Alemania? Hubiera sido deseable una argumentación basada en la ponderación de todas circunstancias del caso. Por ejemplo, nada se dice del elemento temporal de la residencia de la madre y de la menor en Alemania; no se pondera el grado de integración de la niña en Berlín y sus posibilidades de dominar el lenguaje; tampoco se dice nada sobre su entorno social y familiar en Alemania. Probablemente sea debido a que la Audiencia solo pudo tener en cuenta los informes aportados por el padre que, al parecer, fue la única prueba pericial practicada (aparte de las que sucedieron en el acto de la Vista).

14. Si el juzgador los tuvo en cuenta para ponderar el interés superior del menor para la guarda y custodia, ¿por qué no los utilizó para fundamentar la residencia habitual en la declinatoria internacional? Probablemente, por la inercia de nuestros tribunales de vincular residencia habitual con el domicilio. Como ha hecho notar L. Pérez Martín, “la residencia habitual en Derecho español es un concepto único regulado en el artículo 40 Cc y se sigue considerando que el domicilio de la persona es únicamente uno”¹⁰. Abogar por una argumentación judicial *más europea* (un concepto autónomo de residencia habitual) para la determinación de la competencia judicial internacional cuando se plantea la declinatoria internacional en supuestos de crisis familiares internacionales no solo es deseable sino que mejoraría, qué duda cabe, la calidad técnica y argumentativa de las decisiones de nuestros tribunales.

III. Revisando las líneas generales de la regulación del sistema de competencia judicial internacional y de ley aplicable en procesos de crisis matrimonial transfronteriza

15. La ventaja de que sea un único tribunal el que conozca de las diferentes cuestiones que pueden plantearse en un asunto de divorcio internacional (disolución del vínculo, disolución del régimen económico del matrimonio, responsabilidad parental, derechos de custodia, obligación de alimentos) puede quedar comprometida frente al respeto que las particularidades de cada una de estas cuestiones

¹⁰ L. PÉREZ MARTÍN, “Determinación y trascendencia de la residencia habitual en las crisis familiares internacionales”, *op.cit.*, p. 941.

exige y que lógicamente puede conducir a que sean varios tribunales de Estados diferentes los que, potencialmente, tengan competencia para conocer de estas cuestiones¹¹.

16. En el derecho interno español las normas procesales aplicables a los procedimientos de familia en general, y a las crisis matrimoniales en particular, reconducen la pluralidad de problemas a un único tribunal. Esta unidad procesal (art. 773.2 LEC) permitirá y condicionará las medidas que el juez deba adoptar. Por ejemplo, la determinación de los alimentos a satisfacer respecto de los hijos puede incidir en la atribución de la vivienda habitual y esta a su vez en la distribución del patrimonio entre los cónyuges. Las medidas definitivas confirmadas por la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona objeto de esta nota constituyen un buen ejemplo de lo anterior.

17. Ahora bien, en el ámbito internacional la cuestión se plantea de modo diferente, toda vez que la búsqueda de un tribunal único que se pronuncie sobre los distintos aspectos del litigio exige otro tipo de estrategia procesal y *otra manera de razonar*, distinta a la seguida en supuestos meramente internos. Además, una vez justificada la competencia judicial internacional debe despejarse el derecho material de aplicación mediante las normas de conflicto que en cada materia rigen la ley aplicable. En las siguientes líneas nos ocuparemos de los diferentes instrumentos normativos relevantes para determinar la competencia judicial internacional en las materias objeto de la sentencia (foros) así como la ley aplicable a dichas materias, poniendo de relieve la pluralidad de instrumentos y de foros así como las dificultades de una adecuada coordinación entre ellos¹².

1. Pluralidad de instrumentos y pluralidad de foros

18. En el apartado anterior habíamos enumerado los instrumentos relevantes que determinan la competencia judicial internacional en materia de divorcio, responsabilidad parental y obligación de alimentos. Como se puede apreciar, es un supuesto típico de crisis matrimonial en el que se aplican dos instrumentos europeos: el Reglamento 2201/2003 y el Reglamento 4/2009. Veamos cómo articulan dichos reglamentos la competencia en cada una de las materias¹³.

19. En relación con los *foros del divorcio*, el art. 3 del Reglamento traza unos criterios de atribución de competencia (foros) suficientemente próximos o conectados con el tribunal (órgano jurisdiccional) del Estado miembro en cuyo territorio se encuentre la residencia habitual de los cónyuges; o el último lugar de residencia habitual siempre que uno de ellos resida aún ahí; o la residencia habitual del demandado; o en caso de demanda conjunta, la residencia habitual de uno de los cónyuges; o la residencia habitual del demandante si ha residido allí durante al menos un año inmediatamente anterior a la presentación de la demanda; o la residencia habitual del demandante en caso de que haya residido allí al menos seis meses inmediatamente anteriores a la presentación de la demanda y sea nacional el Estado miembro en cuestión.

20. En cuanto a los *foros de la responsabilidad parental* respecto de menores, señala el artículo 8 del citado Reglamento que son competentes los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en que

¹¹ R. ARENAS GARCÍA, “Principios inspiradores del sistema actual de competencia judicial internacional en materia de persona y familia”, en: *Persona y familia en el nuevo modelo español de Derecho internacional privado* (M. GUZMÁN ZAPATER y C. ESPLUGUES MOTA, Dirs.), Tirant lo Blanc, Valencia, 2017, pp. 21-50.

¹² ÍDEM, en particular, la reflexión sobre la interacción entre competencia judicial internacional y ley aplicable, p. 45.

¹³ Sobre las notas características de los Reglamentos europeos en materia de familia y de sucesiones, S. ALVAREZ GONZÁLEZ, “Una visión general posible del Derecho internacional privado de familia en la UE”, *La Ley Digital* nº 1718/2018, p. 6. Sobre la STJUE C-468/2018, y las normas a aplicar en el derecho de familia europeo, A.L. CAMPO IZQUIERDO, “La determinación de la competencia en los procesos de familia con componente extranjero”, *Actualidad civil I- Diario La Ley*, septiembre, 2019. Y, M. GUZMÁN PECES, “La competencia judicial en materia de nulidad, separación y divorcio; responsabilidad parental y sustracción civil de menores en el Derecho internacional privado español”, en: *Crisis matrimoniales internacionales y sus efectos*, op. cit., pp. 243-277.

resida habitualmente el menor en el momento en que se presenta el asunto ante el órgano jurisdiccional. Ahora bien, cuando un órgano jurisdiccional está ejerciendo la competencia en virtud de los foros del artículo 3 en una demanda de divorcio (...) estos tribunales tendrán la competencia en las cuestiones relativa la responsabilidad parental vinculadas a dicha demanda cuando al menos uno de los cónyuges ejerza a la responsabilidad parental sobre el menor y cuando la competencia de dichos órganos haya sido aceptada expresamente o de cualquier otra forma inequívoca por los cónyuges (...) ¹⁴.

21. Finalmente, la *competencia en materia de obligación de alimentos*, no la establece el Reglamento 2201/2003, sino que la indica el R. 4/2009 mediante un sistema algo más complejo pero buscando la coordinación con los otros instrumentos en materia de derecho de familia. Así, por una parte, admite la autonomía de la voluntad (elección de foro, art. 4); y por otra parte, en ausencia de convenio de elección de foro, fija una regla general de competencia basada o en la residencia habitual del demandado o en la del acreedor de los alimentos (apartados a) y b), art. 3). Asimismo, la competencia puede corresponder al órgano jurisdiccional que de acuerdo con su propia ley sea competente para conocer de una acción relativa al estado de una persona o a la responsabilidad parental (apartados c) y d), art. 3). En este sentido, si la demanda de alimentos es accesoria a una acción de divorcio, el juez competente para conocer de la acción principal también tendrá competencia para conocer de la accesoria (alimentos) ¹⁵.

2. Coordinación de instrumentos y adecuación coordinada de los foros y de la ley aplicable

22. ¿Cómo razona la Audiencia Provincial para fundamentar la competencia de los tribunales españoles en la sentencia objeto de este comentario? Tras unas consideraciones generales sobre la aplicación preferente del Reglamento 2201/2003 frente a la LOPJ y a sus principios inspiradores en materia de responsabilidad parental *concebidas en función del criterio de proximidad y del interés superior del menor*, la Audiencia Provincial fundamenta la competencia judicial internacional de los tribunales españoles del siguiente modo (FJ. Tercero):

- *Por lo que respecta a las obligaciones alimenticias resulta de aplicación el Reglamento CE/4/2009 (artículo 4.2) y los artículos 10.3, 18 y 20 del Convenio de la Haya de 23 de noviembre de 2007, correspondiendo la competencia de igual forma al domicilio del menor.*
- *El Reglamento CE 2201/2003 atribuye de igual forma competencia para resolver cuestiones relativas al divorcio de los cónyuges, en virtud de lo que dispone el artículo 3.1 a): “En los asuntos relativos al divorcio (...), la competencia recaerá en los órganos jurisdiccionales del Estado miembro: a) en cuyo territorio se encuentre (enumera los foros...)”*
- *Partiendo de cuanto queda expuesto, resulta necesario declarar la competencia del tribunal español (Juzgado de Primera Instancia nº 6 de ...) para conocer del procedimiento de divorcio del matrimonio formado por los ahora litigantes en virtud de lo que establece el artículo 3 del Reglamento 2201/2003, al ser el último domicilio común de los cónyuges ahora litigantes y residir allí uno de ellos, correspondiéndole la competencia igualmente par conocer en materia de responsabilidad parental y obligaciones alimenticias, y consiguientemente sobre las cuestiones relativa a la menore que se dilucidan en el presenta procedimiento y ello al ser en beneficio del menor al tratarse del lugar correspondiente al domicilio de la menor”.*

23. Como valoración de estos argumentos, cabe señalar varios aspectos críticos.

Primero, el orden de aparición de los problemas y de su tratamiento por los instrumentos normativos han de seguir el petitum de la demanda: 1º divorcio; 2º responsabilidad parental; y 3º alimentos. Siendo la acción principal la del divorcio y accesoria la de alimentos, debe empezarse por fijar la com-

¹⁴ ÍDEM, *op. cit.*, pp. 257-261.

¹⁵ M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, “Litigios sobre la obligación de alimentos. Normas de competencia y problemas procesales en el Reglamento 4/2009, en *Crisis matrimoniales internacionales y sus efectos*, *op. cit.*, pp. 317-352.

petencia en materia de divorcio. En concreto, según se ha visto, es el Reglamento 2201/2003 el aplicable y son competentes los tribunales españoles sobre la base de última residencia habitual de los cónyuges si uno de ellos continúa residiendo ahí (como bien lo establece el juzgador por referencia al art. 3).

En segundo lugar, corresponde despejar el foro de la responsabilidad parental para la determinación de las medidas respecto de la menor. El Reglamento 2201/2003 es el aplicable en la materia, si bien los foros son distintos a los del divorcio. ¿De qué modo se coordinan? Como hemos visto, el Reglamento en su artículo 12 coordina el foro de la responsabilidad parental con el foro del divorcio (prorroga de la competencia); de suerte que el órgano jurisdiccional del Estado miembro en que se ejerza la competencia con arreglo al artículo 3 en una demanda de divorcio será competente para conocer de las cuestiones relativas a la responsabilidad parental vinculadas a dicha demanda. En este sentido, es de notar la ausencia de fundamentación jurídica de la Audiencia Provincial respecto de la competencia de los tribunales españoles para conocer y fijar estas medidas.

En tercer lugar, la obligación de alimentos. Señala la sentencia como instrumentos aplicables para la determinación de la competencia de los tribunales españoles el Reglamento 4/2009 (art. 4.2) y 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 (arts. 10.3, 18 y 20). La referencia al artículo 4.2 del Reglamento 4/2009 no es correcta. Dicho precepto hace referencia al convenio de elección de foro y a las formalidades para su validez. En el caso concreto no se indica que hubiera habido un acuerdo de elección de foro en materia de alimentos. Al contrario, la obligación de alimentos y su cuantía nacen en la sentencia dictada en primera instancia. La competencia para conocer de esta materia en esta acción de divorcio la tienen los tribunales españoles en su calidad de tribunales competentes de acuerdo con la ley del foro para conocer de la acción de divorcio, siendo la de alimentos accesoria a aquella (apartado c) art. 3).

24. Más sorprendente resulta la alusión a la aplicación del Convenio de La Haya de 23 de noviembre de 2007. Como es sabido, este Convenio no tiene por finalidad establecer la competencia de los tribunales, sino que estatuye un sistema de cooperación entre autoridades de los Estados parte que permita presentar solicitudes para la obtención de decisiones en materia de alimentos. Ahora bien, este Convenio “no se aplica” entre Estados miembros de la Unión Europea dado que el Reglamento 4/2009 establece su propio sistema de cooperación administrativa entre autoridades centrales y sus funciones (Capítulo VII¹⁶) y porque el Reglamento expresamente establece su prevalencia entre los Estados miembros sobre convenios o acuerdos que se refieran a materias reguladas por el mismo y de los que sean parte los estados miembros (art. 69.2).

25. La ley aplicable. - Una última referencia última, y muy breve, a la determinación de la ley aplicable. En la sentencia se dice que es aplicable el Código Civil de Cataluña para las medidas sobre guarda y custodia de la menor y su forma de ejercicio. ¿Cómo llega la Audiencia a esta *conclusión*? Ningún fundamento jurídico establece la sentencia para la determinación de la ley aplicable ni al divorcio ni a la responsabilidad parental ni a la obligación de alimentos. Todo el argumentario se centra en la ponderación del interés superior de la menor dando por supuesto que se aplica el Derecho catalán. Pues bien, de igual modo que sucede con las cuestiones relativas a la competencia judicial internacional, la determinación de la ley aplicable requiere conocer los instrumentos aplicables y las normas de conflicto de cada uno de ellos. En este caso, no se precisa una coordinación de instrumentos dado el carácter universal de la ley designada en cada materia.

26. Así, *en materia de divorcio* es aplicable el Reglamento 1259/2010, de 20 de diciembre¹⁷. De acuerdo con sus normas de conflicto es aplicable la ley española, pero ¿por qué? ¿puede aplicarse el de-

¹⁶ M. HERRANZ BALLESTEROS, “Cooperación entre autoridades administrativas en las crisis matrimoniales internacionales: ámbitos de intervención”, en *Crisis matrimoniales internacionales y sus efectos*, op. cit., pp. 761-790, esp. p. 779-ss.

¹⁷ *Reglamento 1259/2010, de 20 de diciembre, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial*. Alemania y España son Estados participantes en el mismo. Su ámbito de aplicación se refiere a todas aquellas situaciones que impliquen un conflicto de leyes. Su carácter es universal (desplaza las normas de conflicto internas) y sus normas son uniformes (se aplican aunque la ley designada sea de un Estado no participante).

recho de familia vigente en Cataluña? A la luz del artículo 8, y a falta de elección de ley por la partes, el divorcio se rige por la ley del lugar en que los cónyuges tenían su residencia habitual en el momento de la interposición de la demanda (no es el caso, pues como se ha visto la madre vivía en Berlín y el padre en Barcelona), o en su defecto, en el que los cónyuges hubieran tenido su residencia habitual siempre que no haya finalizado más de un año antes de la interposición de la demanda (podría ser el caso, aunque de los hechos de la sentencia no se deduce claramente la fecha en que la madre se trasladó a Alemania); o en su defecto, de la nacionalidad de ambos cónyuges (no es el caso, el padre era italiano y la madre doble nacional colombiana-alemana); o en su defecto, ante cuyos órganos jurisdiccionales se interponga la demanda (*lex fori*, que es el caso)¹⁸.

Declarada aplicable la ley española cabe preguntarse si el Reglamento da solución al problema de aplicación resultante la existencia de Estados con dos o más sistemas plurilegislativos. Es el caso de España¹⁹. Para ello, ha de estarse a lo dispuesto en el artículo 14 del Reglamento 1259/2010 que proporciona los criterios de solución de los conflictos territoriales. Así, (a) toda referencia a la legislación de tal Estado se entenderá como una referencia a la legislación vigente en la unidad territorial de que se trate; (b) toda referencia a la residencia habitual en tal estado se entenderá como una referencia a la residencia habitual en una unidad territorial. En la especie, la aplicación del Derecho civil catalán al divorcio se justifica por la referencia a la residencia habitual del matrimonio en Barcelona. *¿Y respecto de la responsabilidad parental?*

27. En *materia de responsabilidad parental*, el instrumento normativo que contiene la norma de conflicto es el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996²⁰ cuyo artículo 12 establece que cuando las autoridades sean competentes para ejercer la competencia en la materia (ya hemos visto que los son en virtud del Reglamento 2201/2003) estas aplican su propia ley. Y, excepcionalmente, podrían tomar en consideración otra ley de otro Estado con el que la situación tenga un vínculo estrecho. La sentencia de la Audiencia Provincial declara que es aplicable el CCCat. Pero *¿sigue un iter argumental adecuado?* En nuestra opinión, no: no solo porque omite la normativa aplicable, sino porque no detecta siquiera que en Derecho internacional privado el orden de aparición de los problemas es secuencial y no basta con justificar la competencia judicial internacional (adecuadamente, a ser posible, en particular cuando se ha planteado una declinatoria internacional) sino que el siguiente paso es determinar la ley aplicable de acuerdo con las normas de conflicto.

Decretada aplicable la ley española en materia de responsabilidad parental, por tener competencia nuestros tribunales para conocer de estas medidas, cabe preguntarse si el Convenio de La Haya de 1996 prevé una solución al problema de la coexistencia en el mismo Estado contratante de más de un sistema jurídico²¹. Como es el caso de España. Los artículos 47 y 48 del Convenio ofrecen la solución interpretativa indicando varios parámetros. Así, para fundamentar la aplicación del derecho catalán, cabría haber hecho referencia al punto 9 del artículo 47 que señala: “cualquier referencia a ley (...) se interpretará como una referencia a la ley (...) de la unidad territorial en la que dicha medida ha sido adoptada”. El artículo 48 nos da la pauta sobre cómo determinar la ley aplicable en caso de Estados plurilegislativos: o bien se acude a las normas vigentes en dicho Estado que identifican la unidad territorial cuya ley deberá ser aplicada (en España, art. 16.1 C. civil y referencia a la vecindad civil); o bien, en

¹⁸ S. ADROHER BIOSCA, “Derecho aplicable a la resolución de las crisis matrimoniales y a la responsabilidad parental”, en *Crisis matrimoniales internacional y sus efectos*, op. cit., pp. 353-390.

¹⁹ J.J. ALVAREZ RUBIO, “Regulación de las crisis matrimoniales y conflictos de leyes internos: una urgente y necesaria reforma”, en *Crisis matrimoniales internacional y sus efectos*, op. cit., pp. 793-902.

²⁰ *Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996*. Su ámbito de aplicación material se refiere entre otras: a) la atribución, ejercicio y privación total o parcial de la responsabilidad parental, así como su delegación; b) el derecho de guarda, incluyendo el derecho relativo al cuidado de la persona del niño y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia, así como el derecho de visita, incluyendo el derecho de trasladar al niño durante un período limitado de tiempo a un lugar distinto del de su residencia habitual. Su aplicación es de carácter universal (desplaza las normas de conflicto internas) y sus normas son universales (se aplican sin condición de reciprocidad).

²¹ J.J. ALVAREZ RUBIO, “Regulación de las crisis matrimoniales y conflictos de leyes internos: una urgente y necesaria reforma”, op. cit., p. 824.

defecto de tales normas, se aplicará la ley de la unidad territorial determinada según las disposiciones del artículo 47.

28. En *materia de alimentos*, la ley aplicable se rige por lo dispuesto en el Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007 por remisión expresa que al mismo realiza el Reglamento 4/2009 en su artículo 15²². El Protocolo permite la autonomía de la voluntad de las partes para determinar la ley aplicable a la obligación de alimentos, pero no permite tal acuerdo respecto de alimentos a favor menores. De donde, ha de acudir a la regla general que se contiene en el artículo 3. Así, a la obligación de alimentos se le aplica la *ley de la residencia habitual del acreedor, salvo que en el mismo Protocolo se disponga otra cosa*. Pues bien, sí existe una regla especial en caso de obligaciones de los padres a favor de los hijos que indica que se aplicará la ley del foro si el acreedor ha acudido a la autoridad competente del Estado de la residencia habitual del deudor. En el caso de la sentencia no ha sido así (recordemos que en el caso sometido a enjuiciamiento las medidas de alimentos tienen carácter accesorio a la demanda principal de divorcio). De donde, volveremos a la regla general (residencia habitual del acreedor) aplicándose a la obligación de alimentos la ley española por ser la de la residencia habitual de la menor (acreedora)²³.

Determinada la ley española como aplicable, cabe preguntarse si el Protocolo de La Haya de 2007 establece una norma específica para sistemas jurídicos no unificados (como es el caso de España). En efecto, el artículo 16 apartado 1 contiene la previsión para este problema de aplicación indicando que *cualquier referencia a la ley del Estado se interpretará como una referencia a la ley en vigor en la unidad territorial pertinente*. Y, de igual modo que sucede en el Convenio de La Haya de 1996, tratándose de Estados con dos o más unidades territoriales con su propio sistema jurídico, se aplicarán las normas que en dicho Estado identifican la unidad territorial (en España, art. 16.1 C. civil y referencia a la vecindad civil) o en su defecto la ley de la unidad territorial determinada según las disposiciones del apartado 1.

IV. Reflexión conclusiva

29. Se ha dicho, con razón, que el Derecho internacional privado europeo de la familia es “un derecho extravagante” por la multiplicidad de instrumentos y la pluralidad de foros. No resulta extraño así que los operadores jurídicos y los prácticos del derecho (también los teóricos) encuentren dificultades a la hora de realizar una lectura coherente de las normas y de aplicarlas en los distintos sectores y materias de las relaciones familiares internacionales. Por ello, si queremos evitar algunas inconsistencias en la argumentación jurídica de los sectores de problemas y de las materias concernidas, se hace imprescindible tener claras las líneas generales de la regulación de la competencia judicial internacional y de la ley aplicable en casos de divorcios transfronterizos como el presente donde, a la acción principal del divorcio se suman las medidas de responsabilidad parental y la obligación de alimentos.

²² Protocolo de 23 de noviembre de 2007 sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias. Determina la ley aplicable a las obligaciones alimenticias que derivan de una relación de familia, filiación, matrimonio o afinidad, incluyendo las obligaciones alimenticias a favor de un niño con independencia de la situación conyugal de sus padres. Su aplicación es de carácter universal (desplaza las normas de conflicto internas) y sus normas son universales (se aplican sin condición de reciprocidad).

²³ M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, “Derecho aplicable a la obligación de alimentos. El Protocolo de La Haya de 2007”, en: *Crisis matrimoniales internacional y sus efectos*, op. cit., pp. 415-442.

CONGRESOS

REMEDIOS POR FALTA DE CONFORMIDAD EN CONTRATOS DE COMPRAVENTA Y DE SUMINISTRO DE ELEMENTOS DIGITALES CON VARIAS PRESTACIONES*

REMEDIES FOR NON-CONFORMITY IN CONTRACTS OF SALE AND SUPPLY OF DIGITAL ITEMS WITH SEVERAL ELEMENTS

LÍDIA ARNAU RAVENTÓS
Profesora Agregada de Derecho civil
Universitat de Barcelona
ORCID: 0000-0002-1628-8809

Recibido: 16.12.2019 / Aceptado: 13.01.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5224>

Resumen: El comentario analiza, esencialmente, de qué manera la compraventa de varios bienes o el suministro de varios elementos digitales incide en los remedios por falta de conformidad con el contrato. La previsión de la cantidad como criterio de conformidad avala, de entrada, la hipótesis, mientras que el modelo de la resolución parcial permite ensayar escenarios en los que concurran, simultáneamente, varios remedios.

Palabras clave: cantidad, falta de conformidad, resolución, suspensión, acumulación de remedios, contrato mixto

Abstract: The comment analyses how the sales of several goods or the supply of several digital elements affects the remedies due to lack of conformity with the contract. The quantity as a requirement for the conformity presupposes that case. On the other hand, the partial resolution model can be extended to other remedies and allows test cases of cumulation of remedies.

Keywords: quantity, lack of conformity, termination, withholding, cumulation of remedies, mixed contract.

Sumario: I. Introducción II. Pluralidad objetiva simple 1. La cantidad como criterio de conformidad 2. Falta de conformidad parcial y resolución parcial del contrato 3. Falta de conformidad parcial y suspensión parcial del contrato III. Pluralidad objetiva compleja IV. A modo de conclusiones.

*Este trabajo tiene su base en la ponencia expuesta en el Congreso Internacional El Derecho privado en el nuevo paradigma digital (Colegio Notarial de Cataluña, Barcelona, 3 y 4 de octubre de 2019) y se enmarca en el Proyecto DER2017-82129-P, en las actividades de la Cátedra Jean Monet de Derecho Privado Europeo y en las del Grup de Dret civil català de la U. Barcelona (2017 SGR 151).

Introducción

1. Desde la perspectiva de la obligación del vendedor, la Directiva 1999/44/CE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 25 de mayo, *sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo*¹, parte de un esquema obligacional objetivamente simple (así: obligación de entregar, en un único acto de cumplimiento, un único “bien de consumo” a cambio de precio). Ciertamente, el texto no descarta, ni explícita ni implícitamente, hipótesis de compraventa de varios bienes. Sin embargo, datos como la ausencia expresa de la cantidad como criterio de conformidad avalan la simplicidad de la estructura modelo. Esta percepción cambia con la aprobación de las Directivas (UE) 2019/770 y 2019/771, de 20 de mayo y relativas, respectivamente, *a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales* y *a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes*. Frente al esquema anterior, ambos textos se muestran explícitamente más receptivos frente a estructuras de mayor complejidad, ya sea porque su objeto es plural (y, de ahí, la pluralidad de prestaciones comprometidas [léase: más de un bien o más de un elemento digital, a entregar o a suministrar en un solo o en varios actos de cumplimiento]); ya sea porque satisfacer la prestación debida exige del deudor un acto continuado en el tiempo.

2. La pluralidad objetiva incide o puede llegar a incidir en la tipología contractual. Este riesgo trasluce especialmente en aquellos supuestos en los que las distintas prestaciones no comparten una misma naturaleza. Basta, a fin de que aquella incidencia sea efectiva, con que esa naturaleza devenga justamente un índice delimitador del tipo contractual. Interrogantes inmediatos de este planteamiento serían, por ejemplo, si es compraventa o no (luego, si procederá aplicar o no la Dir. 2019/771), si el profesional, a cambio de precio, además de a la entrega de un bien, se compromete a realizar otra actividad; o si es o no contrato de suministro (y, de ahí, la aplicación o no de la Dir. 2019/770), si el profesional se compromete, no sólo al suministro de determinados elementos digitales, sino, además, a cumplir con otras prestaciones². Considerando esta posible incidencia (a saber: la del objeto en la descripción del tipo) y considerando las distintas combinaciones posibles que admite, en una aproximación elementalísima, aquella pluralidad objetiva, se sugiere distinguir entre la que se propone identificar como pluralidad objetiva simple y aquella a la que se aludirá como pluralidad objetiva compleja. La primera apelaría a la hipótesis de prestación plural pero uniforme (así, compraventa de una pluralidad de bienes o contratación de una pluralidad de elementos digitales); con la segunda se señalarán los supuestos en los que el objeto contractual evoca una mezcla de prestaciones de distinta naturaleza (así, a la vez, compraventa de bienes y contratación de servicios, digitales o no; contratación de servicios digitales y, a la vez, de servicios de otra índole o naturaleza).

3. A partir de la categorización anterior del objeto contractual plural, el comentario que sigue pretende sólo atisbar de qué modo aquellas hipótesis encuentran acomodo o espacio en las Dir. 2019/770 y 2019/771. La finalidad inmediata del ejercicio va más allá de conocer qué se dice acerca de aquella complejidad objetiva en ambos textos y, en su caso, de valorar su coherencia y oportunidad técnicas en el marco del Derecho privado europeo. Al margen de ello, la estrategia de armonización plena o máxima que siguen una y otra Directiva (art. 4 Dir. 2019/770 y Dir. 2019/771) exige extremar las cautelas al tiempo su transposición al Derecho interno; en este sentido, es preciso delimitar los aspectos uniformizados y blindados con aquel nivel de protección de aquellas otras cuestiones en las que el margen de maniobra del legislador nacional va a ser mayor.

¹ En adelante, Dir. 1999/44

² En cuanto a la reconducción del contrato de suministro de servicios digitales a la categoría de “contrato de servicios”, véase art. 2.6 Directiva 2011/83, del Parlamento y del Consejo, de 25 de octubre, *sobre derechos de los consumidores*, según redacción dada por el art. 2 (1) b de la Directiva 2019/2161, del Parlamento y del Consejo, de 27 de noviembre de 2019, *por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril, la Directiva 98/6/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, la Directiva 2005/29/CE, del Parlamento europeo y del Consejo y la Directiva 2011/83/UE, del Parlamento europeo y del Consejo, en lo que atañe a la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la UE*. El contrato de suministro de contenidos digitales sigue sin encontrar cabida, de momento, en la bifurcación contrato de compraventa (art. 2.5 Dir. 2011/83) y contrato de prestación de servicios (art. 2.6 Dir. 2011/83).

II. Pluralidad objetiva simple

4. La Dir. 2019/ 771 contempla expresamente la hipótesis y no hay duda que el contrato regulado en la Dir. 2019/770 puede recaer también sobre varios elementos digitales. De entrada, no es preciso distinguir, además, en función de si se trata o no, en un contexto y en el otro, de bienes o elementos homogéneos³. Tampoco se excluye que se trate de bienes o servicios de naturaleza mixta; en concreto, esta suerte de fusión aparece a propósito: primero, de los llamados “bienes con elementos digitales” (art. 2.3 Dir. 2019/770; art. 2.5,*b* Dir. 2019/771); segundo, de los bienes formados por un elemento tangible que cumple funcionalmente el único cometido de servir de portador del contenido digital. El legislador europeo ha optado por trascender de aquella naturaleza mixta, reconduciendo íntegramente el bien a un único régimen aplicable. En este sentido, el primer supuesto queda embebido en la Dir. 2019/771 (art.3.3); el segundo, en la Dir. 2019/770 (art.3.3; art. 3.4,*a* Dir. 2019/770). En este particular, interesan dos precisiones acerca de uno y otro supuesto:

- La calificación como contrato de suministro de elementos digitales del que tiene por objeto un soporte material que actúa, exclusivamente, como porteador de contenidos digitales alcanza, exclusivamente, a aquellos aspectos regulados en la Dir. 2019/770. Quedan al margen otras posibles vicisitudes; así, por ejemplo, la facultad de desistir del contrato, si es que se ha celebrado a distancia o fuera de establecimiento mercantil. En este sentido, una interpretación *a contrario* del art. 9.2,*c*, *in fine* Dir. 2011/83 permite concluir que se trata de un contrato de compraventa y que, en consecuencia, a efectos de cálculo del plazo para desistir, debe estarse a las reglas del art. 9.2,*b* Dir. 2011/83. Y a propósito de aquello regulado en la propia Dir. 2019/770, el supuesto también queda al margen de algunas reglas que provee este texto: así, en concreto, de las que regulan el tiempo de la obligación de suministrar el contenido digital. El art. 3.3 Dir. 2019/770 expresamente declara no aplicables al supuesto los art. 5 y 13, de forma que, en esta materia, procederá aplicar el art. 18 Dir. 2011/83, relativo a la exigibilidad temporal de la obligación de entregar del bien⁴. En este particular, dos son las diferencias principales entre ambas regulaciones. La primera: en ambos casos, el profesional debe cumplir sin demora indebida; con todo, sólo en caso de tratarse de una compraventa, la demora (aunque justificada) no puede exceder de treinta días a contar desde la conclusión del contrato. Este límite temporal no existe en la Dir. 2019/770. La segunda incide directamente en la facultad de resolver por falta de entrega o de suministro. En este sentido, a falta de cumplimiento puntual del profesional, el art. 18 Dir. 2011/83 impone al consumidor la carga de requerirle a fin de que cumpla, dándole para ello un plazo adicional adecuado a las circunstancias. Si persiste la falta de entrega, el consumidor podrá entonces resolver. En cambio, el art. 13 Dir. 2019/770 sólo exige del consumidor que reclame el cumplimiento (“...pedirá al empresario que suministre...”), sin necesidad de señalar, a estos efectos, un plazo añadido y evitándose, de este modo, controversias acerca de si el plazo concedido era o no razonablemente adecuado. Tras la reclamación, el empresario deberá cumplir, nuevamente, “sin demora indebida”, salvo que se hubiere pactado un período de tiempo adicional. Este pacto, según el art. 13.1, deberá ser “expreso”.
- Determinar, a los efectos del art. 3.3 Dir. 2019/771, si los contenidos digitales se han contratado en tanto que integrados o interconectados al bien mueble tangible cuya funcionalidad depende, en mayor o menor grado, de tales elementos (Cdo. 14º, 15º y 16º Dir. 2019/771),

³ El presupuesto, en el caso de bienes, es que se trate de bienes muebles (art. 2.5 Dir. 2019/771). La compraventa cuyo objeto se integre por uno o varios bienes muebles y, además, por uno o varios bienes inmuebles (o por uno o varios bienes excluidos del ámbito objetivo de aplicación de la Dir. 2019/771 [art.3.4 y 3.5 Dir. 2019/771]), derivará hacia un supuesto de pluralidad objetiva compleja. Por otra parte, la pluralidad objetiva queda descartada en aquellos casos en los que, comprándose solamente un único bien, se acuerda expresamente o cabe esperar que se entreguen, además, uno o varios accesorios (véase, *infra*, nota 20, al final).

⁴ Acerca de la inspiración del precepto en el modelo alemán del *Nachfrist*, véase E. ARROYO AMAYUELAS, “El derecho a resolver el contrato de compraventa. ¿Qué inspiración europea para un Derecho civil catalán moderno?”, en A. SERRANO DE NICOLÁS (coord.), *Estudios sobre el Libro sexto del Código civil de Cataluña*, Colegio de Notarios de Catalunya, Marcial Pons, Barcelona, 2018, p.244.

es cuestión íntima e indisolublemente ligada a las circunstancias del caso concreto⁵. En caso de duda, el art. 3.3 *in fine* Dir. 2019/771 aboga, formalmente, por la integración o interconexión; materialmente, ello equivale a subsumir aquellos elementos al contrato de compraventa regulado en la Dir. 2019/771⁶. En otro caso, lo celebrado serán dos contratos distintos: un contrato de compraventa y un contrato de suministro de contenidos digitales.

5. En relación con la Dir. 2019/771, la previsión expresa de un objeto plural no es una novedad. Señala el texto, en su Cdo 11º, que una de las funciones que acomete es la de complementar la Dir. 2011/83. La influencia entre ambas regulaciones no es, sin embargo, unidireccional sino recíproca; de ahí, que también la Dir 2011/83 debe coadyuvar a la inteligencia de la Dir. 2019/771, del mismo modo que ayuda, aún hoy⁷, a interpretar la Dir.1999/44⁸. En concreto, en el punto que nos ocupa, la Dir. 2011/83 refrenda esa pluralidad objetiva en el marco de un contrato de compraventa; y, así, aunque sea a otros fines (en particular, a los de determinar el *dies a quo* del cómputo para el plazo para desistir), el art. 9,b,i) Dir. 2011/83 avala la existencia de un único contrato, no sólo cuando el único bien comprado se va a entregar por piezas o componentes, sino también cuando “se encargaron” “en el mismo pedido” “varios bienes”....., descartándose que se trate de tantas ventas distintas como bienes se han entregado.

1. La cantidad como criterio de conformidad

6. La subjetividad que se predica de éste, y otros criterios, en los art. 7,a Dir. 2019/770⁹ y art.6,a Dir. 2019/771 obedece a su carácter pactado o acordado; esto último confirma, también, a su eventualidad. Su previsión expresa es una novedad en relación con la Dir.1999/44 que, inspirada en la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercancías de 1980¹⁰, articula un elenco de parámetros de conformidad a la luz, sólo, del art. 35.2 CISG, que serían, principalmente, de índole objetiva. La observación precisa de dos comentarios.

- Sería el primero que, con todo, la Dir. 1999/44 no sitúa al margen de su ámbito de aplicación los supuestos de entrega de bien que no resulta conforme con los términos pactados. La estructura del art. 2,2 Dir. 1999/44, que es presuntiva (“Se presumirá que los bienes son conformes al contrato si:...”), permite acreditar aquella falta de correspondencia entre lo entregado y lo pactado, de forma que el bien así entregado tampoco será conforme¹¹. Y si lo pactado es la entrega de una pluralidad de bienes, implicará también falta de conformidad la

⁵ También, sin duda, a lo que deba entenderse por “integración” o “interconexión”. La expresión era, en el Cdo. 11º del texto de la Propuesta de Directiva (COM [2015] 634 final), la de contenidos “que operan como una parte integrante (...) y como un accesorio de las funciones principales de los bienes”. Acerca de los reparos que propició la expresión, véase R. MANKO, *Contrats de fourniture de contenu numérique. Une analyse juridique de la proposition de nouvelle directive de la Commission*, Service de recherche du Parlement européen, Mayo 2016, p. 16-17. La definición finalmente adoptada prescinde de la categoría jurídica tradicional (así, la de parte integrante o de accesorio) y destaca la dependencia funcional (“...de tal modo que la ausencia de dichos contenidos o servicios digitales impediría que los bienes realizasen sus funciones” [art.2.3 Dir. 2019/770]).

⁶ La solución (de índole material) contrasta con el protagonismo (siquiera formal) dado a la regulación del contrato de suministro de contenidos digitales. Aunque resulte casi anecdótico, al margen de ser aprobada en segundo lugar, en la Dir. 2019/771 cobra protagonismo, aunque sin trascendencia sustantiva, el concepto “suministro” frente al de “entrega” (véase, art. 2.1 Dir. 1999/44 [“El vendedor está obligado a entregar...”] y art. 5 Dir. 2019/771 [“El vendedor suministrará...”]).

⁷ Y hasta su derogación efectiva, en fecha de 1 de enero de 2022 (art. 23 Dir. 2019/771).

⁸ Baste pensar, en este sentido, que la Dir. 1999/44 no facilitaba siquiera una definición del contrato de compraventa. Lo hace, en cambio, el art. 2.5 Dir. 2011/83.

⁹ Véase Cdo 13 Dir. 2019/770 y Cdo 26 Dir. 2019/771, respectivamente.

¹⁰ En adelante, CISG.

¹¹ Véase, acerca de la relevancia del pacto o acuerdo como principal y primer parámetro de conformidad, el texto de la Propuesta de Directiva (COM [95] 520 final), en el que, a propósito del art. 2.1, se indica que: “La conformidad al contrato implica no sólo la conformidad a *los términos explícitos del contrato*, sino también a determinados criterios, que se establecen en el apartado 2” (p. 10) (la cursiva es nuestra). La idea se traslada al Cdo. 8º del texto aprobado y se implementa, técnicamente, a través de la indicada presunción.

- entrega de solo alguno o algunos. La estrategia de protección mínima de esta Dir. (art. 8.2) no permite situar al consumidor por debajo del nivel de protección que dispensa¹².
- La excepción al planteamiento general indicado es el art. 6.b, Dir. 2019/771, que sitúa en órbita “subjetiva” el supuesto relativo al uso especial requerido por el consumidor. Sistemáticamente previsto en el art. 35.2 CISG y en el art. 2.2,b Dir. 1999/44, este giro probablemente resulta avalado por el matiz diferencial introducido a propósito de la conducta del vendedor: en el art. 2.2,b Dir. 1999/44 consiste en que “haya admitido que el bien es apto para dicho uso”; en la Dir. 2019/771 es que “haya expresado su aceptación”. Esto último, se cree, avala más explícitamente la ubicación del supuesto en el art. 6 Dir. 2019/771¹³.

El art. 35.1 CISG también presenta expresamente la cantidad como dato que, junto a la calidad y el tipo, pueden estipularse en el contrato y que, por ello, pueden actuar como parámetros de conformidad. En este contexto, la novedad que realmente incorpora la Dir. 2019/771 sería su presentación, además, como criterio objetivo; así, los art. 7,d Dir. 2019/771 y 8.1,b Dir. 2019/770 exigen que los bienes o contenidos digitales sean entregados en la cantidad que el consumidor pueda razonablemente esperar¹⁴.

7. La presentación de la cantidad como criterio de conformidad sugiere algunas observaciones, a saber:

- No se acompaña, ni en un texto ni en el otro, de una norma como la que recogía el art. 130.2 CESL y según la que el comprador sólo podía negarse a recibir un pago parcial si albergaba un interés legítimo para ello¹⁵. Cabría pensar, en este particular, que la cuestión (la de si cabe imponer o no un pago parcial al acreedor) sigue quedando al margen de estos textos y de la armonización que imponen, y debe seguir resolviéndose aplicando la norma interna correspondiente que, tratándose del ordenamiento español, sería el art. 1169 Código civil¹⁶. El art. 3.7 Dir. 2019/771 avala esta opción¹⁷. El precepto excluye de la uniformidad pretendida las

¹² Abogando por la articulación de la entrega parcial como un supuesto de falta de conformidad, A.CARRASCO PERERA; E. CORDEIRO LOBATO; P. MARTÍNEZ ESPÍN, “Transposición de la Directiva comunitaria sobre venta y garantías de los bienes de consumo”, *Estudios sobre consumo*, nº 52, 2000, p. 127. Por el contrario, defendiendo que, a falta de previsión expresa de la cantidad como criterio de conformidad en la legislación nacional, debe acudir a las normas internas sobre incumplimiento contractual L.M. MARTÍNEZ VELENCOSO, *La falta de conformidad en la compraventa de bienes*, Bosch, Barcelona, 2007, p. 77. Admitiendo que la conformidad exige la entrega de todo, véase SAP Barcelona (Sección 13ª), de 28 de diciembre de 2012 (AC 2013\181) (FJº 2º, párr. 3º, *in fine*).

¹³ Por lo demás, el art.2.2,b Dir.1999/44 precisa que el consumidor haya puesto en conocimiento del vendedor el uso especial para el que se compra el bien. No impone una determinada manera de dar a conocer esa utilidad; de ahí que, tal y como sí matiza el art. 35.2,b CISG, pueda hacerse “expresa o tácitamente”. La concreción es trasladable al art. 6,b Dir. 2019/771 que, a diferencia de aquellos textos, amplía la referencia temporal de la puesta en conocimiento (así, siendo “en el momento de la celebración del contrato” en la Dir. 1999/44 y en la CISG, es la de “como muy tarde en el momento de la celebración del contrato” en la Dir. 2019/771). Ni la Dir.1999/44 ni la Dir. 2019/771 recogen las excepciones previstas en la CISG (“salvo que de las circunstancias resulte que el comprador no confió, o no era razonable que confiara, en la competencia y el juicio del vendedor”).

¹⁴ El art.99.1,a de la fallida propuesta de Reglamento relativo a una normativa común de compraventa europea (véase, COM [2011] 635 final) (en adelante, CESL) contemplaba solo la cantidad “estipulada en el contrato” como criterio de conformidad. El art. 100 CESL, en cambio, no la recogía como parámetro legal.

¹⁵ La adopción de un criterio, como el del interés legítimo, limitativo de la facultad de rechazar una entrega parcial de los bienes, habría supuesto un agravio comparativo para el consumidor si no se acompañaba de una norma correlativa para el caso de pago parcial del precio y que también impidiera que el vendedor pudiese rehusarlo salvo que acreditara, igualmente, un interés legítimo en ello.

¹⁶ Véase F. GÓMEZ POMAR, “El nuevo derecho europeo de la venta a consumidores: una necrológica de la Dir. 99/44”, *Indret*, 4/2019. El autor es directo: “¿Qué pasa con las reglas contractuales de integridad de la entrega?” (p. 5).

¹⁷ Sin poder dar razón de ello, se constata que no existe norma igual o similar en la Dir. 2019/770. Con todo, no se encuentra reparo en admitir, también en el marco del contrato de suministro de contenidos y servicios digitales, la aplicabilidad de la segunda de las disposiciones contenidas en el art. 3.7 Dir. 2019/771. Desplaza de la armonización plena aquellas disposiciones que, no siendo específicas para consumidores, atribuyen al comprador medidas concretas si el bien presenta vicios ocultos. En este contexto, considerando que la uniformización no alcanza a normas cuyo ámbito subjetivo de aplicación sea general y que sería perjudicial e injustificado privar al consumidor de la posibilidad de acudir a dichas normas preferentemente a las dictadas específicamente en atención a su participación como contratante, se abogaría por admitir que también el consumidor que ha contratado contenidos o servicios digitales, pueda acudir, quizás por analogía, a los art. 1484 y concordantes del Código civil a fin de exigir saneamiento por vicios ocultos (véase art. 117 RDL 1/2007, Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios).

normas nacionales que permiten al consumidor elegir una medida correctora concreta siempre que la falta de conformidad se manifieste en un plazo no superior a los 30 días después de la entrega. De existir esta regla doméstica, el consumidor no se verá abocado a la jerarquía de remedios del art. 13. Si ello es así, si por causa de las faltas de conformidad manifestadas poco después de la entrega cabe, incluso, resolver directamente (véase Cdo 19º), *a fortiori* debe permitirse recurrir a la norma nacional general que permite rechazar la entrega cuando, en el mismo momento de procederse a ella o en tiempo relativamente cercano a este momento, se advierte que la prestación no se satisface íntegra. Cabe señalar, además, que esta opción no es, desde el punto de vista del vínculo contractual, tan extrema como la resolución: el rechazo no determina la ineficacia del negocio sino que solamente permite proceder como si la obligación de entregar no se hubiese ejecutado (art. 18 Dir. 2011/83).

- La presentación de la cantidad como criterio de conformidad casa mal con los remedios de primer nivel previstos en la Dir. 2019/771 (art. 13.1 y 2): así, la reparación (con su inescindible pátina funcional) y la sustitución. La puesta en conformidad de los bienes en hipótesis de entrega sólo parcial se aviene, sencillamente, con una acción dirigida a entregar la parte restante; estrictamente, no deben repararse ni sustituirse los bienes entregados¹⁸. Más genérico resulta el art. 14.1 y 2 Dir. 2019/770, que no nomina los remedios conducentes a la conformidad; de ahí que la reclamación de la parte debida tenga fácilmente cabida en él.
- En fin, la presentación de la cantidad como criterio de conformidad presupone una decisión previa; así, la de contemplar el supuesto fijando la atención más en la parte satisfecha (que, se dirá, es no conforme porque no se han entregado o no se han suministrado los elementos de forma íntegra), que en la que no lo ha sido. Por el contrario, si se hubiera hecho esto último (es decir, centrarse en la parte no entregada o suministrada), entonces cabría haberse planteado la posibilidad de aplicar, no normas relativas a la falta de conformidad, sino las que regulan la obligación de entregar (art. 18 Dir. 2011/83) o suministrar los elementos digitales (art. 5 y 13 Dir. 770)¹⁹. La relevancia práctica de todo ello estriba en el distinto régimen jurídico aplicable de optarse por un enfoque o por el otro. De entrada, la aplicación del régimen previsto para el caso de falta de conformidad permite resolver directamente el contrato si la entrega o suministro parciales implican una falta de conformidad grave (art. 13.4,c Dir. 2019/771; art. 14.4,d Dir. 2019/770; véase, art. 51.2 CISG, que exige que la entrega parcial implique un incumplimiento grave del contrato a fin de resolver todo el contrato por esta causa). La facultad de resolución prevista en los art. 18 Dir. 2011/83 y 13.2 Dir. 2019/770 exige que el plazo de entrega o suministro sea esencial o que el profesional se niegue a cumplir. En este contexto, no se contempla la posibilidad de solicitar la reducción del precio, sí presente en los art. 13.4,c Dir. 2019/771 y art. 14.4,d Dir. 2019/770. Por lo demás, el recurso a las reglas de conformidad, si aquella gravedad no se percibe, propician que el consumidor solicite la puesta en conformidad, que el profesional deberá implementar en un plazo razonable. En cambio, la falta de entrega acarrea para el consumidor la carga de requerir al vendedor a fin de que cumpla, señalándole a estos efectos un plazo adicional razonable²⁰.

¹⁸ Véase M.J. MARÍN LÓPEZ, “Comentario al art. 116”, en R. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO (COORD.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, Thomson Reuters, Pamplona, 2009, p. 1442; el autor anticipaba la falta de sentido de “la reparación y la sustitución, salvo que esta última expresión se entienda en el sentido de que debe reemplazarse la prestación ejecutada por la pactada en el contrato”. Se señala que la reclamación de la parte restante “equivale a solicitar la reparación” en E. ARROYO AMAYUELAS, “La propuesta de Directiva relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa en línea y otras ventas de bienes a distancia”, *Indret*, 3/2016, p. 9-10. Curiosamente, es la Dir. 1999/44 la que avala esta reconducción hacia la “reparación”. Ello resulta de la definición del remedio que proporciona su art. 1.2,f, que trasciende de connotaciones funcionales (“...poner el bien de consumo en un estado que sea conforme al contrato de venta”). La Dir. 2019/771, que no prescinde del remedio, sí lo hace de la definición.

¹⁹ El modelo resulta del art. 51 CISG que, para el caso de entrega parcial, impone la aplicación de los remedios por falta de conformidad “respecto de la parte que falte”.

²⁰ A propósito del art. 18 Dir. 2011/83, estimando que contempla sólo los supuestos de falta total de entrega siendo así que, además, debe tratarse de una obligación principal de dar, véase A.CARRASCO PERERA, “Plazo suplementario para la entrega por parte del empresario vendedor (art. 66 bis TR LGDCU)”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº14/2015, p. 169. En el contexto del ordenamiento español, ante una falta parcial de entrega o una falta de entrega configurada como accesoria o se-

2. Falta de conformidad parcial y resolución parcial del contrato

8. El art. 16.2 Dir. 2019/771 (véase, también, su Cdo 58) versa acerca de la falta de conformidad que presenten sólo algunos de los bienes entregados y lo hace a los fines de delimitar el alcance de la facultad de resolución en estos casos. No hay norma equivalente en la Dir. 2019/770.

9. El presupuesto de la norma es, literalmente, que “la falta de conformidad se refiera sólo a algunos de los bienes entregados”. Implícitamente se excluye el supuesto de entrega parcial; por el contrario, el precepto parece querer aludir a la hipótesis de entrega íntegra de lo debido, siendo así que no todos los bienes entregados adolecen de falta de conformidad. Por lo demás, centrada la atención sólo en los bienes ya entregados resulta irrelevante, a efectos de resolver, si la obligación del vendedor se había pactado como divisible o no²¹.

10. El requisito de orden material consiste en que: “haya motivos para la resolución de *dicho* contrato”^{22 23}. Habida cuenta que la resolución que intenta propiciar la norma es la resolución parcial (art. 16.3 “Cuando el consumidor resuelva un contrato de compraventa (...) respecto de algunos de los bienes entregados [...]”), la cuestión que se suscita es si lo más apropiado no hubiese sido exigir que la causa resolutoria se apreciara, no tanto en relación con el contrato en su conjunto, sino en relación sólo con el bien o los bienes no conformes²⁴. De este modo, por ejemplo, si en relación sólo con ese o esos bienes la falta de conformidad es grave, cabría resolver parcialmente de forma directa, sin necesidad de intentar antes otros remedios de subsanación (art. 13.4, *c* Dir. 2019/771). Lo relevante de esta lectura sería que procedería esta resolución inmediata aunque aquella gravedad, contemplaba a la luz de *todo* el contrato, no fuera tal, quedara diluida o se desintensificara. Por el contrario, tal y como se expresa el precepto, pudiera acaso parecer que, teóricamente, debe proceder la resolución total (puesto que debe concurrir una causa de resolución de “dicho contrato”) para, si el consumidor lo prefiere, resolver sólo parte²⁵.

11. Ya en el contexto de los efectos dimanantes de una resolución sólo parcial, el art. 16.3, *b* Dir. 2019/771 impone al vendedor la obligación de reembolsar el precio pagado por los bienes. La alusión al precio, por tanto, se traslada al ámbito de la reciprocidad liquidatoria por causa de ineficacia sobrevenida. El comentario, inspirado en el art. 117 CESL²⁶, pasa por constatar que la divisibilidad del precio (y, lógicamente, más allá de la divisibilidad natural del dinero) no se erige en requisito para poder resolver.

cundaria, el autor se remite al régimen común de la resolución contractual (p.178). Sin cuestionar nunca la posibilidad de acudir a las normas generales en materia de incumplimiento de las obligaciones (y, en particular, al art. 1124 Código civil), el matiz a añadir sería que, en caso de falta de entrega de todos los bienes muebles comprados (habiendo acuerdo sobre el número [art. 116.1 “Salvo prueba en contrario...”]), el consumidor puede también acudir a las reglas de falta de conformidad de lo sí entregado. En cuanto a las obligaciones accesorias (por ejemplo, y entre otras, las que recaen sobre el embalaje o las instrucciones), baste señalar que los art. 6, *c* y 7 *c* Dir. 2019/771 contemplan como supuestos de falta de conformidad del bien entregado los de falta de entrega de “todos los accesorios”.

²¹ Podría tratarse de una obligación divisible por razón de los bienes a entregar, pero configurada convencionalmente como indivisible. La posibilidad de resolución parcial quedará ciertamente entredicha en estos casos.

²² La cursiva del texto es nuestra.

²³ La expresión era sensiblemente distinta (a saber: “haya motivos para la resolución de un contrato...”), tanto en el art. 13 de la Propuesta de Directiva (COM [2015] 635 final) como en el también art. 13 de la Propuesta enmendada (2015/0288 [COD]).

²⁴ Véase la enmienda núm. 103 al art. 13 de la Propuesta enmendada (Proyecto de resolución legislativa del Parlamento europeo, sobre la Propuesta modificada relativa a determinados aspectos del contrato de compraventa de bienes, COM [2017] 0637). Se sugería precisar que la causa resolutoria debía apreciarse sólo en relación a los bienes no conformes que, por lo demás, debían ser bienes separables, en el sentido (ciertamente impreciso) de “que puedan separarse del resto de bienes”. Hablaba de “causa de resolución de una parte” el art. 117.1 CESL.

²⁵ Bastaría con que, en relación al contrato en su conjunto, la falta de conformidad no se mostrara leve (art. 13.5 Dir. 2019/771). A partir de aquí, el consumidor podría optar entre resolverlo todo o resolverlo parcialmente. Desde esta perspectiva, el art. 16.2 Dir. 2019/771 interesaría, no por avalar la resolución parcial cuando la total es inviable, sino porque, siendo posible esta última, permitiría resolver sólo parte. Esta opción no existía en el art. 117.2 CESL: si el incumplimiento era de tal naturaleza que abocaba a la resolución de todo el contrato, no cabía la de alcance sólo parcial.

²⁶ El precepto supeditaba la resolución parcial a la asignabilidad de un precio a la parte o bienes no conformes. Véase, M.P. GARCIA RUBIO, “Non Conformity of Goods and Digital Content and its Remedies”, en J. PLAZA PENADÉS; L.M. MARTÍNEZ VELENCOSO (ed.), *European Perspectives on the Common European Sales Law*, ed. Springer, Heidelberg, 2015, p. 177.

La cuestión adquirirá relevancia, en aquel marco restitutorio, en aquellos supuestos en los que el precio se pactó a un tanto alzado y sin posibilidad de asignar un porcentaje de él al bien no conforme: ¿qué parte, entonces, deberá restituirse? La Dir. 2019/771 no se ocupa de ello²⁷.

12. En cambio, el texto sí delimita objetivamente el ámbito de aquella ineficacia que, al margen del bien no conforme²⁸, puede alcanzar “a cualesquiera otro que el consumidor hubiera adquirido junto con el no conforme si no se puede razonablemente esperar que el consumidor acepte conservarlo”²⁹ (se entiende, sin el no conforme, que se habrá restituido o deberá restituirse al profesional)³⁰. La expresión es más amplia que la recogida en la Propuesta de Dir, relativa sólo a los bienes adquiridos como accesorios del bien no conforme (que ahora también se verán afectados por la resolución, pero no exclusivamente)³¹.

13. Y una última cuestión que atañe, de nuevo, al alcance de la resolución: afectando la falta de conformidad a sólo alguno o algunos de los bienes, ¿el consumidor puede, sin embargo, resolver todo el contrato³²? Cabría pensar que, según como se mire, quizás es precisamente esto lo que indica el art. 16.2 Dir. 2019/771 (a saber: cuando haya motivos para resolver todo el contrato, el consumidor, si lo prefiere, puede resolverlo sólo parcialmente). Interesa añadir que, realmente, si se considera el único requisito de orden material ineludible para poder resolver el contrato (así, que la falta de conformidad no sea leve [art. 13.5 Dir. 2019/771³³], se hace difícil imaginar ejemplos en los que, pudiendo resolver parcialmente, no sea posible en cambio resolver el contrato en su conjunto. Para que esto último no fuera posible, sería necesario que la falta de conformidad, considerada sólo en relación con el bien no conforme, no se estimara leve, pero que, en cambio, valorada en el conjunto del negocio, sí denotara levedad³⁴. En cualquier otro supuesto, lo que no será leve aisladamente, tampoco lo será en el conjunto

²⁷ El CESL acababa señalando que en estos casos sólo era posible la resolución total (art. 117.3 CESL). El precepto resultaba un tanto contradictorio dado que, si a fin de proceder a la resolución total por esta causa, era preciso que la falta de conformidad justificara la resolución de todo el contrato (en este sentido, F. ZOLL, “Comment art. 117”, en R. SCHULZE, *Common European Sales Law*, Nomos, Baden-Baden, 2012, p.523), entonces la resolución procedería siempre por la vía del art. 117.2, prescindiendo de la cuestión del precio.

²⁸ Una hipótesis distinta, no contemplada directamente en la norma pero probablemente resoluble a partir de su aplicación analógica, sería la de compraventa de un único bien compuesto por distintas partes integrantes (o componentes) separables, siendo así que la falta de conformidad afecta sólo a alguno o algunos de ellos (acerca del supuesto pero en el contexto de la Dir. 1999/44, véase A. ORTÍ VALLEJO, *Los defectos de la cosa en la compraventa civil y mercantil. El nuevo régimen jurídico de las faltas de conformidad según la Directiva 1999/44/CE*, Comares, Granada, 2001, p.188). En el marco de la Dir. 2019/771, un exponente inmediato de lo anterior serían los llamados bienes con elementos digitales en caso, por ejemplo, de que la falta de conformidad afectara sólo a uno de estos elementos comprometiendo únicamente alguna de las funciones del bien, que al consumidor interesa igualmente seguir conservando.

²⁹ Acerca del criterio de la razonabilidad, véase Cdo 24 Dir. 2019/771. Se remite a su determinación objetiva ateniendo a “la naturaleza y la finalidad del contrato, las circunstancias del caso y los usos y prácticas de las partes implicadas”.

³⁰ Un ejemplo de lo indicado en el texto podría ser la compraventa de un conjunto de bienes que presentan, todos o parte de ellos, una unidad estética o funcional (así, los muebles de un dormitorio, de un comedor... o distintas prendas de vestir). Acerca del supuesto, véase P.GUTIÉRREZ SANTIAGO, “Estándares legales de falta de conformidad en la compraventa de consumo: experiencias judiciales”, en A.CARRASCO PERERA (dir.), *Tratado de la compraventa. Homenaje a Rodrigo Bercovitz*, Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, e-book, p. 9, nota. 23.

³¹ El origen de la modificación es, nuevamente, la enmienda núm. 103 del Parlamento (véase, *supra* nota 24), por la que se sugería que la resolución alcanzara, no sólo a los accesorios, sino a cualquier otro bien que no cupiera esperar que el consumidor quisiera conservar sin el o los no conformes. En el texto definitivo ha desaparecido la mención expresa a los accesorios.

³² Si se contemplaba expresamente en los art. 51 CISG y 117.2 CESL, que supeditaban la resolución total, respectivamente, a que la falta de conformidad sólo parcial implicara un incumplimiento “esencial” del contrato o fuera “de tal naturaleza” que justificara la ineficacia de todo el negocio.

³³ El nivel de armonización impide que los Estados puedan proteger más al consumidor permitiendo la resolución, por ejemplo, aunque la falta de conformidad se estime leve (art. 4 Dir. 2019/771). La llamada armonización plena, en el contexto del ordenamiento español, no obsta que ese mismo consumidor pueda acudir a normas nacionales como los art. 1484 y 1485 Código civil a fin de resolver el contrato por causa de vicios ocultos (art. 3.7 Dir. 2019/771). En este contexto, la intensidad del vicio funcional debe justificar, como mínimo, que el comprador hubiese acordado un precio menor.

³⁴ Piénsese, por ejemplo, en el siguiente ejemplo: un consumidor compra un paquete con 500 bolígrafos. Uno no escribe. En relación con el defectuoso, la falta de conformidad no es leve. Si el defecto se valora considerando el conjunto, podría llegar a pensarse que lo es.

y, entonces, debería poderse resolver todo el contrato a pesar de que la falta de conformidad afecte sólo a alguno o algunos de los bienes³⁵.

14. El modelo que proporciona el art. 16.2 Dir. 2019/771 a propósito de la resolución, admitiendo la parcial, sugiere trasladar esa misma parcialidad al otro remedio contractual (la reducción) y, por supuesto, a los que, estrictamente, son remedios obligacionales (la reparación y la sustitución). El escenario final resultante es el de una potencial acumulación concurrente de remedios (distintos o no entre sí), cada uno de ellos vinculado a la falta de conformidad que presente, individualmente, cada uno de los bienes entregados.

15. La reducción parcial del precio, a diferencia de la resolución parcial, permite al consumidor conservar el bien no conforme, que no deberá restituirse.

16. ¿Y en caso de entrega sólo parcial? Sin duda que, en relación con el bien no entregado, la falta de conformidad (consistente, precisamente, en la falta siquiera de entrega) es grave (gravísima, se diría). ¿No cabe, entonces, la resolución parcial (y, además, directa [art. 13.4,c Dir. 2019/771]³⁶) en aplicación del art. 16.2 Dir. 2019/771, porque el supuesto contemplado se reserva a los bienes entregados pero no conformes? Se entiende que el precepto debe ser objeto de una interpretación amplia que abarque el supuesto, aunque sólo sea porque no hay razón para proteger más (o mejor o, sencillamente, de forma distinta) al consumidor que ha recibido todos los bienes siendo así que algunos son no conformes, que al consumidor que sólo ha recibido parte de lo debido. Y sirva el mismo argumento para justificar, también, la posibilidad de solicitar la reducción del precio a pesar de que el art. 15 Dir. 2019/771 presupone igualmente la entrega (“...será proporcionada a la disminución de valor de los *bienes recibidos*...”). El planteamiento suscita, entonces, una cuestión ulterior, a saber: la relativa a la diferencia entre la resolución parcial y la rebaja del precio que pueden seguir a la entrega de sólo de parte de los bienes. La resolución determinará la extinción de la obligación de entregar el bien y, correlativamente, la de entregar su precio (o la parte del precio total que le sea asignada). Optar por la reducción del precio implica, de hecho, avenirse con la falta de conformidad (en este caso, con la falta de entrega de alguno o algunos de los bienes), pero a cambio de una rebaja del precio. Por supuesto que esta reducción, como mínimo y necesariamente, coincidirá con el precio (o porcentaje del precio global) correspondiente al bien no entregado (o, por extensión, al no conforme por cualquier otra causa). Pero, quizás, pueda incluso ir más allá. De hecho, la literalidad del art. 15 Dir. 2019/771, al referirse al “valor de los bienes recibidos” permite plantearse si esa rebaja puede alcanzar incluso al precio de los sí entregados en aquellos supuestos en los que, formando todos un conjunto o una unidad estética o funcional, la falta de uno o algunos desmerece el valor del resto³⁷.

17. En la Dir. 2019/770 no hay norma equivalente a la contenida en el 16.2 Dir.2019/771. Entonces, ¿qué hacer si contratados varios elementos digitales, unos son conformes y otros no? La posibilidad de actuar señaladamente sólo sobre el elemento digital no conforme resultaría de una aplicación por analogía del art. 16.2 Dir. 2019/771. De nuevo: no se encuentra razón para tratar en términos distintos al consumidor que recibe algún bien no conforme que al que se le suministra un elemento digital que también presenta alguna falta de conformidad³⁸.

³⁵ Cabe, sin duda, una lectura distinta a la postulada en el texto: en supuestos de objeto plural, si la falta de conformidad afecta a un bien, sólo puede resolverse el negocio en relación con él y con los “vinculados”, pero no todo el contrato. Sería una manera de identificar el art. 16.2 Dir. 2019/771 como una norma limitativa del alcance objetivo de la acción en estos casos. No puede dejar que señalarse que alguna otra versión del texto favorece esta lectura (así, la francesa [“...*le consommateur ne peut exercer son droit à la résolution du contrat de vente qu’à a l’égard de ces biens*...]).

³⁶ O, en otro caso, a modo de remedio de segundo nivel (art. 13.4,a Dir. 2019/771).

³⁷ Claro que, entonces, en caso de falta de entrega de alguno o algunos de los bienes del conjunto ¿por qué no permitir también al consumidor que opta por la resolución parcial acumular a este remedio el de la reducción del precio, en un intento de solicitar la rebaja en relación con los bienes sí entregados?

³⁸ Cabría citar también el art. 13 Dir. (UE) 2015/2302, del Parlamento y del Consejo, de 25 de noviembre, *relativa a los viajes combinados y a los servicios de viaje combinados*. Establece el régimen a aplicar cuando “cualquiera de los servicios del viaje no se ejecuta de conformidad con el contrato”.

18. En la Dir. 2019/ 770, el también art. 16.1 (pár. 2º) (véase, Cdo 68º) contempla una situación distinta, pero que se ha venido identificando como *otro* exponente de resolución parcial³⁹. Versa, concretamente, acerca del contrato de suministro de elementos digitales durante un período de tiempo; en esta coyuntura, si la falta de conformidad es sobrevenida, los efectos restitutorios que siguen a la resolución deben limitarse al espacio temporal en el que se ha producido; restitución parcial que, gráficamente, se identifica como un supuesto de resolución parcial. Este supuesto permite ensayar un segundo escenario en el que concurren remedios distintos que, en esta ocasión, se proyectarán, no sobre bienes distintos, sino sobre distintos períodos de tiempo (de forma que, por ejemplo, tratándose de una falta de conformidad grave, el consumidor pueda solicitar una rebaja del precio satisfecho el mes pasado y la resolución por la falta de conformidad, también grave, que se experimenta en el mes en curso).

3. Falta de conformidad parcial y suspensión parcial de las propias obligaciones

19. En la Dir. 2019/ 771, al margen del art. 16.2 no hay ninguna otra proyección explícita de la pluralidad objetiva en sede de remedios. El art. 113.3 CESL, en cambio, desplegaba otra variante a propósito de la facultad de suspender el propio cumplimiento: la suspensión parcial. A tenor del precepto, si el incumplimiento del vendedor había sido parcial, la suspensión de la obligación de pagar el precio debía ajustarse también a esa parte “a menos –añadía- que el incumplimiento del vendedor sea tal que justifique la suspensión total”⁴⁰. Literalmente, el art. 13.6 Dir. 2019/771 cierra el paso a esta posibilidad (esto es: a limitar el alcance de la inexigibilidad de la contraprestación) al señalar que el consumidor tendrá derecho a suspender *cualquier parte* pendiente de pago hasta que el vendedor haya cumplido sus obligaciones derivadas del contrato. Claro que la legitimación con la que continúa el precepto, a favor del legislador interno en lo relativo a las modalidades de suspensión, suscita alguna duda sobre el particular. La cuestión residirá, entonces, en determinar qué debe entenderse por “modalidades”: ¿se refiere, por ejemplo, a la suspensión tras el incumplimiento y a la suspensión anticipada, es decir, preveyendo que el otro va a incumplir?, ¿alcanza a la suspensión total o parcial...?

18. Sorprendentemente, la Dir. 2019/770, que nada incluye en su articulado acerca de la facultad de suspender el propio cumplimiento, resulta finalmente más clara que la Dir. 2019/771, sin que, nuevamente, se alcance a poder justificar tal diferencia. Por lo pronto, la falta de regulación explícita de tal facultad podría suscitar la duda acerca de si se trata o no de una cuestión afectada por la armonización plena que impone el texto (art. 4)⁴¹. La claridad que se anticipado resulta de aquello que se señala en el Cdo 15º, que presenta la suspensión como una de las materias que, por no regularse en la Dir., queda a expensas de lo que pueda establecer el Derecho interno sobre el particular; se incluye, aquí, sin duda, la posibilidad de regular la suspensión total o parcial (en concreto, la remisión alcanza a “los derechos de las partes a suspender el cumplimiento de sus obligaciones o parte de estas hasta...”).

III. Pluralidad objetiva compleja

19. La Dir. 2011/83 contempla el contrato mixto en su art. 2.5, al final (“...con inclusión de cualquier contrato cuyo objeto incluya a la vez bienes y servicios”)⁴². Lo hace imponiendo su tipificación

³⁹ Por todos, véase S. CÁMARA LAPUENTE, “El régimen de la falta de conformidad en el contrato de suministro de contenidos digitales según la Propuesta de Directiva 9.12.2015”, *Indret*, 3/2016, p. 75.

⁴⁰ Véase M.P. GARCIA RUBIO, “Non conformity...”, cit, p. 176.

⁴¹ Toda vez que la inexigibilidad de las obligaciones propias, en caso de incumplimiento de las obligaciones recíprocas, es un efecto legal (previsto, por ejemplo, en el art. 1308 del Código civil) que resulta de la teoría general de las obligaciones recíprocas, en línea de principios debería considerarse que se trata de una cuestión no afectada por la armonización plena (art. 3.10 Dir. 2019/770).

⁴² La redacción sufre una ligera variación, nada acertada, a raíz de la reforma derivada del art. 4 Dir. 2019/2161 y pasa a ser la que sigue: “...incluido cualquier contrato que tenga por objeto tanto bienes como servicios...”. La indicación “a la vez” se conserva, sin embargo, en la versión francesa (“à la fois”). Por lo demás, ha desaparecido toda referencia al precio en la definición del contrato.

como contrato de compraventa y prescindiendo tanto del mayor o menor valor que puedan revestir los bienes en relación con los servicios, como de la eventual relación de principalidad o accesoriedad que pueda presentar una prestación en relación con la otra⁴³. Dado que tampoco se discrimina entre un tipo u otro de servicios, abarca más allá de servicios de instalación del bien que se ha comprado (art. 2.5 Dir. 1999/44)⁴⁴ o de la actividad necesaria a fin de fabricar o producir aquel mismo bien (art. 1.4 Dir. 1999/44).

20. La Dir. 2019/771 incluye, en su art. 2.1, una definición propia (“A efectos de la presente Directiva”) de contrato de compraventa, en la que se elude toda referencia a la contratación, a la vez, de bienes (*rectius*, la transmisión de su titularidad) y servicios⁴⁵ ⁴⁶. Este silencio sólo se contesta débilmente en el Cdo 17º, al final, al señalar: “Cuando un contrato incluya tanto la venta de bienes como suministro de servicios, debe dejarse a la determinación del Derecho nacional si la totalidad del contrato puede clasificarse como contrato de compraventa según la definición de la presente Directiva”. La precisión debe entenderse en el sentido que, en cualquier caso, el bien cuya titularidad se ha transmitido a cambio de precio quedará sujeto a las reglas de la conformidad. En ningún caso puede soslayarse esta sujeción con base en reglas internas de calificación que, atendiendo a criterios varios, conduzcan a una distinta calificación del contrato. Lo que se deja a decisión del derecho interno es la clasificación de *todo* el contrato como compraventa, sin que ello implique poder calificarlo *todo* de otro modo, expulsando incluso los elementos típicos del contrato de compraventa de la regulación prevista en la Dir. 2019/771. En cualquier caso, esta recepción del contrato mixto dista del criterio obrante, y en vigor, del art. 2.5 Dir. 2011/83⁴⁷.

21. En la Dir. 2019/770, la referencia la proporciona el Cdo 33⁹⁴⁸. La pluralidad objetiva compleja irrumpe, en este contexto, en aquellos casos en los que junto a los elementos digitales se contratan otros servicios o se adquieren bienes a cambio de precio. El criterio: “La presente Directiva debe aplicarse únicamente a los elementos del contrato global que consistan en el suministro de contenidos o servicios digitales”. Por tanto, no es el contrato lo que determina la aplicación de un régimen concreto, sino la naturaleza, diferenciada, de las prestaciones que integran el objeto contractual⁴⁹. Aquel criterio se expresa con mucha mayor claridad y nitidez que en la Dir. 2019/771 resultando, por lo demás, que no tendría sentido la implementación de criterios distintos en un caso y en el otro. De ahí que, por ejemplo, también aquello que añade el Cdo 33º (a saber: que el Derecho nacional deberá determinar en qué casos la falta de conformidad parcial –o por causa de una de las prestaciones- debe permitir la resolución del íntegro contrato) debería regir igualmente en el contexto de un contrato en el que se comprometan bie-

⁴³ Véase, en cambio, art. 3 CISG. Para un ejercicio de tipificación, puede consultarse L. ARNAU RAVENTÓS, “Transmisión onerosa de un producto y su conformidad con el contrato: una relectura de la STJUE, de 7 de septiembre de 2017 (asunto 247/16, Schottelius), *Revista Electronica de Direito*, nº 16, vol.2, 2018, p. 42-61.

⁴⁴ Acerca de la no ampliación de las normas sobre conformidad a otras prestaciones de servicios sobre los bienes, véase Propuesta de Directiva, del Parlamento y del Consejo, sobre la venta y las garantías (COM [95] 520 final), p. 11.

⁴⁵ Véase art. 1.2 Propuesta de Directiva, tanto en su versión original como en su versión enmendada. Se elude tratar la cuestión desde la perspectiva de la calificación contractual para reconducirla a una cuestión de régimen jurídico (“...en el caso de contratos que contemplen tanto la compraventa de bienes como la prestación de servicios, la presente Directiva se aplicará a la parte relativa a la compraventa de bienes”).

⁴⁶ Véase, sin embargo, art. 3.2 y 8 Dir. 2019/771.

⁴⁷ Deberá estarse al criterio del art. 2.5 Dir. 2011/83 si de la calificación del contrato depende, por ejemplo, el *dies a quo* del plazo para desistir.

⁴⁸ El supuesto contemplado en el Cdo 34 Dir. 2019/770 es distinto. No se trata de un contrato con un objeto plural comprensivo de elementos digitales y otras prestaciones, sino de contratos distintos que, eventualmente, pueden presentar alguna relación de vinculación o complementariedad entre ellos. Es en este contexto que se reserva al Derecho interno: en primer lugar, la fijación “de las condiciones por las que un contrato sobre el suministro de contenidos o servicios digitales, pueda considerarse vinculado o accesorio en relación con otro contrato”; en segundo lugar, la determinación de “las medidas correctoras que puedan exigirse en virtud de cada contrato” y, en tercer lugar, la concreción del “efecto que la terminación de un contrato tendría en el otro contrato”. El segundo de estos extremos no se cree que permita eludir la aplicación de la Dir. 2019/770 (y del sistema de remedios que provee) con base en el carácter secundario, accesorio o dependiente del contrato de suministro de elementos digitales. Sea en el marco de un contrato principal o no, la existencia de un consumidor que contrata tal tipo de suministro sitúa la contratación en el ámbito de la Dir. 2019/770. Para una definición de “contrato complementario”, puede consultarse el art. 2.15 Dir. 2011/83.

⁴⁹ Véase, G. SPINDLER, “Propuesta de contratos de suministro de contenidos digitales: ámbito de aplicación y visión general de la Propuesta de Directiva de 9.12.2015”, *Indret*, 3/2016, p. 14, nota 53.

nes y servicios no digitales. También debe ser el Derecho interno el que permita calificar o no *todo* el contrato como contrato de suministro de contenidos y servicios digitales (Cdo. 17º Directiva 2019/771).

IV. A modo de conclusiones

22. Las observaciones anteriores confirman una falta de equivalencia, errática y como mínimo no suficientemente justificada, entre la regulación que sobre determinados aspectos se contiene en la Dir. 2019/771 y la que presenta la Dir. 2019/770. Ocurre lo mismo, ya se ha dicho, a propósito de la resolución parcial (prevista, sólo, en el art. 16.2 Dir. 2019/771), la suspensión del propio cumplimiento o las previsiones del art. 3.7 Dir. 2019/771. La corrección de esta falta de correspondencia a través de una transposición coordinada de ambos textos, que uniformice lo que no tiene sentido regular de forma distinta, no puede en ningún caso prescindir de la naturaleza de ambos como Directivas de armonización plena.

23. Acerca del impacto real de la recepción explícita de la llamada pluralidad objetiva simple, cabe una reflexión añadida. En el contexto de la Dir. 2019/771, la expresa previsión de la cantidad como parámetro de conformidad aparece, ya se ha dicho, como una novedad. Desde la perspectiva de su presentación como criterio subjetivo (art. 6,a Dir. 2019/771), se trataría, sin embargo, de una novedad muy relativa. En el marco de la Dir. 1999/44, es sabido que el bien entregado resultará no conforme con el contrato a pesar de reunir todos los requisitos del art. 2.2, si el consumidor logra acreditar, a modo de prueba en contrario, que se pactó la entrega de una determinada cantidad y que no se entregó toda. Desde la perspectiva de su presentación como criterio subjetivo, por tanto, aquella previsión implica, sólo, una manera distinta (sin duda, mucho más directa) de articular aquel pacto; en ningún caso modifica o altera su función como elemento determinante de la conformidad de la prestación satisfecha. Desde la perspectiva de la presentación de la cantidad como parámetro objetivo (art. 7.1,d Dir. 2019/771), ¿ocurre lo mismo o aquí sí hay algo realmente nuevo? Deberá convenirse en que el art. 7.1,d Dir. 2019/771 implica, también, solo una manera distinta de presentar la cantidad si resulta que aquella prueba en contrario (la que cobija el art. 2.2 Dir. 1999/44 [“Se presumirá...”]) alcanza, no sólo a los pactos o acuerdos entre las partes, sino a cualquier otra manifestación de la buena fe en su vertiente integradora del contrato. Más específicamente: ¿por qué razón deberían resultar requisitos determinantes de la conformidad, por ejemplo, “la calidad y las prestaciones habituales de un bien del mismo tipo que el consumidor pueda fundadamente esperar...” (art. 2.2,d Dir. 1999/44) y no, en cambio, una determinada “cantidad” de bienes si concurren circunstancias acreditadas que avalan que, también fundadamente, pueda esperarse que se entreguen más de uno?⁵⁰

24. Se impone también, finalmente, una observación adicional acerca de los remedios en caso de entrega solo parcial. Se ha indicado que, ni literal ni sistemáticamente (así, en una lectura conjunta de los art. 13 y 16.2 Dir. 2019/771), se excluye que la entrega parcial de los bienes pueda legitimar la resolución total (y no sólo parcial) y directa (luego, no supeditada al fracaso de un primer intento de subsanación) en aquellos casos en que esa falta de entrega parcial constituye una falta de conformidad grave (art. 13.4,c Dir. 2019/771), ya sea porque cuantitativamente los bienes no entregados superan en número los que sí se han puesto a disposición del consumidor, ya sea por la relevancia cualitativa o valor de los no entregados... Tal solución casa mal, técnicamente, con el art. 18 Dir.2011/83. Y es que, en el contexto de esta norma, y salvo supuestos de plazo esencial o voluntad inequívoca de no cumplir, el consumidor no puede optar por la resolución directa a pesar de tratarse, en esta norma, de una falta de entrega total.

⁵⁰ Por lo demás, en el Derecho español y al amparo del art. 61.2 RDL 1/2007, Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de consumidores y usuarios, el consumidor podrá exigir la cantidad de bienes publicitada por el vendedor por razón, precisamente y sin más, del carácter vinculante de la publicidad.

LA RESPONSABILIDAD DE LOS INTERMEDIARIOS EN INTERNET ¿PUERTOS SEGUROS A PRUEBA DE FUTURO?*

LIABILITY OF INTERNET INTERMEDIARIES SAFE AND FUTURE-PROOF HARBOURS?

ESTHER ARROYO AMAYUELAS

Catedrática de Derecho Civil

Titular de la Cátedra Jean Monnet de Derecho Privado Europeo

Universitat de Barcelona

ORCID ID: 0000-0002-2466-7833

Recibido: 11.12.2019 / Aceptado: 10.01.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5225>

Resumen: Transcurridos 20 años desde la promulgación de la Directiva 2000/31, de 8 de junio de 2000, sobre comercio electrónico (DCE), parece llegado el momento de adaptar sus exenciones de responsabilidad a los nuevos modelos de negocio en internet. Todo indica que la nueva DCE no tendrá ya por finalidad preservar los puertos seguros con que ahora cuentan los prestadores de servicios de intermediación (arts. 12-14 DCE), sino prevenir que las nuevas estructuras digitales (plataformas) promuevan y difundan actividades ilícitas. En definitiva, se prevé un incremento de sus deberes de diligencia, con el riesgo de censura provocado por un exceso de celo en la búsqueda de ilegalidades y el correspondiente perjuicio para la libertad de información, expresión y empresa. La Directiva 2019/790, de 17 de abril de 2019, sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital es un buen exponente de los cambios que ya se han producido y de los que se avecinan.

Palabras clave: intermediarios, plataformas, alojamiento, acceso, deber de diligencia, notificación y retirada.

Abstract: Twenty years after the enactment of Directive 2000/31 of 8 June 2000, on electronic commerce (ECD), it seems that the time has come to adapt its safe harbours regulatory framework to the new internet business models. All the signs are that the purpose of the new ECD will no longer be to preserve the safe harbours now available to providers of intermediation services (arts. 12-14 ECD), but to prevent new digital structures (platforms) from promoting and disseminating illicit activities. In short, it is foreseen an increase in their duties of diligence, with the risk of censorship caused by an excess of zeal in the search for illegalities and the corresponding damage to the freedom of information, expression and enterprise. Directive 2019/790 of 17 April 2019 on copyright and related rights in the Digital Single Market is just a good example of the changes that have already taken place and those that are still to come.

Keywords: intermediaries, platforms, hosting, access, duty of care, notice and take down.

Sumario: I. Introducción. II. Los servicios digitales en la actualidad. 1. La neutralidad de los intermediarios. 2. Proveedores activos/pasivos. 3. Las plataformas colaborativas y el copyright.

*Este trabajo tiene su base en la ponencia expuesta en el Congreso Internacional El Derecho privado en el nuevo paradigma digital (Colegio Notarial de Cataluña, Barcelona, 3 y 4 de octubre de 2019). Forma parte de las actividades de la Cátedra Jean Monnet de Derecho privado europeo y también se enmarca en el Proyecto DER2017-82129-P y los estudios llevados a cabo en el seno del Grupo consolidado de investigación de la U. Barcelona (2017 SGR 151).

III. El control editorial. IV. El conocimiento de la ilicitud. 1. La diligencia del operador económico. 2. La notificación. 3. La ilicitud manifiesta. V. El control del tráfico de internet. 1. Alcance de las órdenes judiciales. 2. La iniciativa del intermediario. VI. Los procedimientos de moderación de contenidos. VII. Reflexiones finales.

I. Introducción

1. Hace tiempo que en Europa se cuestiona el rol y las responsabilidades de los intermediarios, o prestadores de servicios de internet, por los contenidos ilícitos que circulan o se alojan en la red. Por el momento, la política de la Comisión Europea, respaldada por parte de la doctrina,¹ ha sido no derogar la Directiva 2000/31, de 8 de junio, sobre comercio electrónico (DCE).² Con todo, la Estrategia del Mercado Único Digital (2015-2018) ha ido acompañada de una notable suavización de los efectos del puerto seguro tal y como se encuentra regulado en los arts. 12-14 DCE.

Como es sabido, la DCE no armoniza los distintos sistemas de responsabilidad de los Estados miembros (Cdo 40), a pesar de que el mosaico heterogéneo que estos ofrecen sin duda obstaculiza la consecución del mercado interior. A semejanza de la americana *Digital Millenium Copyright Act*,³ que es su modelo, la DCE solo prevé algunos supuestos que nunca pueden dar lugar a esa responsabilidad.⁴ Esos puertos seguros o *safe harbours* abarcan todo tipo de infracciones y, por consiguiente, además de la civil, también la responsabilidad penal o administrativa. Solo quedan a salvo los ámbitos expresamente excluidos en el art. 3 DCE.

Una vez perdido el puerto seguro, el intermediario solo será responsable de la infracción si se cumplen las condiciones previstas en el respectivo Estado Miembro para ello. Por consiguiente, la falta de exoneración no equivale a una correlativa y automática imputación de responsabilidad;⁵ en defecto de normativa específica se exigirá, de acuerdo con las normas generales, una acción u omisión, culpa, causación de un daño y relación de causalidad (art. 1902 CC).⁶ Ocurre, sin embargo, que el hecho de perder la inmunidad puede ser considerado un indicio a partir del cual deducir que el prestador tenía conocimiento o contribuyó de alguna manera al ilícito, que es, a la vez, un indicio de que no existió la diligencia debida y, por tanto, un elemento que permitiría imputarle la responsabilidad:⁷ una suerte de culpa indirecta o por

¹ J. B. NORDEMANN, “Liability of Online Service Providers for Copyrighted Content – Regulatory Action Needed?. In-Depth Analysis for the IMCO Committee”, Directorate General for Internal Policies Policy Department A: Economic and Scientific Policy: Brussels, 2018, pp. 1-28.

² DO L 178, de 17.07.2000. Para el detalle, A. L. LODDER, “Directive 2000/31/EC on certain legal aspects of information society services in particular electronic commerce, in the internal market”, en A. LODDER – A.D. MURRAY (eds.), *EU-Regulation of E-Commerce. A Commentary*, Edward Elgar, Cheltenham (UK) - Northampton (MA, USA), 2017, [pp. 15-58], pp. 16-17.

³ *Digital Millenium Copyright Act*, de 28 de octubre de 1998. §§ 201-203, Public Law No. 105-304, 112 Stat. 2860. Para la comparación, M. PEGUERA, “The DMCA Safe Harbors and Their European Counterparts: A Comparative Analysis of Some Common Problems”, *Columbian Journal of Law and the Arts* (Colum.J.L.&Arts), 2009, 32, pp. 481-512. De nuevo, M. PEGUERA POCH, “La exoneración de responsabilidad por infracción directa en la Directiva de Derechos de autor en el mercado único digital”, *Actas de Derecho Industrial* (ADI), 2018-2019, 39, [pp. 229-249], pp. 232-240. Para la evolución paralela de la interpretación jurisprudencial de las respectivas normas, en América y Europa, R. PETRUSO, “Responsabilità degli intermediari di internet e nuovi obblighi di conformazione: robo-takedown, policy of termination, notice and take steps”, *Europa e Diritto Privato*, 2017, 2, pp. 451-510.

⁴ *Vid.* Proposal for a European Parliament and Council Directive on certain legal aspects of electronic commerce (Brussels, 18.11.1998, COM (1998) 586 final), p. 27; Primer Informe sobre la aplicación de la Directiva 2000/31, COM(2003) 702 final, p. 15. Además, STJUE C-236/08 – C-238/08, de 23 de marzo de 2010, *Google France v Vuitton et al.* (ECLI:EU:C:2010:159) (§ 107); STJUE C-324/09, de 12 de julio de 2011, *L’Oréal v eBay* (ECLI:EU:C:2011:474) (§ 107). Es el modelo en el que luego se inspiraría la Member States of the Council of Europe Declaration on freedom of communication on the Internet. *Vid.* Declaración adoptada por el Consejo de Ministros (Committee of Ministers) on 28 May 2003 at the 840th Meeting of the Ministers’ Deputies, especialmente el Principio 6.

⁵ R. YANGUAS, *Contratos de conexión a Internet, Hosting y Búsqueda*, Madrid, Civitas, 2012, pp. 369-370.

⁶ Sobre los distintos tipos de responsabilidad que pueden imputarse al intermediario, G. SARTOR, “Providers Liability: From the eCommerce Directive to the future”, In-Dept Analysis for the IMCO Committee, IP/A/IMCO/2017-07, October 2017, p. 27. Desde un punto de vista de análisis económico, A. DE STREEL – M. BUITEN – M. PEITZ, “Liability of Online Hosting Platforms. Should Exceptionalism End?”, Centre on Regulation in Europe, 2018, pp. 33 ss (disponible en: https://www.cerre.eu/sites/cerre/files/180912_CERRE_LiabilityPlatforms_Final_0.pdf).

⁷ YANGUAS, *Contratos...*, p. 431.

contribución a la causación del daño. Por lo general, la doctrina entiende que el estándar de conducta fijado en las normas de exclusión de responsabilidad se generaliza como paradigma de diligencia mínimo.⁸

2. La política de la Comisión Europea saliente ha sido, por un lado, fomentar la autorregulación de las empresas en la lucha contra los contenidos ilegales y, por el otro, adoptar legislación específica en áreas especialmente sensibles, como las falsificaciones, el *copyright*, el terrorismo, la incitación al odio, la pornografía infantil u otros contenidos audiovisuales nocivos.⁹ Sin embargo, tras las elecciones de 2019, a la nueva Comisión Europea le parece ya llegado el momento de sustituir la norma por una moderna *Digital Services Act* o Ley de Servicios Digitales (en adelante, DSA) que, además de prescindir de la obsoleta denominación de la expresión “servicios de la sociedad de la información”, lleve a cabo la necesaria actualización del régimen jurídico de los puertos seguros (*safe harbours*) o exenciones de responsabilidad de los prestadores de servicios de internet.¹⁰

3. Con el fin de señalar qué cambios son necesarios o por qué lo son y hasta qué punto comportan riesgos, las páginas que siguen abordan cómo hacer efectiva la responsabilidad que cabe esperar de unos intermediarios que, desde hace tiempo, se conocen ya con otro nombre: las plataformas.¹¹ El análisis se hace eco de los retos que la nueva economía y las modernas formas de relación social plantean al Derecho y, en particular, al Derecho privado.¹² Por eso la representación inicial, que sustentaba el desarrollo de la industria gracias a reconocer el papel neutral de los intermediarios, ha dado paso, una vez consolidada esa industria, a un nuevo régimen de imputación de responsabilidad, que exige a las empresas intervenir preventivamente para impedir el ilícito.¹³

⁸ Entre muchos, *vid.* M. PEGUERA POCH, “Los prestadores de servicios de internet y la normativa sobre responsabilidad”, en A. LÓPEZ TARRUELLA (dir.), *Derecho TIC. Derecho de las tecnologías de la información y de la comunicación*, Valencia, Tirant lo Blanc, 2016, pp. 77-101; J. BUSTO LAGO, “La responsabilidad civil de los prestadores de servicios de la sociedad de la información”, en L. F. REGLERO CAMPOS – J. M. BUSTO LAGO (coords), *Tratado de Responsabilidad Civil*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2004, 5ª ed. [pp. 597-747], p. 702.

⁹ Con detalle, A. KUCZERAWY, *Intermediary Liability and Freedom of Expression in the EU: from Concepts to Safeguards*, Cambridge-Antwerp-Chicago, Intersentia, 2019, pp. 75-83. Entre los documentos, *vid.* SWD (2016)172 final, p. 7; COM (2017) 555 final; C(2018) 1177 final; SWD (2018) 408 final. Además, Recomendación 2018/334 de la Comisión de 1 de marzo de 2018 sobre medidas para combatir eficazmente los contenidos ilícitos en línea (DO L 63, de 6.3.2018). En general, *vid.* <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/archive-e-commerce-directive-what-happened-and-its-adoption>.

¹⁰ *Vid.* Orientaciones políticas para la próxima Comisión Europea 2019-2024, p. 14, presentadas por la candidata a la Presidencia de la Comisión Europea, Ursula von der Leyen: “Una nueva norma sobre servicios digitales mejorará nuestras normas de responsabilidad y seguridad para las plataformas, los servicios y los productos digitales y completará el mercado único digital”. Programa disponible en: https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/political-guidelines-next-commission_es.pdf (última consulta: 8.11.2019).

¹¹ Expresamente aludidas en la Directiva 2011/83, de 25 de octubre de 2011, sobre derechos de los consumidores (Cdos 20, 24) (DO L 304, de 22.11.2011). También se refiere a las plataformas de intercambio de videos el nuevo art. 1.1 a) bis de la Directiva 2010/13, de servicios de comunicación audiovisual (en adelante, DSCA), tal y como ha sido modificado por la Directiva 2018/1808 (DO L 303, de 28.11.2018). Y están ampliamente aludidas en el Reglamento (UE) 2019/1150 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea (DO L 186, de 11 de julio de 2019).

¹² D. WIELSCH, “Private Law Regulation of Digital Intermediaries”, *European Review of Private Law* (ERPL), 2019, 2, pp. 197-220. Para las transformaciones en torno a la libertad de expresión, A. BOIX PALOP, “La construcción de los límites a la libertad de expresión en las redes sociales”, *Revista de Estudios Políticos* (REP), 2016, 173, pp. 55-112.

¹³ KUCZERAWY, *Intermediary...*, p. 79: “The current policy discourse is steadily shifting from intermediary liability to intermediary responsibility”; G. FROSIO, “Why keep a Dog and Bark Yourself? From Intermediary Liability to Responsibility”, *International Journal of Law & Information Technology* (IJLIT), 2018, 1, [pp. 1-33], p. 8; G. FROSIO, “Reforming Intermediary Liability in the Platform Economy: A European Digital Market Strategy”, *Northwestern University Law Review* (NULR), 2017, 19 (112), [pp. 19-46], p. 25 (disponible en: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2912272>); A. SAVIN, “EU Regulatory Models for Platforms on the Content Carrier Layers: Convergence and Changing Policy Patterns”, *Nordic Journal of Commercial Law*, 2018, 7, pp. 9-37; DE STREEL – BUITEN – PEITZ, “Liability of Online ...”, pp. 10-32 (disponible en: https://www.cerre.eu/sites/cerre/files/180912_CERRE_LiabilityPlatforms_Final_0.pdf); G. FROSIO – M. HUSOVEC, “Accountability and Responsibility of Online Intermediaries”, en G. FROSIO (ed.), *The Oxford Handbook of Online Intermediary Liability*, Oxford University Press, 2019 (en prensa), pp. 1-17 (disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3451220>). *Vid.* también M. TADDEO – L. FLORIDI (eds), *The Responsibilities of Online Service Providers*, Springer, Switzerland, 2017.

Las reformas a que aquí se haga referencia se explicarán a medida que se señalen las deficiencias que cabe achacar a la actual DCE; en parte, vienen anunciadas en un escueto documento de la Comisión Europea que oficialmente todavía no existe¹⁴ y sus líneas generales han sido recientemente presentadas al Grupo de trabajo sobre telecomunicaciones y sociedad de la información en el Consejo.¹⁵

II. Los servicios digitales en la actualidad

4. En la DCE, la única actividad de los intermediarios que merece ser tenida en cuenta es la de quienes transmiten o alojan contenidos de terceros; se trata de las actividades de acceso, memoria tampón (*caching*) y almacenamiento (*hosting*), que pueden o no ser desarrolladas por proveedores de intermediación distintos. En particular, la actividad de acceso facilita al usuario el enlace a la red mediante la conexión inalámbrica o el cable y el otorgamiento de una IP y tiene una función meramente técnica de transmisión de información (art. 12 DCE). El almacenamiento automático, intermediario y temporal de la información transmitida (memoria tampón o *caching*) persigue reducir el tiempo de transmisión y evitar que internet se sature como consecuencia de una elevada demanda del mismo material (art. 13 DCE). El *hosting* de los datos facilitados por el destinatario del servicio en los servidores del proveedor conectados a internet permite su almacenamiento permanente (art. 14 DCE).

5. No siempre ha sido fácil encajar en algunas de esas categorías otras actividades que han ido surgiendo con posterioridad. Algunos servicios que permiten cargar *software*, gráficos y música o intercambiar información *online*, como chats o plataformas de videos o comercio electrónico, las redes sociales, los servicios peer-2-peer, los blogs o los fóruns de discusión y aun otros que, sobre la base de procesos técnicos, procesan y gestionan la información y la indexan, han ido recibiendo protección específica en los Estados miembros dentro de la actividad de *hosting*, a pesar de no encontrar un anclaje claro en la DCE, donde esa función estaba reservada inicialmente al alojamiento inerte de otro tipo de datos, como páginas web, email o grupos de noticias.¹⁶ Otras veces ha sido la jurisprudencia europea la que ha aclarado que un proveedor de acceso a una red *wifi* debía recibir la protección del art. 12 DCE siempre que el servicio constituyera una actividad económica.¹⁷ El TJUE también ha calificado como proveedor de *hosting* a la plataforma cuyo negocio es explotar una red social en línea.¹⁸ Sin embargo, el TJUE no ha aclarado a qué categoría se ajusta la prestación de servicios de alquiler de nombres de dominio.¹⁹ Además, tampoco ha proporcionado soluciones unívocas para las herramientas de localización de información: a veces ha excluido la responsabilidad de los motores de búsqueda por los anuncios que enlazan con sitios web de terceros que ofrecen a la venta productos falsificados o sin el consentimiento del titular de la marca,²⁰ y otras veces no ha excluido la de otros proveedores de enlaces a los que, en cambio, ha considerado responsables de un acto ilícito de comunicación pública o de explotación de derechos de autor;²¹

¹⁴ Documento de la DG Connect filtrado disponible en: <https://netzpolitik.org/2019/leaked-document-eu-commission-mulls-new-law-to-regulate-online-platforms/> Además, *vid.* <https://euinternetpolicy.wordpress.com/2019/07/30/the-eu-digital-services-act-what-it-is-and-why-it-shouldnt-happen/> (última visita: 17.10.2019); <https://www.inlinepolicy.com/blog/towards-an-enhanced-responsibility-of-online-platforms-the-eu-digital-services-act> (última visita: 17.10.2019).

¹⁵ <https://www.euractiv.com/wp-content/uploads/sites/2/2019/11/DSA.pdf> (última visita: 15.11.2019).

¹⁶ *Vid.* SEC(2011) 1640/2, pp. 26-30; P. VAN ECKE – M. TRUYENS (DLA Piper UK LLP), *EU Study on the Legal Analysis of a Single Market for the Information Society. New Rules for a New Age?. Report Study*, SMART 2007/0037, 2009, Chapter 6: Liability for online intermediaries, pp. 16-17; T. VERBIEST – G. SPINDLER, *et al.*, *Study on the Liability of Internet Intermediaries*, Markt 2006/09/E. Service Contract ETD/2006/IM/E2/69, november 2007, pp. 84 ss.

¹⁷ STJUE C-484/14, de 15 de septiembre de 2016, *Tobias MacFadden* (ECLI:EU:C:2016:689). Con todo, en ese caso el servicio no se proporcionaba a distancia. Llama la atención sobre ese extremo, antes de la sentencia, J. RIORDAN, *The Liability of Internet Intermediaries*, Oxford, Oxford University Press, 2016, p. 393. Para la discusión sobre la necesidad o no de prescindir del requisito, LODDER, “Directive 2000/31/EC...”, en LODDER – MURRAY (eds.), *EU-Regulation...*, pp. 23-24.

¹⁸ STJUE C-360/10, de 16 de febrero de 2012, *Netlog* (ECLI:EU:C:2012:85) (§ 27).

¹⁹ STJUE C-521/17, 7 de agosto de 2018, *SNB-REACT* (ECLI:EU:C:2018:639) (§§ 40 ss).

²⁰ STJUE C-236/08–C-238/08, de 23 de marzo de 2010, *Google France v Vuitton et al.* (ECLI:EU:C:2010:159).

²¹ STJUE C-160/15, de 8 de septiembre de 2016, *GS Media BV* (ECLI:EU:C:2016:644); STJUE C-527/15, de 26 de abril de

y a quienes también ha juzgado infractores de la privacidad por indexar y listar información que contenía datos personales.²²

6. Tampoco los ordenamientos jurídicos nacionales se han servido de argumentos idénticos a la hora de trazar la frontera entre los proveedores de acceso y los de alojamiento. Así, en algunos países, los motores de búsqueda reciben el mismo tratamiento que los proveedores de *hosting* (España, Portugal, Hungría) pero en otros son protegidos de manera semejante a los de acceso (Austria).²³ Para justificar esto último se argumenta que, más que en la actividad de indexación y almacenamiento, debe ponerse el énfasis en la publicación misma surgida del acto de transmisión desde el motor de búsqueda hasta terceras personas.²⁴ Otras veces la equiparación con los proveedores de almacenamiento se niega porque los motores de búsqueda generalmente no editan el contenido que muestran en los resultados, no son la fuente de la información a la que enlazan y no están en condiciones de eliminarla de la web.²⁵ Una adecuada distinción es importante ya que no se exige al proveedor de acceso que remueva el ilícito tan pronto como tenga conocimiento del mismo, como requisito para gozar de la exención de responsabilidad.²⁶ Ocasionalmente, y en el contexto específico del terrorismo, el Consejo Económico y Social Europeo ha llegado a sugerir la necesidad de introducir para ellos la nueva categoría de “proveedores de información”.²⁷

7. Adicionalmente resulta que la DCE no establece si la exclusión de responsabilidad debe aplicarse a aquellos prestadores de servicios intermediarios que, siendo a su vez destinatarios del servicio de *hosting*, permiten a sus propios usuarios crear sus contenidos, por lo menos siempre que la actividad pueda considerarse un servicio de la sociedad de la información. Inicialmente la doctrina negó esa posibilidad,²⁸ pero mayoritariamente no ha sido así. Normalmente se entiende que, si son ilegales los contenidos alojados en el servidor que aloja la página web de quien, a su vez, presta un servicio a sus clientes (e.g. el titular del sitio web que acoge el foro de discusión), a este prestador intermediario también se le deberá aplicar la exención de responsabilidad si concurren los requisitos para ello.²⁹ En España, por lo general, los comentarios de terceros en un blog y los mensajes en un foro o chat han sido

2017, *Stichting Brein Jack v Frederik Wullems* (ECLI:EU:C:2017:300); STJUE C-610/15, de 14 de junio de 2017, *Stichting Brein v Ziggo BV* (ECLI:EU:C:2017:456). Pero *vid.* STJUE C-466/12, Nils Svensson (ECLI:EU:C:2014:76).

²² STJUE C-131/12, de 13 de mayo de 2014, *Google Spain* (ECLI:EU:C:2014:317) y, en aplicación de su doctrina, por primera vez, con carácter retroactivo, SAP Barcelona (Sección 16ª) de 17 de julio de 2014, con comentario de I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, “Indemnización por daños morales derivados de la publicación de resultados en buscadores que afectan al derecho al honor e intimidad y a la protección de datos personales”, *Revista de Derecho Privado* (RDP), 2015, 2, pp. 3-23. De todos modos, la protección de datos es un tema que tradicionalmente ha quedado excluido de la aplicación de la DCE (Cdo 14 y art. 1.5 letra b) DCE). Sin embargo, *vid.* ahora Cdo 21 y art. 2.4 del Reglamento 2016/679, de 27 de abril de 2016, sobre datos personales (DOU L 119, de 4.5.2016).

²³ *Vid.* las referencias que proporciona el juez Eady [2009] EWHC 1765 (QB), de 16 de julio de 2009, *Metropolitan International Schools Limited v Design Technica Corporation et al.* (§§ 90, 100-106). Además, J. VAN HOBOKEN, “Legal space for innovative ordering: on the need to update selection intermediary liability in the EU”, *International Journal of Communications Law & Policy* (IJCL&P), 2009, 13, [pp. 1-21], pp. 8-9 y COM (2003) 702, p. 14, nota 69. Para la jurisprudencia, *vid.* SEC(2011) 1640/2, p. 27.

²⁴ *Vid.* RIORDAN, *The Liability...*, p. 397.

²⁵ A propósito de la regulación austríaca, VAN HOBOKEN, “Legal space...”, p. 9.

²⁶ Es la diferencia con respecto a los proveedores de *hosting*. *Vid.* STJUE C-484/14, de 15 de septiembre de 2016, *Tobias MacFadden* (ECLI:EU:C:2016:689) (§§ 62-63, 65). Antes, YANUAS, *Contratos...*, pp. 255-260 y allí más bibliografía. Además, PEGUERA POCH, “Los prestadores de servicios...”, en LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ (dir.), *Derecho TIC...*, p. 93. De acuerdo, I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, “Comentario a la STJUE, Sala 3ª, de 15 de septiembre 2016 (Asunto C-484/14)”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* (CCJC), 2017, 103, [pp. 499-524], p. 517. Pero *vid.* SAVIN, *EU Internet Law...*, p. 155.

²⁷ EESC Opinion Proposal on Terrorist Content, COM(2018) 640 final-2018-0331 (COD), § 4.2 “Information providers”: search engines that enable identification of and access to content. En esa línea, más genéricamente para cualquier *host*, KUCZE-RAWY, *Intermediary...*, p. 294.

²⁸ A. STROWEL – N. IDE – F. VERHOESTRAETE, “La Directive du 8 Juin 2000 sur le Commerce Electronique: un Cadre Juridique pour l’Internet”, *Journal des Tribunaux* (JT), 2001, [pp. 133-145], Rn. 29, p. 141.

²⁹ E. STAUEGGER, “Haftungsprivilegierung des Hostproviders oder Medieninhaberschaft – tertium non datur”, *Austrian Law Journal* (ALJ), 2015, 1, [pp. 46-66], p. 46 (disponible *online* en: www.austrian-law-journal.at); SARTOR, “Providers Liability...”, p. 27; S. CAVANILLAS MÚGICA, “La responsabilidad de los proveedores de información en la Ley 34/2002, de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico”, en S. CAVANILLAS MÚGICA *et al.*, *Responsabilidades de los proveedores de información en internet*, Granada, Comares, 2007, [pp. 1-39], pp. 38-39; PEGUERA POCH, Miquel, *La exclusión de responsabilidad de los intermediarios de internet*, Granada, Comares, 2007, pp. 274-277.

supuestos subsumidos en las normas sobre exclusión de responsabilidad del prestador de servicios de *hosting* o, a veces, estas normas se les han aplicado por analogía.³⁰

8. Aun habría que saber si la exención se extiende a quienes realizan actividades puramente gratuitas que ni siquiera se financian mediante banners publicitarios (*vgr.* wikis, blogs personales o impulsados por Administraciones públicas). Si se considera que esos prestadores quedan al margen de la definición de “servicios de la sociedad de la información” entonces no gozarían del privilegio,³¹ porque la DCE solo se aplica a los prestadores de servicios de la sociedad de la información y este es todo servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de esos servicios.³² La definición solo incluye a los prestadores de servicios que realizan una actividad económica, aunque el servicio que prestan no sea remunerado por sus destinatarios, como sucede con el suministro de información en línea o las comunicaciones comerciales.³³ En consecuencia, solo esos prestadores gozarían del puerto seguro aunque, a veces, ha sido precisamente el ánimo de lucro lo que ha servido para endurecer los requisitos que les permitían beneficiarse del mismo.³⁴ La DCE deja desprotegidas frente a demandas de responsabilidad a entidades cuyo servicio no es remunerado y que económicamente no son solventes. Eso no tiene mucho sentido si, al fin y al cabo, lo que hacen unos y otros intermediarios es facilitar la comunicación al o entre usuarios.³⁵ Por eso algunos Estados Miembros sí aplican la exención cuando el servicio se presta con carácter gratuito.³⁶ También

³⁰ *Vid.* jurisprudencia en PEGUERA, *La exclusión...*, pp. 284-285; J. LÓPEZ RICHART, “Difamación en la web 2.0 y responsabilidad civil de los prestadores de servicios de alojamiento”, *Derecho Privado y Constitución* (DPyC), 2012, 26, [pp. 143-201], pp. 162-165. En relación con los foros, STS de 7 de enero de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:68); SAP Lugo de 9 de julio de 2009 (ECLI:ES:APLU:2009:611). A propósito de los chats, SAP Barcelona de 3 de marzo de 2010 (ES:APB:2010:2964); sobre blogs, *vid.* STS de 12 de diciembre de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:6385); SAPA Coruña de 18 de abril de 2013 (ECLI:ES:APC:2013:1298), SAP Madrid de 31 de diciembre de 2012 (ECLI:ES:APM:2011:2467) y, por analogía, SAP Las Palmas de 5 de noviembre de 2011 (ECLI:ES:APGC:2010:2228). También en Austria, según STAUEGGER, “Haftungsprivilegierung...”, pp. 55 ss, con argumentos críticos.

³¹ Pero *vid.* recientemente la petición de decisión prejudicial planteada por el Conseil d’État (Francia), C-512/18, de 3 de agosto de 2018 — French Data Network, La Quadrature du Net, Fédération des fournisseurs d’accès à internet associatifs / Premier ministre, Garde des Sceaux, ministre de la Justice. Entre nosotros, admite la exención de responsabilidad de la Administración, A. GALÁN GALÁN, “La responsabilidad por la actividad informativa de la Administración en el marco de los servicios de la sociedad de la información”, *Estudios de Juventud*, 2003, 61, [pp. 17-41], p. 38.

³² Para la definición, *vid.* art. 2 letra a) DCE, que se remite al art. 1 (2) de la Directiva 98/34, recientemente reemplazada por la Directiva 2015/1535, de 9 de septiembre de 2015 (*vid.* art. 1 (d) y Anexo I y II) (DOUE L 241, de 17.09.2015). Para un análisis global, RIORDAN, *The Liability...*, pp. 387-394; LODDER, “Directive 2000/31/EC ...”, en LODDER – MURRAY (eds.), *EU-Regulation...*, pp. 22-26.

³³ Cdo 18 DCE. Además, STJUE C-291/13, de 11 de Septiembre de 2014, *Papasavvas* (ECLI:EU:C:2014:2209) (§ 30): “[...] el artículo 2, letra a), de la Directiva 2000/31 debe interpretarse en el sentido de que el concepto de «servicios de la sociedad de la información», definido en dicha disposición, incluye los servicios que ofrecen información en línea y por los cuales el prestador del servicio obtiene su remuneración, no del destinatario, sino de los ingresos generados por la publicidad que figura en una página de internet. También, STJUE C-484/14, de 15 de septiembre de 2016, *Tobias MacFadden* (ECLI:EU:C:2016:689) (§ 41): “[...] no puede deducirse que una prestación de naturaleza económica realizada con carácter gratuito no pueda constituir en ningún caso un «servicio de la sociedad de la información» en el sentido del artículo 12, apartado 1, de la Directiva 2000/31. En efecto, la remuneración de un servicio efectuado por un prestador en el marco de su actividad económica no es necesariamente abonada por las personas que disfrutan de él”. Además, STJUE C-339/15, de 4 de mayo de 2017, *Luc Vanderborght* (ECLI:EU:C:2017:335) (§ 36): “El Considerando 18 de la Directiva 2000/31 precisa que el concepto de «servicios de la sociedad de la información» cubre una amplia variedad de actividades económicas que se desarrollan en línea y que dichos servicios no se limitan únicamente a servicios que dan lugar a la contratación en línea, sino también, en la medida en que tales servicios representan una actividad económica, son extensivos a servicios no remunerados por sus destinatarios, como aquellos que consisten en ofrecer información en línea o comunicaciones comerciales”. En la doctrina, *vid.* RIORDAN, *The Liability...*, pp. 389-390; LODDER, “Directive 2000/31/EC ...”, en LODDER – MURRAY (eds.), *EU-Regulation...*, p. 23, p. 25. Entiende que la remuneración no tiene que ser un requisito que necesariamente deba concurrir siempre y que las actividades privadas o no empresariales no dejan por ello de ser consideradas servicios de la sociedad de la información, GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, “Comentario a la STJUE, Sala 3ª, de 15 de septiembre 2016...”, pp. 515-516.

³⁴ *Vid.* STEDH 16 de junio de 2015, *Delfi AS v Estonia* (§§ 116, 117) [pero *vid.* el voto disidente de los jueces SAJÓ y TSOTSORIAS (§§ 44-45)]; STEDH de 2 de febrero de 2016, *Magyar Tartalomszolgáltatások Egvesilete e Index.hu ZRT v Hungary* (§ 82); STEDH de 9 de marzo de 2017, *Pihl v Sweden* (§ 31).

³⁵ SARTOR, “Providers Liability...”, pp. 13-14, 27; DE STREEL - BUITEN - PEITZ, “Liability of Online...”, pp. 51-52; LÓPEZ RICHART, “Difamación...”, pp. 160-161.

³⁶ PEGUERA, *La exclusión...*, pp. 218, 274; P. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho privado de internet*, Madrid, Civitas, 2015, 5ª ed., p. 258; VAN EECHE - TRUYENS (DLA Piper UK LLP), ‘Chapter 6: Liability for online intermediaries’, en *EU Study on the*

podría pensarse que, por lo menos alguna actividad, como la referida a los blogs personales, no es tan claro que no constituyan un servicio de la sociedad de la información porque, en realidad, no constituyen una actividad puramente privada o personal, por lo menos si se tiene en cuenta la repercusión pública y los beneficios reputacionales que se traducen en contactos en redes y seguidores. Seguramente, desde ese punto de vista, sí que existen algunos efectos económicos indirectos.³⁷

9. En la Directiva 2019/790, de 17 de abril de 2019, sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital (en adelante, Directiva sobre *Copyright* en el Mercado Único Digital, DCMUD), los prestadores de servicios como las plataformas para desarrollar y compartir *software* o programas informáticos de código abierto (vgr. GitHub), los repositorios científicos o educativos sin fines lucrativos y las enciclopedias en línea, así mismo sin fines lucrativos, no son considerados “prestadores de servicios para compartir contenidos en línea” (eventualmente responsables por la realización de actos de comunicación pública sin la pertinente licencia o autorización), pero quizás tampoco podrían ser considerados prestadores de la sociedad de la información, de acuerdo con la definición tradicional, que la Directiva no modifica (Cdo 62 y art. 2.5 y 6 DCMUD). Ocurre entonces que la aplicación del puerto seguro del art. 14 DCE no es, en realidad, segura, a pesar de la generalidad con la que se expresa el art. 17.3 II DCMUD.

El caso de los *influencers* es distinto. No cabe duda de que realizan un servicio de la sociedad de la información y de que su actividad es remunerada por las empresas para las que trabajan (aunque a veces ese dato se silencie). Sin embargo, la DCMUD establece que la licencia que obtenga la plataforma solo puede cubrir una finalidad no lucrativa; cuando no sea así, aquella será responsable, sin que pueda operar el puerto seguro (Cdo 69).³⁸

10. En definitiva, es tarea del legislador europeo en el futuro aclarar qué servicios digitales merecen ser tenidos en consideración en una nueva directiva o reglamento; en particular, le corresponde decidir si es preciso un puerto seguro para las herramientas de recuperación de información (motores de búsqueda) y los puntos de acceso WiFi en cafeterías y hoteles y los servicios en la nube, las redes de entrega de contenidos, o los servicios de nombres de dominio, por citar algunos ejemplos ya mencionados en el documento filtrado sobre la DSA.³⁹

1. La neutralidad de los intermediarios

11. El Cdo 42 DCE establece una distinción entre prestadores activos y pasivos. Así, solo pueden gozar de la exención de responsabilidad los prestadores que lleven a cabo una actividad meramente técnica, automática y pasiva. Eso excluye a los intermediarios cuya función no sea neutral sino “activa”.

2. Proveedores activos/pasivos

12. La distinción que efectúa el Cdo 42 DCE entre prestadores activos y pasivos solo se refiere a los intermediarios de acceso y de memoria tampón (*caching*). A los prestadores de *hosting* (almace-

Legal Analysis...., p. 39. Expresamente, en Austria: § 19 (2) E-Commerce-Gesetz: “Abs. 1 sowie die §§ 13 bis 18 sind auch auf Anbieter anzuwenden, die unentgeltlich elektronische Dienste bereitstellen” (Versión de 13.11.2018). En Francia: art. 6 (2) Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique.

³⁷ RIORDAN, *The Liability...*, p. 390.

³⁸ G. SPINDLER, “Responsabilidad civil y diligencia de los intermediarios desde la perspectiva de la propiedad intelectual”, *LaNotaria*, 2019, 2 (en prensa).

³⁹ Ampliamente, sobre la tipología de intermediarios de *hosting*, sus funciones, los modelos de negocio que se desarrollan en la actualidad y los incentivos que pueden existir para combatir según qué ilícitos dependiendo de la empresa y los beneficios que se obtengan, J. VAN HOBOKEN – J. P. QUINTAIS – J. POORT – N. VAN EIJK, “Hosting Intermediary Services and Illegal Content Online”, Final Report. A Study prepared for the European Commission DG Communications Networks, Content and Technology, 2018. Smart number 2018/0033, pp. 9 ss.

namiento), de acuerdo con el art 14.1 DCE, les resultaría aplicable el Cdo 46. Sin embargo, aquellos requisitos se han extendido a estos últimos prestadores, cosa que ha sido juzgada incorrecta por buena parte de la doctrina.⁴⁰ Esa extensión fue obra de la STJUE C-236/08 – C-238/08, de 23 de marzo de 2010, *Google France v Vuitton*,⁴¹ a propósito de *AdWords Google service*, que permitía a los anunciantes seleccionar una o varias palabras clave para que, en el caso de que coincidieran con las introducidas por los usuarios en el motor de búsqueda, se mostrara un enlace promocional a la página web del anunciante. Este enlace promocional aparecía bajo la rúbrica “enlaces patrocinados” e iba acompañado de un breve mensaje comercial. Los enlaces llevaban a sitios que ofrecían imitaciones de los productos de *Vuitton* -porque, junto con la marca, *Google* permitía seleccionar palabras como “imitación” o “copia”- y a productos de otros competidores. Se trataba de saber si ello suponía una infracción del derecho del titular de la marca y si *Google* gozaba del privilegio de la exención de la responsabilidad.

13. El TJUE consideró probado que el motor de búsqueda procesaba los datos proporcionados por los anunciantes y que la visualización de los anuncios se realizaba en condiciones que *Google* controlaba; ahora bien, también concluyó que la concordancia entre la palabra clave seleccionada y el término de búsqueda introducido por un internauta no bastaba por sí sola para justificar que *Google* tuviera conocimiento o control sobre los datos introducidos en su sistema por los anunciantes y almacenados en la memoria de su servidor. Por el contrario, parece que podía ser relevante el papel desempeñado por *Google* en la redacción del mensaje comercial que acompañaba al enlace promocional, o en el establecimiento o la selección de palabras clave. Desgraciadamente, el TJUE deja sin responder qué conducta se requiere para que pueda decirse que esta es algo más que meramente técnica, automática y pasiva y deja a los jueces nacionales esa tarea.⁴² Lo que sí que deja claro es que el proveedor de enlaces patrocinados perdería el puerto seguro si, tras llegar a su conocimiento la ilicitud de las actividades del anunciante, no actuara con prontitud para retirar los datos o hacer que el acceso a ellos fuera imposible. Es decir, que respondería por no mantener una actitud colaborativa.

14. El anterior no es un caso aislado. A propósito de *eBay*, y en contra de la Opinión del Abogado General,⁴³ el TJUE también ha considerado que la plataforma de comercio electrónico juega un papel activo y, por tanto, deja de ser neutral, cuando asiste a los vendedores y promociona y fomenta las ventas de productos falsificados o que se comercializan sin el consentimiento del titular de la marca. Para el TJUE puede suponerse que esa promoción conlleva un rol activo (de distribución) que le proporciona el conocimiento o el control de las ofertas ilícitas de venta que almacena, aunque esa es una cuestión que deberá analizar el juez nacional.⁴⁴

⁴⁰ Así, RIORDAN, *The Liability...*, no 12.119, p 402; GIOVANELLA, Federica, “Online Service Providers’ Liability, Copyright Infringement, and Freedom of Expression: Could Europe Learn from Canada?”, en TADDEO - FLORIDI (eds), *The Responsibilities...*, [pp. 221–240], p. 231; PEGUERA POCH, “Los prestadores de servicios...”, en LÓPEZ-TARRUELLA (dir.), *Derecho TIC...*, pp. 92-93; de nuevo, PEGUERA POCH, “La exoneración...”, p. 239, nota 49; KUCZERAWY, *Intermediary...*, pp. 97, 294. El propio Abogado General JÄASKINEN advertía de la incorrección. Lo recuerda ahora LÓPEZ RICHART, Julián, “Un nuevo régimen de responsabilidad para las plataformas de almacenamiento de contenidos generados por los usuarios en el mercado único digital”, *Pe.i. revista de propiedad intelectual*, 2018, 60, [pp. 67-126], pp. 83-84.

⁴¹ ECLI:EU:C:2010:159 (§§ 113 y 116).

⁴² La UK High Court no tuvo que decidir porque los litigantes llegaron a un acuerdo en 2014. Referencias en U. CARSTEN, “Standards for Duty of Care? Debating Intermediary Liability from a Sectoral Perspective”, *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic (JIPITEC)*, 2017, 8, [pp. 111-127], p. 115, nota 35. En el contexto del Derecho de la competencia, la SAP Madrid (Sección 28ª) de 19 de enero de 2018 (AC\2018\496) reitera la licitud del comportamiento de *Google* (que ahora ya utiliza la marca ajena como palabra clave en el servicio de referenciación), dado que la empresa solo trata, procesa, organiza y presenta la información y no redacta el mensaje comercial que acompaña al enlace promocional. En esa misma línea, SAP Alicante (Sección 8ª) de 10 de octubre de 2017 (AC\2018\25).

⁴³ Conclusiones del Abogado General JÄASKINEN en el asunto C-324/09, *L’Oréal v eBay*, presentadas el 9 de diciembre de 2010 (ECLI:EU:C:2010:757) (§§ 140-142, 146).

⁴⁴ STJUE C-324/09, de 12 de julio de 2011, *L’Oréal v eBay* (ECLI:EU:C:2011:474) (§ 116). En esa línea, *vid.* recientemente conclusiones del Abogado General M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, de 28 de noviembre de 2019, en el Asunto C-567/18, *Coty Germany GmbH v Amazon* (ECLI:EU:C:2019:1031) (§§ 56-63, 82, 84), a propósito de la implicación activa de las empresas de Amazon en la distribución de productos que infringen el derecho de marca mediante el programa “Logística de Amazon”.

15. Parece claro que el criterio de la neutralidad que maneja el TJUE exige no tener el control del negocio, lo cual equivaldría a no tener participación en la creación o distribución de los contenidos.⁴⁵ Sin embargo, si incluso asuntos que tienen que ver con la infracción de la marca arrojan resultados dispares en los Estados miembros,⁴⁶ mucho más difícil puede ser establecer qué criterios llevan a perder la neutralidad en otros casos. Lo demuestra la contradictoria jurisprudencia en distintos países y aun dentro de cada país.⁴⁷ Así, mientras que en Alemania el BGH considera que un mercado en línea desempeña un papel activo cuando ofrece directamente la posibilidad de comprar desde los vínculos de la publicidad en línea,⁴⁸ en circunstancias idénticas otro tribunal había entendido antes, en los Países Bajos, que ese mercado en línea no desempeña un papel activo, sino neutro, entre sus clientes-vendedores y los compradores potenciales, de manera que debe beneficiarse del puerto seguro propio de los servicios de alojamiento.⁴⁹ En un asunto relativo a un sitio web de comparación de precios que ofrecía clasificar en los primeros puestos los productos de los comerciantes que pagaban una tasa adicional, la *Cour de Cassation* francesa constató que, al clasificar los productos en los primeros puestos y cobrar una remuneración de terceros comerciantes, la plataforma estaba promocionando indirectamente esos productos y, por tanto, actuaba como proveedor activo de un servicio comercial.⁵⁰ Por el contrario, el BGH consideró que un sitio web de valoración de hoteles no era el responsable de una opinión publicada por un usuario en la que indicaba que, en determinado hotel, «cobran 37,50 EUR por persona y noche y había chinches», porque el sitio web no había fomentado ni difundido activamente esa opinión.⁵¹ Con buen criterio, para saber si el prestador juega o no un rol activo, el BGH discrimina en función de si los contenidos son ajenos o pueden considerarse propios del prestador. Y, naturalmente, no es esto último lo que acaece cuando lo único que sucede es que las valoraciones otorgadas por los usuarios se evalúan estadísticamente mediante la indicación de valores medios o una "tasa de recomendación". No habría, en tal caso, tratamiento de la información o de los datos alojados y, por tanto, tampoco existiría un rol activo.⁵²

16. Es evidente que aferrarse al rol activo para eliminar la exención de responsabilidad perjudica enormemente a los prestadores de servicios de internet que explotan su negocio con actividades esencialmente dinámicas que no existían cuando se aprobó la DCE y que consisten, precisamente, en optimizar la presentación de las obras o prestaciones cargadas por los usuarios y/o promocionarlas. Se diría que esos son hoy la mayoría.⁵³ La propia DSCA advierte que la responsabilidad de las plataformas de intercambio de videos por no proteger al público, en general, o a los menores, en particular, frente a los contenidos que inciten a la violencia o el odio, existiría como consecuencia de una mala organización (presentación, etiquetado, secuenciación, etc.) de esos contenidos. Es decir que esa "actividad" sería totalmente compatible con la exención de responsabilidad por causa de la ilicitud de los contenidos si se dieran las condiciones para que esa exención pudiera aplicarse.⁵⁴ Además, nadie diría tampoco que tiene una actitud pasiva el intermediario que, en el interés general de sus usuarios, adopta medidas de

⁴⁵ PEGUERA, "Los prestadores de servicios...", en LÓPEZ-TARRUELLA (dir.), *Derecho TIC...*, p. 93. Parecidamente, LÓPEZ RICHART, "Un nuevo régimen...", pp. 84-85.

⁴⁶ Una muestra, en relación con la jurisprudencia francesa relativa a eBay, en CARBAJO CASCÓN, Fernando, "Sobre la responsabilidad indirecta de los agregadores de información por contribución a la infracción de derechos de propiedad industrial e intelectual en internet", ADI, 2011-2012, 32, [pp- 51-78], pp. 66-67.

⁴⁷ *Vid.* SWD (2016) 163 final, pp. 136-137. Los ejemplos de la jurisprudencia que se citan a continuación en el texto y notas que siguen se extraen de ese documento, que es una guía sobre la mejor manera de implementar la Directiva 2005/29, sobre prácticas comerciales desleales en el nuevo contexto del e-commerce.

⁴⁸ BGH de 16 de mayo de 2013, *Stokke/eBay*

⁴⁹ Tribunal de Apelación de Leeuwarden, de 22 de mayo de 2012, *Stokke/Marktplaats B.V.*

⁵⁰ Cass. Com, de 4 de diciembre de 2012, *Publicité Sté Pewterpassion.com/Sté Leguide.com.*

⁵¹ BGH de 19 de marzo de 2015, *Hotelbewertungsportal*. En la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Barcelona, de 18 de setiembre de 2019 (AC\2019\1201) no se duda de que Tripadvisor es un prestador de servicios de la sociedad de la información del art. 16 LSSICE, exento de responsabilidad, pero la argumentación discurre por la vía de la infracción de normas de competencia.

⁵² G. SPINDLER, "Haftung ohne Ende? Über Stand und Zukunft der Haftung von Providern", *Multimedia und Recht* (MMR), 2018, [pp. 48-52], p. 49.

⁵³ SARTOR, "Providers Liability...", pp. 26-27; KUCZERAWY, *Intermediary...*, p. 294.

⁵⁴ Cdos 47, 48 Directiva 2018/1808 por la que se modifica la DSCA. *Vid.* el nuevo art. 1.1 a) bis DSCA.

moderación de contenidos ilícitos. Es decir que, por lo menos a los fines de que no se entienda que una política de “no tocar” contribuye a hacer posible el ilícito, se admite que el intermediario mantenga una actitud activa.⁵⁵ Con todo, esta última afirmación ha sido tradicionalmente polémica porque parece que podría chocar con los principios que inspiran la DCE y, por consiguiente, podría cuestionarse *lege lata*. No es así, pero de ello trataré con posterioridad.

17. A la vista de todo lo anterior, más que incluir a los proveedores de *hosting* activos en el ámbito de aplicación de la exención, lo mejor sería abandonar esa distinción entre “rol activo” y “rol pasivo” a la hora de calificar a los proveedores de *hosting* y reemplazar esas expresiones por otros términos más apropiados, como “grado de control”, “desempeño de funciones editoriales”,⁵⁶ o “conocimiento efectivo”. Lo sugiere ahora el documento de la Comisión que se ha filtrado al público y al que ya he aludido con anterioridad.

3. Las plataformas colaborativas y el *copyright*

18. Antes de la promulgación de la DCMUD, en el centro de la polémica se situaba el rol de plataformas como *YouTube*, *Goear* y otras similares, porque era dudoso si la actividad de indexación y catalogación de contenidos excluía la neutralidad del prestador del servicio de alojamiento. Lo mismo cabía decir de la inserción de anuncios, la conclusión de acuerdos con quienes subían vídeos para compartir los ingresos publicitarios derivados de las visitas, o el hecho de permitir al usuario hacer el vídeo visible sólo para sus contactos y ocultar así una posible ofensa. En Italia, un tribunal entendió que nada de eso equivalía a manipular el contenido del vídeo compartido entre múltiples usuarios y, por consiguiente, aquellas actividades no afectaban a la neutralidad de la plataforma. Efectivamente, según el *Tribunale Ordinario* de Turin, 1^o *Sezione Civile*, de 7 de abril de 2017:

FJ 6.2: “[...] il Tribunale ritiene che il punto di discriminare fra fornitore neutrale e fornitore non neutrale debba essere individuato nella manipolazione o trasformazione delle informazioni o dei contenuti trasmessi o memorizzati, come peraltro suggerito (sebbene con riferimento alle attività di “mere conduit” e “caching”) dal considerando n. 43 della Direttiva 2000/31/CE, estensibile, per analogia, anche al caso dell’*hosting*, nonché come anche chiarito dai successivi considerando n. 44 e 46 che richiamano l’intenzionalità e l’inerzia di fronte a specifiche informazioni dell’avvenuto illecito quali momenti di discriminare per il venir meno dell’operatività delle deroghe di responsabilità”.⁵⁷

19. También otros tribunales en Francia⁵⁸ o en España⁵⁹ han rechazado que *YouTube* desempeñara un rol activo por el hecho de tener firmados contratos con entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual, que suponían el otorgamiento de una licencia global sobre los derechos por ellas gestionados; o por exigir una licencia de uso para subir contenidos a la plataforma; o porque en los términos de utilización del servicio se establecieran las directrices para la retirada de archivos que no se correspondieran con los términos del servicio. Tampoco les confería ese rol activo, según algunos

⁵⁵ SARTOR, “Providers Liability...”, p. 29: “In general, we might say that the exemptions from secondary liability should not apply when the provider contributed to the unlawful behaviour of its user by failing to exercise due care, namely, to adopt reasonable measures that could have prevented that behaviour or mitigate its effects [...]”; LODDER, “Directive 2000/31/EC...”, en LODDER – MURRAY (eds.), *EU-Regulation...*, p. 51. Por eso mismo, KUCZERAWY, *Intermediary...*, p. 308, sugiere la necesidad de eliminar la diferencia entre “activo” y “pasivo”.

⁵⁶ *Vid.* ya el nuevo art. 1.1 a) bis DSCA, a propósito del “servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma” o “plataforma de intercambio de vídeos”, que define como “un servicio [...] cuya finalidad [...] consiste en ofrecer al público en general programas, vídeos generados por usuarios o ambas cosas, sobre los que no tiene responsabilidad editorial el prestador de la plataforma...”.

⁵⁷ Texto completo disponible en https://www.laleggepertutti.it/wp-content/uploads/2017/04/sentenza_1928_17.pdf.

⁵⁸ Tribunal Grand d’Instance de Paris (3^e Ch, 1^{ère} Section), de 29 de mayo de 2012, *TF 1 et autres v Youtube*, disponible en <https://www.legalis.net/jurisprudences/tribunal-de-grande-instance-de-paris-3eme-chambre-1ere-section-jugement-du-29-mai-2012/>

⁵⁹ JUR 2014\36900. *Vid.* FJ 15-17.

jueces, que el personal de *YouTube* seleccionara determinados vídeos de entre los popularizados por los usuarios del sistema, o los hiciera figurar en la sección de videos destacados, según las sugerencias que estos últimos les hicieran llegar. Según la SAP Madrid de 14 de enero de 2014 (Sección 28^a), ninguna de esas actividades determina la existencia de conocimiento o control:

“La índole de tales labores, frente a lo que se nos quiere hacer ver por las recurrentes, no resiste la menor comparación con la de las que fueron objeto de consideración en las sentencias Google France y L'Oreal” (FJ 17).

20. Sin embargo, es evidente que otros casos se han resuelto de manera distinta, fruto de la percepción que el modelo de negocio se basaba esencialmente en la violación de derechos de autor.⁶⁰ En el contexto de los hipervínculos que proporcionan enlaces a obras protegidas sin autorización de su autor, el TJUE ha establecido una presunción *iuris tantum* de conocimiento del ilícito cuando esa actividad se realizaba con ánimo de lucro y ha entendido que no operaba la exención de responsabilidad, por considerar que existía una intervención activa de puesta a disposición de la obra.⁶¹ Las hipotéticas infracciones también alcanzan a la publicación gratuita de contenidos de audio en internet, a los reproductores multimedia con hipervínculos preinstalados que permiten acceder en *streaming* a obras ilegalmente publicadas en internet y a intercambios de ficheros protegidos sin autorización del titular mediante redes p2p.⁶²

21. Todo ello ha llevado a los legisladores nacional⁶³ y europeo a replantear el rol de los intermediarios de internet y, en particular, las grandes plataformas sin cuya colaboración los terceros no podrían llevar a cabo actos ilícitos contrarios a la propiedad intelectual de los autores. Precedida de la jurisprudencia del TJUE que, con argumentos más o menos convincentes, ha tratado de combatir la piratería,⁶⁴ ahora la DCMUD pretende que los proveedores de servicios de la sociedad de la información cuyo negocio sea reproducir o referenciar de forma automática cantidades significativas de obras visuales protegidas por derechos de autor (*Youtube, Facebook, DailyMotion, etc.*) concluyan acuerdos con todos los titulares de derechos, con el fin de garantizar la remuneración equitativa de los mismos (“*value gap*”). Así que esas plataformas que permiten cargar contenidos no autorizados son responsables, por el mero hecho de almacenar y facilitar el acceso a los contenidos almacenados por otros, de un acto de comunicación pública de obras protegidas por derecho de autor.⁶⁵

⁶⁰ LG Hamburg (310 O 461/10), de 20 de abril de 2012, *GEMA v Youtube*.

⁶¹ Para el análisis, *vid. I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ*, “El concepto autónomo de «comunicación al público» en la jurisprudencia del TJUE”, *Pe. i. revista de propiedad intelectual*, 2019, 61, pp. 13-67; A. RUBÍ PUIG – P. RIVAS, “El nuevo derecho de acceso (Evolución de la jurisprudencia del TJUE en materia de comunicación al público en relación con las actividades que facilitan el acceso a obras protegidas)”, *Pe. i. revista de propiedad intelectual*, 2018, 58, pp. 13-86. Analizan -y afirman- la compatibilidad de la jurisprudencia del TJUE con la DCE, NORDEMANN, “Liability of Online Services..”, pp. 22-24; RUBÍ PUIG – RIVAS, “El nuevo derecho de acceso...”, pp. 79-81.

⁶² A propósito del prestador que permite compartir archivos protegidos por derechos de autor sin autorización de sus titulares mediante redes p2p, *vid. STJUE C-610/15*, de 14 de junio de 2017, *Stichting Brein v Ziggo BV* (ECLI:EU:C:2017:456) (§§ 26, 29 36-37). En España, hay un antes y un después, que viene marcado por la L. 2/2014. Para las sentencias más recientes, *vid. SAP Madrid* (Sección 28^o) de 4 de diciembre de 2017 (AC 2017/1593), sobre enlaces “e2dk” (a las redes de pares); sobre la actividad infractora de “Roja Directa”, *vid. Juzgado de lo Mercantil de A Coruña* de 1 de febrero de 2017 (AC/2017/306) y *SAP La Coruña* (Sección 4^o) de 28 de diciembre de 2018 (AC/2019/194); en relación con *Goear*, *vid. STS* (Sala 3^o) de 27 de junio de 2019 (RJ2019/2604). En cuanto a las páginas para subir enlaces, *vid. todavía la sentencia del Juzgado de lo Penal n° 4 de Murcia*, de 21 de junio de 2019 (ARP\2019\930), que absuelve a los intermediarios demandados. *Vid. recientemente, M. OROZCO GONZÁLEZ*, *Nuevos retos de los derechos de autor en la sociedad digital*, Cizur Menor, Aranzadi, 2019, pp. 224 ss.

⁶³ En Alemania, *vid. el nuevo § 8 (1) TMG*, que exige intencionalidad. En España, *vid. art. 138.2, 195.2 letra b) TR-LPI*.

⁶⁴ Fundamentalmente, *STJUE C160/15*, de 8 de septiembre de 2016, *GS Media BV* (ECLI:EU:C:2016:644); *STJUE C-527/15*, de 26 de abril de 2017, *Stichting Brein Jack v Frederik Wullems* (ECLI:EU:C:2017:300); *STJUE C-610/15*, de 14 de junio de 2017, *Stichting Brein v Ziggo BV* (ECLI:EU:C:2017:456).

⁶⁵ Aunque en relación con la Propuesta DCMUD, señala el apartamiento que supone de la jurisprudencia del TJUE, que siempre había exigido el conocimiento, LÓPEZ RICHART, “Un nuevo régimen...”, p. 124. Sobre los niveles de conocimiento, RUBÍ PUIG – RIVAS, “El nuevo derecho de acceso...”, pp. 63-66.

22. Inicialmente la Propuesta de DCMUD, de 14 de septiembre de 2016, iba más allá de la STJUE C-324/09, de 12 de julio de 2011, *L'Oréal v eBay*, al excluir de la exención de responsabilidad a todos los “hosting activos”, sin importar en absoluto la manera en que se pudiera llevar a cabo la optimización de los contenidos.⁶⁶ La expresión “hosting activo” ha desaparecido en la DCMUD finalmente aprobada pero, seguramente, eso ha sido a costa de eliminar la cualificación como intermediario de las grandes plataformas de difusión de música y videos (art. 17.3 I DCMUD).⁶⁷ Con todo, no puede desconocerse que su condición de prestadores de *hosting* no desaparece si se trata de juzgar infracciones distintas de la vulneración de derechos de autor, incluso cuando este último tipo de infracciones también concurra (Cdo 65, art. 17.3 II DCMUD).⁶⁸ Puesto que en esos casos sí que puede regir el puerto seguro del art. 14 DCE, algún autor ha concluido que lo único que sucede es que estas plataformas ya no gozarán de exención cuando cometan una infracción directa.⁶⁹ Efectivamente, parece que la calificación como *hosting* para un mismo proveedor no puede depender de que se cometan unos u otros ilícitos. Ahora bien, no es descartable que sea eso exactamente lo que ocurra, si se admite que la calificación puede estar en función de la directiva que en cada caso se declare aplicable. Puede ser argumento que refuerce la condición de intermediaria de la plataforma que el Cdo 66 afirme que no es ella la que carga los contenidos y que, a pesar de que no exista una mención explícita al art. 15 DCE, la referencia a ese artículo esté implícita en el art. 17.8 DCE.⁷⁰ La DCMUD se aprueba mientras están pendientes de resolución dos cuestiones prejudiciales que, entre otras demandas, precisamente tratan de aclarar eso mismo.⁷¹

23. En cualquier caso, es significativo el cambio de perspectiva: a diferencia del art. 14 DCE, que se pronuncia en términos de exención (condicionada) de responsabilidad -a partir del conocimiento y retirada o *take down*-, la DCMUD se expresa en términos de responsabilidad directa de las empresas que, a su vez, también se presenta condicionada a una serie de requisitos: que obtengan licencias, o que filtren y bloqueen contenidos (Cdo 66 I-IV y art. 17.4 DCMUD). Dejando de lado las limitaciones aplicables a empresas más jóvenes o de menor tamaño (art. 17.6 DCMUD), no cabe duda de que la norma perjudica la difusión de contenidos generados por los usuarios que son, generalmente, obras compuestas o derivadas en los que se integran contenidos de terceros (e.g. música, fotos) que no necesariamente encontrarán acomodo en las excepciones.⁷² Se trata de excepciones que, por lo demás, no queda claro que sean obligatorias en todos los Estados.⁷³ Además, si la licencia no ha sido concedida previamente por el

⁶⁶ Cdo 38 y art. 13 COM(2016) 593 final. Muy críticos, CARSTEN, “Standarts for Duty of Care?...”, p. 116; S. STALLA-BOURDILLON, “Des intermédiaires de l’Internet aux plateformes en ligne en passant par les fournisseurs d’hébergement: repenser le paradigme «de la neutralité» à l’aune des droits fondamentaux”, en J. SÉNÉCHAL – S. STALLA-BOURDILLON (dirs.), *Rôle et responsabilité des opérateurs de plateforme en ligne: approche(s) transversale(s) ou approches sectorielles ?*, Paris, Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne, 2018, [pp. 61-86], pp. 73-74. Entre nosotros, LÓPEZ RICHART, “Un nuevo régimen...”, pp. 94-98.

⁶⁷ Cdos 62, 63 y arts. 2.6, 17.3 DCMUD.

⁶⁸ OROZCO GONZÁLEZ, *Nuevos retos...*, p. 187. Antes, en relación con la Propuesta de Directiva, LÓPEZ RICHART, “Un nuevo régimen...”, pp. 97-98.

⁶⁹ Que las infracciones directas están amparadas por el puerto seguro no es afirmación unánime, pero lo sostiene PEGUERA POCH, “La exoneración...”, pp. 237-241.

⁷⁰ PEGUERA POCH, “La exoneración...”, p. 241, nota 57; p. 245, nota 86.

⁷¹ Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof (Alemania), C-682/18, de 6 de noviembre de 2018 — LF / Google LLC, YouTube Inc., YouTube LLC, Google Germany GmbH; Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof (Alemania), C-683/18, de 6 de noviembre de 2018 — Elsevier Inc. / Cyando AG.

⁷² Para la definición y problemática que encierran esos contenidos, *vid.* R. EVANGELIO LLORCA – J. LÓPEZ RICHART, “El derecho de autor en el entorno digital”, en LÓPEZ-TARRUELLA (dir.), *Derecho TIC...*, [pp. 163-208], pp. 169-172. Con más detalle, a propósito de la posibilidad de salvar los límites establecidos en la Directiva 2001/29, *vid.* I. GARROTE FERNÁNDEZ-DIEZ, “¿Puede crearse un nuevo límite en la ley de propiedad intelectual española para dar cobertura a los contenidos generados por los usuarios?”, en J. J. MARÍN LÓPEZ – R. CASAS VALLÉS – J. C. SÁNCHEZ ARISTI (coords.), *Estudios sobre la ley de propiedad intelectual: últimas reformas y materias pendientes*, Madrid, Dyckinson, 2016, pp. 257-295.

⁷³ Compárese el Cdo 70 DCMUD: “Esas excepciones y limitaciones deben por lo tanto ser obligatorias a fin de garantizar que los usuarios reciban una protección uniforme en toda la Unión”, con el art. 17.7 DCMUD: “Los Estados miembros garantizarán que los usuarios en cada Estado miembro puedan ampararse en cualquiera de las siguientes excepciones o limitaciones vigentes”. Lo advierte PEGUERA POCH, “La exoneración...”, p. 246. Sin embargo, puede que “vigentes” no se refiera las efectivamente existentes en los Estados Miembros, sino a las existentes ya en la Unión Europea (en el art. 5 Directiva InfoSoc). Para esa consideración y aun otras que tratan de asegurar una recta aplicación del art. 17 DCMUD, *vid.* J. QUINTAIS – G. FROSIO – S.

autor será difícil obtenerla cuando quien suba los contenidos sea persona distinta y ello induce a pensar que solo se cargarán los contenidos que hayan sido previamente autorizados.⁷⁴ Es problemática también la manera prevista para detectar las ilegalidades. A ello se aludirá más adelante.

III. El control editorial

24. Uno de los criterios que tradicionalmente se ha hecho servir para considerar que los intermediarios no merecen el puerto seguro al que pretenden acogerse es el del control editorial o, lo que es lo mismo, la “selección” o “modificación” de contenidos. En particular, el art. 12 DCE solo permite a los proveedores de acceso manipulaciones técnicas en el contenido transmitido (Cdo 43). Aunque en ningún lugar la DCE explica lo que eso significa, cabe entender incluidas en la expresión actividades como la compresión de datos para reducir el tamaño de un fichero,⁷⁵ la fragmentación de los ficheros o el añadido de una información de cabecera,⁷⁶ e incluso la eliminación automática de virus o spam de los correos electrónicos.⁷⁷ Por su parte, el proveedor de *hosting* pierde el privilegio si aloja contenido ilegal bajo la dirección o control del intermediario (art. 14.2 DCE). En tal caso, el contenido ya no puede tratarse como si proviniera de terceros, sino del propio prestador que, en consecuencia, dejaría de comportarse como mero intermediario.⁷⁸ Tanto el art. 12 como el art. 14 DCE son problemáticos.

25. El art. 12 DCE es problemático porque, como ya se ha dicho, no explica en qué consisten las “modificaciones técnicas” y, por consiguiente, se han planteado interrogantes en torno a si actividades voluntarias distintas de las mencionadas con anterioridad de filtrado de tráfico, inserción de anuncios en páginas web, o el filtrado textual de conversaciones de chat pueden entrar en esas categorías.⁷⁹ La limitación voluntaria del acceso a ciertos contenidos que pueden ser considerados ilícitos o perjudiciales, como la pornografía, la pedofilia, el abuso sexual o la incitación al odio no debería estar penalizado, no solo porque ese actuar beneficia a todos los usuarios, sino porque claramente el intermediario no hace suyo el contenido que transmite al impedir su circulación.⁸⁰ Sin embargo, qué duda cabe de que *lege lata* existe el riesgo de que esa actuación pudiera ser cualificada de control editorial.⁸¹ Además, los intermediarios no son jueces y un exceso de celo podría comportar una censura indebida, que es todo lo contrario a la finalidad perseguida con la instauración del puerto seguro.

26. La situación descrita en el art. 14.2 DC, que establece que la exención no se aplicará cuando el destinatario del servicio actúe bajo la autoridad o control del prestador de servicios, concurre

VAN GOMPEL – P. B. HUGENHOLTZ – M. HUSOVEC – B. J. JÜTTE – M. SENFTLEBEN, “Safeguarding User Freedoms in Implementing Article 17 of the Copyright in the Digital Single Market Directive: Recommendations from European Academics” (November 11, 2019), p. 3 (en SSRN: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3484968) (última consulta: 12.11.2019).

⁷⁴ PEGUERA POCH, “La exoneración...”, p. 246.

⁷⁵ Ahora lo prevé expresamente el Cdo 11 Reglamento 2015/2120, por el que se establecen medidas en relación con el acceso a una internet abierta (DO L 310, de 26.11.2015).

⁷⁶ UK Department of Trade and Industry, A Guide for Business to the Electronic Commerce (EC Directive) Regulations 2002 (SI 2002/2013), p. 25, Regulation 17 (1): “Manipulations of a technical nature that take place in the course of the transmission (e.g. the automatic adding of headers) [...] do not fail this test if they do not alter the integrity of the information contained in the transmission” (disponible en: <https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20121212135622/http://www.bis.gov.uk/files/file14635.pdf>) (última visita: 7.12.2019).

⁷⁷ UK Department of Trade, A Guide..., p. 25, Regulation 17 (1): “[...] the automated removal of viruses from emails do not fail this test if they do not alter the integrity of the information contained in the transmission”.

⁷⁸ M. CLEMENTE MEORO, “La responsabilidad civil de los prestadores de servicios de la sociedad de la información”, en M. CLEMENTE MEORO – S. CAVANILLAS MÚGICA, *Responsabilidad civil y contratos en internet*, Granada, Comares, 2003, [pp. 1-116], p. 98; M. TESCARO, “Die zivilrechtliche Haftung von Internet-Providern in Italien: Umsetzung der E-Commerce-Richtlinie gegen Tendenzen der Rechtsprechung”, *Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union* (GPR), 2014, 5, [pp. 270-277], p. 271.

⁷⁹ VAN EECKE -TRUYENS (DLA Piper UK LLP), ‘Chapter 6: Liability for online intermediaries’, en *EU Study on the Legal Analysis...*, p. 14.

⁸⁰ PEGUERA, *La exclusión...*, pp. 247-248.

⁸¹ SAVIN, *EU Internet Law...*, p. 155.

cuando el destinatario del servicio trabaja (elabora contenidos) para el prestador, que actúa como su empleador o supervisor.⁸² El control no se ejerce sobre la información, sino sobre la actuación del destinatario del servicio.⁸³

Sin embargo, se ha afirmado que el contenido generado por el usuario puede entenderse creado bajo el control del prestador cuando el intermediario especifica, en los términos y condiciones para el acceso, qué puede o no ser publicado en la plataforma participativa (e.g. Facebook) y también cuando se reserva la facultad de editar los contenidos generados por el usuario (e.g. Wikipedia).⁸⁴ También a veces se entiende que el prestador tiene control sobre el usuario mediante el moderador del foro o grupo de noticias.⁸⁵ En particular, la STEDH de 16 de junio de 2015, *Delfi AS v Estonia*, equipara al editor de prensa al intermediario que gestiona un portal de noticias de Internet que permite a sus lectores introducir comentarios (aunque es así solo porque estima que en ambos casos se trata de una gestión profesional que tiene carácter comercial).⁸⁶

27. El control que ejercen los intermediarios en todas esas situaciones nunca puede equipararse a un control editorial por varias razones: son los usuarios quienes eligen al intermediario y no al revés, no es posible identificar a los destinatarios del servicio, y es muy difícil moderar en tiempo real; esto último debe entenderse como imposibilidad de llevar a cabo una censura previa, a diferencia de lo que sucede con las cartas de los lectores en un diario.⁸⁷ Tampoco la moderación *a posteriori* podría ser un indicio de que esos contenidos son introducidos a instancias del proveedor de servicios o de que este los selecciona y -aunque este ya es otro tema- mucho menos puede entenderse que el hecho de moderar le proporciona un conocimiento del ilícito que le hace perder la exención.⁸⁸

Hay que asumir, en favor de la libertad de expresión y en pro de la innovación, que lo mejor que pueden hacer los prestadores de servicios de internet es facilitar canales para que fluya la información. Con esa finalidad, también la *Communications Decency Act* americana protege tanto a los proveedores de servicios de internet como a los que permiten interactuar a sus usuarios gracias a la publicación de sus contenidos.⁸⁹

⁸² LODDER, “Directive 2000/31/EC...”, en LODDER – MURRAY (eds.), *EU-Regulation...*, p. 52; M. BARRIO ANDRÉS, *Fundamentos del Derecho de internet*, Madrid, CEPC, 2017, p. 381; KUCZERAWY, *Intermediary...*, pp. 62-63.

⁸³ *Vid.* COM (1998) 586 final, p. 30: “It should be stressed that the relevant control is the control of the recipient’s acts and not the control over the information as such”; LODDER, “Directive 2000/31/EC...”, en LODDER – MURRAY (eds.), *EU-Regulation...*, p. 52. Por el contrario, P. BAISTROCCHI, “Liability of Intermediary Service Providers in the EU Directive on Electronic Commerce”, *Santa Clara HLLJ*, 2003, 19, [pp. 111-130], p. 123: “[...] the ISPs may be held liable if they have some form of “control” over the information”; SAVIN, *EU Internet Law...*, p. 162: “The presence of such editing potentially removes liability protection and turns intermediaries into editors who bear primary or secondary liability”.

⁸⁴ BARRIO, *Fundamentos...*, p. 381. Por el contrario, *vid.* Recommendation CM/Rec(2018)2 of the Committee of Ministers to Member States on the roles and responsibilities of internet intermediaries [Marzo 2018]. Apéndice 1.3.3: “When intermediaries remove content based on their own terms and conditions of service, this should not be considered a form of control that makes them liable for the third party content for which they provide access”.

⁸⁵ Para la discusión en los distintos derechos nacionales, VERBIEST - SPINDLER *et al.*, *Study on the Liability...*, p. 47.

⁸⁶ STEDH de 16 de junio de 2015, *Delfi AS v Estonia* (§§ 115-116).

⁸⁷ *Vid.* el voto particular disidente de los jueces SAJÓ y TSOTSORIAS en la STEDH de 16 de junio de 2015, *Delfi AS v Estonia* (§ 47): “[...] in normal circumstances the active intermediary has no personal control over the person who posts the message. The commenter is not the employee of the publisher and in most cases is not known to the publisher. The publication occurs without the decision of the editor. Hence, the level of knowledge and control differ significantly”; (§ 48): “Control *presupposes* knowledge. In this regard the difference between the editor/publisher and the active intermediary is obvious.” Sobre la aplicación del art. 65 de la Ley de Prensa en internet, con opiniones no coincidentes con las expresadas en el texto, *vid.* P. GRIMALT SERVERA, “La responsabilidad de los proveedores de información en internet y la Ley 14/1966, de Prensa e Imprenta”, en CAVANILLAS MÚGICA *et al.*, *Responsabilidades...*, [pp. 41-81], pp. 68 ss.

⁸⁸ CAVANILLAS MÚGICA, “La responsabilidad...”, en CAVANILLAS MÚGICA *et al.*, *Responsabilidades...*, p. 37; LÓPEZ RICHART, “Difamación...”, pp. 187-188, con crítica a jurisprudencia nacional contraria. Recientemente, a partir de exigir el control del moderador sobre la información publicada en el foro con contenidos patentemente ilícitos, STS de 26 de febrero de 2013 (RJ2013\2580); STS de 5 de mayo de 2016 (RJ 2016\2451).

⁸⁹ 47 U.S.C. § 230 (c) (1) Communication Decency Act. Sobre la misma, KUCZERAWY, *Intermediary...*, pp. 67-73, esp. pp. 70-73 y pp. 268 ss.

IV. El conocimiento de la ilicitud

28. Los arts. 13-14 DCE establecen la exención de responsabilidad para la actividad de *caching* (copia temporal) y *hosting* (almacenamiento), siempre que el proveedor elimine el contenido ilegal tan pronto como tenga conocimiento de la ilicitud. En relación con la actividad de *hosting*, el art. 14.1 a) DCE recalca que puede tratarse de un conocimiento presunto o indiciario, pero esto último solo si se pretende reclamar daños y perjuicios; es decir, solo si se exige responsabilidad civil.⁹⁰ Por otro lado, ya se ha dicho que el art. 12 DCE no exige el conocimiento de la infracción a los proveedores de acceso.

29. La DCE no aclara si el conocimiento efectivo o presunto de la ilicitud debe referirse a informaciones ilícitas concretas o si basta con un conocimiento general de que el proveedor puede albergar contenidos ilícitos. Desde luego, esto último pondría mucha más presión sobre el intermediario y por eso debe rechazarse.⁹¹ La cuestión ha sido sometida a la consideración del TJUE aunque, en relación con el *copyright*, la respuesta tendrá poco recorrido, una vez aprobada la DCMUD.⁹²

30. Cómo adquiere el prestador conocimiento de que aloja contenidos ilícitos ha sido resuelto por la STJUE C-324/09, de 12 de julio de 2011, *L'Oréal v eBay*. En esa sentencia, el TJUE decidió que, para que se le niegue al prestador de un servicio de la sociedad de la información la posibilidad de acogerse a la exclusión de responsabilidad prevista en el art. 14 DCE, basta con que aquél haya tenido conocimiento de hechos o circunstancias a partir de las que un operador económico diligente hubiera debido deducir ese carácter ilícito. Según el TJUE serviría cualquier situación mediante la cual el prestador en cuestión adquiriera conocimiento, de una forma o de otra, de tales hechos o circunstancias. Esto comprende su propia investigación, la notificación de terceros, o la evidencia de la ilegalidad. En España los tribunales han declarado reiteradamente que no es preciso esperar a obtener una resolución judicial o administrativa.⁹³ Aunque, desde luego, el único medio seguro para hacer adquirir conocimiento de la infracción al prestador intermediario es la sentencia o resolución del organismo competente (*vgr.* la Comisión para la Defensa de los Derechos de Propiedad Intelectual; la Agencia de Protección de Datos), si estas fueran la única fuente de conocimiento, probablemente llevaría demasiado tiempo dar satisfacción a las víctimas y no evitaría que en el ínterin se cometieran nuevas infracciones. Si, además, la infracción fuera evidente, la necesidad de obtener una resolución no haría más que incrementar el perjuicio.⁹⁴

1. La diligencia del operador económico

31. El deber de diligencia o *duty of care* es un concepto vago, cuya definición la DCE abandona a los Derechos nacionales, que son los que deberían concretar las medidas que lo ejemplifican. El dato

⁹⁰ Contra esa interpretación, *vid.* las conclusiones del Abogado General JAASKINEN, de 9 de diciembre de 2010, en el Asunto C-324/09 (*L'Oréal*) (§§ 162-163) (ECLI:EU:C:2010:757).

⁹¹ Contra esa posibilidad, GIOVANELLA, "Online Service Providers' Liability...", en TADDEO-FLORIDI (eds), *The Responsibilities...*, p. 231; LÓPEZ RICHART, "Un nuevo régimen...", pp. 76-77. En esa línea, sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Madrid de 20 de septiembre de 2010 (AC 2010/1462), en cita e interpretación de A. RUBÍ PUIG, "Derecho al honor *online* y responsabilidad civil de los ISPs", *InDret*, 2010, 4, [pp. 1-20], pp. 17-18.

⁹² *Vid.* Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof (Alemania), C-683/18, de 6 de noviembre de 2018 — Elsevier Inc. / Cyando AG. Además, Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof (Alemania), C-682/18, de 6 de noviembre de 2018 — LF / Google LLC, YouTube Inc., YouTube LLC, Google Germany GmbH.

⁹³ Sobre el particular, RUBÍ PUIG, "Derecho al honor...", esp. pp. 12 ss; CARBAJO, "Sobre la responsabilidad...", pp. 56-57.

⁹⁴ STS de 7 de enero de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:68): "[...] es claro que, en el actual mundo de las telecomunicaciones, caracterizado por la facilidad y rapidez de difusión de los datos, remitir al perjudicado a la previa obtención de una declaración formal de ilicitud, cuando la intromisión en el derecho fundamental al honor es tan notoria como en el caso que nos ocupa [...] multiplicaría los perjuicios ocasionados, hasta el extremo de que, cuando obtuviese respuesta a la tutela judicial pretendida, aquellos perjuicios pudieran ser ya irreparables". *Idem*, STS de 5 de mayo de 2016 (RJ 2016/2451). Se hace eco, Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Purchena (Almería), de 18 de septiembre de 2018 (JUR\2018\96977). En la doctrina, DE MIGUEL, *Derecho privado...*, p. 261; Sin embargo, el Juzgado de lo Penal nº 4 de Murcia, de 21 de junio de 2019 (ARP\2019\930), en el famoso caso "Serieyonkis", interpreta literalmente el art. 16 LSSICE y exige una sentencia para que el intermediario pueda conocer la ilicitud.

cierto es que el prestador infringe ese deber siempre que conociera o debiera haber conocido la actividad ilegal y, sin embargo, no hubiera hecho nada por bloquearla o removerla.⁹⁵ Es decir que la diligencia exigiría una actuación reactiva. La cuestión es si, además, obliga a tomar medidas voluntarias y preventivas, proactivas, para impedir que la ilicitud tenga lugar. Parece que sí, que los intermediarios deberían adoptar especiales deberes de cuidado, a la vista de la exigencia prevista en el Cdo 48, que permite a los Estados miembros exigir a los prestadores de servicios de *hosting* la diligencia que razonablemente pudiera esperarse para detectar y prevenir determinados tipos de actividades ilegales. Ahora bien, por un lado, ese Cdo 48 al que se acaba de aludir preceptúa que tal deber de diligencia venga concretado legalmente (“*que esté especificado en el Derecho nacional*”). Esto no solo se refiere a los ámbitos concretos de actuación en relación con “casos específicos” (Cdo 47) -por ejemplo, ante ilegalidades manifiestas, como pornografía infantil, incitación al odio o enaltecimiento del terrorismo-, sino que, seguramente, se refiere también a las medidas que los prestadores deberían adoptar.⁹⁶ Por otro lado, existe el límite del art. 15.1 DCE, que prohíbe el control general de todos los contenidos y no permite que pueda obligarse a los intermediarios a buscar hechos ilícitos “en general”. Un control general es difícil por la cantidad de contenidos que circulan por internet⁹⁷ y seguramente exigiría costes excesivos a las empresas que, de esta manera, perderían incentivos para invertir en el negocio; además, se pondría en riesgo la libertad de expresión e información de los usuarios. Con todo, eso es así, en teoría; en la práctica, las cosas han ido por otros derroteros. De ello se tratará más adelante.

32. El deber de diligencia no puede equivaler a un deber de vigilancia permanente, porque eso equivaldría a establecer la responsabilidad objetiva del intermediario por el mero hecho de poner a disposición del público herramientas y espacios que faciliten las actividades ilegales.⁹⁸ El mismo Cdo 48 DCE alude a la diligencia, que “cabe esperar razonablemente” de los prestadores. Por el contrario, la solución que finalmente ofrece la DCMUD es la de exigirles “los mayores esfuerzos” por garantizar la indisponibilidad de obras sin licencias de acuerdo con normas sectoriales *strictas* de diligencia profesional y los desarrollos (incluso futuros) de la industria (Cdo 66 II, art. 17.4 letra b). La diligencia tiene que adaptarse a la tecnología y el modelo de las empresas, pero la amenaza de imputación de responsabilidad que, a su vez, viene determinada por el nivel de actividad de esas empresas, les obliga a crear esa tecnología y, por consiguiente, a incrementar su nivel de control.⁹⁹

33. Todavía existe el peligro de que la adopción voluntaria de medidas para prevenir el ilícito se identifique con un conocimiento de la ilegalidad que acabe terminando por calificar al proveedor de “activo”. Llama mucho la atención la insistencia con que la Comisión Europea reitera que las medidas voluntarias adoptadas para aumentar la confianza y ofrecer un servicio más competitivo no deben interpretarse automáticamente en el sentido de que el funcionamiento de la plataforma ya no es meramente técnico, automático y pasivo.¹⁰⁰ La objeción no es muy razonable si, a fin de cuentas, ese conocimiento sirve para eliminar el ilícito.¹⁰¹ Pero insiste en ello, recientemente, la Recomendación 2018/334, relativa

⁹⁵ STJUE C160/15, de 8 de septiembre de 2016, *GS Media BV* (ECLI:EU:C:2016:644) (§ 49) (ECLI:EU:C:2016:644); STJUE C-236/08 – C-238/08, de 23 de marzo de 2010, *Google France v Vuitton et al.* (ECLI:EU:C:2010:159) (§ 120); STJUE C-324/09, de 12 de julio de 2011, *L’Oréal v eBay* (ECLI:EU:C:2011:474) (§§ 120, 124).

⁹⁶ La cuestión es discutida. *Vid.* VAN HOBOKEN – QUINTAIS – POORT – VAN EIJK, “Hosting Intermediary Services...”, pp. 43-45.

⁹⁷ SAVIN, *EU Internet Law...*, pp. 161–162.

⁹⁸ *Vid.* la opinión disidente conjunta de los jueces SAJÓ y TSOTSORIAS en STEDH 16 de junio de 2015, *Delfi AS v Estonia* (§ 51); STEDH de 2 de febrero de 2016, *Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete e Index.hu ZRT v Hungary* (§ 83); STEDH de 9 de marzo de 2017, *Pihl v Sweden* (§ 31). Además, Opinión del Abogado General SZPUNAR, de 4 de junio de 2018, en el Asunto C-18/18, *Glawischnig-Piesczek* (ECLI:EU:C:2019:458) (§§ 36–39, 51).

⁹⁹ *Vid.* COM (2017) 555 final, p. 14, en cuanto a la imposición de desarrollar tecnología adecuada: “La Comisión insta a adoptar nuevos enfoques de investigación e innovación que vayan más allá del estado actual de la técnica con el fin de mejorar la exactitud de los medios técnicos de identificación de contenidos ilícitos. Asimismo, insta al sector a que introduzca de forma efectiva innovaciones que contribuyan a incrementar la eficiencia y eficacia de los procedimientos de detección automáticos.”

¹⁰⁰ COM(2016) 356 final, p. 8; COM (2017) 555 final, pp. 12-13. Crítica con ese razonamiento, KUCZERAWY, *Intermediary...*, pp. 293-294.

¹⁰¹ En otro orden de consideraciones, pero en una línea parecida a lo que aquí se discute, también el art. 20.2 RD 1889/2011,

a las medidas para combatir eficazmente los contenidos ilícitos en línea, que además considera esencial que todas ellas sean proporcionadas y estén sujetas a salvaguardias efectivas y adecuadas.¹⁰² Lo que, sorprendentemente, ninguno de esos documentos aclara es qué consecuencias tendría que, a pesar de actuar de buena fe y con todas las garantías y salvaguardias, los proveedores no eliminasen los contenidos que resultaran ser ilícitos o impidieran el acceso a otros que no lo fueran.¹⁰³ El documento que contiene las líneas generales con el contenido de una futura DSA se propone clarificar esa ausencia de responsabilidad. Con buen criterio, la *House of Lords* ya ha sugerido que la acción de responsabilidad contra los proveedores solo debería tener lugar ante fallos sistémicos.¹⁰⁴

34. Por lo general, los Estados miembros han fomentado la cooperación entre los intermediarios y las autoridades y han sugerido que se adopten voluntariamente medidas para prevenir la ilegalidad y su repetición. A ello me referiré con posterioridad.

2. La notificación

35. Si no media resolución judicial o administrativa, será la víctima quien notifique la ilicitud al intermediario, pero nada impide que los notificantes sean terceros a quienes, en definitiva, también les interesa velar por la limpieza de los contenidos en línea, *e.g.* con el fin de que se borren los datos personales de una víctima de violación, o se bloquee la difusión de material pornográfico infantil en la red.¹⁰⁵ Ese es precisamente el papel de los llamados *trusted flaggers* o notificantes fiables.¹⁰⁶ Por otra parte, está claro que no pueden existir límites a la legitimación para efectuar esa notificación si se recomienda o permite que esta se lleve a cabo anónimamente.¹⁰⁷

36. La DCE no establece cómo deben identificarse los hechos ilícitos. Algunos tribunales europeos son muy rigurosos con los requisitos que debe reunir la notificación de terceros para que pueda entenderse que, efectivamente, existe conocimiento. En Francia no solo se exige el detalle de la identificación del notificante, sino también una descripción de los hechos controvertidos y su localización precisa; las razones por las que debe suprimirse el contenido, incluida una referencia a las disposiciones legales y la prueba de los hechos; una copia de la correspondencia dirigida al autor o al editor de la información o de las actividades controvertidas en la que se solicite su interrupción, supresión o modificación, o la prueba de que no se pudo contactar con el autor o el editor.¹⁰⁸ En Alemania, la notificación debe estar redactada de manera tan concreta que el destinatario de la misma debe poder determinar fácilmente la

de 30 de diciembre, por el que se regula el funcionamiento de la Comisión de Propiedad Intelectual, admitía que la interrupción del servicio o retirada voluntaria [*atendiendo al requerimiento de la Comisión de Propiedad Intelectual*] tenía el valor de reconocimiento implícito de la referida vulneración. Lógicamente, el precepto fue declarado nulo por la STS (Sala 3ª) de 31 de mayo de 2013.

¹⁰² Recomendación 2018/334, Cdos 24-27, §§ 18-20, 36-37.

¹⁰³ *Vid.* KUCZERAWY, *Intermediary...*, p. 295, que señala las diferencias con la auténtica cláusula del buen samaritano americana (cfr. pp. 70-71, 295-296); VAN HOBOKEN – QUINTAIS – POORT – VAN EIJK, “Hosting Intermediary Services...”, p. 42; DE STREEL - BUITEN - PEITZ, “Liability of Online...”, pp. 45, 53.

¹⁰⁴ House of Lords. Select Committee on Communications. 2nd Report of Session 2017-2019, “Regulating in a digital world” (printed 26 February and published 9 March 2019), pp. 53-54, 55.

¹⁰⁵ COM(2017) 555 final, p. 10: “debe facultarse a los usuarios corrientes para que llamen la atención de las plataformas sobre contenidos ilícitos en línea [...]”. En el contexto de las redes sociales, SOLER PRESAS, Ana, “Am I in Facebook?”, *InDret*, 2011, 3, [pp. 1-44], pp. 28 ss, admite que la legitimación para solicitar la remoción de contenidos y, en general, exigir deberes de cuidado pueda corresponder a cualquier usuario de la red, por razón de la relación contractual que mantiene con el prestador, aunque no sea él la víctima. Los usuarios de Internet que se encuentren con material pornográfico infantil en línea también deben poder denunciar, *vid.* COM(2016) 872 final, p. 5. Sin embargo, el art. 17.9 II DCMUD solo se refiere a los titulares de derechos: “Cuando los titulares de derechos soliciten que se inhabilite el acceso a obras u otras prestaciones específicas suyas o que se retiren tales obras o prestaciones...”.

¹⁰⁶ Recomendación 2018/334, Cdos 29, 34, § 4 letra g), §§ 25-27. Antes, COM(2017) 555 final, pp. 9-10.

¹⁰⁷ Sobre el anonimato y la legitimación de cualquier persona, *vid.* Cdos 16, 18, § 4 letras e), f), § 7 Recomendación 2018/334.

¹⁰⁸ Cass. Civ. I, de 17 de febrero de 2011, *Dailymotion*; Cass. Civ. I, de 17 de febrero de 2011, *Amen*. *Vid.* art. 6 I 5 Loi n° 2004-575 de 21 de junio de 2004.

violación de la ley, sin un examen legal o real detallado. La medida en que el operador de una plataforma está obligado a llevar a cabo dicho examen depende de las circunstancias del caso concreto, en particular del peso de las infracciones notificadas, por una parte, y de la capacidad del operador para identificarlas, por otra.¹⁰⁹ En Inglaterra, los jueces coinciden en la necesidad de especificar en cualquier notificación el nombre completo y la dirección del remitente de la notificación, los detalles de la ubicación de la información en cuestión y los detalles de la naturaleza ilegal de la actividad o información en cuestión. Además, aun sería preciso examinar y considerar, con conocimiento de causa, la validez o la solidez de los medios de defensa disponibles.¹¹⁰

Entre nosotros, la doctrina ha sugerido propuestas similares, al amparo de lo dispuesto en la *Millenium Copyright Act* (DMCA).¹¹¹ De momento, alguna sentencia ha exigido adjuntar copia de la resolución que acreditaba que la información a la que remitía el motor de búsqueda era falsa y no ha estimado suficiente poner en conocimiento del prestador de servicios el inicio de acciones civiles; por supuesto, los hechos relatados deben sean ciertos.¹¹² A pesar de que se debería exigir un particular deber de cuidado en la identificación de esos hechos,¹¹³ en algunos casos que han llegado a los tribunales el notificante ni siquiera explicaba qué comentarios eran los que consideraba ofensivos, aunque al final el dato no ha acabado siendo muy relevante a la vista de unos daños que se deducían *ex re ipsa*.¹¹⁴

37. Si se trata de infracciones de derechos de propiedad intelectual, parece evidente que la notificación debe permitir identificar exactamente la actividad ilícita, la obra o prestación, el titular de los derechos correspondientes y, al menos, una ubicación donde la obra o prestación es ofrecida. La DCMUD todavía alude a conceptos vagos como la “información pertinente y necesaria” y “motivada” o “debidamente justificada” de los titulares de derechos (art. 17.4 letras b) y c), art. 17.9 II DCMUD).¹¹⁵ Algo más explícita, la Comunicación de la Comisión Europea sobre la lucha de los contenidos en línea admitía que debían justificarse las razones y localizar los contenidos potencialmente ilícitos, que es algo que luego ha traslucido en la Recomendación 2018/334.¹¹⁶ Puesto que los Estados miembros pueden realizar ulteriores concreciones y, quizás, establecer requisitos distintos en función de los tipos de contenidos (eg. la identificación del notificante), sería deseable confeccionar una “hoja de notificación europea”, en su caso adaptada a distintas posibles infracciones, que pudiera aplicarse uniformemente en todos los países de la UE.

3. La ilicitud manifiesta

38. El conocimiento de la manifiesta ilicitud puede venir proporcionado, además de por una orden judicial, por la previa notificación de un tercero; ahora bien, la propia evidencia puede servir también para que el operador económico conozca por sí mismo. La STJUE C-324/09, de 12 de julio de 2011, *L'Oréal v eBay*, no distingue. El problema es que, a falta de indicaciones legales claras, no siempre será fácil determinar cuando el ilícito es evidente, en particular cuando sea necesario tener

¹⁰⁹ BGH de 17 de agosto de 2011, *Stiftparfum* (§ 31).

¹¹⁰ EWHC 449 (QB), de 2 de marzo de 2012, *Tamiz v Google Inc.* (§ 59) y The Electronic Commerce (EC Directive) Regulations 2002: Regulation 22 [Notice for the purposes of actual knowledge].

¹¹¹ 17 USC § 512 c) 3. *Vid.* RUBÍ PUIG, “Derecho al honor *online*...”, pp. 16-17.

¹¹² STS de 4 de marzo de 2013 (RJ 2013\3380).

¹¹³ RUBÍ PUIG, “Derecho al honor *online*...”, 14 ss.

¹¹⁴ STS de 26 de febrero de 2013 (RJ/2013/2580).

¹¹⁵ STJUE C-324/09, de 12 de julio de 2011, *L'Oréal v eBay* (ECLI:EU:C:2011:474) (§ 122): “suficientemente fundamentada”. *Vid.* también Recommendation CM/Rec(2018)2 of the Committee of Ministers to Member States on the roles and responsibilities of internet intermediaries [Marzo 2018]. Apéndice 1.3.7: “sufficient information”.

¹¹⁶ COM(2017) 555, p. 11; Cap. II § 6 Recomendación 2018/334: “notificaciones que sean suficientemente precisas y estén debidamente fundamentadas [...] [y mecanismos que faciliten] la comunicación de notificaciones que expliquen las razones por las que el notificante considera que esos contenidos son ilícitos y una indicación clara de su localización”. No aporta mayor luz la definición de “notificación” contenida en el Cap. I, § 4 letra e): “comunicación dirigida a un prestador de servicios de alojamiento de datos por un notificante en relación con contenidos almacenados por dicho prestador que el notificante considere que constituyen contenidos ilícitos y con respecto al cual solicite al prestador su retirada o el bloqueo del acceso sobre una base voluntaria”.

en cuenta los diversos ámbitos o escenarios en que puede cometerse la infracción.¹¹⁷ Ese riesgo no ha desaparecido en relación con las infracciones de *copyright*, aunque la nueva directiva exija licencia de uso de los contenidos que carguen los usuarios, porque todavía pueden considerarse lícitas comunicaciones que no necesitan licencia. Es lo que sucederá si la obra ya ha entrado en el dominio público o los contenidos están amparados por las excepciones previstas en la propia norma. Eso es algo que el prestador puede no conocer y que las técnicas automáticas de filtrado -cuando sean aplicables- pueden muy bien no detectar, sobre todo si se tiene en cuenta que estas se activan según la información proporcionada por los titulares de derechos y estos pueden muy bien (voluntariamente o no) no decir la verdad (art. 17.7 y 9 II y III DCMUD). Muy complicado puede resultar también valorar lo ilícito de un comentario en un foro o blog, especialmente si resulta que su carácter ilegal depende de que la información difundida sea verdad.¹¹⁸ En definitiva, puede ser difícil establecer cuál es la línea que separa la infracción, constitutiva de una verdadera lesión, de lo que puedan ser declaraciones ofensivas de mal gusto o mala educación.¹¹⁹

39. Un botón de muestra de la dificultad a la que se acaba de aludir es la STEDH de 16 de junio de 2015, *Delfi AS v Estonia*, que condena a un portal de noticias por no haber retirado a tiempo comentarios de los lectores a un artículo allí publicado. La sentencia afirma que los comentarios de terceros que implican odio y amenazas contra la integridad personal de los individuos justifican imponer responsabilidad al portal de noticias que no retira inmediatamente los que son claramente ilícitos o ilegales, incluso sin necesidad de que nadie lo notifique.¹²⁰ Sin embargo, el voto disidente de los jueces SAJÓ y TSOTSORIAS hacen notar que el mismo Tribunal Supremo de Estonia calificaba dichos comentarios de forma imprecisa, a veces como un discurso de incitación al odio, otras como una lesión al honor;¹²¹ y otros votos particulares a esa misma sentencia, de los jueces RAIMONDI, KARAKAŞ, DE GAETANO y KJØLBRO, aun manifestándose partidarios de lo decidido por la mayoría, reconocían que para poder afirmar que el portal de noticias debía tener conocimiento de comentarios claramente ilícitos, como insultos, amenazas o expresiones de odio, el Tribunal debía fijar claramente qué parámetros debían tomarse en consideración: no solo la naturaleza del comentario, sino también el contexto en que se publicaba, el tema del artículo que generaba esos comentarios, la envergadura o finalidad del portal de noticias en cuestión, su historia, el número de comentarios generados por el artículo publicado, la actividad del portal y cuánto tiempo los mismos permanecían visibles.¹²²

En otro caso en que un tribunal nacional húngaro consideraba que una injuria en absoluto venía avalada por la libertad de expresión, la STEDH de 2 de febrero de 2016, *Magyar Tartalomsgalattok Egyesülete e Index.hu ZRT v Hungary* entendió que no existe esa interferencia cuando lo único que se expresan son opiniones o juicios de valor; esto es, cuando el ataque a la reputación de la persona no reviste gravedad y, como mucho, es simplemente ofensivo o vulgar. Y, a la hora de valorarlo, no solo

¹¹⁷ Son algunos de los problemas que se achacan a la ley alemana NetzDG (*Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (Netzwerkdurchsetzungsgesetz)*), de 1 de septiembre de 2017, disponible en: <https://www.gesetze-im-internet.de/netzdg/BJNR335210017.html>. Para la crítica, G. SPINDLER, “Internet Intermediary Liability Reloaded. The New German Act on Responsibility of Social Networks and its (In-) Compatibility with European Law”, JIPITEC, 2017, 8, pp. 166-179.

¹¹⁸ *Vid.* STS de 4 de diciembre de 2013 (RJ 2013\195) que, a propósito del uso de la expresión “ladrón”, da preferencia a la libertad de expresión frente al derecho al honor, precisamente porque estaba pendiente una sentencia que podía dar la razón a quién de aquella manera se expresaba. El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Purchena (Almería), de 18 de septiembre de 2018 (JUR\2018\96977) no condena a Google porque su buscador autocomplete la búsqueda asociada al nombre de una persona jurídica con la expresión “blanqueo de dinero”, por existir indicios de veracidad de la sugerencia, además de entender que Google había actuado diligentemente al comprobar esa posible veracidad y concluir que debía prevalecer la libertad de expresión.

¹¹⁹ CAVANILLAS MÚGICA, “La responsabilidad...”, en CAVANILLAS MÚGICA *et al*, *Responsabilidades...*, p. 30. Contrastar la STEDH de 16 de junio de 2015, *Delfi AS v Estonia* con STEDH de 9 de marzo de 2017, *Pihl v Sweden* y STEDH de 19 de marzo de 2019, *Höiness v Norway*.

¹²⁰ STEDH de 16 de junio de 2015, *Delfi AS v Estonia* (§ 159).

¹²¹ Voto disidente de los jueces SAJÓ y TSOTSORIAS, en TEDH de 16 de junio de 2015, *Delfi AS v Estonia* (§§ 28; además, §§ 29-31).

¹²² Voto concurrente de los jueces RAIMONDI, KARAKAŞ, DE GAETANO y KJØLBRO en TEDH, de 16 de junio de 2015, *Delfi AS v Estonia* (§ 12, además §§ 11, 13-15).

cuenta el contexto en que son proferidas esas opiniones, sino también el estilo de comunicación propio de internet.¹²³ En esa misma línea se pronuncia la reciente STEDH *Hoiness v Norway*.¹²⁴

40. En España, admitir como indicio de conocimiento efectivo lo patente o evidente de la lesión ha dado pie a los tribunales a exigir al intermediario “extremar las precauciones y ejercer mayor control sobre las opiniones y comentarios alojados [en el foro]”.¹²⁵ Con ello se podría estar sugiriendo que al moderar, el administrador del foro hace suyos los contenidos de terceros -interpretación que convendría evitar- o, más claramente, se estaría afirmando que es necesario introducir un control general de vigilancia antes de proceder a la publicación del (de cualquier) comentario que es lo que, precisamente, la ley expresamente prohíbe (art. 15 DCE).

41. El documento filtrado que contiene el borrador con las líneas básicas para la actualización de la DCE solo contiene la noción “actual knowledge” y no se refiere ya al conocimiento presunto. Sin embargo, eso no debe llevar a engaño porque la contrapartida es el incremento de las medidas de control y prevención que deben llevar a obtener ese conocimiento.

V. El control del tráfico de internet

42. De acuerdo con el art. 15 DCE, no existe un deber general de controlar la información que los intermediarios transmiten o almacenan, ni tampoco una obligación de buscar hechos o circunstancias que indiquen que tiene lugar una actividad ilegal. En 1998, la Propuesta de DCE admitía que los jueces pudieran imponer actividades de vigilancia selectiva y temporal, para salvaguardar la seguridad nacional y para la prevención, investigación, detección y enjuiciamiento de delitos, de acuerdo con la legislación nacional, por razones de seguridad pública,¹²⁶ pero lo único que queda de esa regla es el mucho más genérico Cdo 47, que permite las “órdenes formuladas de acuerdo con la legislación nacional”. El Reglamento por el que se establecen medidas sobre el acceso a una red abierta recuerda que las medidas de gestión del tráfico que adopten los intermediarios no deben poder supervisar el contenido específico y que no se deberán poder mantener por más tiempo del necesario.¹²⁷

43. Además, el art. 15.2 DCE permite a los Estados miembros exigir que comuniquen con prontitud a las autoridades competentes los presuntos datos o actividades ilícitas llevadas a cabo por destinatarios de su servicio o comunicarles, a solicitud de aquellas, información que les permita identificar a aquellos con los que hayan celebrado acuerdos de almacenamiento. La Recomendación 2018/334 insiste en la necesidad de que los Estados miembros hagan uso de la posibilidad que ofrece ese artículo a efectos de la prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de delitos.¹²⁸ Se trata, pues, de que las empresas hagan de espías de sus usuarios para los Estados.¹²⁹ Aun así, la STJUE C-275/06, de 29 de enero de 2008, *Promusicae* afirmó que esta disposición -al igual que otras, en diferentes Directivas- no obliga a los Estados miembros a establecer una obligación de comunicar datos personales de los presuntos infractores de los derechos de autor en el contexto de un procedimiento civil; más bien se requería una evaluación equilibrada de todos los derechos fundamentales en juego.¹³⁰ Otra reciente cuestión prejudicial ofrece una nueva posibilidad de pronunciamiento.¹³¹ De momento, la DSA guarda silencio sobre

¹²³ STEDH de 2 de febrero de 2106, *Magyar Tartalomszolgáltatok Egyesülete e Index.hu ZRT v Hungary* (§§ 74-77). KUCZERAWY, *Intermediary...*, p. 175.

¹²⁴ STEDH de 19 de marzo de 2019, *Hoiness v Norway* (§§ 67, 69).

¹²⁵ STS de 26 de febrero de 2013 (RJ 2013\2580); STS de 5 de mayo de 2016 (RJ 2016\2451).

¹²⁶ COM (1998) 586 final, p. 47.

¹²⁷ Art. 3.3 Reglamento 2015/2120.

¹²⁸ Recomendación 2018/334, Cdo 28, Capítulo II, § 24.

¹²⁹ SAVIN, *EU Internet Law...*, p. 162.

¹³⁰ ECLI:EU:C:2008:54 (§§ 59, 61-70); Auto TJUE, C-557/07, de 19 de febrero de 2009, *LSG v Tele 2* (ECLI:EU:C:2009:107) (§§ 29, 47).

¹³¹ Cuestión prejudicial planteada por el *Conseil d'État* (Francia) el 3 de agosto de 2018: C-512/18 *La Quadrature du Net*

este punto, pero no es verosímil que no se incorpore este mandato del actual art. 15 DCE en la norma que en el futuro reemplace a la actual DCE.

1. Alcance de las órdenes judiciales

44. El art. 15.1 DCE es una norma dirigida a los Estados miembros, que limita la responsabilidad de los intermediarios y desempeña un papel crucial a la hora de determinar el alcance de su responsabilidad. Por consiguiente, los jueces que conocen de las reclamaciones de las víctimas y ordenan medidas para el cese de la infracción deben ajustarse a lo dispuesto en ese precepto. En la STJUE C-70/10, de 14 de noviembre de 2011, *Sabam v Starlet*, el TJUE confirmó, igual que ya hiciera en la STJUE C-324/09, de 12 de julio de 2011, *L'Oréal v eBay*, que el art. 15.1 DCE prohíbe una orden judicial que exija que el proveedor de servicios de internet instale un sistema de filtrado que le obligue a controlar activamente todos los datos relativos a cada uno de sus clientes para evitar futuras infracciones de los derechos de propiedad intelectual. En particular, no admitió un sistema de filtrado que suponía que el prestador de servicios de internet identificara, en primer lugar, de entre el conjunto de las comunicaciones electrónicas de todos sus clientes, los archivos correspondientes al tráfico «peer-to-peer»; que identificara, en segundo lugar, en el ámbito de dicho tráfico, los archivos que contuvieran obras sobre las que los titulares de derechos de propiedad intelectual tuvieran supuestamente derechos; que determinara, en tercer lugar, cuáles de esos archivos se intercambiaban de un modo ilícito; y que procediera, en cuarto lugar, a bloquear los intercambios de archivos que considerara ilícitos. En el caso concreto, proteger a los titulares de los derechos de propiedad intelectual no debía ir en detrimento de la libertad de empresa de los intermediarios, ni del derecho a la protección de datos de los clientes de los intermediarios o su libertad de recibir o comunicar informaciones, que son derechos salvaguardados por los arts. 8 y 11 de la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea. El TJUE trae a colación el caso *Promusicae* para recordar que la protección del derecho fundamental de propiedad, del que forman parte los derechos vinculados a la propiedad intelectual, debe ponderarse con respecto a la protección de otros derechos fundamentales. Los intermediarios quedan eximidos de una carga que puede ser imposible de cumplir o solo mediante costes que podrían menoscabar el desarrollo del negocio, lo cual atentaría contra la libertad de empresa, y en aras del respeto de los derechos fundamentales de los usuarios de internet, como la libertad de expresión o de información y la privacidad.

STJUE C-70/10, de 14 de noviembre de 2011, *Sabam v Starlet* : (§ 50) [...] los efectos de dicho requerimiento judicial no se limitarían al PAI afectado, ya que el sistema de filtrado litigioso también puede vulnerar los derechos fundamentales de los clientes de ese PAI, a saber, su derecho a la protección de datos de carácter personal y su libertad de recibir o comunicar informaciones, derechos que se encuentran protegidos por los artículos 8 y 11 de la Carta (§ 51). En efecto, consta en autos, por un lado, que el requerimiento judicial por el que se ordena establecer el sistema de filtrado litigioso implicaría un análisis sistemático de todos los contenidos y la recopilación e identificación de las direcciones IP de los usuarios que hayan originado el envío de contenidos ilícitos en la red, dándose la circunstancia de que dichas direcciones son datos protegidos de carácter personal, ya que permiten identificar concretamente a tales usuarios (§ 52). Por otro lado, dicho requerimiento judicial podría vulnerar la libertad de información, dado que se corre el riesgo de que el citado sistema no distinga suficientemente entre contenidos lícitos e ilícitos, por lo que su establecimiento podría dar lugar al bloqueo de comunicaciones de contenido lícito. En efecto, es incontrovertido que el carácter lícito de una transmisión depende igualmente de la aplicación de excepciones legales a los derechos de autor que varían de un Estado miembro a otro. Además, en determinados Estados, ciertas obras pueden pertenecer al dominio público o los autores afectados pueden ponerlas gratuitamente a disposición pública en internet (§ 53). Por consiguiente, procede declarar que, si adoptara el requerimiento judicial por el que se obliga al PAI a establecer el sistema de filtrado litigioso,

(DO C 392, 29.10.2018, p. 7–8). En particular, se pregunta si es compatible con los arts. 6-8, 11 y 52.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea la obligación de conservar los datos que puedan permitir la identificación de quien haya contribuido a la creación del contenido o de alguno de los contenidos de los servicios de comunicación al público prestados por empresas, o personas que los almacenen, incluso de forma gratuita, con el fin de que la autoridad judicial pueda requerir, en su caso, la comunicación de los mismos para que se respeten las normas en materia de responsabilidad civil o penal.

el órgano jurisdiccional nacional en cuestión no respetaría el requisito de garantizar un justo equilibrio entre, por un lado, el derecho de propiedad intelectual y, por otro, la libertad de empresa, el derecho a la protección de datos de carácter personal y la libertad de recibir o comunicar informaciones".¹³²

45. En la STJUE C-314/12, de 27 de marzo de 2014, *Telekabel*, se confirmó la necesidad de preservar ese equilibrio de derechos entre proveedores de contenidos, titulares de derechos e intermediarios,¹³³ sin embargo, más que especificar qué medidas concretas podían adoptarse, el TJUE puso el acento en que esas medidas debían ser las que mejor se adapten a los recursos y capacidades de que disponga el intermediario y que sean compatibles con las demás obligaciones y retos a que deba hacer frente en el ejercicio de su actividad; admitió que este no debe hacer sacrificios insostenibles, teniendo en cuenta que él no es el autor de la vulneración del derecho fundamental de propiedad intelectual. Por otra parte, reconoce que no cabe excluir que no exista técnica alguna que permita poner fin por completo a las violaciones del derecho de propiedad intelectual, o que dicha técnica no sea realizable en la práctica, lo que tendría como consecuencia que determinadas medidas adoptadas podrían, en su caso, eludirse de uno u otro modo.¹³⁴

En cualquier caso, añade que las medidas adoptadas por el destinatario de un requerimiento judicial deben ser suficientemente eficaces para garantizar una protección efectiva del derecho fundamental de que se trata, es decir que deben tener como efecto impedir o, al menos, hacer difícilmente realizable, el acceso no autorizado a las prestaciones protegidas y disuadir seriamente a los usuarios de internet que recurran a los servicios del destinatario de dicho requerimiento de acceder a esas prestaciones puestas a su disposición en violación del mencionado derecho fundamental.¹³⁵

46. En la STJUE C-484/14, de 15 de septiembre de 2016, *Tobias MacFadden*, tras recordar de nuevo que el control de todos los datos transmitidos debe ser excluido,¹³⁶ el TJUE no admitió la medida que consiste en cerrar completamente la conexión a Internet; consideró que medidas menos coercitivas son más respetuosas con la actividad económica que consiste en facilitar acceso a internet y, por consiguiente, declaró que el remedio a la infracción del derecho de autor no debía comportar una restricción absoluta de la libertad de empresa.¹³⁷ Señaló que la solución que consiste en proteger la conexión a internet mediante una contraseña sirve para disuadir a los usuarios de esta conexión de vulnerar un derecho de autor o un derecho afín a un derecho de autor siempre que dichos usuarios estén obligados a revelar su identidad para obtener la contraseña requerida y no puedan actuar anónimamente.¹³⁸ A su vez, consideró que así no afectado ni el derecho a la libertad de empresa del prestador que facilita un servicio de acceso a una red de comunicaciones, ni el derecho a la libertad de información de los destinatarios de ese servicio.¹³⁹

47. En la reciente STJUE C-18/18, de 3 de octubre de 2019, *Glawischnig-Piesczek*, el TJUE se ha apartado de la jurisprudencia anterior.¹⁴⁰ En un caso de difamación, el TJUE admite que el art. 15.1 DCE no resulta violado cuando un tribunal exige al prestador de servicios de alojamiento de datos "que bloquee el acceso a los datos almacenados cuyo contenido sea idéntico al que se ha declarado ilícito con anterioridad, o retire esos datos, sea quien fuere el autor de la solicitud de su almacenamiento."¹⁴¹ El TJUE admite asimismo que es posible "obligar a un prestador de servicios de alojamiento de datos a suprimir los datos que almacene, y cuyo contenido sea similar al de una información declarada ilícita con

¹³² Además, §§ 47-49, 52 (ECLI:EU:C:2011:771). Antes, STJUE C-360/10, de 16 de febrero de 2012, *Netlog* (ECLI:EU:C:2012:85) (§§ 45-52).

¹³³ ECLI:EU:C:2014:192 (§§ 46-47).

¹³⁴ ECLI:EU:C:2014:192 (§§ 49-56).

¹³⁵ ECLI:EU:C:2014:192 (§ 63).

¹³⁶ ECLI:EU:C:2016:689 (§ 87).

¹³⁷ ECLI:EU:C:2016:689 (§ 88).

¹³⁸ ECLI:EU:C:2016:689 (§ 96).

¹³⁹ ECLI:EU:C:2016:689 (§§ 91, 92, 100).

¹⁴⁰ ECLI:EU:C:2019:821. Para una valoración provisional, *vid.* L. Woods en: <http://eulawanalysis.blogspot.com/2019/10/facebook-liability-for-defamatory.html> (última visita: 24.10.2019).

¹⁴¹ STJUE C-18/18, de 3 de octubre de 2019, *Glawischnig-Piesczek* (ECLI:EU:C:2019:821) (§§ 37, 53).

anterioridad, o a bloquear el acceso a ellos, siempre que la supervisión y la búsqueda de los datos a los que se refiere tal medida cautelar se limiten a aquellos datos que transmitan un mensaje cuyo contenido permanezca esencialmente inalterado con respecto al que dio lugar a la declaración de ilicitud y que contenga los elementos especificados en la medida cautelar acordada” y que “las diferencias en la formulación de dicho contenido similar al que caracteriza a una información declarada ilícita con anterioridad no puedan obligar al prestador de servicios de alojamiento de datos a realizar una apreciación autónoma de ese contenido”.¹⁴² El TJUE parece ignorar deliberadamente que tal búsqueda de información requiere necesariamente la supervisión de los datos almacenados de todos los usuarios y que ello puede repercutir negativamente en la privacidad. La sentencia también es problemática porque no ofrece orientación sobre cómo analizar la similitud o equivalencia de los contenidos. Además, el TJUE legitima el uso de técnicas de filtrado automático que no tienen en cuenta el contexto en el que se reproducen las palabras ofensivas, pero no parece aceptar la posibilidad de una revisión humana para contrarrestar los efectos de un filtrado y bloqueos inadecuado. Sin duda, analizar contenidos similares sería mucho más fácil si se tratara de identificar imágenes y/o si dependiera del conocimiento que el operador pudiera tener de las circunstancias. La sentencia tampoco excluye el efecto mundial de la orden de bloqueo y retirada, si eso no está excluido en el marco del derecho internacional de cada Estado Miembro.¹⁴³

48. Resumidamente, puede decirse, pues, que, en los casos de infracción de los derechos de propiedad intelectual, el TJUE acepta órdenes para evitar nuevas infracciones,¹⁴⁴ del mismo tipo y por el mismo infractor, aunque no necesariamente contra las mismas marcas,¹⁴⁵ y añade que dichas medidas preventivas pueden consistir en suspender las cuentas de los usuarios infractores o en proporcionar información que contribuya a identificarlos.¹⁴⁶ Además confirma que otras medidas más agresivas, como la inspección general y permanente de todo el contenido, no son aceptables. Sin embargo, la doctrina del caso *Glawischnig*, dictada en un caso de difamación, en una plataforma de redes sociales -aunque podría generalizarse a otras hipótesis- admite que pueda controlarse el contenido de todos los usuarios y no solo en la búsqueda de ilícitos ya declarados, sino también de otros parecidos.

2. La iniciativa del intermediario

49. Muy frecuentemente la Comisión Europea ha fomentado la autorregulación y ha alentado a los intermediarios a que voluntariamente adoptaran medidas que impidieran la transmisión o almacenamiento de contenidos ilícitos.¹⁴⁷ Entre los códigos de conducta promovidos por la Comisión Europea puede contarse el Código de conducta para la lucha contra las declaraciones de incitación al odio en línea,¹⁴⁸ el Memorándum de Acuerdo sobre la falsificación de mercancías,¹⁴⁹ o el Foro de Internet de la

¹⁴² STJUE C-18/18, de 3 de octubre de 2019, *Glawischnig-Piesczek* (ECLI:EU:C:2019:821) (§§ 41-47, 53).

¹⁴³ STJUE C-18/18, de 3 de octubre de 2019, *Glawischnig-Piesczek* (ECLI:EU:C:2019:821) (§§ 50-52, 53). *Vid.* STJUE C-507/17, de 24 de septiembre de 2019, *Google LLC* (ECLI:EU:C:2019:772).

¹⁴⁴ STJUE C-324/09, de 12 de julio de 2011, *L'Oréal v eBay* (ECLI:EU:C:2011:474) (§§ 131, 144); STJUE C-70/10, de 24 de noviembre de 2011, *Scarlet Extended* (ECLI:EU:C:2011:771) (§ 31); STJUE C-360/10, de 16 de febrero de 2012, *Netlog* (ECLI:EU:C:2012:85) (§ 29).

¹⁴⁵ STJUE C-324/09, de 12 de julio de 2011, *L'Oréal v eBay* (ECLI:EU:C:2011:474) (§ 141): “para evitar que el mismo comerciante vuelva a cometer infracciones de esta naturaleza en relación con las mismas marcas”; STJUE C-494/15, de 7 de julio de 2016, *Tommy Hilfiger* (ECLI:EU:C:2016:528) (§ 34): “se puede obligar al intermediario a que adopte medidas que contribuyan a evitar que se produzcan nuevas infracciones de la misma naturaleza por parte del mismo comerciante”. La idea de que las futuras infracciones deberían referirse a las mismas marcas no se refleja en la segunda sentencia.

¹⁴⁶ STJUE C-324/09, de 12 de julio de 2011, *L'Oréal v eBay* (ECLI:EU:C:2011:474) (§§ 141-142); STJUE C-484/14, de 15 de septiembre de 2016, *Tobias MacFadden* (ECLI:EU:C:2016:689) (§ 96).

¹⁴⁷ COM(2017) 555 final, pp. 11-13; Cdos 24, 26 y Cap. II §§ 18, 28 y Cap. III §§ 36-37 Recomendación 2018/334. A propósito de los códigos de conducta, *vid.* antes Cdos 32, 49, art. 16 DCE.

¹⁴⁸ Code of conduct for countering illegal hate speech online, disponible en: https://ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?item_id=54300

¹⁴⁹ *MoU on Counterfeit Goods*, disponible en: https://ec.europa.eu/growth/industry/intellectual-property/enforcement/memorandum-understanding-sale-counterfeit-goods-internet_es

UE.¹⁵⁰ Otros tratan de prevenir los contenidos audiovisuales nocivos.¹⁵¹ Esa estrategia ha permitido a los gobiernos eludir la prohibición de control general (que se dirige exclusivamente a los Estados Miembros) y delegar la vigilancia de internet en operadores privados. Es una práctica censurable, porque deja en manos de estos últimos decidir como debe ser el comportamiento de los usuarios en internet.¹⁵² Por eso es un paso en la buena dirección que, desde el año 2015, el Reglamento 2015/2120, por el que se establecen medidas en relación con el acceso a una internet abierta, no permita la adaptación de medidas restrictivas del tráfico si no existe fundamento jurídico para ello.¹⁵³

50. Sin embargo, son cada vez más las normas que imponen a los intermediarios el deber de tomar la iniciativa y adoptar medidas en ámbitos específicos, e.g. en relación con las plataformas de intercambio de videos nocivos,¹⁵⁴ o a propósito del enaltecimiento del terrorismo.¹⁵⁵ A veces se permite incluso a los Estados miembros imponer medidas más detalladas o estrictas que las previstas por el legislador europeo. Así sucede en relación con los servicios de comunicación audiovisual o las plataformas de comercio electrónico.¹⁵⁶ Se advierte que todas esas medidas deben ser viables y proporcionadas y no discriminatorias y que deben tener en cuenta, por un lado, la categoría de personas que deben protegerse, el tamaño y la naturaleza del servicio que se presta, la viabilidad económica para la empresa y la forma en que tales medidas pueden afectar a los derechos e intereses de los destinatarios del servicio (principio de proporcionalidad).¹⁵⁷ Eso significa que la pertinencia y adecuación de las que deban adoptarse concretamente (e.g. filtrado automatizado de palabras clave o contenidos infractores; bloqueo de sitios web, URLs y clientes; mecanismos de revisión humana; y eliminación de contenidos ilícitos mediante sistemas de notificación y retirada, etc.) deberá juzgarse caso por caso.

51. Ahora bien, puesto que la DCE carece de claridad sobre cómo esa prohibición de control general es compatible con las obligaciones de diligencia de los proveedores de alojamiento, es difícil definir el alcance de las medidas a adoptar y, por consiguiente, también el de las órdenes judiciales a que se refiere el art. 15.1 DCE.

El resultado ha sido sentencias contradictorias en los Estados Miembros, si bien muchos jueces nacionales han acabado imponiendo la obligación de actuar en función de la capacidad técnica de las grandes empresas a la luz de los programas ya existentes (por ejemplo, PhotoDNA, iWatch, Content-ID) aunque también se les ha obligado a crear otros para remover ilícitos idénticos o similares.¹⁵⁸ Un ejemplo claro es la saga de sentencias en el asunto *Max Mosley v Google*, de los tribunales francés,¹⁵⁹ alemán,¹⁶⁰ e inglés,¹⁶¹ que obligaron al intermediario a tomar medidas para que fotografías tomadas ilegalmente

¹⁵⁰ *EU Internet Forum*, disponible en: <https://www.eifonline.org/about-us/about-eif.html>

¹⁵¹ Art. 4 bis, art. 28 ter 2 IV DSCA, según modificación de la Directiva 2018/1808.

¹⁵² *Id.* Recommendation CM/Rec (2018) 2 of the Committee of Ministers to Member States on the roles and responsibilities of internet intermediaries. Apéndice 1.1.1: “States should not exert pressure on internet intermediaries through non-legal means”. En la doctrina, G. FROSIO – S. MENDIS, “Monitoring and Filtering: European Reform or Global Trend?” (September 9, 2019), en G. FROSIO (ed), *The Oxford Handbook of Online Intermediary Liability*, Oxford University Press, 2019 (en prensa), pp. 13-14 (disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3450194> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3450194> .

¹⁵³ Cdos 11, 13 y art. 3.3 letra a), art. 10.3 Reglamento 2015/2120.

¹⁵⁴ Art. 28 ter 3 DSCA, tal y como han sido incorporado por la Directiva 2018/1808.

¹⁵⁵ COM(2018)640 final, en particular art. 6. Pero *vid.* Parlamento Europeo, Enmiendas 85-88. La Propuesta, tras la Primera lectura llevada a cabo por el Parlamento y tras la aceptación de enmiendas por el Consejo puede leerse en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_8663_2019_INIT&qid=1573035054776&from=ES

¹⁵⁶ Art. 28 ter 6 DSCA, tal y como han sido incorporados por la Directiva 2018/1808; Cdos 28-29, art. 6 bis 2 Directiva 2019/2161, sobre la mejora de la aplicación y modernización de las normas de protección de los consumidores de la UE.

¹⁵⁷ SARTOR, “Providers Liability...”, pp. 29-31; CARSTEN, “Standards for Duty of Care?...”, pp. 119-120.

¹⁵⁸ Muy crítico, FROSIO, Giancarlo, “The Death of “No Monitoring Obligations” A Story of Untameable Monsters”, JIP-ITEC, 2017, 8, [pp. 199–215], pp. 203-211. FROSIO, “Reforming Intermediary Liability...”, pp. 38-40. También FROSIO-MENDIS, “Monitoring and Filtering...”, en FROSIO (ed), *The Oxford Handbook...*, pp. 4-6, 8-12.

¹⁵⁹ Tribunal Grand d’Instance de Paris (17^e Ch), de 6 de noviembre de 2013 (RG 11/07970), *Max Mosley v Google Incl Google France*.

¹⁶⁰ LG Hamburgo (AZ: 324 O 264/11), de 24 de enero de 2014.

¹⁶¹ [2015] EWHC 59 (QB), de 15 de enero de 2015, *Max Mosley v Google Inc/Google UK Limited* (§ 54), en un caso de protección de datos en el que ni siquiera era posible la monitorización.

que afectaban a la intimidad del demandante no volvieran a aparecer en el motor de búsqueda, lo cual incluía la obligación de aplicar y/o desarrollar *software* específico para borrar, detectar y bloquear esos contenidos. Así, según el tribunal alemán:

“[Al demandado] le correspondía tomar las precauciones necesarias para evitar nuevas infracciones similares después de las correspondientes quejas del demandante o hacer esfuerzos, por ejemplo, utilizar programas informáticos para detectar y eliminar o bloquear este contenido o desarrollar dichos programas informáticos. Esto es razonable. Las imágenes contienen graves violaciones de la ley que pueden ser detectadas sin mucho esfuerzo. El demandante ha tomado medidas contra operadores de sitios web individuales o autores antes de presentar una demanda contra el demandado, pero esto no ha dado lugar a una solución adecuada en lo que respecta la búsqueda de imágenes. Habida cuenta de la gravedad de la infracción y de sus esfuerzos anteriores, no estaba obligado a tomar medidas contra todas las grandes empresas de medios de comunicación -posiblemente de todo el mundo- que distribuyen estas imágenes en sus propios sitios web. Hay que tener en cuenta que el motor de búsqueda de imágenes del demandado busca regularmente en toda Internet y, por lo tanto, encuentra e incluye repetidamente en su índice páginas que contienen las imágenes correspondientes, aunque no se trate de publicaciones de empresas de medios de comunicación de renombre. La invasión de la esfera privada protegida no es menos sustancial para el demandante en este caso, sin embargo, si la imagen se indica en los resultados de la búsqueda con la URL de una página de Internet menos conocida. También hay que tener en cuenta la posición del demandado y el tamaño y la reputación del motor de búsqueda que explota. El hecho de que estas imágenes puedan difundirse a través de otros motores de búsqueda, pero en particular a través de las redes sociales, incluso si el demandado las bloquea, no exime al demandado de su obligación.”¹⁶²

52. En definitiva, la ampliación de los deberes de diligencia del intermediario, a veces *ex ante* voluntariamente asumidas y otras *ex post* judicialmente impuestas, ilustra la paulatina erosión que desde hace tiempo viene sufriendo la prohibición de control general establecida en el art. 15 DCE. Los pasos que modernamente está dando el legislador europeo todavía van más lejos y llegan incluso a prescindir abiertamente del art. 15 DCE. Es un ejemplo la Propuesta para combatir el terrorismo, que justifica ese proceder ante el "riesgo particularmente grave impuesto por la difusión de contenidos terroristas en línea", aunque el Parlamento Europeo ha reaccionado con la derogación de esa regla y ha introducido otras cautelas.¹⁶³ Otro ejemplo, mucho más cercano, es el art. 17 DCMUD aunque el legislador no tiene empacho en afirmar que el filtrado generalizado en busca de violaciones del *copyright* no da lugar a ninguna obligación general de supervisión (art. 17.8 DCMUD). Todos sabemos, por el contrario, que eso es exactamente lo que sucederá.¹⁶⁴ Ni siquiera las excepciones (art. 17.7 DCMUD), que tratan de maquillar la regulación propuesta, podrían evitar ese control general de los contenidos. La República de Polonia ha solicitado la anulación del art. 17.4 letras b) y c) DCMUD, por violación del derecho a la libertad de expresión y de información garantizado por el art. 11 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.¹⁶⁵ La norma constituye además un claro apartamiento de jurisprudencia del TJUE, por lo menos la dictada hasta ahora en el ámbito de la propiedad intelectual.

¹⁶² LG Hamburgo (AZ: 324 O 264/11), de 24 de enero de 2014 (§ 137).

¹⁶³ *Vid.* Parlamento Europeo, Enmienda 22 al Cdo 19 y enmiendas 61-64 a un nuevo art. 3 e introducción de un nuevo art. 3 bis. La Propuesta, tras la Primera lectura llevada a cabo por el Parlamento y tras la aceptación de enmiendas por el Consejo puede leerse en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_8663_2019_INIT&qid=1573035054776&from=ES Antes, *vid. Opinion of the European Union Agency for Fundamental Rights*, 39), disponible en: <https://fra.europa.eu/en/publications-and-resources/opinions>.

¹⁶⁴ Remarca la sorpresa que causa ese art. 17.8 DCMUD, PEGUERA POCH, “La exoneración...”, p. 245. La generalidad de la doctrina denuncia la imposibilidad de escapar de la responsabilidad sin llevar a cabo ese control general. Entre muchos, FROSIO-MENDIS, “Monitoring and Filtering...”, en FROSIO (ed), *The Oxford Handbook...*, pp. 18-20, que también apunta a su adopción voluntaria, ex art. 17.10 de la Directiva. *Vid.* SPINDLER, “Responsabilidad civil y diligencia...”, *LaNotaria*, 2019 (en prensa); el mismo autor, “¿Compartir contenidos en línea o no? Un análisis del artículo 17 de la Directiva sobre propiedad intelectual en el mercado único digital”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (CDT), 2020, 1, núm. 63.

¹⁶⁵ *Vid.* el recurso interpuesto el 24 de mayo de 2019 - República de Polonia contra Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea (Asunto C-401/19) (DO L 130, de 12.8.2019).

53. La DCMUD también plantea dudas sobre el grado de sofisticación que es preciso para detectar los contenidos exceptuados y, por consiguiente, también la accesibilidad a los mismos por parte de solo pocas empresas. Podrá decirse que la prohibición general de control se respeta siempre que exista la tecnología adecuada y que, por eso mismo, la norma prevé excepciones.¹⁶⁶ Esa es, por lo menos, la premisa de la que parte el documento que recoge las líneas básicas de la futura DSA que, a la vez que pretende imponer la puesta en práctica obligatoria de medidas *ex ante*, como contenido del deber de diligencia de los intermediarios, pretende dejar intacto el art. 15 DCE.

Ese borrador que contiene las líneas de una futura DSA valida el enfoque de la DCMUD, que legitima el uso de la inteligencia artificial para detectar contenidos ilícitos. Efectivamente, como ya se ha visto, las técnicas automáticas de filtrado y bloqueo adquieren carta de naturaleza en el art. 17.4 letras b) y c) DCMUD, salvo para las plataformas nuevas con un volumen de negocios y una audiencia reducidos (Cdo 67, art. 17.6 DCMUD). La técnica ya aparece contemplada en el Cdo 40 DCE y solo recientemente ha sido considerada la mejor práctica por la Comisión Europea.¹⁶⁷ El citado documento también admite que deben introducirse disposiciones específicas que regulen los algoritmos para las tecnologías automatizadas a fin de garantizar la transparencia y la responsabilidad.

VI. Los procedimientos de moderación de contenidos

54. Una de las carencias más destacadas de la DCE es la no inclusión de regla alguna sobre el procedimiento de aviso (de la comisión de un ilícito) y retirada (de los contenidos que contravienen los derechos de terceros). Este es un procedimiento estrictamente privado en virtud del cual las personas que se consideran víctimas de la infracción lo notifican al intermediario que aloja el contenido ilícito o dañoso, y/o que enlaza con él, para que lo elimine. La Comisión Europea se reservaba regular esos procedimientos en el futuro (art. 21.2 DCE) y, por eso, de momento, el art. 14.3 DCE se limita a advertir que la exclusión de responsabilidad no afecta a la posibilidad de que los Estados Miembros desarrollen esos procedimientos. El Cdo 40 y el art. 16 DCE añaden que tal desarrollo puede llevarse a cabo sobre la base de acuerdos voluntarios entre todas las partes interesadas.

La ventaja de tales procedimientos es que no es preciso esperar a que una orden judicial autorice la retirada o el bloqueo; eso es beneficioso porque, en la mayoría de casos, los costes de litigación serán elevados y, además, la obtención de una sentencia puede tomar más tiempo del deseable para reparar a la víctimas.

Sin embargo, qué duda cabe de que tales procedimientos, que dejan en manos de los privados cómo debe ser el comportamiento de los usuarios, solo pueden ser satisfactorios si ambas partes pueden acceder fácilmente a procedimientos judiciales o extrajudiciales de resolución de litigios.¹⁶⁸ Por otra parte, se diría que para determinados contenidos dañosos (*e.g. fake news*) el procedimiento de notificación (y consiguiente retirada) no es plenamente satisfactorio. Para esos supuestos, el documento filtrado que contiene ideas para una nueva DSA confía en los códigos de conducta –previa aprobación de un regulador- y en el empoderamiento del usuario en la elección de las fuentes, lo cual sugiere la necesidad de mejorar la educación de los ciudadanos.¹⁶⁹

¹⁶⁶ Cfr. art. 17.5 DCMUD. Para el argumento, SARTOR, “Providers Liability...”, p. 26, p. 29. Lo mismo parece desprenderse ahora de la STJUE C-18/18, de 3 de octubre de 2019, *Glawischnik-Piesczek* (ECLI:EU:C:2019:821) cuando afirma que no es preciso un ulterior control humano de los resultados que arroje el sistema automáticamente (§§ 44-47).

¹⁶⁷ En general, para los pros y contras del filtrado, *vid.* SEC(2011) 1641/2, 50–51. *Vid.* ahora COM(2017) 555 final, pp. 13-15.

¹⁶⁸ *Vid.* ahora el Cdo 70 y el art. 17.9 II DCMUD. Antes, Cdo 22 y § 14 Recomendación 2018/334.

¹⁶⁹ A nivel nacional, contra la desinformación, *vid.* en Francia Loi n° 2018-1202 du 22 décembre 2018 relative à la lutte contre la manipulation de l’information; en el Reino Unido, UK Online Harms White Paper de 9.4.2019 (modificado por última vez, 26.6.2019); en Alemania, *vid.* la *Staatsvertraglicher Neuregelungen zu Rundfunkbegriff / Zulassungspflicht, Plattformregulierung und Intermediäre* (“Medienstaatsvertrag”), que probablemente entrará en vigor en septiembre de 2020 (<https://www.tagesschau.de/inland/mediensstaatsvertrag-rundfunkstaatsvertrag-101~amp.html>) (última consulta : 7.12.2019).

55. Los Estados miembros han puesto en marcha procedimientos de notificación y retirada a través de líneas telefónicas directas nacionales que permiten a los usuarios de internet denunciar, *e.g.* los contenidos de pornografía infantil que encuentren en línea.¹⁷⁰ A veces esos procedimientos son fruto de la autoregulación, que más que el acuerdo con las partes interesadas (*stakeholders*) reflejan la política individual de las empresas (*vgr.* la política de protección de marcas que, por lo general, no se refiere solo a los contenidos ilegales).¹⁷¹ En este último caso, el riesgo es no ofrecer la necesaria transparencia. La posibilidad de retirar contenidos que solo son presuntamente ilegales, ante la dificultad de conocer la verdadera naturaleza de determinado tipo de infracciones, aumenta cuanto más opacos sean los criterios que hacen servir los prestadores para determinar las razones por las que los contenidos deben ser eliminados en las cláusulas de exención de responsabilidad. Ello ha alimentado la censura del intermediario frente al proveedor de contenidos lícitos indebidamente retirados o bloqueados sin, aparentemente, el riesgo de tener que soportar una demanda de responsabilidad contractual.¹⁷² Es una situación intolerable que exige analizar cuidadosamente la licitud o ilicitud de los acuerdos que permiten filtrar o bloquear contenidos porque, más allá de las legítimas decisiones sobre la política de la empresa, podría suceder que algunas condiciones generales de los contratos de acceso a las plataformas fueran abusivas: *e.g.* si una cláusula dijera, sin ulterior precisión, que la plataforma se reserva el derecho de eliminar los contenidos que considere “objetable” sin la necesaria transparencia sobre los criterios que hace servir; o, por poner otro ejemplo, si dijera que se reserva el derecho a suspender las cuentas sin aviso. Los derechos fundamentales deben prevalecer sobre las condiciones generales y cláusulas como las acabadas de mencionar limitan la libertad de expresión. Tras la entrada en vigor del Reglamento sobre una internet abierta se prohíbe, salvo contadas excepciones, el bloqueo no exigido por ley y, por supuesto, el bloqueo voluntario de contenido lícito.¹⁷³

56. En el Primer Informe sobre la aplicación de la DCE,¹⁷⁴ Finlandia aparecía como el único país que había adoptado una regulación sobre *notice-and-take down* en materia de *copyright*, pero la lista de los Estados que han regulado ese mismo procedimiento u otros que permiten el bloqueo (*notice-and-stay down*), ya en un ámbito sectorial, ya con alcance horizontal, se ha ampliado muy considerablemente en nuestros días.¹⁷⁵ En España, en el ámbito de la propiedad intelectual, el art. 195 TR-LPI regula un procedimiento administrativo para hacer cesar el ilícito. A pesar de esa teórica evolución, o precisamente por ello, no existe un criterio unánime en relación con el contenido que deberían tener las notificaciones, el marco temporal dentro del cual deberían actuar los intermediarios, o la necesidad de prever un contra-aviso o contra-notificación que permita defender la legalidad de la información alojada, así como la posibilidad de control judicial posterior.¹⁷⁶

57. La Recomendación 2018/334 trata de establecer los criterios por los que deberían regirse los procedimientos de moderación de contenidos de las empresas intermediarias aunque, en realidad, el documento se dirige fundamentalmente a las plataformas que hoy se reparten el mercado. En general, la Recomendación es muy laxa en sus términos, porque parte de la base de la existencia de códigos de con-

¹⁷⁰ *Vid.* COM(2016) 872 final, pp. 7-9.

¹⁷¹ SEC(2011) 1640/2, pp. 40-41; GIOVANELLA, “Online Service Providers’ Liability...”, en TADDEO-FLORIDI (eds), *The Responsibilities...*, pp. 232-233 y pp. 234 ss, donde propone un modelo al estilo del que existe en Canadá.

¹⁷² G. N. YANNOPOULOS, ‘The Immunity of Internet Intermediaries Reconsidered?’, en TADDEO-FLORIDI (eds), *The Responsibilities...* [pp. 43-59], p. 50. Con matices, RUBÍ PUIG, “Derecho al honor *online*...”, p. 15, nota 21. Recientemente, J. VENTURINI *et al.*, “Terms of Service and Human Rights: an Analysis of *Online* Platform Contracts, 2016 (disponible en: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/18231>).

¹⁷³ Cdos 11, 13 y art. 3.3 letra a) Reglamento 2015/2120. H. W. MICKLITZ – P. PALKA, “Algorithms in the Service of the Civil Society”, *EuCML*, 2019, 1, [pp. 1-3], p. 2, explican su implicación en el desarrollo de un programa algorítmico que permitirá detectar cláusulas potencialmente abusivas y que verificarán el cumplimiento del Reglamento 2016/679, de protección de datos.

¹⁷⁴ Primer Informe sobre la aplicación de la Directiva 2000/31 (COM(2003) 702 final, Bruselas, 21.11.2003), pp. 14-16.

¹⁷⁵ *Vid.* SEC(2011) 1641/2, pp. 42-43 y Annex II, pp. 137-140; SWD (2018) 408 final, Annex 7, pp. 122-125.

¹⁷⁶ *Vid.* SEC(2011) 1640/2, pp. 43-46; VERBIEST-SPINDLER *et al.*, *Study on the Liability...*, pp. 41-46; VAN EECHE -TRUYENS (DLA Piper UK LLP), ‘Chapter 6: Liability for online intermediaries’, en *EU Study on the Legal Analysis...*, pp. 19-20; SWD (2018) 408 final, Anexo 7, pp. 125-129 y Anexo 8, en relación con la autoregulación. Sobre la bondad de cada uno de esos sistemas, con detalle, KUCZERAWY, *Intermediary...*, pp. 203 ss., pp. 331 ss.

ducta –en los que se inspira- donde se desarrollan los detalles. De entrada, y sin perjuicio de las especificidades que puedan existir en relación con determinados contenidos terroristas, el documento no impone ni la forma ni el contenido de las notificaciones, ni obliga al notificante a identificarse.¹⁷⁷ Prevé, además, la posibilidad de que el proveedor de contenidos se oponga a la decisión de bloquear o retirar los materiales (*counter-notice*) –algo que la DCE no precisa- lo cual es, sin duda, un acierto. La contra notificación se hace con vista a la anulación de la decisión de retirada, pero la Recomendación advierte que eso es “en su caso”, esto es, no prejuzga que, tras recibirla, el prestador esté necesariamente obligado a reponer los contenidos antes suprimidos. Por otra parte, se deduce que la retirada es automática, tras la notificación, lo cual indica que ni siquiera se da la ocasión al prestador de valorar la posible ilegalidad del contenido.

En realidad, la facultad de oponerse solo existe si el afectado solicita ser informado de la retirada o bloqueo de los contenidos y no podrá hacer uso de la misma cuando exista una evidencia manifiesta de la ilicitud y/o de que los hechos son constitutivos de delitos graves que suponen un peligro para la vida o la seguridad de las personas, o cuando así lo solicite la autoridad competente por razones de orden y seguridad públicas. En el primer caso, la carga para las empresas es evidente, si resulta que estas tienen que juzgar sobre la base de unos hechos que, en definitiva, no siempre quedará claro que sean ilegales o cuya naturaleza delictiva no tienen por qué conocer. La Recomendación parece conjurar el riesgo de error exigiendo que las notificaciones sean suficientemente precisas y bien fundadas y con el fomento de la colaboración entre prestadores de servicios y notificantes fiables, a pesar de que no se sabe bien quienes lo son o porqué lo son, sino solo que lo serán según las condiciones que establezca la empresa. En esta última hipótesis –la de los notificantes fiables- se establece la necesidad de poner en marcha procedimientos acelerados que tramiten más rápidamente sus notificaciones. Una medida adicional, para evitar la indebida retirada de contenidos lícitos, es que los intermediarios deben contar con la intervención de expertos que garanticen una actuación proporcionada por parte de los intermediarios.¹⁷⁸ Además, se recomienda adoptar medidas para prevenir la existencia de notificaciones o contra notificaciones realizadas con abuso o mala fe, lo cual sugiere la necesidad de imponer algún tipo de sanción pecuniaria (o la responsabilidad por la pérdida de ingresos mientras dura la retirada), pero no se explica quién debería pechar con esa carga.¹⁷⁹ Se recalca que todo ello debe realizarse con el debido respeto a los derechos fundamentales y que en modo alguno queda vedado el acceso a ulteriores procedimientos de resolución extrajudicial y, por supuesto, tampoco judicial.

58. El procedimiento de notificación y retirada obliga a los titulares de derechos defraudados a estar pendientes de que el ilícito no vuelva a repetirse. Al amparo de la DCE, la *Cour de Cassation* impidió a *Google France* perder el puerto seguro por el hecho de que reaparecieran los vídeos/películas cuestionadas tras haberlas suprimido efectivamente, por entender que lo contrario hubiera exigido una vigilancia continua.¹⁸⁰ Sin embargo, recientemente, en un caso de difamación, la STJUE C-18/18, de 3 de octubre de 2019, *Glawischnig-Piesczek* parece legitimar que el bloqueo pueda tener alcance mundial. Es una decisión que contrasta con la STEDH de 9 de marzo de 2017, *Pihl v Sweden*, que no

¹⁷⁷ En la misma línea, el art. 17.9 III DCMUD establece que: “no conducirá a identificación alguna de usuarios concretos, ni al tratamiento de sus datos personales”.

¹⁷⁸ Vid ahora art. 17.9 II DCMUD.

¹⁷⁹ Cap. II, § 21 Recomendación 2018/334.

¹⁸⁰ Cass. Civ. I, de 12 de julio de 2012, *Aufeminin.com / Google France et autres*; Cass. Civ. I, de 12 de julio de 2012, *Google France et autre / société Bac films et autres*: «En se prononçant ainsi, quand la prévention imposée aux sociétés Google pour empêcher toute nouvelle mise en ligne des vidéos contrefaisantes, sans même qu’elles en aient été avisées par une autre notification régulière pourtant requise pour qu’elles aient effectivement connaissance de son caractère illicite et de sa localisation et soient alors tenues d’agir promptement pour la retirer ou en rendre l’accès impossible, aboutit à les soumettre, au-delà de la seule faculté d’ordonner une mesure propre à prévenir ou à faire cesser le dommage lié au contenu actuel du site en cause, à une obligation générale de surveillance des images qu’elles stockent et de recherche des mises en ligne illicites et à leur prescrire, de manière disproportionnée par rapport au but poursuivi, la mise en place d’un dispositif de blocage sans limitation dans le temps». Por el contrario, vid. BGH de 12 de julio de 2012, *Alone in the Dark* (resumen en KUR, Annette, “Secondary Liability for Trademark Infringement on the Internet: The Situation in Germany and Throughout the EU”, *Colum.J.L.&Arts*, 2014, 37, [pp. 525-540], pp. 537-538). Ampliamente, sobre la distinta aproximación al problema en Francia y Alemania, KUCZERAWY, *Intermediary...*, pp. 234 ss, y allí la valoración crítica del régimen alemán que, en opinión de la autora, comporta un control general de los contenidos que contraviene el art. 15.1 DCE. Además, pp. 357 ss

considera responsable de la violación de la vida privada al intermediario *online* que, tras haber borrado del servidor un comentario ultrajante, a requerimiento del ofendido, sin embargo no había impedido que este pudiera localizarse en otros lugares.¹⁸¹ Precisamente para contrarrestar decisiones de ese tipo, la Comisión Europea ve ahora factible el desarrollo de procedimientos de *notice and staydown* (bloqueo) en su Recomendación. Con todo, cualquier bloqueo del contenido *online* debe haber sido previamente previsto en la ley, estar claramente justificado, ser proporcionado, y no ir más allá de lo necesario para conseguir esa finalidad.¹⁸²

59. La DCMUD permite utilizar tecnología de reconocimiento de contenidos, tanto para filtrar como para bloquear. Sin embargo, si esta tecnología no está bastante desarrollada, o bien la empresa no puede permitirse el coste de su implementación, la revisión manual, en su caso previa notificación, será el único instrumento para evitar la disponibilidad de contenidos protegidos (o no) por derechos de autor (Cdo 66 II DCMUD). Para uno y otro caso se han previsto mecanismos de reclamaciones, a las que deberán atender personas expertas (este último calificativo no aparece expresamente, pero cabe presumirlo), antes de dar paso a la resolución (judicial o extrajudicial), con el fin de atenuar resultados indeseados cuando se haga un uso legítimo (Cdo 70 II, art. 17.7 DCMUD). Estos últimos serán frecuentes si se observa que a las plataformas se las obliga a actuar “de modo expeditivo” para retirar y bloquear el acceso (art. 17.4 letra c) DCMUD). Eso facilita la existencia de falsos positivos y/o una inadecuada reacción frente a notificaciones falsas, ante las cuales solo quedará recurrir al juez u otro mecanismo extrajudicial de resolución. Eso va a promover la inacción de muchos usuarios que no conocerán las complejidades legales o no considerarán que vale la pena invertir tiempo y dinero en ello.

VII. Reflexiones finales

60. Existe una creciente necesidad de regular el comportamiento de los prestadores intermediarios y la información que se aloja en páginas web, redes sociales, blogs o foros, en relación con la incitación al odio, la exaltación del terrorismo, la difamación, o la propagación de pornografía infantil, por citar solo algunos ejemplos. El legislador debería ser capaz de proteger a las víctimas, sin incurrir en el riesgo de dañar a los creadores, perjudicar la libertad de expresión, o hundir el negocio de internet. De momento, la tendencia es ampliar las obligaciones de control preventivo, siguiendo la estela de decisiones (contradictorias) de los tribunales nacionales que han contribuido a la confusión sobre el nivel de diligencia que debían tener para proteger su puerto seguro. Es, también, la tendencia que observa el legislador en algunos Estados Miembros a la hora de combatir la piratería¹⁸³ o los contenidos ofensivos.¹⁸⁴

¹⁸¹ STEDH de 9 de marzo de 2017, *Pihl v Sweden* (§ 33). El Tribunal tiene en cuenta, además, el carácter no lucrativo de la asociación que gestionaba el bloc, así como su reducido tamaño (§ 31).

¹⁸² Cdos 11, 13 y art. 3.3 letra a) Reglamento 2015/2120; art. 25.1 Directiva 2011/93/UE, contra los abusos y explotación sexual de menores; Cdo 22-23 y art. 21.2 y 3 de la Directiva 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017, relativa a la lucha contra el terrorismo (DO L 88, de 31.03.2017); art. 17.4 letra c) y 5 DCMUD. En relación con la interpretación que merece el Reglamento citado en primer lugar, *vid.* Council of Europe, Comparative Study on Blocking, Filtering and Take-Down of Illegal Internet Content, 2017, pp. 24-26 (disponible en <https://edoc.coe.int/en/internet/7289-pdf-comparative-study-on-blocking-filtering-and-take-down-of-illegal-internet-content-.html>) (última visita: 7.12.2019).

¹⁸³ En Francia, *vid.* N. LUCCHI, “Regulation and Control of Communications: the French Online Copyright Infringement Law (HADOPI)”, 2011, 7 Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law Research Paper (MPI IPCL RP), pp. 1-28, en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1816287 (última consulta: 12.11.2019). La suspensión del acceso al prestador de internet fue abrogada en 2013. Alemania también ha modificado la Ley de Telecomunicaciones (*Telemediengesetz* - TMG) con el fin de excluir del privilegio a las plataformas cuya actividad incluye la violación de los derechos de autor (por ejemplo, “The Pirate Bay”). *Vid.* SPINDLER, “Haftung ohne Ende?...”, pp. 48-52.

¹⁸⁴ En Alemania, *vid.* *Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken* (Netzwerkdurchsetzungsgesetz – NetzDG), de 1.9.2017. Para la crítica, G. SPINDLER, “Internet Intermediary Liability Reloaded. The New German Act on Responsibility of Social Networks and its (In-) Compatibility with European Law”, 2017, 8, JIPITEC, pp. 166-179. Además, *vid.* UK Online Harms White Paper of 9.4.2019 (modificado por última vez, 26.6.2019). Recientemente, en Francia, *vid.* la *Proposition de loi adoptée par l’Assemblée Nationale visant à lutter contre les contenus haineux sur internet* de 9.7.2019.

Los riesgos de internet son evidentes y conocidos, pero tampoco duda nadie de las enormes ventajas que trae aparejadas. Sorprende, pues, que 20 años después de la promulgación de la DCE, internet parece ser percibida más como una amenaza que como una oportunidad. Seguramente por eso nuevas directrices políticas para la próxima Comisión Europea 2019-2024 anuncian la derogación de la DCE y la promulgación de otra que la sustituya. Según ya se ha explicado, los planes consisten en ampliar las actividades de acceso, caché y alojamiento, para incluir explícitamente otros servicios; reescribir la regulación sobre exenciones de responsabilidad; y exigir un papel activo de los distintos servicios digitales y, en particular, para las plataformas en línea. Ese enfoque es mucho más gravoso para las empresas y presenta mucho mayor riesgo de limitar la libertad de expresión y de información.

En particular, cobra particular importancia en la detección de contenido ilegal el filtrado preventivo y el subsiguiente bloqueo, a los que se concede el privilegio de ser el modo de detección habitual y, según parece, no solo en el combate contra la detección de ilícitos en el *copyright* o contra el honor. La utilización de herramientas automatizadas trae consigo el riesgo de aumento de la censura y cerrado de cuentas porque la tecnología no siempre puede detectar correctamente las ilegalidades (¿cómo percibir los matices de la comunicación humana?); aun peor, puede tener efectos discriminatorios entre distintos grupos sociales. Si se admite, porque sin duda se ha revelado eficaz, es preciso introducir precauciones y, por de pronto, prever mecanismos de revisión humana. Es sorprendente que eso sea lo que descarte, precisamente, la STJUE C-18/18, de 3 de octubre de 2019, *Glawischnig-Piesczek*.

El documento que se ha filtrado con las notas para una futura DSA se refiere específicamente a la necesidad de establecer medidas que permitan conocer la transparencia del algoritmo -es decir, que permitan saber porqué el contenido se ha borrado-, pero es verosímil pensar que ello requerirá la adopción de legislación específica adicional y *ad hoc*, según evolucionen los debates que sobre inteligencia artificial tienen lugar en la actualidad.¹⁸⁵ Ese será el tema a estudiar en los próximos años y ya veremos como lidia con él la próxima DSA.

¹⁸⁵ COM(2018) 237 final. MICKLITZ – PAŁKA, “Algorithms in the Service...”, pp. 1-3; M. KOLAIN, “Artificial Intelligence, Robotics and the Law: Current Research Projects and Unsolved Legal Questions – Report of the first RAILS-Conference on 23 March 2018 in Hannover”, ERPL, 2019, 3, pp. 647–656. *Vid.* además el “Algorithmic Awareness-Building Project”, en <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/algorithmic-awareness-building> (última consulta: 3.12.2019).

RESOLUCIÓN CONTRACTUAL Y DESTINO DE LOS DATOS Y CONTENIDOS GENERADOS POR LOS USUARIOS DE SERVICIOS DIGITALES*

TERMINATION OF CONTRACT AND DESTINATION OF DATA AND CONTENT GENERATED BY USERS OF DIGITAL SERVICES

SERGIO CÁMARA LAPUENTE

Catedrático de Derecho Civil

Universidad de La Rioja

ORCID ID: 0000-0002-1207-4432

Recibido: 13.12.2019 / Aceptado: 09.01.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5226>

Resumen: Durante el uso de los contenidos y servicios digitales puestos a disposición del consumidor por los distintos proveedores, los usuarios facilitan y crean gran cantidad de datos. El tratamiento legal del control sobre el destino de estos datos se bifurca en la actualidad en dos normas: por una parte, si se trata de datos personales, se aplicará el Reglamento (UE) General de Protección de Datos de 2016 (RGPD); por otra parte, respecto a contenidos generados por los usuarios que no sean datos personales, las reglas de la reciente Directiva (UE) 2019/770, de 20 de mayo de 2019 sobre contratos de suministro de contenidos y servicios digitales (DCSD) será de aplicación tras su transposición.

Este ensayo analiza la intersección de las normas sobre protección de datos personales con las normas sobre la defensa contractual del consumidor al tiempo de la extinción de este tipo de contratos por vía de resolución. Para ello compara los rasgos de los derechos de supresión, olvido y portabilidad del Reglamento con los nuevos derechos de impedir el uso de los datos y de recuperarlos establecidos en la Directiva y concluye críticamente acerca del escaso impacto que estos últimos pueden llegar a tener debido a su reducido ámbito de aplicación, las escasas facultades y las excesivas excepciones incorporadas finalmente en uno de los preceptos centrales de la Directiva 2019/770.

Palabras clave: contenidos digitales, servicios digitales, resolución, contrato de suministro, datos personales, portabilidad, derecho al olvido, derecho de supresión, Directiva (UE) 2019/770, Reglamento General de Protección de Datos, conformidad, contenidos generados por los usuarios, consumidor.

Abstract: During the use of digital content and services made available to the consumer by different traders and platforms, users provide and create large amounts of data. The legal treatment of control over the destination of these data currently splits into two pieces of legislation: on the one hand, in the case of personal data, the 2016 (EU) General Data Protection Regulation (GDPR) will apply; on the other hand, in the case of user-generated content other than personal data, the rules of the recent Direc-

*Este trabajo tiene su base en la ponencia expuesta en el Congreso Internacional *El Derecho privado en el nuevo paradigma digital* (Colegio Notarial de Cataluña, Barcelona, 3 y 4 de octubre de 2019) y se enmarca en el Proyecto I+D (Retos) DER2017-84748-R (Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades): *Mercado Único Digital Europeo y Protección de los Consumidores: perfilando los derechos de las partes en contratos de suministro de contenidos digitales*, del que es investigador principal el Prof. S. CÁMARA LAPUENTE. Una versión en inglés, reducida y con variantes, puede verse en R. SCHULTZE, D. STAUDENMAYER, S. LOHSSE (dirs.), *Data as Counter-Performance Contract Law 2.0?*, Nomos, Baden-Baden, 2020 (en prensa).

tive (EU) 2019/770 of 20 May 2019 on contracts for the supply of digital content and services (DCSD) will apply after transposition in Member States.

This paper analyses the intersection of the rules on personal data protection with the rules on the contractual protection of the consumer at the time of the extinction of this type of contract by means of termination. To this end, it compares the features of the rights to erasure, to be forgotten and to portability of the Regulation with the new rights to prevent further use of data and to retrieve them established in the Directive, and critically concludes that the latter may have little impact due to their reduced scope of application, the limited powers and the excessive exceptions finally incorporated in one of the central articles of Directive 2019/770.

Keywords: digital contents, digital services, termination, contract of supply, personal data, portability, right to erasure, right to be forgotten, Directive (EU) 2019/770, General Data Protection Regulation, conformity, user generated contents, consumer.

Sumario: I. Extinción del contrato y resolución contractual. II. Derechos en juego sobre los datos al resolver el contrato. 1. Comparación entre acceso/portabilidad/supresión del RGPD y recuperación/impedimento del uso de la DCSD. 2. Evolución legislativa, fundamento y crítica. 3. Datos objeto de disposición: “datos personales facilitados” vs. “cualquier contenido distinto de los datos personales, que el consumidor hubiese facilitado o creado”. III. Comparación e interacción entre los nuevos derechos. 1. Derecho de supresión y derecho a impedir el uso de los datos. A) Reglas y excepciones. B) Cómo. C) Prueba. 2. Derecho de portabilidad y derecho de recuperación de datos. A) Reglas y excepciones. B) Cómo. C) Prueba. 3. Relación entre los derechos en el momento de su ejercicio. 4. La plasmación de los derechos en la práctica actual. 5. Un balance final.

I. Extinción del contrato y resolución contractual

1. La Directiva 2019/770, de 20 de mayo de 2019 sobre contratos de suministro de contenidos y servicios digitales (en adelante, DCSD o Directiva 2019/770)¹ sólo se ocupa de los derechos del usuario respecto a la disposición de sus datos, sean estos personales o de otro tipo, en caso de *resolución* del contrato. Tanto en contratos en que se pagó un precio –en dinero o en una representación digital de valor–, como en contratos en que sólo se facilitaron datos personales², como en contratos, en este sentido, mixtos (precio más datos personales)³, la resolución podrá deberse a tres causas: la falta de suministro (art. 13)⁴, la falta de conformidad (arts. 14-18) o la modificación de los contenidos o servicios que afecte negativamente al consumidor (art. 19.3). En los tres casos el empresario suministrador ha podido tratar los datos personales o utilizar de diversas formas los datos no personales cargados por el consumidor hasta que se produce la resolución, cuyo efecto normal en el Derecho privado es la restitución de las contraprestaciones intercambiadas por las partes contractuales.

2. Ciertamente, el ámbito objetivo de la Directiva, centrada en los remedios sólo de los tres referidos supuestos (según el art. 1: conformidad, suministro y modificación), limita los aspectos sometidos a plena armonización en la Unión Europea. Pero cuando los Estados Miembros transpongan la Directiva deberían hacerse una serie de preguntas, dado que, de acuerdo con el art. 3.10 DCSD, les corresponde la competencia para regular el Derecho contractual, incluidos los efectos de estos contratos, así como las consecuencias de la resolución⁵ no reguladas en la norma europea. En concreto, los Estados miem-

¹ Directiva (UE) 2019/770 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales (DOUE L 136, de 22.5.2019).

² Art. 3.1 y considerando 25.

³ *Vid.* considerando 67.

⁴ Y véase el considerando 20 en relación con la aplicación de las medidas correctoras establecidas en la Directiva 2011/83/UE de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, en lugar de las ahora establecidas en la DCSD, en caso de suministro de contenido digital en un soporte material.

⁵ Parece más bien un error de traducción desde el inglés la mención que figura en la versión oficial en castellano de “terminación” (*termination*) del contrato en el art. 3.10 DCSD: “La presente Directiva no afectará a la facultad de los Estados

bros podrían expandir las reglas de la Directiva sobre el destino de los datos a supuestos de extinción contractual distintos de la resolución o crear reglas distintas para esos casos. Y ahí vienen las preguntas:

- a) ¿Incide la causa de extinción en las reglas sobre la disponibilidad de los datos? Por ejemplo, si dicha causa es imputable al consumidor y no al empresario.
- b) ¿Son suficientes las precisiones de la Directiva al distinguir contenidos digitales, servicios de almacenamiento en la nube y servicios de redes sociales, o son precisas otras distinciones o reglas ad hoc, como por ejemplo afinar reglas distintas cuando se produce descarga de contenidos y cuando se disfrutan en *streaming*?⁶
- c) ¿La regulación nacional habría de establecer reglas sobre el destino de “otros datos” o, según la versión final de la Directiva, sobre “cualquier contenido distinto de los datos personales, que el consumidor hubiese facilitado o creado al utilizar los contenidos o servicios digitales suministrados por el empresario”, en un contexto distinto de la resolución por las tres causas citadas? En relación con la disposición sobre datos personales la armonización europea ya se ha producido mediante el Reglamento General de Protección de Datos de 2016 (RGPD)⁷: en concreto, el consumidor de contenidos y servicios digitales (el “interesado”, a efectos del RGPD) tendrá los derechos de acceso, supresión y portabilidad, no sólo cuando se produzca la resolución del contrato y ni siquiera sólo cuando se extinga éste, sino también *durante* la vigencia del contrato (e incluso aunque no exista tal contrato o haya finalizado).

3. En definitiva, al implementar la Directiva, respecto a “datos no personales”, los Estados miembros harán bien en valorar en qué escenarios expandir los nuevos derechos a impedir el uso de esos datos por el suministrador (art. 16.3) y el derecho a recuperarlos (16.4) y, en tal caso, decidir si lo hacen con las mismas facultades, excepciones y límites de la Directiva en los supuestos en que ésta deja fuera de su ámbito algunos contratos de suministro (*vid.* art. 3.1 y el importante considerando 25)⁸ o si resulta más oportuno atender a otros modelos. De hecho, aun antes de aprobarse esta Directiva, algunos Estados miembros han comenzado a regular este ámbito de la disponibilidad de los datos no personales en el entorno de los servicios digitales tomando el ejemplo de los derechos establecidos en el RGPD (y, significativamente, el derecho de portabilidad): unos Estados lo hicieron originalmente dentro de sus leyes sobre protección de consumidores; el caso de Francia fue pionero, pues su Ley para una República digital de 2016 introdujo los nuevos derechos de “recuperación y portabilidad” de datos (personales y no personales) “en todo momento” (no sólo al extinguirse el contrato) dentro de su Código de consumo⁹, aunque a final de 2018 las

miembros de regular los aspectos del Derecho contractual en general (...) incluidas las *consecuencias de la terminación de un contrato* en tanto en cuanto no estén reguladas en la presente Directiva”. El originario art. 3.9 de la Propuesta de Directiva de 9.12.2015 presentada por la Comisión Europea apelaba correctamente a las consecuencias de la “resolución” y así figuró a lo largo de la tramitación normativa (en la traducción oficial al castellano de las enmiendas del Parlamento Europeo y el Consejo de la UE de 2017: *vid. infra* notas 56 y 57). La incorrecta designación –que, por lo demás, a los efectos de este ensayo poca trascendencia tiene pues es obvio que los Estados miembros no sólo tienen margen competencial para regular las consecuencias de la resolución contractual no reguladas en la Directiva, sino cualesquiera otras reglas relativas a la *extinción* de estos contratos, no incluidas en el ámbito de aplicación de esta DCSD– aparece en la versión aprobada en el Parlamento Europeo el 26.3.2019 (Resolución legislativa del Parlamento Europeo aprobando la Propuesta de Directiva, en su edición provisional, referencia P8TA-PROV(2019)0232) y pervive tras la publicación de la corrección de errores de la norma europea (DOUE L 305 de 26.11.2019, p. 62 y ss.).

⁶ La Directiva 2019/770 incorpora algunas precisiones sobre las, hasta cierto punto, próximas categorías de “acto único de suministro”, “serie de actos individuales de suministro” y “suministro continuo durante un periodo” (art. 11).

⁷ Reglamento (EU) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE, DOUE L 119 de 4.5.2016, p. 1 y ss.

⁸ Considerando 25, que tras delimitar a qué contratos celebrados sin precio (sino sólo obtención de ciertos datos) no se aplicará la Directiva con alguna excepción “cuando esa situación se considere un contrato con arreglo a Derecho nacional”, como ocurre con la recolección de metadatos, concluye que “no obstante, los Estados miembros deben seguir teniendo la libertad de ampliar la aplicación de la presente Directiva a tales situaciones o de regular tales situaciones, que están excluidas del ámbito de aplicación de la presente Directiva”.

⁹ Art. 48 de la Ley n° 2016-1321, de 7 de octubre de 2016, *pour une République numérique*, que introdujo en el Código de Consumo los nuevos arts. L-224-42-1/4 sobre “*portabilité et récupération des données*”.

nuevas normas francesas de protección de datos derogaron esas disposiciones¹⁰. Otros Estados miembros, como España, directamente regularon el derecho de portabilidad de datos no personales, para cualesquiera usuarios de redes sociales, al aprobar en diciembre de 2018 sus nuevas reglas sobre protección de datos personales (y sobre éstos últimos se establece una remisión al art. 20 RGPD)¹¹. La transposición de la Directiva obligará a revisar la subsistencia o coherencia de esas reglas con el nuevo régimen europeo.

4. Para delimitar a qué supuestos cabría extender los nuevos derechos de recuperación de datos por el usuario y de impedir su uso por el proveedor, es preciso tomar en consideración las muy distintas *causas de extinción* de los contratos de suministro de contenidos digitales y servicios digitales, que pueden clasificarse en *naturales y patológicas*. Entre las primeras podrían comprenderse *i)* la llegada del plazo final en los contratos de duración determinada para los que no se hubiesen previsto mecanismos de renovación o prórroga; *ii)* la denuncia de los contratos de duración indefinida (el art. 16 de la Propuesta de Directiva de la Comisión de 2015 expresamente establecía la “resolución” [*sic*] y sus consecuencias para contratos de duración superior a 12 meses, aunque la regla no pasó a la DSCD); *iii)* el desistimiento unilateral del consumidor dentro del plazo y requisitos fijados en la Directiva 2011/83/EU, en las normas nacionales o en el concreto contrato (o el desistimiento por el empresario si se reservó legítimamente ese derecho); para este supuesto, la nueva Directiva de noviembre de 2019 de modernización de la Directiva 2011/83¹² (arts. 13.5, 13.6 y 13.7) ha introducido precisamente los mismos derechos que la DCS D a recuperar los datos no personales y a impedir su uso por el proveedor tras el desistimiento; *iv)* el nudo disenso de ambas partes.

Entre las causas patológicas de finalización del contrato, además de, obviamente, la resolución ejercitada por el consumidor, cabe pensar en: *i)* la resolución por el empresario ante incumplimientos cualificados del consumidor; *ii)* el desistimiento injustificado por cualquiera de las dos partes contractuales; *iii)* la nulidad o anulabilidad del contrato conforme a las reglas generales (falta de capacidad, consentimiento viciado, ilicitud del objeto principal, etc.) o los supuestos de imposibilidad sobrevenida de realizar la prestación (v. gr., fuerza mayor o caso fortuito por destrucción de los emplazamientos físicos donde se almacenan los datos, como expresamente recogen los clausulados de *Dropbox* o *WhatsApp*); el considerando 14 DCSD expresamente recuerda la libertad de los Estados miembros para regular las consecuencias de estos incumplimientos derivados de impedimentos que están fuera de control del empresario.

5. Las condiciones generales de los principales proveedores de contenidos y servicios generales clasifican con diversas denominaciones supuestos de extinción del contrato, de mera suspensión de su eficacia, cancelaciones unilaterales posibles para el empresario relacionadas con cambios en su política comercial, modelo de negocio, problemas tecnológicos o modificaciones normativas, por ejemplo. Están extendidas ciertas estipulaciones que se declaran vigentes incluso tras la extinción del contrato (v. gr., *vid. Facebook, Twitter y WhatsApp*), algunas de las cuales deberán contrastarse con la normativa sobre cláusulas abusivas¹³.

6. Mención aparte merece la extinción del contrato de suministro de contenidos y servicios digitales por fallecimiento del usuario. Este caso bien podría encuadrarse como un supuesto más de extinción natural del contrato, como expresamente contemplan la mayoría de las condiciones generales de

¹⁰ El art. L-224-42 del Código de Consumo fue derogado por la Ley n° 2018-493 de 20 de junio de 2018 sobre protección de datos personales (art. 33).

¹¹ *Vid.*, respectivamente, el art. 95 (“Derecho de portabilidad en servicios de redes sociales y servicios equivalentes”, sobre el derecho de los usuarios a “recibir y transmitir los *contenidos* que hubieran facilitado a los prestadores de dichos servicios”) y el art. 17 (portabilidad de datos personales con remisión al RGPD) de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (LOPDyGDD).

¹² Directiva UE 2019/... del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de noviembre de 2019, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, la Directiva 98/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que atañe a la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la UE (aún sin publicación en *DOUE*).

¹³ *Vid.*, por ejemplo, sobre las condiciones generales que autorizan cambios unilaterales y resoluciones para estos tipos contractuales, M. B. M. LOOS/J. A. LUZAK, “Wanted: a bigger stick. On unfair terms in consumer contracts with online service providers”, *Journal of Consumer Policy*, 39.1, 2016, pp. 63-90 (pp. 65-67).

los principales operadores del sector, si no fuera porque es posible concebir ciertos contenidos digitales como parte de la herencia del usuario fallecido, de manera que sus herederos podrían tener acceso a sus cuentas de redes sociales, servicios de correo electrónico, servicios de almacenamiento en la nube, etc., como confirmó con esta perspectiva la sentencia del BGH alemán de 12 de julio de 2018 en el asunto *Facebook*. Numerosos matices deben introducirse, distinguiendo entre contenidos ajenos a los que el usuario tuvo acceso mediante una licencia de uso que normalmente se extinguirá a la muerte, contenidos propios protegidos por propiedad intelectual que pueden, adicionalmente, constituir datos personales o no, y auténticos servicios como los antes indicados, que plantean problemas en cuanto a la sucesión por su carácter personalísimo. Más aún, como es sabido, el art. 3 RGPD (y su considerando 27) explicitan que este Reglamento no se aplica a la protección de datos de las personas fallecidas; sin embargo, los diversos Estados Miembros lo están regulando con perspectivas muy distintas acerca de quiénes puede acceder a esos datos (no sólo herederos, sino también familiares o personas vinculadas al difunto), qué facultades tienen respecto a tales datos (un acceso total con copia, un acceso limitado, un derecho a solicitar el borrado de datos y el cierre de las cuentas o su mantenimiento o incluso trasvase a otro prestador de servicios) y cuál es la regla de defecto a falta de testamento o instrucciones del fallecido (bien la sucesión en su posición jurídica o bien la extinción de ésta)¹⁴.

7. En conclusión, a la hora de transponer la nueva Directiva 2019/770 los Estados Miembros deberían dar respuesta a numerosas cuestiones de política legislativa sobre la extinción del contrato y la disposición sobre los datos que han quedado fuera de la armonización plena realizada, respecto a otros datos no personales (“contenidos generados por los usuarios” o CGU, “*user generated contents*” o UGC, facilitados o creados durante el uso), tanto por la DCSD (supuestos distintos de la resolución por falta de suministro o conformidad o por modificación nociva), como por la Directiva de modernización de 2019 de la Directiva 2011/83 (derecho de recuperación de esos datos y abstención de uso por el empresario tras el desistimiento). Así, en concreto, es oportuno considerar estas cuestiones:

- 1) ¿Debería tener el consumidor los mismos derechos sobre esos datos/contenidos con independencia de la causa de extinción del contrato? En particular, dado que la DCSD confiere derechos de recuperación y abstención de uso ante incumplimientos del empresario, ¿no deberían garantizarse al consumidor similares derechos al menos en *supuestos en que ejercite legítimamente su derecho a cancelar o extinguir el contrato* en supuestos no contemplados por estas directivas?
- 2) ¿No debería garantizarse legalmente el mismo derecho a la recuperación (y, en su caso, a la portabilidad) de datos *estando vigente la relación contractual*, dado que es una expectativa razonable de todo consumidor, por ejemplo en servicios de *cloud computing* o de redes sociales? De hecho, cabría inferir de la propia DCSD ese derecho a partir de los requisitos objetivos de conformidad, pues según el art. 8.1.a) los contenidos o servicios digitales serán aptos para los fines a que normalmente se destinen otros del mismo tipo y a tenor del art. 8.1.b) deben poseer las cualidades y características de funcionamiento que presenten normalmente los contenidos y servicios digitales del mismo tipo y que el consumidor pueda razonablemente esperar.
- 3) ¿Habría de tener el empresario un *derecho de retención de los datos no personales* (ciertos contenidos generados por el propio usuario) en caso de incumplimiento o impago de éste como medida de garantía o presión para obtener lo adeudado? El RGPD no ampara ese derecho para datos personales y la DCSD tampoco lo crea para los no personales; el considerando 15 de la Directiva 2019/770 recuerda que los Estados miembros podrán regular si el con-

¹⁴ Para una perspectiva comparada, entre la creciente bibliografía sobre el tema cabe remitir al lector a los siguientes trabajos recientes: G. RESTA, “Personal Data and Digital Assets after Death: a Comparative Law Perspective on the BGH Facebook Ruling”, *EuCML*, 5, 2018, pp. 201-204; M. J. SANTOS MORÓN, “La denominada ‘herencia digital’: ¿necesidad de regulación? Estudio del Derecho español y comparado”, *CDT*, vol. 10, nº 1, 2018, pp. 413-438; S. CÁMARA LAPUENTE, “La sucesión *mortis causa* en el patrimonio digital”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado (AAMN)*, 59, 2019, pp. 375-432 (disponible en <http://www.cnotarial-madrid.org/NV1024/Paginas/TOMOSACADEMIA/059-07-SERGIOCAMARA.pdf>); M. E. GINEBRA MOLINS, “Voluntades digitales en caso de muerte”, *CDT*, 2020, vol. 12, nº 1.

sumidor puede suspender el pago del precio hasta que se produzca la puesta en conformidad o si el empresario puede retener reembolsos hasta que se le devuelva el soporte material. Pero ese considerando no menciona la posibilidad de retener datos el empresario, impidiendo así su supresión, recuperación o portabilidad por el usuario; esto podría establecerse en los contratos de adhesión o hacerse por la vía de hecho, de manera que el empresario tendría una posición de ventaja para presionar al usuario, renegociar o pretender el cobro de penalizaciones o de tarifas por supresión o recuperación¹⁵. En principio, una tal retención basada en una cláusula no negociada seguramente se considerará abusiva por falta de proporcionalidad¹⁶ y la expectativa del consumidor, incluso en contratos gratuitos, es que el empresario debe cumplir con su obligación esencial de devolverle lo meramente depositado¹⁷.

II. Derechos en juego sobre los datos al resolver el contrato

1. Comparación entre acceso/portabilidad/supresión del RGPD y recuperación/impedimento del uso de la DCSD

8. Las consecuencias para los datos (personales y no personales) en caso de resolución por falta de conformidad se establecen en el art. 16 DCSD, al cual se remiten el art. 13.3 (por falta de suministro) y el art. 19.3 (por modificaciones perjudiciales del contenido); el mismo régimen se replica para el desistimiento en el art. 13 de Directiva 2011/83, tras su modernización por la Directiva 2019/2161/UE, de 27 de noviembre. Dado que para los datos personales del consumidor el art. 16.2 DCSD se remite a las “obligaciones” establecidas para el empresario en el RGPD, resulta inevitable comparar los “derechos” del consumidor como parte contratante respecto a otros datos no personales que facilitó o creó durante la vigencia del contrato (DCSD), con sus derechos como “interesado” en el tratamiento de sus datos personales (RGPD). Y ello es preciso no sólo por deslinde conceptual, sino para diferenciar el alcance y excepciones de cada derecho, verificar si las disparidades están justificadas y, con ello, nuevamente, poder dar respuesta a si los legisladores nacionales deberían replicar las soluciones de la Directiva en ámbitos normalizados o si deberían o no ir más allá.

9. Los principales derechos implicados en una resolución contractual, en lo referente a los datos personales del consumidor, son, según el RGPD, el tradicional derecho de acceso (art. 15), el novedoso derecho de portabilidad (art. 20) y el parcialmente reformado derecho de supresión o “derecho al olvido” (art. 17). Una vez superada la crítica del derecho de portabilidad como una mera extensión del derecho de acceso o una suerte de versión “premium” de aquél, es evidente que la portabilidad tiene carácter propio y que existen diferencias claras entre ambos. El derecho de acceso está más relacionado con la información, la transparencia y el conocimiento que con la disponibilidad o control de los datos; “el interesado tendrá derecho a obtener del responsable del tratamiento confirmación de si se están tratando o no datos personales que le conciernen” y, en ese caso, además de acceder a esos datos, tiene derecho a recibir amplia información sobre ocho categorías distintas (fines, categorías de datos, destinatarios, plazo de conservación, origen de la información, etc.); además tiene derecho a obtener una copia de sus datos personales “en un formato electrónico de uso común” (art. 15.3). En cambio, el derecho a la portabilidad comprende tres derechos: primero, el derecho a recibir los datos personales que le incumban, que haya facilitado a un responsable del tratamiento, “en un formato estructurado, de uso común y lectura mecánica”; segundo, el derecho a transmitirlos a otro responsable sin que lo impida el anterior; y

¹⁵ R. H. WEBER, “Data Protection in the Termination of Contract”, en R. SCHULZE/D. STAUDENMAYER/S. LOHSE (dirs.), *Contracts for the Supply of Digital Content: Regulatory Challenges and Gaps*, Nomos, Baden-Baden, 2017, pp. 201 y 207.

¹⁶ Esta fue la conclusión que alcanzó el “Expert Group on Cloud Computing”, constituido por la Comisión Europea: *Synthesis 5/6* marzo 2014 (disponible en: <https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/doing-business-eu/contract-rules/cloud-computing/expert-group-cloud-computing-contractsen>, fecha de consulta 10.12.2019).

¹⁷ Con los debidos matices respecto a los legítimos intereses de los empresarios o los derechos de terceros, en este sentido, vid. F. M. ROSELLÓ RUBERT, *Cloud Computing. Régimen Jurídico para Empresarios*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 365-369.

tercero, el “derecho a que los datos personales se transmitan directamente de responsable a responsable cuando sea técnicamente posible”.

10. Las diferencias son claras¹⁸: por el objeto, el derecho de acceso comprende cualesquiera datos personales y diversas informaciones adicionales, mientras que el derecho de portabilidad sólo incluye los datos facilitados por el sujeto y que le incumban. Por los fines y facultades, el derecho de acceso busca (considerando 63) permitir “conocer y verificar la licitud del tratamiento” y para eso incluye la posibilidad de obtener una copia de los datos, pero ésta no tiene por qué ser interoperable, como sí ocurre al ejercitar el derecho de portabilidad, de acuerdo con los fines de acentuar la competencia, promover el flujo libre de los datos, evitar mercados cautivos y otorgar un mayor control al interesado con la posibilidad de trasladar directa o indirectamente sus datos a otro responsable del tratamiento: el formato de la copia ha de ser estructurado y “de lectura mecánica” (“*machine-readable*”, art. 20.1)¹⁹, no sólo estar “en un formato electrónico” (“*in electronic form*”, art. 15.3). Un mero “pdf” (mero texto electrónico) sin metadatos podrá satisfacer el derecho de acceso, pero no la portabilidad a otra plataforma o prestador que, en caso de existir los estándares precisos, deberá ser capaz de procesar y reutilizar los datos que estaban en poder del primer responsable (v. gr., el paso de *Facebook* a *Google+* con todo el perfil, información, *tags*, etc.; o la migración de todos los mensajes, contactos, archivos compartidos, etc. desde *WhatsApp* a *Line* o *Telegram*).

11. El rebautizado “derecho al olvido” (art. 17 RGPD) comporta el “derecho a obtener sin dilación indebida del responsable del tratamiento la supresión de los datos personales que le conciernan”, cuando se produzcan algunas circunstancias que hagan ilegítimo el tratamiento de los datos, entre las que destacan que “los datos personales ya no sean necesarios en relación con los fines para los que fueron recogidos o tratados” o “el interesado retire el consentimiento en que se basa el tratamiento (...) y este no se base en otro fundamento jurídico”. Además, si el responsable está obligado a suprimir los datos debe adoptar medidas razonables para informar a otros responsables acerca de que el interesado solicita también la supresión de cualquier enlace, copia o réplica de esos datos personales. Como advierte el considerando 68 del RGPD, el ejercicio del derecho de portabilidad no implica la supresión de los datos, pues ésta ha de pedirse expresamente, ya que, según el art. 20.3, el ejercicio del derecho de portabilidad “se entenderá sin perjuicio del artículo 17”.

12. Si ahora se analizan los nuevos derechos establecidos en la Directiva respecto de contenidos (CGU) que no sean datos personales (art. 16.3 DCSD), existe una tentación de emparejar “supresión” con “derecho a impedir el uso de los datos” y “portabilidad” con “derecho a recuperar” los datos. Por una parte, en caso de resolución del contrato, el art. 16.3 DCSD establece que “el empresario *se abstendrá de utilizar*” estos contenidos del usuario, con cuatro excepciones; obligación que, por tanto, comportará el correspondiente derecho del usuario a “*impedir cualquier uso posterior*” de sus datos no personales²⁰, por más que el empresario tenga esa carga u obligación legal aunque el consumidor no se lo solicite. Por otra parte, según el art. 16.4, previa petición del consumidor (aquí sí es necesario el ejercicio expreso del derecho), “el empresario *pondrá a disposición* del consumidor” esos datos no personales; la Directiva, en este caso, explicita en positivo el “*derecho a recuperar* dichos contenidos

¹⁸ Vid. P. DE HERT/V. PAPA-KONSTANTINOU/G. MALGIERI/L. BESLAY/I. SÁNCHEZ, “The right to data portability in the GDPR: Towards user-centric interoperability of digital services”, *Computer Law and Security Review*, 2018, p. 201; W. LI, “A Tale of Two Rights: the Clash and Collaboration of Right to Data Portability and Right to Be Forgotten”, en AA.VV., *Managing Risk In the Digital Society*, UOC/Huygens, Barcelona, 2017, p. 176 (vid. también en *International Data Privacy Law* [2018] p. 1 y ss.); R. STOYKOVA, “The Right to Data Portability”, *Computer Law Review International (CRI)*, 3, 2018, p. 66.

¹⁹ Según P. PRZEMYSŁAW POLAŃSKI, “Some thoughts on data portability in the aftermath of the Cambridge Analytica scandal”, *EuCML*, 4, 2018, p. 143, la mera mención legal del formato “de lectura mecánica” realmente implica el uso de un formato electrónico, estructurado y de uso común, aunque eso no debería hacerse equivalente con conseguir la interoperabilidad; pueden verse en ese estudio varios ejemplos de formatos electrónicos usuales que podrían cumplir ambos objetivos.

²⁰ Como el que tiene el empresario a impedir técnicamente el uso de los contenidos o servicios digitales por el consumidor tras la resolución según el art. 16.5 que bien podría haber estado situado en el art. 17 (obligaciones del consumidor) en vez de en el 16 (obligaciones del empresario), aunque la obligación del empresario de poner a disposición los datos también tras la resolución (considerando 70) puede justificar el emplazamiento del actual 16.5.

digitales sin cargo alguno y sin impedimentos por parte del empresario, en un plazo razonable y en un formato utilizado habitualmente y legible electrónicamente”.

13. El paralelismo entre los derechos garantizados por el RGPD y la DCSD es claro, pero no son en absoluto idénticos. En este sentido, podría considerarse que *la nueva Directiva consagra unos derechos (de recuperación y de impedir el uso) amortiguados o suavizados respecto sus modelos de referencia en el RGPD*, tanto por el menor control que otorgan las facultades de la Directiva como por la amplitud de las excepciones incorporadas en la última parte de la negociación del texto europeo.

14. Así, si se compara el *derecho de supresión* (RGPD) con el *derecho a impedir el uso* (DCSD) se aprecian varias diferencias sustanciales (además de las evidentes del tipo de datos implicados y de la existencia del derecho para cualquier causa de extinción o sólo para la resolución):

- a) El primero consagra una obligación de resultado (*e in faciendo*) de eliminar los datos personales (a la que equivale la anonimización total), mientras que el segundo no obliga a la supresión, sino que establece una obligación *de non faciendo*, es decir, el empresario “se abstendrá” de usar esos contenidos; puede bastar con hacerlos inaccesibles tanto a otros usuarios como a sus propios empleados²¹. Cabe sostener al menos que esta obligación negativa también es de resultado y no de medios, al haber desaparecido la formulación original de la Comisión (art. 13.2.b de la Propuesta: “el proveedor adoptará todas las medidas que podrían esperarse para abstenerse de utilizar” esos contenidos).
- b) Las excepciones también tienen un alcance muy distinto: frente a las causas que justifican continuar el tratamiento de los datos personales (art. 17.3 RGPD) con base en obligaciones legales o razones de interés público y derechos fundamentales como la libertad de expresión e información, el art. 16.3 DCSD consolida una causa cercana a ésta última (que el contenido haya sido generado conjuntamente por varias personas), pero agrega tres causas nuevas que sólo persiguen salvaguardar los intereses del empresario para favorecer la minería de datos, el uso de técnicas de *big data* y, en su caso, la mejora de los servicios ofrecidos. El legislador no ha querido imponer cargas que podrían llegar a ser gravosas para los servicios de redes sociales y de almacenamiento en la nube, aunque en algunos casos imponer una obligación total de supresión hubiera sido muy sencilla de cumplir. La crítica acerca de la introducción estas tres excepciones (letras a, b y c del art. 16.3) es aún más justificada en relación con el derecho a recuperar los contenidos consagrado en el art. 16.4 (*vid. infra* III.1.A y III.2.A).
- c) Aunque aparentemente para que se produzca la supresión de los datos personales el interesado ha de ejercitar su derecho, los principios vigentes del RGPD llevan al mismo resultado sin necesidad de solicitar la supresión si los datos ya no son necesarios para la finalidad comercial para la que fueron recogidos, en virtud de los principios de limitación del plazo de conservación y minimización (art. 5.1), pues su tratamiento ya no sería necesario para la ejecución del contrato (art. 6.1.b). Por su parte, la DCSD consagra la abstención de uso directamente como un deber del empresario, pero debe defenderse que existe un correlativo derecho del consumidor a exigir que se cumpla la obligación. En este punto, pese a las diferencias de formulación, la configuración legal está muy próxima.

15. Las diferencias entre *el derecho de portabilidad* (RGPD) y *el de recuperación* (DCSD) son más evidentes²² (además, nuevamente, de los datos afectados y las situaciones que justifican el surgimiento de cada derecho):

²¹ La obligación se cumpliría, *ad extra*, inhabilitando el acceso a ese contenido por otros usuarios (cesar en su comunicación pública o puesta a disposición, en caso de obras originales) y, *ad intra*, no valiéndose de ese contenido para sus fines empresariales (excluirlo tanto de análisis personalizado como de técnicas de *big data*, eludir el tratamiento de los metadatos asociados, no ceder su uso a otros empresarios, etc.).

²² Para ulteriores comparaciones sobre la base de versiones previas a la aprobación de la Directiva 2019/770, véase R. JANAL, “Data Portability. A Tale of Two Concepts”, *JIPITEC*, 2017, p. 59 y ss.; A. METZGER/Z. EFRONI/L. MISCHAU/J. METZGER, “Data-Related Aspects of the Digital Content Directive”, *JIPITEC*, 2018, pp. 102-105.

- a) El RGPD permite solicitar la transmisión “directa” de los datos personales de un responsable a otro nuevo responsable del tratamiento, si es técnicamente posible (art. 20.2), regla que no se prevé en la DCSD.
- b) El RGPD permite solicitar la portabilidad de los datos de cualquier responsable que los haya tratado y no sólo de la contraparte contractual del usuario, que es escenario contractual contemplado en la DCSD.
- c) La única excepción contemplada en el RGPD es que la portabilidad no debe afectar negativamente a los derechos y libertades de otros (20.4) y, cuando se ejercite conjuntamente con el derecho de supresión, no afectará al tratamiento necesario para misiones en interés público o en el ejercicio de poderes públicos (art. 20.3); en cambio, la DCSD –que bien podría haber contemplado también la cláusula de salvaguarda de derechos y libertades de terceros, pero no lo ha hecho– sólo establece tres excepciones que merman sin real justificación el control del consumidor sobre datos generados por él (que no tengan utilidad fuera de los servicios del empresario, estén relacionados exclusivamente con la actividad durante el uso o hayan sido agregados con otros datos).
- d) La forma de recuperar o recibir los datos, la ausencia de coste y el plazo son similares en el RGPD y en la DCSD, en un calculado paralelismo legal. Sin embargo, aunque el formato electrónico en ambos casos es de lectura mecánica o automática²³, lo que favorecerá la interoperabilidad y el trasvase de contenidos a otra plataforma o proveedor (no es un mero formato electrónico como en el derecho de acceso), falta el rasgo de que el formato sea “estructurado”. Esa ausencia no debería interpretarse como un obstáculo a que los contenidos recuperados puedan trasladarse tal cual a otro empresario.
- d) ¿Tiene el consumidor un derecho a portabilidad “indirecta”, es decir, a realizarla él mismo enviando a otro empresario los contenidos recuperados? Con el silencio de la DCSD se propicia dejar la decisión a los empresarios por medio de sus condiciones generales contractuales, en lugar de, como hubiera sido deseable, intervenir legislativamente para propiciar también la plena portabilidad de los CGU y los datos no personales, con miras a fomentar una auténtica competencia en el mercado único digital. En efecto, el art. 16.4 DCSD no dice, como en cambio hace el art. 20.1 RGPD, que el consumidor tendrá el *derecho “a transmitirlos a otro responsable del tratamiento sin que lo impida el responsable al que se los hubiera facilitado”*; se detiene en el derecho a recuperar los contenidos. El Parlamento europeo aprobó una enmienda (nº 47) en 2017 para expresamente incluir este derecho, pero el texto de la Directiva finalmente aprobado no lo contiene.

Ciertamente, la mayoría de los prestadores de servicios digitales suelen resaltar en sus estipulaciones el carácter no exclusivo de la licencia que el usuario otorga al empresario para la difusión de los contenidos que éste carga, crea o comparte con otros usuarios, por lo que el cambio de empresario (de forma coetánea o posterior a la primera relación contractual) queda garantizado. Las mismas condiciones generales suelen resaltar también el carácter “perpetuo” o “indefinido” de esa licencia, que, en cambio, sí entrará en conflicto con el derecho de abstención de uso por el empresario una vez que las reglas de la directiva queden transpuestas. Por poner algunos ejemplos, es el caso de *Apple Stores*, *Google*, *Spotify*, *Twitter* o *WhatsApp*²⁴. Por su parte, *Youtube* explicita que la licencia concedida por el consumidor sobre

²³ En ambos preceptos en inglés se impone que sea “*machine-readable*”; la traducción al castellano difiere: de “lectura mecánica” (art. 20.1 RGPD) a “legible electrónicamente” (art. 16.4 DCSD). Este rasgo no estaba en la propuesta original de la Comisión Europea de 2015 (PDCD), sino que fue introducido en las versiones de 2017 aprobadas tanto por el Parlamento Europeo como por el Consejo.

²⁴ Por poner un solo ejemplo, las condiciones generales de *Spotify* vigentes desde el 12.2.2019 (disponibles en <https://www.spotify.com/es/legal/end-user-agreement/#s7>), imponen en su § 8 que: “*Usted le otorga a Spotify una licencia no exclusiva, transferible, sublicenciable, gratuita, indefinida* (o en aquellas jurisdicciones que no lo permiten, durante un período equivalente a la duración que estos Contratos más veinte (20) años), *irrevocable, totalmente pagada y mundial para utilizar, reproducir, poner a disposición del público* (p. ej., interpretar o mostrar), publicar, traducir, modificar, crear obras derivadas y distribuir cualquier Contenido del Usuario relacionado con el Servicio a través de cualquier medio, ya sea solo o combinado con otro Contenido o material, de cualquier modo y por cualquier medio, método o tecnología, que existan actualmente o que se creen

los contenidos generados por él se cancela al borrar los vídeos. Pero existen otros empresarios que declaran que esa licencia de uso es exclusiva (mientras dure la relación y, en algunos casos, proclaman con dudosa legalidad, que también después) o que el consumidor no podrá borrar determinados contenidos pese a extinguir la relación (como comentarios en blogs o en mercados *online*).

Por lo tanto, para ponderar el equilibrio de lo estipulado (sin negociación) en el contrato habrá de contrastarse la cláusula con el parámetro objetivo de la legítima expectativa del usuario medio: en efecto, en servicios de *cloud computing* la expectativa razonable de todo usuario es poder recuperar los contenidos depositados en el servidor y poder transferirlos a donde estime oportuno; no establecerlo así, por ejemplo, sería una clara falta de conformidad por no presentar una funcionalidad que se espera en servicios de ese tipo (art. 8.1.b DCSD). En los servicios de redes sociales, no garantizar esta portabilidad propia o indirecta sin duda contribuye a crear mercados cautivos, en contra de las finalidades propuestas en la Estrategia del Mercado Único Digital. En este sentido, si no se combate desde las normas de protección de consumidores, podría merecer sanción desde el Derecho europeo de la competencia²⁵; la Comisión Europea se planteó precisamente la cuestión desde esta óptica en su resolución sobre la adquisición de *WhatsApp* por *Facebook*: los posibles problemas de portabilidad se analizaron expresamente, como efectos de red que podrían ser nocivos para la competencia (dificultad de los usuarios de reconstruir su red de contactos en caso de cambio de proveedor)²⁶.

16. Tras poner de manifiesto las diferencias entre los derechos concedidos por el RGPD y la DCSD, conviene indagar en algunas claves del proceso de gestación de la Directiva que pueden explicar el fundamento de las decisiones legislativas adoptadas.

2. Evolución legislativa, fundamento y crítica

17. La Propuesta de Reglamento sobre compraventa europea (CESL de 2011) fue el primer intento en la UE de incluir en el ámbito de protección contractual del consumidor a los contratos sobre contenidos digitales en los que no se pagase en dinero, sino que la contraprestación fuese la cesión del uso de datos del consumidor²⁷. Sin embargo, el CESL optaba por diferenciar en el régimen de remedios por incumplimiento la forma de pago, para rebajar o excluir algunos remedios si la contraprestación eran sólo datos. La casi coetánea Directiva 2011/83, de 25 de octubre, sobre derechos de los consumidores, definió de forma omnicompreensiva los “contenidos digitales” y omitió referencias a si su ámbito de aplicación incluía también los contratos gratuitos (entendiendo también por estos los que comportaban cesión de datos personales); la interpretación más correcta así lo entendía²⁸ y ahora lo confirma la “Directiva de modernización” de aquélla, de noviembre de 2019²⁹.

en un futuro. Además de los derechos específicamente otorgados por el presente, usted conserva la titularidad de todos los derechos, incluyendo los derechos de propiedad industrial e intelectual, del Contenido del Usuario. Si procede y la legislación aplicable lo permitiese, usted también acepta renunciar y no hacer valer cualquier “derecho moral” o derechos equivalentes, como su derecho a que lo identifiquen como el autor del Contenido del Usuario, que incluye Comentarios, y su derecho a objetar al trato respectivo de dicho Contenido del Usuario”.

²⁵ I. GRAEF, “Mandating Portability and Interoperability in Online Social Networks: Regulatory and Competition Law Issues in the European Union”, *Telecommunications Policy*, 39-6, 2015, pp. 502-514. Y, con algunas propuestas concretas, I. Graef/D. Clifford/P. Valcke, “Fairness and enforcement: bridging competition, data protection, and consumer law”, *International Data Privacy Law*, 8-3, 2018, p. 200.

²⁶ COMISIÓN EUROPEA, Caso nº COMP/M.7217 – *Facebook/WhatsApp*, 3 Octubre 2014, vid. § 113 y 127-142 (disponible en <http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m721720141003203103962132EN.pdf>). Vid. J. VILARINO MARZO, *La privacidad en el entorno del cloud computing*, Reus, Madrid, 2018, pp. 117-118.

²⁷ Cfr. art. 5.b. de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea, COM(2011)635 final, de 11 de octubre de 2011 (CESL, en sus siglas inglesas).

²⁸ Vid. S. CÁMARA LAPUENTE, “La nueva protección del consumidor de contenidos digitales tras la Ley 3/2014, de 27 de marzo”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 11, 2014, pp. 69-167 (pp. 102-105).

²⁹ Considerandos 31 a 35 de la Directiva de 8.11.2019 sobre modernización de la Directiva 2011/83 (y otras directivas) y los cambios en consecuencia operados en ésta sobre su ámbito de aplicación y definiciones.

18. La Propuesta de Directiva sobre contratos de suministro de contenidos digitales presentada por la Comisión Europea el 9 de diciembre de 2015 (PDCD) seguía conteniendo una definición única para todo tipo de contenidos digitales, e incluía la conocida, criticada y finalmente eliminada frase de que el empresario suministra los contenidos “y, a cambio, se paga un precio o el consumidor facilita activamente otra contraprestación no dineraria en forma de datos personales u otro tipo de datos” (art. 3.1). En ese momento del proceso legislativo, la “contraprestación” comprendía cualquier tipo de datos (personales y no personales) y los derechos del consumidor al resolver el contrato eran los mismos (recuperar e impedir el uso) respecto a cualesquiera datos.

19. Este enfoque sufrió cambios debido, fundamentalmente, a dos puntos de inflexión: por una parte, con posterioridad a la propuesta de la Comisión, el 27 de abril de 2016, se aprobó el RGPD con sus derechos de supresión y portabilidad; es bien conocida la tortuosa tramitación del derecho de portabilidad, introducido en la propuesta de la Comisión Europea en enero de 2012, eliminado en el Parlamento Europeo en 2014 y vuelto a introducir en la versión aprobada por el Consejo en 2015, para acabar en el texto definitivamente aprobado en 2016 con cambios respecto a la propuesta original. Con este contexto se puede entender la resistencia a duplicar tal cual la portabilidad en la nueva Propuesta de Directiva. Por otra parte, el informe del Supervisor Europeo de Protección de Datos (SEPD) de 14 de marzo de 2017 sobre la Propuesta de Directiva sobre contenidos digitales rechazó “cualquier nueva disposición que introduzca la idea de que los ciudadanos pueden pagar con sus datos del mismo modo que con su dinero”³⁰; tal fue el impacto de la idea de desterrar la idea de contraprestación en datos personales, que incluso el actual considerando 24 de la DCSD aprobada, recoge como propia una de las frases de aquel informe: “*la protección de datos personales es un derecho fundamental, por lo que los datos personales no pueden considerarse una mercancía*”.

20. A partir de ese momento, las versiones de la Directiva aprobadas en 2017, respectivamente, por el Parlamento y el Consejo, adoptaron dos cambios sustanciales: en primer lugar, separaron los derechos que correspondían al consumidor en caso de resolución, rigiéndose los relativos a datos personales por el RGPD y los relativos a “otros datos” no personales por la Directiva. En segundo lugar, diferenciaron entre “contenidos digitales” y dos tipos de “servicios digitales”. También adoptaron otras distinciones pertinentes, como la relativa al suministro en un acto, en varios actos o el suministro continuo.

21. La pregunta, en definitiva, es esta: ¿está justificado que en caso de resolución contractual el consumidor tenga derechos tan distintos respecto de sus datos personales y de otros datos no personales, como los contenidos por él facilitados o creados al usar los contenidos y servicio digitales del suministrador? Es evidente que el aspecto de identidad de la persona que comportan los datos personales justifica una protección reforzada, frente a los aspectos de propiedad (intelectual) de sus creaciones y de propiedad de meros datos (si puede hablarse en esos términos)³¹. Se trata de la dicotomía entre derechos inherentes a la persona y derechos de propiedad sobre bienes, con estándares de protección distintos en la tradición europea. Sin embargo, en el caso de la portabilidad de datos personales uno de sus objetivos larvados es, junto con potenciar el control del usuario sobre sus datos (considerando 68 RGPD), evitar efectos de mercados cautivos y promover la competitividad, mediante el cambio de proveedores de servicios³²; y ese mismo objetivo se puede (y debe) perseguir también, una vez declarado deseable (durante

³⁰ EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR (EDPS), “Opinion 4/2017 on on the Proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content”, 14 marzo 2017, pp. 3 y 10.

³¹ Sobre este controvertido enfoque, llamado a erigirse en el centro de discusión sobre el diseño normativo del mercado digital, *vid.*, por ejemplo, H. ZECH, “Information as Property”, *JIPITEC*, 5, 2015, pp. 192-197; E. TJONG TJIN TAI, “Data ownership and consumer protection”, *EuCML*, 4, 2018, pp. 136-140; entre nosotros, J. A. CASTILLO PARRILLA, “Economía digital y datos entendidos como bienes”, en P. CASTAÑOS CASTRO/J. A. CASTILLO PARRILLA (Dir.), *El mercado digital en la Unión Europea*, Reus, Madrid, 2019, pp. 293-305.

³² Como afirmó la Comisión Europea: “with increasing use of certain online service, the amount of personal data collected in this service becomes an obstacle for changing services, even if better, cheaper or more privacy friendly services become available. This could mean the loss of contact information, calendar story, interpersonal communication exchanges and other kinds of personally or socially relevant data which is very difficult to recreate or restore”: EUROPEAN COMMISSION, “Commis-

toda la tramitación) en relación con exactamente los mismos contratos de suministro de contenidos digitales³³, con el fomento de la portabilidad (y no sólo la recuperación) de los contenidos facilitados o creados por los usuarios que no sean datos personales. Las excepciones creadas a la recuperación de este tipo de datos y la ausencia de mención de que no han de ponerse obstáculos al consumidor que desee migrar sus contenidos a otras plataformas ponen en riesgo el objetivo de un mercado digital competitivo. El consumidor no tendrá incentivos para cambiar de plataforma con un perfil y unos contenidos que ha podido generar durante años y que la tecnología permite hoy trasvasar fácilmente. Se podrá alegar que existen en la actualidad numerosos metadatos y otros datos no personales que carecen de un estándar internacional que permita su interoperabilidad, pero ese argumento carece de peso para otros que sí lo tienen (geolocalización, historial de navegación, etc.). Y debe recordarse además que tampoco para la portabilidad directa se llegó tan lejos en el RGPD como para imponer su obligación a los responsables del tratamiento, pues sólo se tendrá el derecho “cuando sea técnicamente posible”; más incluso, en general, la interoperabilidad no llega a ser obligatoria sino sólo “sugerida”: según el considerando 68 RGPD, “debe *alentarse* a los responsables a crear formatos interoperables que permitan la portabilidad de datos”; lo único obligatorio son los tres requisitos del formato (art. 20.1 RGPD)³⁴. Además, desapareció del RGPD la propuesta inicial de la Comisión Europea de que ésta actuase como institución que impusiese ciertos formatos y fomentase estándares interoperables (art. 18.3). En cambio, de forma oportuna, ese papel de la Comisión reaparece de alguna manera, atenuada, en el considerando 50 DCSD respecto al desarrollo de normas internacionales y códigos de conducta sobre el formato para recuperar el contenido que no sean datos personales³⁵.

22. Por último, existen diversas voces que subrayan que la forma en que la portabilidad ha quedado configurada en el RGPD supone un paso importante hacia la creación de un auténtico derecho absoluto *erga omnes* sobre los datos portables y no sólo un derecho personal frente al responsable³⁶, concepción esta que confirmaría la necesidad de una mayor igualdad en cuanto a los derechos de disponer sobre contenidos digitales no personales.

3. Datos objeto de disposición: “datos personales facilitados” vs. “cualquier contenido distinto de los datos personales, que el consumidor hubiese facilitado o creado”

23. La versión inicial de la Directiva presentada por la Comisión (PDCD) distinguía entre “datos personales” y “otros datos no personales”. La sugerencia del Supervisor Europeo de Protección de Datos de eliminar esa distinción y reconducirlo todo al concepto amplio de datos personales del art. 4.1 RGPD y a los derechos recogidos en el Reglamento, por fortuna sólo fue parcialmente atendida, pues hubieran desaparecido por completo los derechos de recuperación e impedimento del uso respecto a “datos no personales”. En lugar de esta denominación se optó por referirse a “cualquier contenido distinto de los datos personales, que el consumidor hubiese facilitado o creado al utilizar los contenidos o servicios

sion Staff Working Paper. Impact Assessment Accompanying the Document on the General Data Protection Regulation”, SEC (2012)72 final, p. 28.

³³ *Vid.* el considerando 46 de la Propuesta de Directiva de la Comisión (PDCD-2015). Finalmente, el considerando 70 de la Directiva 2019/770 sólo se refiere a salvaguardar el derecho de resolución del consumidor. Las referencias al objetivo de potenciar la competencia y el cambio de proveedores han sido eliminadas (*vid. infra* notas 64-68). La eventual capacidad del derecho de portabilidad de datos personales como factor para generar un mercado más competitivo fueron también resaltadas por el Grupo de Trabajo del Art. 29: GRUPO DE TRABAJO SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS DEL ART. 29 (GT29), “Dictamen 06/2014 sobre el concepto de interés legítimo del responsable del tratamiento de los datos en virtud del artículo 7 de la Directiva 95/46/CE”, aprobado el 9 de abril de 2014 (844/14/ES WP 217) p. 56.

³⁴ DE HERT *ET AL.*, “The right to data portability...”, cit., pp. 197 y 200; STOYKOVA, “The Right to Data Portability”, cit., p. 68.

³⁵ Considerando 50 DCSD: “los empresarios deben hacer uso de normas, especificaciones técnicas abiertas, buenas prácticas y códigos de conducta, incluso en relación con el formato comúnmente utilizado y de lectura mecánica para recuperar el contenido que no sean los datos personales (...). En este contexto, la Comisión podría abogar por el desarrollo de normas internacionales y de la Unión y la elaboración de un código de conducta por las asociaciones de empresarios y otras organizaciones representativas que podrían apoyar la aplicación uniforme de la presente Directiva.

³⁶ STOYKOVA, “The Right to Data Portability”, cit., p. 66.

digitales suministrados por el empresario” (art. 16) que cubre en teoría las mismas situaciones que los “datos no personales en general”; sin embargo, las excepciones introducidas en la tramitación de la Directiva dejan muy mermado el alcance de los contenidos cubiertos, como ahora se verá.

24. El concepto de “datos personales” del art. 4.1 RGPD es bien conocido, se refiere a cualquier información que pueda vincularse a un individuo concreto³⁷ y el Grupo de Trabajo del artículo 29” (GT29) y su organismo sucesor han interpretado profusamente el precepto y aclarado con ejemplos distintos supuestos dudosos. Así, en particular, determinados “metadatos” (datos que dan información sobre otros datos)³⁸, si no son plenamente anónimos también serían datos personales. Sin embargo, la política de privacidad de algunas empresas catalogan expresamente en su clausulados como datos no personales algunos datos que difícilmente escaparían a la definición del RGPD³⁹.

25. Si ahora tratamos de imaginar en general cuáles podrían ser esos “otros datos no personales” involucrados en un contrato de suministro de contenidos o servicios digitales, al menos tres categorías de datos parecen importantes: a) Los datos que no permiten identificar a una persona ni pueden ser conectados con una persona identificada o identificable⁴⁰, en definitiva, cuando se trata de datos “*anonimizados*” (vid. sobre la “seudonimización” los arts. 4.5 y 11.2 y el considerando 26 RGPD) o de datos “*agregados*”⁴¹ con otros datos por el comerciante y no puedan desagregarse⁴², siempre que no permitan identificar a la persona. Los datos no personales que constituyen *contenidos digitales adquiridos* por el usuario desde el proveedor: piénsese en vídeos, películas, canciones *descargadas o transferidas a un servidor* desde el que el usuario los podría descargar o visualizar en cualquier momento. C) Los *contenidos generados por el usuario* que no constituyan datos personales.

En relación con los datos anonimizados, es bien conocida la preocupación de que vuelvan a ser datos personales mediante técnicas de ingeniería inversa y minería de datos, de manera que incluso respecto a la supresión y portabilidad del RGPD a los que remite la Directiva, esa posibilidad debe con-

³⁷ Art. 4.1 RGPD: “toda información sobre una persona física identificada o identificable («el interesado»); se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona”.

³⁸ Se trata de etiquetas o datos anexados a archivos de todo tipo que contienen palabras clave, información sobre autoría, modificaciones, etc., generados automáticamente o de creación humana que sirven sobre todo para la catalogación de los archivos (imágenes, vídeos, páginas, documentos, etc.) en índices y su recuperación en la web semántica. Téngase en cuenta que la Directiva 2019/770 adopta, sin embargo, un enfoque más permisivo respecto a la recolección de metadatos de cara a interpretar si una relación contractual en que sólo se recogiesen éstos y ningún otro tipo de dato personal podría caer en su ámbito de aplicación; según el considerando 25 DCSD, “*la presente Directiva tampoco debe aplicarse a situaciones en las que el empresario recaba únicamente metadatos tales como información sobre el dispositivo del consumidor o el historial de navegación, excepto cuando esta situación se considere un contrato con arreglo al Derecho nacional*”.

³⁹ Veamos este ejemplo de *Apple* (“Política de privacidad”, actualizada a 29.8.2019, disponible en <https://www.apple.com/es/legal/privacy/es/>): “También recopilamos datos de manera que no es posible asociarlos, por sí solos, directamente a una persona determinada (...). Estos son algunos ejemplos de las categorías de datos de carácter no personal que podemos recopilar y los posibles usos que podemos darles: Es posible que recopilemos datos tales como profesión, idioma, código postal, prefijo telefónico, identificador único de dispositivo, dirección URL de referencia, ubicación y zona horaria en la que se utiliza un producto Apple, para conocer mejor la conducta de los clientes y mejorar los productos, servicios y anuncios publicitarios. (...) Es posible que recopilemos información acerca de las actividades de los clientes en el sitio web (...) así como en nuestros demás productos y servicios (...). *Los datos agregados se consideran información no personal a efectos de esta Política de Privacidad* (...); si se combinan datos de carácter no personal con datos de carácter personal, los datos combinados serán tratados como datos de carácter personal en tanto que sigan estando combinados”.

⁴⁰ Así, el GRUPO DE TRABAJO DEL ART. 29 (GT29), “Dictamen 4/2007 sobre el concepto de datos personales”, aprobado el 20 junio 2007, pp. 26-27, señala que las Directivas de protección de datos (ni el RGPD) no se aplicarán “cuando no puede afirmarse que los datos se refieren a una persona física, o cuando no cabe hablar de persona identificada o identificable”.

⁴¹ Un ejemplo de este tipo de datos, que el apartado 3.5 de la Política de Privacidad de *Twitter* (<https://twitter.com/privacy>) titula como “información no personal” es el siguiente: “Compartimos o revelamos datos no personales, como es la información agregada que incluye el número total de veces que las personas interactuaron con un tuit, *el número de personas que hicieron clic en un enlace en particular o que votaron en una encuesta en un tuit (incluso si solamente una persona lo hizo)*, los temas sobre los que las personas están tuiteando en una ubicación en particular o informes para los anunciantes acerca de cuántos usuarios vieron o hicieron clic en sus anuncios”.

⁴² Cfr. art. 16.3.c) DCSD.

templarse⁴³. Lo mismo ocurre con los datos combinados y agregados con otros del proveedor de manera que pierdan su carácter personal, pero puedan recobrar ese carácter⁴⁴. El SEPD ha clarificado en varias ocasiones que los metadatos y los datos anónimos están cubiertos por el RGPD⁴⁵ (*vid.* art. 11.2).

26. Para cualificar qué contenidos concretos han quedado finalmente cubiertos en las facultades anejas a la resolución en el art. 16 DCSD ha de partirse de estas premisas conceptuales: en primer lugar, hay que distinguir entre aquellos *datos necesarios para entablar la relación contractual* (como puede ser los relativos a la identidad del usuario, su dirección de correo electrónico, país de residencia e idioma, número de tarjeta de crédito, etc.) y *los datos precisos para ejecutar el contrato* de conformidad con lo ofertado (v. gr., en el ejemplo de una aplicación de entrenamiento físico: la evolución del peso durante el uso de la aplicación, la información sobre los alimentos ingeridos cada día, el seguimiento de las distancias recorridas, etc.). Así como el segundo grupo de datos personales deberán desaparecer de la esfera de control del empresario una vez extinguida la relación —con la simple aplicación del principio de limitación del plazo de conservación del art. 5.1.e RGPD—, en ocasiones los primeros podrían ser retenidos durante un tiempo por él con fines legítimos como exigir responsabilidades (injurias en una red social, usos fraudulentos del servicio, cobro de impagos, etc.).

En principio, el consentimiento para tratar ambos tipos de datos personales es el mismo y siempre que el tratamiento sea “necesario”⁴⁶ durará tanto cuanto dure la relación contractual (cfr. art. 7.3 RGPD sobre la revocación del consentimiento)⁴⁷. Según el art. 3.1 DCSD, la Directiva no se aplicará “cuando los datos personales facilitados por el consumidor sean tratados exclusivamente por el empresario con el fin de suministrar los contenidos o servicios digitales con arreglo a la presente Directiva o para permitir que el empresario cumpla los requisitos legales a los que está sujeto, y el empresario no trate esos datos para ningún otro fin”. Por lo tanto, *primera categoría de datos (personales y no personales) excluida del ámbito de aplicación de la Directiva: los datos necesarios para celebrar el contrato y para ejecutarlo, si no se procesan para otros usos* —que la práctica enseña que excluirá pocos contratos, pues sí se emplean para otros usos, principalmente comerciales, se informe o no de ellos—.

27. En segundo lugar, puede distinguirse entre “*datos primarios*” y “*datos secundarios*”, entendiéndose por estos últimos los observados por el responsable del tratamiento, con los que crea perfiles y patrones de comportamiento e intereses, generando así datos-conocimiento y no meros datos-materia prima. Diversos estudios de las ciencias sociales demuestran que permitir a los consumidores recuperar el flujo ulterior de sus datos ayudaría a los consumidores a comprender el alcance de su consentimiento⁴⁸.

28. En tercer lugar, profundizando en esta distinción, aún puede diferenciarse entre “*datos facilitados*”, *datos “generados o creados” por el usuario*, “*datos recabados*” e incluso “*procesados o producidos*” por el empresario. Otros prefieren distinguir entre datos “recibidos, observados, inferidos o predichos” por las empresas⁴⁹. Uno de los conceptos más controvertidos del derecho de portabilidad del

⁴³ *Vid.* WEBER, “Data protection...”, cit., pp. 201-202; R. MAŃKO/S. MONTELEONE, “Contracts for the supply of digital content and personal data protection”, European Parliamentary Research Service (EPRS), European Parliament, 2017, p. 5; ROSELLÓ RUBERT, *Cloud Computing...*, cit., p. 225 y 391.

⁴⁴ *Vid.* considerando 26 RGPD. Y GRUPO DE TRABAJO DEL ART. 29 (GT29), “Dictamen 05/2014 sobre técnicas de anonimización”, adoptado el 10 abril 2014 (0829/14/ES WP216), p. 10.

⁴⁵ MAŃKO/MONTELEONE, “Contracts for the supply...”, cit., p. 6.

⁴⁶ Véase, recientemente, EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD (EDPB), “Guidelines 2/2019 on the processing of personal data under Article 6(1)(b) GDPR in the context of the provision of online services to data subjects”, adoptado el 8 abril 2019.

⁴⁷ Cfr. arts. 6.1.b) y 13.2.e) RGPD. Pero como subraya el EDPB (nota anterior, p. 10), “if the contract is terminated in full, then as a general rule, the procession of data will no longer be necessary ... and thus the controller will need to stop processing... Hence, it is generally unfair to swap to a new legal basis when the original basis ceases to exist”.

⁴⁸ B. KAMLEITNER/V. W. MITCHELL, “Can consumers experience ownership for their personal data? From issues of scope and invisibility to agents handling our digital blueprints”, en J. PECK/S. B. SHU (Dirs.), *Psychological ownership and consumer behaviour*, Springer, Cham, 2018, p. 91 y ss.; I. VAN OOIJEN/H. U. VRABEC, “Does the GDPR Enhance Consumers’ Control over Personal Data? An Analysis from a Behavioural Perspective”, *Journal of Consumer Policy*, 2019, p. 103 y ss.

⁴⁹ G. MALGIERI, “Property and (Intellectual) Ownership of Consumers’ Information: A New Taxonomy for Personal

art. 20 RGPD es, precisamente, la referencia a que versa sobre “datos personales que le incumban, *que haya facilitado* a un responsable”. Es obvio que en ese concepto se comprenderán los datos suministrados “activamente” por el consumidor, como datos de contacto, los contenidos generados por él que carga en una plataforma (vídeo, foto, etc.), los comentarios en foros, etc. En este punto, datos “facilitados” y “generados” se superponen. ¿Pero podrán entenderse también “facilitados” aquellos recabados por el empresario con una actitud “pasiva” del usuario o incluso claramente inconsciente o encubierta, como ocurrirá con registros de actividades del usuario (v. gr., conocer los enlaces de los correos electrónicos en los que pincha, los tipos de películas que interrumpe antes de ver el final, la tensión arterial del usuario)? Para abreviar una larga polémica que cuenta con argumentos a favor⁵⁰ y en contra de una interpretación expansiva del término “facilitado”⁵¹, la interpretación generosa del GT29 parece haberse impuesto en la práctica: “la expresión ‘*facilitados por*’ incluye los *datos personales que guardan relación con la actividad del interesado o que se derivan de la observación del comportamiento de una persona, pero no los datos que resultan del análisis posterior de dicho comportamiento*”; el derecho de portabilidad incluirá: “*datos facilitados de forma activa y consciente por el interesado* (por ejemplo, dirección postal, nombre de usuario, edad, etc.); [y también] *datos observados facilitados por el interesado en virtud del uso del servicio o dispositivo*. Estos pueden incluir, por ejemplo, el historial de búsqueda, los datos de tráfico y los datos de ubicación de una persona. Pueden incluir asimismo otros datos en bruto tales como el ritmo cardíaco registrado por un dispositivo ponible”⁵².

29. En resumen, de acuerdo con las categorías señaladas, el derecho de portabilidad del art. 20 RGPD comprenderá datos facilitados y creados por el usuario y también los observados/recopilados por el empresario, siempre que no hayan sido sometidos a adicional procesamiento que les dé valor añadido⁵³. La Directiva, *sólo* respecto a datos personales, asume ese enfoque y estas categorías, pues en el considerando 24 incluye en su ámbito de aplicación los datos facilitados “*en el momento en que se celebre el contrato o en un momento posterior*”, como cuando sube o crea contenidos digitales; y el considerando 38 recuerda que los derechos de supresión y portabilidad (ambos) del RGPD se aplican en caso de resolución contractual respecto a “*todos los datos personales facilitados por el consumidor al empresario o recopilados por éste en relación con todo contrato que entre en el ámbito de aplicación de la presente Directiva*”.

30. Pero si ahora acudimos a delimitar *qué contenidos que no sean datos personales* podrá recuperar el usuario en virtud del nuevo derecho concedido por el art. 16.4, encontramos que sólo podrá recuperar los que el consumidor haya “*facilitado o creado*” al usar los servicios. No tendrá derecho a los *recolectados u observados* por el empresario. La excepción del art. 16.3.b precisamente excluye éstos al referirse al contenido que “*esté exclusivamente relacionado con la actividad del consumidor durante el uso de los contenidos o servicios digitales suministrados por el empresario*”. Por lo tanto, de los tres tipos de datos no personales que potencialmente podría recuperar el consumidor (los anonimizados y agregados, los contenidos ajenos adquiridos y los generados por el consumidor o UGG), el art. 16.4 sólo permitirá recuperar los últimos y además con una interpretación muy restrictiva. De hecho, el considerando 69, los ejemplifica exclusivamente así: “*esos contenidos pueden incluir imágenes digitales, archivos de vídeo y audio y contenidos creados en dispositivos móviles*”. Si esa restricción puede tener algún sentido en relación con la obligación de abstención de uso que tiene empresario, pues esos datos (no personales) de actividad del usuario pueden serle útiles para mejorar su servicio o servir de base para combinarlos y

Data”, *Privacy in Germany (PinG)*, 3, 2016, p. 133 (version disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2916058. Último acceso, octubre 2019).

⁵⁰ *Vid.* considerandos 60 y 68.

⁵¹ V. gr., véanse argumentos en DE HERT *ET AL.*, “The right to data portability...”, cit., pp. 199-200.

⁵² GRUPO DE TRABAJO DEL ART. 29 (GT29), “Directrices sobre el derecho a la portabilidad de los datos”, adoptadas el 13.12.2016, revisadas y adoptadas el 5.4.2017 (16/ES WP 242 rev.01), p. 12.

⁵³ De acuerdo con GT29, “Directrices sobre el derecho a la portabilidad”, cit., p. 12: “por el contrario, todos los datos personales que hayan sido creados por el responsable del tratamiento como parte del tratamiento de datos, p.ej. mediante un proceso de personalización o recomendación, mediante categorización del usuario o creación de perfiles, son datos que se deducen o infieren de los datos personales proporcionados por el interesado y no están cubiertos por el derecho a la portabilidad de los datos”.

tratarlos con otros datos con diversos fines, no se entiende por qué un tal recorte del derecho a recuperar datos no personales. El consumidor puede tener un interés legítimo en conocer, incluso tras la resolución del contrato, por ejemplo, su historial de actividad y navegación, la frecuencia y períodos en que accedía a servicio de juego *online* cuando era adicto o sus datos de geolocalización observados al usar una aplicación o red social (v. gr., *Facebook*, si el consumidor quiere probar a alguien, por ejemplo, que no estaba en determinado lugar en un momento dado). El art. 16.3.b ni siquiera limita la exclusión a los casos en que devolver esos datos fuese desproporcionado para el empresario. Simplemente queda excluido en todo caso. Se trata de una decisión de política legislativa, desde mi punto de vista, equivocada y contraria a la generación de un alto nivel de protección del consumidor exigida en el art. 169 TFEU.

III. Comparación e interacción entre los nuevos derechos

1. Derecho de supresión y derecho a impedir el uso de los datos

A) Reglas y excepciones

31. Cuando el contratante de contenidos o servicios digitales retira su consentimiento al tratamiento de datos personales, como típicamente ocurrirá con la extinción del contrato por resolución, podrá exigir que se borren o supriman todos los datos personales en poder del responsable, si el tratamiento no se basa en otro fundamento jurídico (art. 17.1.b RGPD). Este otro fundamento podría ser, por ejemplo, el “interés legítimo” del empresario, para realizar mercadotecnia directa de sus productos y servicios digitales⁵⁴, salvo oposición del usuario (art. 17.1.c) también a estas posteriores comunicaciones. De las seis situaciones en que el art. 17 RGPD reconoce la obligación de suprimir los datos personales, junto a la revocación del consentimiento, destaca para el escenario de los contratos de suministro digital la contemplada en el art. 17.1.f) en relación con el art. 8.1.a) RGPD: cuando los datos se obtuvieron en relación con la oferta directa a menores de 16 años de servicios de la sociedad de la información.

32. El contratante que resuelve el contrato (o de cualquier otra manera lo extingue) podrá dirigirse claramente a su contraparte como responsable del tratamiento de sus datos personales (red social, blog, plataformas de comercio electrónico, servicio de almacenamiento en la nube, etc.); además, podrá exigir a éste que informe a otros responsables que estén tratando estos datos de la solicitud del interesado de la supresión de cualquier enlace a ellos o cualquier copia o réplica (art. 17.2 RGPD), que es propiamente la traslación al reglamento del “derecho al olvido” en el entorno en línea inspirado en resoluciones judiciales bien conocidas⁵⁵. Ahora bien, esta segunda obligación del empresario en su calidad de responsable del tratamiento de datos está atenuada con lógicos cánones de proporcionalidad: “el responsable del tratamiento, teniendo en cuenta la tecnología disponible y el coste de su aplicación, adoptará medidas razonables, incluidas medidas técnicas”. No es, por tanto, un derecho absoluto. Adicionalmente, al amparo del derecho al olvido de origen jurisprudencial creado por la STJUE de 13 de mayo de 2014 (*Google Spain*), el interesado podrá solicitar directamente a esos terceros intermediarios que generan enlaces y búsquedas no ya la supresión de los datos de la fuente a la que redirigen, sino el uso de protocolos de exclusión tipo *robot.txt* u otras medidas oportunas para dificultar la búsqueda.

33. El art. 17.3 RGPD establece cinco excepciones o límites al ejercicio del derecho de supresión. Las dos más relevantes en el escenario de resolución del contrato de suministro de contenidos y servicios digitales son las siguientes: por una parte, cuando el tratamiento sea necesario “para la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones” (17.3.e), lo cual será especialmente aplicable cuando las partes contractuales no estén de acuerdo acerca del incumplimiento de las obligaciones que dieron

⁵⁴ Considerando 47 RGPD. Véase también el entendimiento del *marketing* directo como legítimo interés del responsable del tratamiento en GT29, “Dictamen 06/2014 sobre el concepto de interés legítimo...”, cit., p. 29 y ss.

⁵⁵ Art. 17.2 y considerando 66. Vid. STJUE 13 mayo 2014, *Google Spain SL, Google Inc. v Agencia Española de Protección de Datos (AEPD)*, Mario Costeja González, asunto C-131/12 (ECLI:EU:C:2014:317).

lugar a la resolución, o cuando ésta fue promovida por el empresario. Por otra parte, pese a la terminación, el tratamiento de datos continuará (17.3.a) “para ejercer el derecho a la libertad de expresión e información”. Así, la revelación voluntaria de datos personales propios o manifestaciones abiertas a todo el público en redes sociales (como *Facebook* o *Twitter*) encontrarán en este límite un importante valladar a su total desaparición cuando tienen réplica o comentario en ejercicio de la libertad de expresión o cuando los medios de comunicación se hacen eco de ellos al amparo de la libertad de información.

34. Como ya se explicó, la obligación del empresario de abstenerse de usar los contenidos digitales facilitados o creados por el usuario que no sean datos personales presenta la diferencia esencial en la DCSD de no exigir el borrado o eliminación de tales datos. Es conocida la gran dificultad técnica que existe para la supresión o borrado absoluto y sin huella en el contexto del Internet 2.0, al existir réplicas fuera de la plataforma de origen de los contenidos, copias provisionales o definitivas en otros servidores, etc., que escapan del control del prestador del servicio inicial. El legislador no ha querido imponer cargas especialmente gravosas sobre redes sociales y servicios de almacenamiento cuando no existen datos personales implicados. La principal excepción a este derecho a impedir el uso figura desde la propuesta inicial de la Directiva presentada por la Comisión Europea: si se cumplen cumulativamente lo que debe entenderse como dos requisitos, tanto el empresario como el resto de usuarios de sus servicios digitales tendrán derecho a seguir usando los CGU. Esos requisitos son que el contenido “haya sido generado conjuntamente por el consumidor y otras personas” y, segundo, que “otros consumidores puedan continuar haciendo uso del contenido”. Este uso por otros consumidores debe interpretarse como concausa, no como consecuencia de la excepción. En el fondo, el fundamento de esta excepción tiene su acertado fundamento en consideraciones similares a las del art. 17.3.a RGPD, relacionadas también con la libertad de expresión e información, además de con principios básicos de la propiedad intelectual. Así, por ejemplo, no será posible la retirada de contenidos que merezcan la consideración de obras derivadas cuando el titular de los derechos de propiedad intelectual autorizó previamente la transformación (v.gr., de un vídeo o fotografía), ni el borrado de comentarios o entradas en redes sociales en hilos de conversación, ni el borrado de los mensajes recibidos en aplicaciones de mensajería instantánea como *WhatsApp*, ni los correos electrónicos recibidos.

35. Sin embargo, en las versiones del Parlamento Europeo y del Consejo se introdujeron tres excepciones más que limitan considerablemente lo que podrían haber sido derechos razonables del consumidor a una restitución plena de contraprestaciones (o de creaciones propias) una vez que éste ha salido de la relación contractual por incumplimiento del empresario. Según el art. 16.3 DCSD, el empresario no tendrá por qué abstenerse de usar ese contenido cuando:

- “a) no tenga *ninguna utilidad fuera* del contexto de los contenidos o servicios digitales suministrados por el empresario;
- b) esté *exclusivamente relacionado con la actividad del consumidor durante* el uso de los contenidos o servicios digitales suministrados por el empresario;
- c) haya sido agregado con otros datos por el empresario y *no pueda desagregarse* o solo pueda desagregarse realizando esfuerzos desproporcionados.”

36. Sobre esas tres excepciones, que se aplican igualmente –y con menos sentido aún, en algún caso– al derecho de recuperación de contenidos del consumidor, conviene hacer las siguientes consideraciones conjuntas:

- a) Curiosamente, los considerandos de la Directiva, tan locuaces e ilustrativos dando ejemplos concretos, no aportan absolutamente ninguno para estas tres excepciones (considerandos 69 y 71), que reproducen literalmente, ni tampoco explican su justificación. Sólo respecto al derecho a recuperar datos, el considerando 71 indica que “en tales casos, *los contenidos no tienen ninguna utilidad ni interés práctico relevantes para el consumidor*, a la vez que se tienen en cuenta los intereses del empresario”. La primera afirmación es un manifiesto exce-

- so, al presumir *iuris et de iure* esa ausencia de interés: el consumidor sí puede tener diversas razones para conocer su historial de actividad (superar una adicción, reconstruir sus movimientos, escribir unas memorias, demostrar a terceros su carácter activo en el entorno digital o su habilidad con determinados programas de ordenador, etc.); la falta de utilidad fuera del servicio digital original será cierta cuando lo que se pretendiera con la recuperación fuera trasvasar o portar los contenidos a una plataforma distinta si el formato no es interoperable (por ejemplo, un avatar en un juego digital, las gemas o accesorios adquiridos en un juego, los *likes* o *ratings* respecto a contenidos propios de una plataforma, los dibujos o diseños en un programa de código cerrado), pero para el consumidor puede tener una utilidad, siquiera sea emotiva o sentimental recuperar de alguna manera esos contenidos construidos con tiempo y, en su caso, dinero, aunque no pueda “usarlos” interactivamente en otro contexto.
- b) La versión aprobada se parece mucho a la sugerida por el Consejo⁵⁶. En la versión aprobada en el Parlamento Europeo⁵⁷, para las tres excepciones se incluía al menos la cláusula compensatoria o de equilibrio sobre la no abstención de uso sólo respecto a “los contenidos de cuya utilización no sea posible abstenerse *sin realizar un esfuerzo desproporcionado e irrazonable*”; y similar límite de proporcionalidad existía también en esa versión parlamentaria respecto a la puesta a disposición de los contenidos.
- c) Por lo tanto, al configurar estas excepciones, la balanza se ha inclinado en exceso a favor de los intereses del empresario: así sucede también al no exigir que sea imposible desagregar los datos, sino que si sólo pueden desagregarse con esfuerzos desproporcionados prevalecerá el interés del empresario. Este límite podría incluso dar lugar a fáciles picarescas empresariales, pues bastará agregar determinados datos, lo que será habitual, por ejemplo, en el internet de las cosas.

37. En conclusión, estas tres excepciones tienen más sentido, desde el punto de vista del equilibrio de los intereses, en relación con el derecho a impedir el uso, que con el derecho a recuperar los contenidos. Tanto la actividad del usuario como la agregación con otros datos tienen un componente de utilidad en la actividad empresarial (menos justificación se encuentra a seguir usando todo tipo de contenidos del usuario en la plataforma si ésta tiene formato cerrado y no interoperable, porque se niega al consumidor un razonable pseudo “derecho al olvido” una vez que resuelve el contrato, cuando no generó conjuntamente con otros esos contenidos). Prejuizar la falta de utilidad para el consumidor de los propios contenidos que él generó con su actividad es un exceso normativo que prácticamente afrenta la dignidad de la persona: que ésta no sea identificable a través de esos contenidos no significa que no tengan para ella un valor y utilidad indudable. Mientras la posibilidad de seguir usando el empresario los CGU creados conjuntamente y usados por varios consumidores tiene apoyo constitucional, el resto de límites busca en realidad no entorpecer los modelos de negocio basados en el *big data*.

B) Cómo

38. El actual estado de la tecnología revela las dificultades de conseguir una supresión o borrado total y definitivo de los datos. Obviamente, la fórmula más definitiva será la inutilización o destrucción del *hardware* (discos duros) en que el empresario almacena la información; pero aparte de su carácter antieconómico, tampoco esta acción asegura la desaparición de los datos en internet, dadas las copias periódicas que suelen hacerse de los sitios web no sólo por sus creadores sino por terceros, las copias en

⁵⁶ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Orientación General: Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales (primera lectura)*, 9901/17 ADD 1, Bruselas, 1 junio 2017, p. 32.

⁵⁷ PARLAMENTO EUROPEO, *Informe sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales (COM(2015)0634 – C8-0394/2015 – 2015/0287(COD))*, Comisión de Mercado Interior y Protección del Consumidor, Comisión de Asuntos Jurídicos (ponentes: GEBHARDT, A. VOSS), A8-0375/2017, 27 noviembre 2017, p. 82.

la memoria caché, etc. Tres factores dificultan, por tanto, la eliminación total: la persistencia de datos, las redundancias y el respaldo⁵⁸. La técnica más empleada consiste en la *sobreescritura de los datos*: los datos que se ordena borrar son sobreescritos por datos nuevos que se almacenan en el mismo dispositivo de *hardware*, de manera que cuantas más veces se escriba sobre los datos inicialmente borrados (que no desaparecen por completo con esa técnica) más difícil será recuperarlos⁵⁹.

39. En relación con datos personales, a la supresión puede equivaler su anonimización absoluta e irreversible⁶⁰; en cambio, la “seudonimización” –que consiste en la sustitución de un dato por otro atributo en un archivo o registro, aunque los datos podrían volver a ser identificables con una persona concreta si la información adicional con la que se operó el proceso fuese reversible– no comporta supresión, aunque pueda ser una técnica útil para potenciar el derecho al olvido (esto es, dificultar su acceso) en buscadores y páginas de terceros.

40. La obligación del empresario de abstenerse de usar los contenidos que no sean datos personales puede cumplirse igualmente con las técnicas de destrucción, borrado y sobreescritura descritas; el NIST (*National Institute of Standards and Technology*) incluye entre las técnicas de la así llamada “*sanitization*” tres métodos: limpiar, purgar y destruir los datos. O bien podría cumplirse la obligación legal simplemente con el “bloqueo” de los datos, que consiste en su identificación y reserva para impedir su tratamiento salvo cumplir obligaciones legales, de manera que el personal que normalmente tendría acceso a ellos dentro de la empresa tampoco podría acceder, sino sólo una persona con la máxima responsabilidad y únicamente cuando hubiese un requerimiento judicial o administrativo al efecto. Se trataría, en definitiva, de utilizar las técnicas propias del derecho a la limitación del tratamiento (art. 18 RGPD), como podría ser, por ejemplo, “trasladar temporalmente los datos seleccionados a otro sistema de tratamiento” (considerando 67 RGPD).

41. En la práctica del mercado digital, las empresas implementan diversas soluciones: *Facebook* ofrece una vía más definitiva para eliminar totalmente todo tipo de datos, como es la “desactivación” de la cuenta y otra temporal o transitoria, que consiste en la “suspensión” de la cuenta con posibilidad de retorno. *Youtube* permite que el usuario revoque la licencia de uso de los contenidos facilitados por él a la plataforma, pero declara irrevocable el consentimiento para publicar los comentarios realizados por el usuario en relación con los contenidos audiovisuales de este canal (lo cual tendría cabida en la excepción del art. 16.3.d DCSD sobre contenidos creados conjuntamente por varios usuarios).

42. En cuanto al plazo para suprimir los datos personales, el art. 17.1 RGPD establece que se hará “sin dilación indebida” y por aplicación del criterio general del art. 12.3 RGPD, como máximo un mes desde la recepción de la solicitud, prorrogable a dos meses. En la práctica varios operadores importantes no cumplen esos plazos, al congelar los datos más tiempo del preciso e incluir una suerte de período de arrepentimiento extraordinario⁶¹.

⁵⁸ M. HENRIQUES/J. DING, “Purging the Cloud: Data Destruction in the Age of Cloud Computing”, *Womble Carlyle*, 23 junio 2014; K. AISSAOUI/H. AIT/H. BELHADAOU/M. RIFI, “Survey on data remanence in Cloud Computing environment”, *2017 International Conference on Wireless Technologies, Embedded and Intelligent Systems (WITS)*, Fez, 2017, pp. 152-155.

⁵⁹ Sobre estas medidas, *vid.* ROSELLÓ RUBERT, *Cloud Computing*..., cit., p. 385.

⁶⁰ Véase una detallada exposición de técnicas de anonimización y seudonimización en GRUPO DE TRABAJO DEL ART. 29 (GT29), “Dictamen 05/2014 sobre técnicas...”, cit., p.12 y ss., en particular la aleatorización (adición de ruido, permutación, privacidad diferencial), generalización (con medidas de agregación, anonimato k, diversidad l, proximidad k), etc. Sobre su aplicación por *Google*, *vid.* nota siguiente.

⁶¹ De las condiciones generales examinadas en el presente ensayo, destaca *Google* por su transparencia en cuanto a los distintos tiempos empleados para eliminar distintos datos y la distinción entre lo conservado, lo eliminado totalmente y lo eliminado progresivamente: *vid.* <https://policies.google.com/technologies/retention?hl=es> y también sobre cómo emplean las citadas técnicas de generalización y adición de ruido en <https://policies.google.com/technologies/anonymization?hl=es>. *Twitter*, por ejemplo, establece plazos demasiado largos y otras empresas utilizan una notoria vaguedad (*Apple*).

C) Prueba

43. La demostración de que se ha cumplido el deber de supresión o el deber de abstenerse de usar los datos no sólo es de difícil prueba, sino que además ésta será poco convincente si no intervienen terceros que acrediten la eficacia de las medidas adoptadas por el empresario.

Algunas técnicas, como la reescritura de datos, permiten obtener una garantía documental del proceso, mientras que otros mecanismos de borrado tienen más dificultades de certificación⁶². La prueba del *non facere* (abstenerse de usar) es aún más difícil que la del *facere* (borrar) sin una suerte de auditorías informáticas de terceros que refrenden las manifestaciones del responsable del tratamiento, salvo que la infracción aflore precisamente por acreditarse el uso de los contenidos y la trazabilidad de su origen. Por eso, el enfoque del RGPD (arts. 42 y 43) es el adecuado y prácticamente único posible, al instar a los Estados miembros, autoridades de control, al Comité y la Comisión a promover la creación de mecanismos de certificación y de sellos y marcas para demostrar el cumplimiento de obligaciones como éstas. Y por la misma razón, la falta de previsión en la nueva Directiva es una laguna importante. En todo caso, hasta la fecha, las autoridades nacionales de control han sido firmes en sancionar a las plataformas de contenidos y servicios digitales cuando no han suprimido los datos personales pese a ser legítimamente requerido por los usuarios⁶³.

2. Derecho de portabilidad y derecho de recuperación de datos

A) Reglas y excepciones

44. Aunque en las versiones finalmente aprobadas de los considerandos del RGPD y de la DCSD los fundamentos de ambos derechos parecen separarse⁶⁴, el examen de los considerandos y manifestaciones durante la tramitación legislativa de ambas normas permite hallar unas finalidades semejantes: favorecer la competencia entre los operadores de mercado, evitando mercados cautivos y plataformas cerradas⁶⁵, con un interés de fondo en alentar la creación de formatos interoperables⁶⁶; garantizar el derecho del consumidor a resolver el contrato ante incumplimientos sin el temor a perder datos o contenidos para él valiosos⁶⁷, lo que, en definitiva, en el terreno de los datos personales se traduce en reforzar el control sobre sus propios datos⁶⁸. En esta línea, el considerando 70 DCSD aclara que “el empresario, previa solicitud del consumidor, debe poner dicho contenido a disposición de este *tras* la resolución del contrato”; por lo tanto, también *tras* extinguirse el contrato por esa vía y no sólo antes de la resolución, aunque no se fija un plazo límite para esa recuperación postcontractual.

45. El derecho de portabilidad contaba con antecedentes exitosos en el ámbito europeo: en el sector de las telecomunicaciones primero se aprobó la portabilidad de los números de teléfono (Directiva 2002/22/EC). Desde otra perspectiva, el Reglamento (EU) 2017/1128 de 14 de junio de 2017, relativo a la portabilidad transfronteriza de los servicios de contenidos en línea en el mercado interior, eliminó las trabas al disfrute de estos servicios derivadas de las limitaciones territoriales de las licencias de uso sobre material sometido a derechos de autor.

46. El derecho de portabilidad recaerá sobre sobre datos personales propios del interesado (“que le incumban”) que “facilitó”, en el amplio sentido antes expuesto, al responsable del tratamiento. Tanto

⁶² ROSELLÓ RUBERT, *Cloud Computing...*, cit., pp. 397-398.

⁶³ Por ejemplo, la Agencia Española de Protección de Datos sancionó a *Facebook* con 1,2 millones de euros en resolución de 2017 por mantener *cookies* de cuentas eliminadas que seguían recogiendo y tratando información durante 17 meses tras la supuesta supresión.

⁶⁴ Actualmente sólo consta el tenor del considerando 69 RGPD y del considerando 70 DCSD.

⁶⁵ Considerando 46 de la Propuesta de Directiva de la Comisión (PDCD-2015)

⁶⁶ Considerando 68 RGPD.

⁶⁷ Considerando 39 de la PDCD-2015 de la Comisión Europea.

⁶⁸ Considerando 68 RGPD, *ab initio*.

esta delimitación del tipo de datos implicados como la previsión de que el derecho de portabilidad “no afectará negativamente a los derechos y libertades de otros” suponen un importante límite a una situación común en los servicios de redes sociales, como son los contenidos compartidos en que aparecen datos personales de distintos usuarios, como ocurre en fotos o vídeos en las que aparecen varios sujetos identificables, sean todos o no usuarios de la red social, foros en que quedan registradas opiniones de distintos usuarios, etc., así como los casos de contenidos creados conjuntamente por varios usuarios que contengan datos personales. Una lectura superficial del art. 20.4 RGPD podría llevar a concluir que en esos casos no es posible conseguir nunca la portabilidad, por estar implicados derechos de otros. Sin embargo, el artículo no establece una prohibición total, sino sólo que la portabilidad no afecte negativamente los derechos ajenos. En este sentido, la solución que propone el GT29 resulta equilibrada: los responsables del tratamiento deberían establecer herramientas para permitir a los interesados seleccionar los datos pertinentes y excluir los datos de terceros, así como implementar los mecanismos necesarios para recabar el consentimiento de estos últimos y sólo en este caso permitir la portabilidad en línea⁶⁹. Otra interpretación para que los derechos de terceros no se erijan en todo caso como un impedimento para el derecho de portabilidad, podría ser acudir al resto de reglas y principios del RGPD y, en particular, entender que el usuario que quiere cambiar de red social tiene un interés legítimo en el sentido del art. 6.1.f RGPD⁷⁰, interés contra el que no prevalecen en todo caso los derechos ajenos si se examinan, caso por caso, todas las circunstancias (tales como para qué se usan los datos, las expectativas razonables sobre esos usos, garantías adicionales empleadas por el responsable, etc.)⁷¹. La noción de “expectativa razonable” puede desempeñar un papel importante, pues dependiendo del núcleo más cerrado o abierto de los destinatarios de contenidos dentro de una plataforma, un usuario podría esperar que sus datos sólo pudiesen accederse en esa plataforma pero no en otras o al revés⁷².

En definitiva, existen varios otros derechos que cuentan con un grado de prevalencia distinto sobre el derecho de portabilidad: el derecho al olvido, que no puede ser perjudicado por el derecho de portabilidad (art. 20.3 RGPD), los derechos de terceros, que no deberán verse afectados negativamente por la portabilidad (art. 20.4) y los intereses públicos, que prevalecerán en todo caso sobre la portabilidad (art. 20.3)⁷³.

47. En cuanto al derecho a recuperar los contenidos que no sean datos personales facilitados o creados por el consumidor, la nueva Directiva no pone ningún reparo a recuperar los contenidos generados conjuntamente por el consumidor y otras personas (art. 16.4 DCSD *a contrario*), incluso aunque éstas sigan haciendo uso del contenido, pues presume que todos los coautores pueden solicitar esa portabilidad, pero ninguno podrá solicitar al empresario que los destruya o impida su acceso en tanto que haya consumidores que puedan usarlos (art. 16.3.d DCSD). En cambio, con restricción excesiva, como ya se ha criticado, la Directiva impide la recuperación de estos CGU en otras tres situaciones (falta de utilidad fuera del contexto original, versar exclusivamente sobre la actividad de uso del consumidor y no poder desagregarse fácilmente de otros datos).

48. Aún cabría preguntarse por la posibilidad de extender los derechos de recuperación y portabilidad a situaciones no contempladas por la Directiva ni por el RGPD, precisamente en el contexto general de extinción de los contratos sobre contenidos y servicios digitales, más allá del caso concreto de la resolución, cuando llegue el momento de transposición de la Directiva. En el escenario de la resolución contractual es claro que “el consumidor se abstendrá de utilizar los contenidos o servicios digitales y de ponerlos a disposición de terceros” (art. 17.1 DCSD) y que el empresario tiene el derecho de hacer inaccesible el contenido o el servicio para el consumidor o inhabilitar su cuenta de usuario (art.

⁶⁹ GT29, “Directrices sobre el derecho a la portabilidad...”, cit., pp. 18 y 22.

⁷⁰ Así, STOYKOVA, “The Right to Data Portability”, cit., p. 70, quien trata de salvaguardar la portabilidad reforzándola con otras reglas generales tales como la excepción de actividades domésticas del art. 2.2.c) RGPD. *Vid.* también DE HERT *ET AL.*, “The right to data portability...”, cit., p. 198.

⁷¹ *Vid.* HERT *ET AL.*, “The right to data portability...”, cit., p. 198 y GT29, “Dictamen 06/2014...”, cit.

⁷² *See* JANAL, “Data Portability...”, cit., p. 62.

⁷³ Sobre este orden de prelación, *vid.* HERT *ET AL.*, “The right to data portability...”, cit., p. 198.

16.5 DCSD). Pero, ¿cuál debería ser la regla en otros supuestos de extinción no patológica o natural? En relación con contenidos puestos a disposición por el empresario (v. gr., películas en *Apple o Google Stores*) o por otros usuarios (v.gr., vídeo en *Youtube*), para responder a esa cuestión es preciso deslindar el modelo de negocio mediante el que se adquirió el derecho al disfrute de la prestación digital: si el usuario podía acceder a los contenidos mediante descarga de una copia de la obra o prestación, existe una expectativa razonable de poder seguir utilizándola tras la extinción del contrato con el proveedor. En tal caso la norma podría garantizar la posibilidad de migrar el contenido a otros dispositivos físicos (ordenador, tableta, etc.) o a su almacenamiento en otro servidor en la nube para continuar su uso⁷⁴. En cambio, si el consumidor accedía a esos contenidos en *streaming* difícilmente podrá pretender tras la extinción del contrato que le ligaba con el empresario seguir gozando de acceso a los contenidos.

B) Cómo

49. La recuperación de los datos, tanto en el RGPD como en la DCSD, implica la posibilidad de descarga directa por parte de los usuarios “sin cargo alguno y sin impedimentos por parte del empresario, en un plazo razonable y en un formato utilizado habitualmente y legible electrónicamente” (art. 16.4 DCSD); el art. 20.1 RGPD sólo añade que ha de tratarse de un formato estructurado. El objetivo es que el formato de los datos pueda acabar siendo interoperable, pero no existe una obligación terminante al respecto. Aunque pueden no existir formatos estandarizados que permitan el trasvase de algunos datos (¿los *likes* en una determinada red social?), lo cierto es que algunos de los principales operadores ya han implementado sistemas de fácil uso que permiten esa recuperación mediante descarga de un archivo .zip con subcarpetas según los contenidos/datos/formatos implicados, como ocurre con la opción de descargar todos los datos que *Google* tiene de un usuario⁷⁵; otros remiten al consumidor a diversas páginas de su interfaz para descargar (y, en su caso, borrar) los contenidos, comenzando por la página de configuración de la cuenta y siguiendo con un peregrinaje a través de diversos enlaces. En cuanto a la portabilidad directa de un responsable de tratamiento a otro, técnicamente es factible con la creación de una API (*application programming interface*) específica; a falta de obligación legal al respecto, el fomento de un mercado digital único requerirá otros incentivos. El ejemplo de *WhatsApp* es ilustrativo, al permitir hacer copia de mensajes y sus archivos adjuntos en las plataformas de almacenamiento en la nube más populares de los tres sistemas operativos más empleados⁷⁶, pero no facilita la migración a otros competidores de mensajería gratuita a través de internet.

50. En cuanto al *carácter gratuito* tanto del derecho de recuperación como de la portabilidad, ambas normas lo consagran (art. 12.5 RGPD y 16.4 DCSD), aunque respecto a los datos personales el RGPD establece la posibilidad de un canon razonable o negarse a actuar “cuando las solicitudes sean manifiestamente infundadas o excesivas, especialmente debido a su carácter repetitivo”. Esta excepción debe entenderse en relación con las peticiones de un concreto usuario, no del conjunto de solicitantes que por su magnitud impliquen costes al proveedor, quien no podrá repercutirlos a los concretos usuarios⁷⁷.

51. El *plazo* para atender la petición del usuario en la Directiva se deja abierto (“en un plazo razonable”), en tanto que el Reglamento lo concreta en un mes, prorrogable a dos en caso de complejidad o alto número de solicitudes⁷⁸. En el estado actual de la tecnología es sencillo cumplir con la petición de forma automatizada en breves plazos, pese a lo cual bastantes proveedores fijan en sus contratos una horquilla que va de días a bastantes meses, o se reservan la facultad de fijar el plazo al terminar el contrato.

⁷⁴ Siempre que se respeten los derechos de propiedad intelectual sobre ese contenido y siempre que la información precontractual hubiese garantizado esa interoperabilidad, pues las reglas sobre el límite de copia privada entrarán en juego en este supuesto.

⁷⁵ <https://takeout.google.com>.

⁷⁶ Esto es, *Android*, *Windows* y *MacOs*; en particular, permite efectuar una copia de los contenidos en *Google Drive*, *One Drive* e *iCloud* (vid. el proceso en <https://faq.whatsapp.com>).

⁷⁷ GT29, “Directrices sobre el derecho a la portabilidad...”, cit., p. 18.

⁷⁸ El art. 20 RGPD no fija un plazo; el art. 12.3 RGPD sería de aplicación.

C) Prueba

52. Pueden existir situaciones conflictivas cuando el proveedor asegure que cumplió pero lo hizo, por ejemplo, con un formato ilegible o mediante un enlace que no funcionó e imputa el incumplimiento a la impericia del consumidor o a su entorno operativo. Pero los mayores problemas de prueba estribarán en comprobar si el proveedor de contenidos o servicios digitales restituyó al consumidor *todos* los datos, personales o no personales, que de él tenía. Nuevamente, sin una certificación de terceros de confianza, el usuario ha de confiar en una mera declaración unilateral del proveedor/responsable, sin plena certidumbre de haber recibido, por ejemplo, todos los datos recabados u observados por el proveedor, de si las técnicas aplicadas han anonimizado a plenitud los datos o de si el proveedor cedió datos o contenidos a terceros sin haber recabado el consentimiento del usuario interesado, etc.

3. Relación entre los derechos en el momento de su ejercicio

53. Desde el momento en que la Directiva no impone la eliminación de los datos no personales del consumidor que éste quiere recuperar, sino sólo la abstención de su uso por el empresario, la relación entre ambos derechos es sencilla y compatible. Salvo que el clausulado lo establezca (como ocurre en *Youtube*), el consumidor no tendrá derecho a exigir el borrado de estos CGU. Por eso es posible, como recuerda el considerando 70 DCSD, que el consumidor recupere sus contenidos *después* de resolver el contrato. Esta previsión implícitamente establece una obligación de conservar esos datos no personales a cargo del proveedor. Pero, ¿durante cuánto tiempo? No existe una pista al respecto en la Directiva ni en sus considerandos.

54. Más problemática es la relación entre el derecho de supresión y el de portabilidad en el RGDP. Obviamente el interesado que desee recuperar sus datos o portarlos a otro responsable deberá hacerlo antes de ejercer el derecho de supresión. En este sentido, es posible el ejercicio conjunto de ambos derechos, pero también por separado, siempre que la portabilidad se solicite y consume antes que la supresión. De ahí que solicitar la portabilidad no implica directamente destruir los datos personales, lo cual debe ser objeto de una petición expresa del interesado⁷⁹. La doctrina viene interpretando la mención del art. 20.3 RGPD a que el derecho de portabilidad se entenderá “sin perjuicio” del derecho de supresión, no como una jerarquía en sentido estricto, sino de que la portabilidad no impida la supresión de los datos⁸⁰; en este sentido, la portabilidad no puede ser esgrimida por un responsable del tratamiento como método para retrasar o rechazar la supresión solicitada por el usuario, ni impone al responsable la obligación de conservar datos personales más tiempo del necesario⁸¹.

55. Para valorar toda la potencialidad del derecho de portabilidad hay que considerar *dos escenarios* distintos: el del *consumidor insatisfecho* y el del *consumidor satisfecho* con su proveedor de servicios o contenidos digitales. En el primer caso, los estudios socioeconómicos demuestran que el consumidor querrá ejercitar ambos derechos, cambiar de compañía con la transición más cómoda posible y eliminar todos sus datos personales en poder del primer proveedor. Se trata de un rasgo característico de la llamada “economía del cambio” (*switching economy*)⁸². Por contraposición, un consumidor satisfecho con su proveedor puede querer portar todos sus datos a otro proveedor, sin abandonar el primer servicio ni, por tanto, eliminar los datos que tiene ese empresario. Es decir, no sólo querrá usar sus datos, sino “reusarlos”, que es la base de la portabilidad (y eso vale tanto para datos facilitados como para datos observados,

⁷⁹ El considerando 68 afirma que el ejercicio del derecho de portabilidad “no debe implicar la supresión de los datos personales concernientes al interesado que este haya facilitado para la ejecución de un contrato, en la medida y durante el tiempo en que los datos personales sean necesarios para la ejecución de dicho contrato”.

⁸⁰ LI, “A Tale of Two Rights...”, cit., p. 183, HERT *ET AL.*, “The right to data portability...”, cit., p. 201.

⁸¹ GT29, “Directrices sobre el derecho a la portabilidad...”, cit., pp. 8-9.

⁸² LI, “A Tale of Two Rights...”, cit., pp. 186 y 189.

sean o no personales)⁸³. El escenario del consumidor satisfecho puede darse tanto en casos de mercados sustitutivos, como, más aún, en supuestos de mercados complementarios⁸⁴, cuando exportar todos los datos de una cuenta facilita continuar con la misma identidad digital en un servicio totalmente distinto. El consumidor puede tener sus razones, por ejemplo, para tener dos cuentas en redes sociales que se actualicen simultáneamente, dos blogs con los mismos contenidos o una copia de seguridad en un servidor en la nube que se porte periódicamente a otro prestador del mismo tipo de servicio de almacenamiento. Con más razón incluso, podrá el consumidor querer trasvasar sus creaciones, historial de actividad, perfiles, *ratings* o valoraciones, etc. de una red social a otra plataforma que ofrezca servicios totalmente distintos y complementarios, sin abandonar dicha red social (v. gr., de una red social general como *Facebook* a una red de contactos matrimoniales). Un ejemplo de estos mercados complementarios sería el ejemplo de la copia de contenidos de *WhatsApp* en servidores de almacenamiento en la nube. La portabilidad, por lo tanto, ni se ejercerá siempre de forma conjunta con el derecho de supresión, ni es siempre una herramienta que ponga en riesgo la retención de clientes, sino que tiene un gran potencial para la creación de nuevos modelos de negocio y un mercado digital más dinámico. Ahora bien, corresponde ya al Derecho de la competencia y no al Derecho de consumo determinar en qué situaciones (por ejemplo de abuso de posición dominante o en casos de mercados complementarios generados por pequeñas compañías) sería deseable acentuar las obligaciones de portabilidad directa de datos personales y en cuáles no.

4. La plasmación de los derechos en la práctica actual

56. Un examen de las condiciones generales de los contratos de las principales plataformas de contenidos y servicios digitales⁸⁵ revela que la mayoría describen con bastante corrección los derechos de *supresión* de datos personales del usuario y remiten a ulteriores páginas sobre cómo realizarlo, *pero pocas entran en una descripción de detalle del derecho de portabilidad* (apenas se refieren a él *YouTube*, *Facebook* o *Instagram*; algunas se limitan a recordar escuetamente el derecho garantizado por el RGPD, como *Spotify*, sin explicar técnicamente cómo se llevará a cabo); entre las que sí lo hacen destaca el grado de transparencia de *Google* en las condiciones generales de aplicación todos sus servicios y, también, las empresas dedicadas a servicios de almacenamiento en la nube, precisamente, porque una de sus características de esencia, junto a la custodia de los datos, es la posibilidad de que el consumidor recupere los datos almacenados sin mayor inconveniente: en este sentido, *Dropbox* y *Google Play* contienen cláusulas e instrucciones detalladas sobre la portabilidad. Sin embargo, aún es muy escaso el reflejo en los clausulados del derecho a la portabilidad de responsable a responsable (cabe destacar en este sentido los servicios que ofrece *WhatsApp* para hacer copia de su contenido en los tres servicios de almacenamiento más extendidos).

57. Con toda lógica, tanto los servicios de redes sociales como los servicios de almacenamiento no sólo abordan los derechos de supresión y portabilidad (de datos personales), sino también los derechos del usuario a suprimir y recuperar los *contenidos generados por ellos (CGU)*, sean o no éstos datos personales (se adelantan, de esta manera, en algún caso con ventaja sobre la nueva Directiva, en otros no, al futuro régimen). Ahora bien, incluso los catalogados como empresas de suministro de contenidos digitales (por descarga o por *streaming*), que prestan especial atención a las licencias que otorgan a los usuarios para el disfrute de aquellos contenidos, dedican en sus estipulaciones diversas cláusulas a los CGU –por la vertiente de “comercio social” que tienen mediante los comentarios, valoraciones, blogs,

⁸³ HERT ET AL., “The right to data portability...”, cit., pp. 202-203), que formulan diversas sugerencias para lo que denominan el “*adieu scenario*” y el “*fusing scenario*”.

⁸⁴ Vid. el estudio empírico de B. ENGELS, “Data portability among online platforms”, *Internet Policy Review*, 5-2, 2016, p. 1 y ss.; también, R. STOYKOVA, “The Right to Data Portability as a Market Tool”, *Computer Law International (CRI)*, 2, 2018, p. 47 y ss.

⁸⁵ Para un examen de detalle de los clausulados concretos, vid. S. CÁMARA LAPUENTE, “Extinción de los contratos sobre contenidos y servicios digitales y disponibilidad de los datos: supresión, recuperación y portabilidad”, en P. CASTAÑOS CASTRO/ J. A. CASTILLO PARRILLA (dirs.), *El mercado digital de la Unión Europea*, Reus, Madrid, 2019, pp. 157-249, en especial, pp. 233-243.

listas, etc. que admiten que sus usuarios les faciliten—; en estos casos, cabe encontrar algunas renuncias de los usuarios contrarias a la normativa de propiedad intelectual, al RGPD y a la nueva Directiva.

58. En cuanto a la supresión, las principales redes sociales introducen la excepción relativa a la información que otras personas han compartido sobre el usuario (*Facebook*), las copias que tienen otros usuarios (por ejemplo de mensajes, *WhatsApp*) o las copias de motores de búsqueda o de terceros (v. gr. de tuits públicos, en el caso de *Twitter*). Los plazos que los contratos plasman sobre el derecho de supresión van desde una descripción detallada pero aproximativa de diversos períodos según el tipo de datos que se hayan de suprimir (*Google*), hasta notables inconcreciones (*Apple*), pasando por plazos excesivos (*Twitter*). En algún caso se contempla el cobro de una tarifa por supresión de datos personales (*Youtube*) cuya validez podría cuestionarse según lo dispuesto en el art. 12.5 RGPD.

5. Un balance final

59. A modo de conclusiones, cabe recoger las siguientes ideas críticas: 1) La Directiva 2019/770 no contempla ni impide la posibilidad de extender los nuevos derechos (abstención de uso y recuperación) a otras causas de extinción del contrato de suministro de contenidos y servicios digitales, distintas de la resolución; los Estados Miembros en la transposición deberían plantearse esa opción y nada veda que tomen el modelo del RGPD, más proteccionista, en lugar del de la Directiva para los contenidos no personales. 2) Aunque no es aparente en el articulado de la Directiva, el derecho de recuperación durante la relación contractual, antes de operarse una resolución, podría quedar cubierto por las expectativas legítimas del consumidor *ex art. 8.1.b DCSD*. 3) El balance general que resulta de las facultades, excepciones y objeto sobre el que recaen los dos nuevos derechos de la Directiva en caso de resolución habla de un contenido prácticamente vacío, dado que además la Directiva tampoco se aplica cuando los datos personales facilitados por el consumidor fueran tratados exclusivamente por el empresario para suministrar los contenidos o servicios digitales o para cumplir requisitos legales (art. 3.1). 4) No obstante, debido al carácter expansivo del concepto de “dato personal” y a la remisión expresa de la Directiva (art. 16.2) al RGPD, el usuario puede encontrar en los derechos de supresión u olvido y portabilidad del Reglamento una herramienta de protección de sus intereses a la postre más eficaz que los recién estrenados derechos de una Directiva, por lo demás, pionera en la defensa contractual de los usuarios digitales.

ONLINE PLATFORMS: CONCEPT, ROLE IN THE CONCLUSION OF CONTRACTS AND CURRENT LEGAL FRAMEWORK IN EUROPE

PLATAFORMAS EN LÍNEA: CONCEPTO, PAPEL EN LA CONCLUSIÓN DE CONTRATOS Y MARCO LEGAL ACTUAL EN EUROPA *

JOANA CAMPOS CARVALHO

PhD Candidate and Visiting Professor at NOVA School of Law. Research fellow at CEDIS (Centro de Investigação e Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade) and FCT (Fundação para a Ciência e a Tecnologia)

Recibido: 16.12.2019 / Aceptado: 10.01.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5227>

Abstract: Companies like Airbnb, Amazon or Craigslist have challenged the traditional business models and are altering the way people have access to goods and services. This article explores why the concept of online platform is adequate to analyse this new reality from a contractual point of view. It then challenges the idea that all companies where the product or service is supplied by what appears to be a third-party are online platforms, using the example of Uber. Finally, it provides a brief overview at the current EU framework to provide a reflection on how a regime for online platforms could look like.

Keywords: sharing economy, online platforms, Uber.

Resumen: Empresas como Airbnb, Amazon o Craigslist han desafiado los modelos de negocio tradicionales y están cambiando la forma en que las personas tienen acceso a los bienes y servicios. Este artículo explora por qué el concepto de plataforma en línea es adecuado para analizar esta nueva realidad desde un punto de vista contractual. A continuación, se cuestiona la idea de que todas las empresas en las que el producto o servicio es proporcionado por lo que parece ser un tercero son plataformas en línea, utilizando el ejemplo de Uber. Por último, se aporta una breve visión general del marco actual de la UE para reflexionar sobre cómo podría ser un régimen para las plataformas en línea.

Palabras clave: economía colaborativa, plataformas en línea, Uber.

Summary: I. Introduction. II. In search for an appropriate subject. 1. The concept of online platform. III. Cases where the triangularity is missing. 1. The case of Uber. A. Wathélet Case. B. Uber Spain Case. The Portuguese Law. IV. Platforms: EU regulatory framework. V. Conclusion.

*This work is based on the paper presented at the International Congress Private Law in the New Digital Paradigm (Colegio Notarial de Cataluña, Barcelona, 3 and 4 October 2019) and is part of the Research Project DER2017-84748-R (Ministry of Science, Innovation and Universities): EU Digital Single Market and Consumer Protection: outlining the rights of the parties in contracts for the supply of digital content, conducted by prof. S. CÁMARA LAPUENTE.

I. Introduction

1. Companies like Airbnb, Amazon or Craigslist have challenged the traditional business models and are altering the way people have access to goods and services¹.

2. This article aims at analysing some of these new business models from a contract law perspective.

3. We will first discuss why the best concept to use when trying to identify these companies and setting them apart from others that don't share their fundamental characteristics is the concept of online platform. Additionally, we will explore the concept of online platform and try to come up with a definition that is useful for the purposes of our work.

4. We will then proceed to approach some of the questions raised by online platforms from a contractual standpoint. First, we will challenge the idea that all companies where the product or service is supplied by what appears to be a third-party work as online platforms. We will use the example of Uber to explore the concept of intermediary and the triangular structure of online platforms. Secondly, we will take a look at the current EU framework for online platforms to provide a reflection on how a regime for these contracts can look like.

II. In search for an appropriate subject

5. When the first authors² started identifying that some companies were adopting a new business model that was challenging and, in some cases, disrupting traditional commercial sectors, they focused mainly on the fact that these companies were bringing together and harnessing the potential of communities of individuals. Value was created by creating links between people who could get what they needed from other members of the community instead of relying on big companies to cater for their needs. The phenomenon was studied mainly³ under the concepts of collaborative consumption⁴, sharing economy⁵ or collaborative economy⁶.

6. An analysis of what has been written on the subject shows a multitude and dispersion of criteria that render it impossible to settle on a consensual definition for these terms. This difficulty is linked to the fact that this is a rather recent phenomenon. In addition, these terms are now trendy⁷ and companies have realized that being associated with the sharing or collaborative economy links them to an idea of innovation or even disruption that increases the popularity of their brand, which leads them to try to blur the lines of the definitions even more in order to be included⁸. As a result, these concepts do not present the necessary scientific rigor to configure an adequate object of study.

¹ J. GATA, "The Sharing Economy, Competition and Regulation", in *Competition Policy International*, 2015, p. 3, refers to the "sharing economies" as "'disruptive innovations' in that they compete with traditional ways of producing, distributing and consuming goods and services, through the use of technological innovations such as smartphones, digital content and online distribution that may be considered disruptive". J. CAMPOS CARVALHO, "A Proteção dos Consumidores na Sharing Economy", in *I Congresso de Direito do Consumo*, Almedina, Coimbra, 2016, p. 115.

² R. BOTSCHAN; R. ROGERS, *What's Mine is Yours*, 2.^a ed., Collins, London, 2011; RUSSEL BELK, "Sharing", in *Journal of Consumer Research*, 36, 2010.

³ One of the pioneer authors coined the term "The Mesh". However, this term did not gain followers: L. GANSKY, *The Mesh: Why the Future of Business is Sharing*, 2.^a ed., Portfolio/ Penguin, 2012.

⁴ R. BOTSCHAN; R. ROGERS, *What's Mine is Yours*, 2011.

⁵ A. STEPHANY, *The Business of Sharing: Making it in the New Sharing Economy*, Palgrave Macmillan, 2015

⁶ C. CAUFFMAN, "The Commission's European agenda for the collaborative economy – (Too) platform and service provider friendly?", in *EuCML - Journal of European Consumer and Market Law*, 6, 2016.

⁷ L. GANSKY, *The Mesh: Why the Future of Business is Sharing*, 2012, p. 47.

⁸ A. STEPHANY, *The Business of Sharing: Making it in the New Sharing Economy*, 2015, p. 13.

7. The European Commission has proposed a definition of the collaborative economy: “business models where activities are facilitated by collaborative platforms that create an open marketplace for the temporary usage of goods or services often provided by private individuals”⁹. Having a definition allows circumvention of the lack of rigor referred to in the previous paragraph. However, although there are some issues that concern only the business models fitting within this definition, we would say many questions concern these but other companies as well¹⁰, leading to the conclusion that this is not a good concept to allow for the study of the phenomenon as a whole.

8. If we look at the phenomenon from the perspective of contract law, we will conclude that the common and truly distinctive factor among all these companies is that they all operate platforms, which can be defined as “modern online marketplaces that allow for concluding, or facilitate the process of concluding contracts”¹¹. These platform operators act as intermediaries, replacing the traditional contractual structure by a triangular structure. We, thus, choose the concept of online platforms for the purposes of this article, regardless of whether they should be considered part of the collaborative or sharing economy. This is in line with what can be observed in the legal field, with an increasing number of authors focusing their attention on the so-called platform economy¹².

III. The concept of online platform

9. Online platforms are virtual spaces that allow for the meeting of two or more groups of users, in a way that generates value for these users, since, without the platform, this meeting would not occur or, at least, would not occur so efficiently¹³. A platform can also be described as an intermediary between two or more user groups that are connected by indirect network effects. This definition stems from the field of economics¹⁴, where this reality has been studied under the concept of two-sided or multi-sided market.

10. Two-sided or multi-sided markets are characterized mainly by three elements¹⁵: i) the existence of at least two separate groups of users, that use the platform as an intermediary; ii) the existence of indirect network effects, which means that the value one user derives from the use of the platform increases according to the number of users in the other group¹⁶; iii) the non-neutrality of the price structure, which means that the platform is able to influence the volume of transactions by increasing the usage price of the platform for one group and decreasing the usage price for the other group. This characteristic justifies that platforms often treat one of the groups as a profit generator and the other as

⁹ EUROPEAN COMMISSION, *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, "A European Agenda for the Collaborative Economy"*, COM(2016) 356 final, 2016, p. 3.

¹⁰ It particularly it leaves out all situations where there is a transfer of ownership of the goods.

¹¹ A. WIEWIÓROWSKA-DOMAGALSKA, *Online Platforms: How to Adapt Regulatory Framework to the Digital Age?*, Briefing of the European Parliament, 2017, p. 2.

¹² C. BUSCH; H. SCHULTE-NÖLKE; A. WIEWIÓROWSKA-DOMAGALSKA; F. ZOLL, "The Rise of the Platform Economy: A New Challenge for EU Consumer Law", in *EuCML - Journal of European Consumer and Market Law*, 1, 2016; M. FINCK, "Digital Co-Regulation: Designing a Supranational Legal Framework", in *European Law Review*, 43, 1, 2018, p. 48; A. DE FRANCESCHI, "The Adequacy of Italian Law for the Platform Economy", in *EuCML - Journal of European Consumer and Market Law*, 1, 2016; I. KULL, "The Adequacy of Existing Estonian Laws for the Platform Economy", in *EuCML - Journal of European Consumer and Market Law*, 1, 2016; G. SMORTO, "Verso la Disciplina Giuridica della Sharing Economy", in *Mercato Concorrenza Regole*, 2/2015, 2015, p. 12.

¹³ D. S. EVANS, "Background Note", in *Two-sided Markets - Policy Roundtables*, OECD - Competition Committee, 2009, p. 23.

¹⁴ J. C. ROCHET; J. TIROLE, "Platform Competition in Tw-Sided Markets", in *Journal of the European Economic Association*, 1, 4, 2003; D. S. EVANS; R. SCHMALENSSEE, "The Industrial Organization of Markets with Two-Sided Platforms", in *Competition Policy International*, 3, 1, 2007, p. 152.

¹⁵ We use the framework of D. S. EVANS, "Background Note", 2009, p. 29-30.

¹⁶ D. S. EVANS, "Two-Sided Markets", in *Market Definition in Antitrust: Theory and Case Studies*, ABA Book Publishing, 2012, p. 5.

financially neutral or even a loss generator¹⁷. The key role of platforms is to enable the parties to gain by reducing their costs of meeting and interacting¹⁸.

11. The concept of online platforms includes different categories, such as social media or massively multiplayer online games. However, for the field of contract law the important category is that of the so-called market makers¹⁹, matchmakers²⁰ or marketplaces. These are businesses that help two types of users meet and interact in a mutually beneficial way, facilitating the discovery of appropriate business partners²¹. The category of marketplace includes all platforms that allow for the conclusion of contracts on the platform or at least allow the users to find a counterparty to a contract they will then conclude outside the platform.

12. Marketplaces have drastically changed the structure of transactions. For the purchase of a good or provision of a service, traditionally only one contract was needed – between the supplier and the customer. On online marketplaces, for every transaction, there are three contracts: i) between the supplier and the platform – to regulate the terms of use of the platform by the supplier; ii) between the customer and the platform – to regulate the terms of use of the platform by the customer; iii) between the supplier and the customer – the main contract, which gives reason to the other two.

IV. Cases where the triangularity is missing

13. As a rule, platforms present themselves as mere intermediaries, stating that they do not have any relation to the main contract, which is concluded directly between the users.

14. As an example, we can read in Airbnb's terms of service²²: "When Members make or accept a booking, they are entering into a contract directly with each other. Airbnb is not and does not become a party to or other participant in any contractual relationship between Members, nor is Airbnb a real estate broker or insurer. Airbnb is not acting as an agent in any capacity for any Member, except as specified in the Payments Terms".

15. However, the mere statement by the company that it solely acts as an intermediary is not enough to conclude that such is in fact the case. Full understanding of the situation presupposes interpretation of all statements by the party and not just those included in the terms of use. The conclusion as to the role of the company is linked to how the company presents itself before the client. If someone behaves as the counterparty to a contract and the other party is thus convinced of that fact, then that someone is, in fact, the client's counterparty. Under Portuguese law this general rule stems from article 236 of the Civil Code, according to which a contractual offer is to be interpreted in the way that a "normal" recipient of the proposal, when under the same circumstances as the real recipient of the proposal, would interpret it²³.

16. The point of this part of the article is to show that some companies present themselves as platform operators and as mere intermediaries between the parties, but after a closer look at the situation we conclude that they behave as the actual party to the contract. As mentioned before, under Portuguese law, the fact that someone behaves as a party to the contract and is perceived as such by the other party

¹⁷ J. C. ROCHET; J. TIROLE, "Platform Competition in Two-Sided Markets", 2003, p. 991.

¹⁸ D. S. EVANS; R. SCHMALENSEE, "The Industrial Organization of Markets with Two-Sided Platforms", 2007, p. 158.

¹⁹ D. S. EVANS, "The Antitrust Economics of Multi-Sided Platform Markets", in *Yale Journal on Regulation*, 20, 2003, p. 334.

²⁰ D. S. EVANS; R. SCHMALENSEE, *Matchmakers: The New Economics of Multisided Platforms*, Harvard Business Review Press, 2016, p. 396.

²¹ D. S. EVANS; R. SCHMALENSEE, *Matchmakers: The New Economics of Multisided Platforms*, 2016, p. 396.

²² Available at <https://www.airbnb.com/terms>. In the version in force as of 1/11/2019.

²³ "A declaração negocial vale com o sentido que um declaratório normal, colocado na posição do real declaratório, possa deduzir do comportamento do declarante [...]".

leads to the conclusion that that person is a party to the contract and should be treated as such. We will present a case where, although the terms of use mention that the company acts as a mere intermediary, a closer analysis leads to the conclusion that the company is in fact a party to the contract: Uber. The analysis will be mainly based on the Portuguese legal system.

V. The case of Uber

17. Uber presents itself as a mere intermediary in the contract concluded between the driver and the passenger. The terms of use²⁴ determine that “The Services constitute a technology platform that enables users of the Application and/or the Website to arrange and order Third Party Services such as transportation and/or logistics services with Third Party Providers. [...] You acknowledge that Uber does not provide the Third Party Services including the transportation or logistics services or function as a transportation carrier and that all such Third Party Services are provided by Third Party Providers who are not employed by Uber”.

18. In Uber’s business model, as self-presented, we would have three distinct contracts. First, a contract between Uber and the driver, through which their rights and obligations would be set, namely regarding the availability of the driver, duties of conduct, commissions due to Uber, etc. Second, a contract concluded between Uber and the passenger. This contract would regulate, for instance, the conditions of use of the app. These contracts are pre-formulated standard contracts²⁵. It should be emphasized that, according to Uber, the second contract shall not be confused with the third and main contract, which is concluded directly between the passenger and the driver – for the provision of a certain transport service.

19. However, this threefold layout does not hold up once we start to thoroughly analyse the interactions between all the players. In the case of the service UberX, the passengers access the app and after filling in the intended destination, Uber presents them with a contractual offer. The screen will display the time the car will take to arrive to the pickup location and the estimated price-range. If the passenger agrees with the contractual offer he or she can accept it, by pressing the button “Request UberX”. Once the offer is accepted by the passenger the contract is concluded. The app is entirely managed by Uber, who will, then, send a message to the closest driver, requesting them to, if willing, accept the ride. It should be noted, thus, that, at the moment of the conclusion of the contract, not even Uber knows yet which driver will perform the ride. At the moment where they accept the ride, the drivers are still unaware of the destination intended by the passenger. In addition, Uber only allows the drivers to reject a certain number of rides. This description demonstrates that all interactions at the moment where the contract is concluded happen between Uber and the passenger. The driver has no intervention (nor is he or she already determined).

20. If the contract is not concluded by the driver directly, in order to sustain Uber’s position that the driver is a party to the main contract, we could design the situation as an agency. The drivers would grant Uber powers of representation, allowing it to conclude contracts on their behalf, to set the price in each of these contracts, and to collect the payments. In theory, this design is entirely possible and would be accepted by the Portuguese legal system. We would have a contract of mandate, concluded between Uber and the driver, according to article 1157 of the Portuguese Civil Code, through which Uber would

²⁴ Available at <https://www.uber.com/legal/terms/en-pt/> - version in force on 6 December 2019.

²⁵ This means that the Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993, on unfair terms in consumer contracts, is usually applicable. In Portugal, this matter is regulated by Decree-Law nr. 446/85 of 25 October, on contractual standard terms. This Decree-Law regulates, however, not only unfair terms but also other issues related to non-negotiated contractual terms, such as the conditions for their effective inclusion in individual contracts. Additionally, it is interesting to note that this law is applicable not only to B2C contracts but also to B2B or P2P contracts. J. MORAIS CARVALHO, "Uber in Portugal", in *EuCML - Journal of European Consumer and Market Law*, 1-2, 2015, 65, notes that, bearing in mind the usual lack of adequate communication and clarification of the terms done by the platforms, terms included in the Terms of Use are, according to Portuguese law, many times excluded from the individual contracts.

be obliged to conclude contracts in name and on behalf of the driver. The fact that Uber, in fulfilment of the contract of mandate, would set the price in each of the contracts concluded on behalf of the drivers does not pose any problems from a civil perspective. The scope of the contract of mandate is variable under Portuguese law and can include a vast or more reduced set of powers granted to the agent. Bearing in mind the principle of freedom of contract, foreseen in article 405 of the Portuguese Civil Code, and the lack of a rule that forbids it, the principal may authorise the agent to define the price of the rides, freely or within certain guidelines²⁶.

21. However, in order for the contracts concluded by the agent to bind the principal, the agent needs to act, not only on behalf, but also under the name of the principal (articles 1178 e 258 of the Portuguese Civil Code). This is where the qualification of Uber as an agent for the drivers fails. Acting for another person and invoking that circumstance are basic premises of the agency relationship under Portuguese law²⁷, which means that, in order to act as an agent, it is necessary to inform the other party that one is acting as an agent for someone else²⁸.

22. When the passengers conclude the transport contract, Uber does not inform them that it is acting as an agent, namely representing a certain driver (Uber does not even know yet who the driver for that ride will be). Uber informs the passenger about the driver's identity after the conclusion of the transport contract, but even then, does not clarify that the contract was concluded in the name of that driver²⁹. Uber does not state expressly that it acts as an agent and an average person does not deduce it from Uber's behaviour³⁰.

23. It is a fact that Uber's terms of use include a clause establishing that the "transportation or logistics services [...] provided by Third Party Providers who are not employed by Uber". However, these terms of use are not presented to the passenger when the contract is concluded, but only at the initial moment, when the passenger downloads and subscribes to the app. More importantly, the mere inclusion in a set of standard clauses is not sufficient for the average person to be informed that they are not concluding a contract with Uber³¹. Additionally, even if the terms of use were considered sufficient, they do not include the identity of the principal, nor does Uber inform the passenger, prior to the conclusion of the contract, who the principal is. We conclude that one of the key elements of the agency institute is missing, and therefore there is no agency relationship.

24. Another possible way to design the triangular structure would be to consider the transport contract a contract for person to be nominated (*Vertrag mit Benennungsrecht eines Dritten, contratto per persona da nominare or contrato para persona a designar*). According to article 452 of the Portuguese Civil Code "when entering into a contract one of the parties may reserve the right to later appoint a third party that will acquire the rights and take on the obligations arising from said contract".

25. The conclusion regarding this solution is, however, similar. At the moment of conclusion of the contract, Uber does not reserve the right to later appoint a third party that will acquire the rights and

²⁶ C. FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos II*, 4.^a ed., Almedina, Coimbra, 2016, pp. 175-176, claims that the "extent of the mandate [...] can be broader or more narrow [...]; in any case, it can include or dispense with elements such as price, or revenue (certain, maximum or minimum), characteristics of the counterparty, time limits or other circumstances" (freely translated from the Portuguese).

²⁷ M. H. BRITO, *A Representação nos Contratos Internacionais: Um Contributo para o Estudo do Princípio da Coerência em Direito Privado Internacional*, Almedina, Coimbra, 1999, pp. 91-94.

²⁸ C. FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos I*, 6.^a ed., Almedina, Coimbra, 2017, p. 175.

²⁹ In addition, in Portugal, Uber's partners are companies that in turn hire the driver and not the drivers themselves. In this case, the counterparties to the passengers would not be the drivers but the companies for which they work. This means that the passenger would not know the identity of their counterparty until they get the invoice, after the ride has been concluded.

³⁰ In his opinion, Advocate General Szpunar (Case C-434/15 Asociación Profesional Elite Taxi vs Uber Systems Spain SL, May 2017) sustained that the "service is provided, from an economic standpoint, by Uber or on its behalf. The service is also presented to users, and perceived by them, in that way".

³¹ J. MORAIS CARVALHO, "Uber in Portugal", 2015, p. 64.

take on the obligations, as it does not expressly state it nor does it result from Uber's behaviour. Even if we were to conclude that Uber reserves that right, the appointment of the driver would not fulfil the formal requirements imposed by law. Article 453 of the Portuguese Civil Code determines that, in order to be effective, the appointment shall be presented to the other party in writing (nr. 1) together with the instrument of ratification of the contract (nr. 2). Although debatable, we could argue that the message the passenger receives on the app, identifying the driver and the licence plate of the car, could be accepted as a written declaration of appointment. However, that message does not include a written ratification of the transport contract by the driver. Considering the foregoing, we conclude that, even if it could be framed as a contract for person to be nominated, which we do not sustain because Uber does not reserve the right to appoint another person, the appointment of the driver would be ineffective under Portuguese law, which would lead to the transport contract producing its effects regarding the original party, i.e. Uber (article 455-2 of the Portuguese Civil Code).

26. As we mentioned before, the role of someone in a contract has to be deduced from its behaviour seen as a whole. In this case, it seems clear that someone with average capacities when under the same circumstances as the real recipient of the proposal, would think that Uber (and not the driver) is its counterparty in the transport contract.

27. This conclusion gets reinforced when we analyse the way Uber behaves and presents itself. Uber is a strong brand³², that seeks to unite and unify all the drivers at its service³³. The drivers' performance is similar in every ride: e.g. they ask whether the temperature is pleasant and which radio station the passenger prefers. Uber defines a common price policy and excludes the drivers that have ratings under 4.5 from the platform. Another fact that points in the direction of a centralized control by Uber is the way payments are handled: Uber collects the payment from the passenger, retains its commission and transfers the remaining value to the driver (the invoice is issued by the driver or the driver's company but sent by Uber to the passenger).

28. Even in everyday language the way Uber is perceived also becomes evident. It has become common to say "order an Uber". No one says "I will order a driver through Uber" like they say "I will book a hotel through Booking".

29. The transport contract shall be considered as being concluded between Uber and the passenger, which means that Uber is responsible, as a party, for the fulfilment of the contractual duties³⁴.

VI. Wathelet Case

30. The decision of the European Court of Justice in Case C-149/15 (Wathelet) is worth mentioning as it provides arguments in favour of our position. This case concerned the sale of a second-hand car, which belonged to a private individual. The buyer purchased the car in a garage and the referring court stated that there was "strong, specific and consistent circumstantial evidence indicating that [the buyer] was not informed that it was a private sale", being thus convinced that she was buying the car from the garage, a trader, and that she would have the protection granted by consumer legislation.

31. The ECJ decided that "the concept of 'seller', for the purposes of Article 1(2)(c) of Directive 1999/44, must be interpreted as covering also a trader acting as intermediary on behalf of a private individual who has not duly informed the consumer of the fact that the owner of the goods sold is a

³² J. MORAIS CARVALHO, "Uber in Portugal", 2015, 64, claims that "the strength of Uber's business is linked to the brand and the application, while the service providers have no notoriety".

³³ Regarding the drivers, Advocate General Szpunar in his Opinion (Case C-434/15 Asociación Profesional Elite Taxi vs Uber Systems Spain SL, May 2017), sustains that Uber "does much more than match supply to demand: it created the supply itself. It also lays down rules concerning the essential characteristics of the supply and organises how it works."

³⁴ J. MORAIS CARVALHO, "Uber in Portugal", 2015, p. 64.

private individual”. The ECJ did not address the question from a contract law point of view. However, the decision clearly indicates that the one who creates the idea of being the seller to the sales contract should bear the effects of the contract like the seller. The main argument of the court is that any other interpretation would allow for the circumvention of Directive 1999/44. Because the directive only applies to contracts concluded between a trader and a consumer, a trader would be able to avoid the consumer’s protection granted by the Directive by acting as the seller but selling things owned by private individuals. It seems adequate and fair that a trader cannot act in a way that creates “confusion in the mind of the consumer”, leading him to believe that he is the seller, and thus creating a sense of trust, and then deny that quality in order to avoid liability towards the consumer.

VII. Uber Spain Case

32. In the case of *Asociación Profesional Élite Taxi against Uber Systems Spain SL (C-434/15)*³⁵, the ECJ was called to decide whether a service like the one provided by Uber in Spain should be qualified as an “information society service”, within the meaning of Article 1(2) of Directive 98/34 and Article 2(a) of Directive 2000/31, or as a “service in the field of transport”, within the meaning of Article 58(1) Treaty on the Functioning of the European Union. The purpose of the question was to conclude whether Uber was covered by the freedom to provide services, under article 56 of the Treaty on the Functioning of the European Union, or not, in which case the Member States were allowed to regulate its activity. It is also worth mentioning that the service provided by Uber in Spain was Uber Pop, which is different to the service UberX that we analysed above, in that in Uber Pop the service is provided by peers and not professional drivers.

33. The ECJ stated that the service provided “meets, in principle, the criteria for classification as an ‘information society service’ within the meaning of Article 1(2) of Directive 98/34 and Article 2(a) of Directive 2000/31” (§ 35). However, it is not only an information society service. The role of Uber is not limited to the provision of a service that enables the transfer, by means of a smartphone application, of information concerning the booking of a transport service between the passenger and the non-professional driver” (§ 33). It includes other components³⁶. On the one hand, Uber provides an “application without which (i) those drivers would not be led to provide transport services and (ii) persons who wish to make an urban journey would not use the services provided by those drivers”. On the other hand, Uber “exercises decisive influence over the conditions under which that service is provided by those drivers” (§ 39)^{37/38}.

34. The court thus concluded that the intermediation service forms part of an overall service that is much broader and whose main component is the transport service, which means that the service should not be classified as “an information society service’ for the purposes of Directive 2000/31, but rather as “a service in the field of transport”, within the meaning of Article 2(2)(d) of Directive 2006/123.

³⁵ After this case, the ECJ was also called to decide Case C-320/16 (*Uber France*). The conclusions of the court have been similar in both cases, which is way we will focus only on the first one – Uber Spain.

³⁶ C. BUSCH, “The Sharing Economy at the CJEU: Does Airbnb Pass the ‘Uber Test’? – Some Observations on the Pending Case C-390/18 – Airbnb Ireland”, in *EuCML - Journal of European Consumer and Market Law*, 7, 2018, p. 173, refers to the reasoning of the ECJ as the “Uber test”, which includes two criteria and can be applied to other business models: i) the company is a market maker; ii) the company exercises decisive influence over the supplier. M. FINCK, “Distinguishing internet platforms from transport services: *Elite Taxi v. Uber Spain*”, in *Common Market Law Review*, 55, 2018, includes a third criterium in the court’s test: “whether the platform selects those carrying out the contracted service in the real world”.

³⁷ The ECJ presented a few examples of this decisive influence: determining at least the maximum fare by means of the eponymous application; receiving that amount from the client before paying part of it to the non-professional driver of the vehicle; exercising a certain control over the quality of the vehicles, the drivers and their conduct, which can, in some circumstances, result in their exclusion.

³⁸ Advocate General Szpunar mentions in his Opinion on this case also that “when users decide to use Uber’s services, they are looking for a transport service offering certain functions and a particular standard of quality. Such functions and transport quality are ensured by Uber”.

35. The court analyses the question from a regulatory point of view and, thus, does not approach the subject of the parties to the transport contract³⁹. However, we can gather by the conclusions of the court, that Uber should not be regarded as a mere intermediary. The role of the company expands further than just the role of facilitating the meeting of two people, which at least hints at the conclusion that its responsibility should also be more significant than that of a mere intermediary.

VIII. The Portuguese Law

36. Law 45/2018, 10 August⁴⁰, regulates the services offered on digital platforms, that consist of the individual and remunerated transport of passengers in uncharacterized vehicles (TVDE). It is interesting to note that the Portuguese regime requires the existence of an additional actor. Apart from the passenger, the platform and the driver, the law mentions the existence of TVDE operators. These are companies that hire the drivers, so that there is no direct relationship between the platforms and the drivers. The drivers work for the TVDE operators, which in turn work for the platforms. We use the word “work” here in a broad sense, without taking position regarding the nature of the relationships formed in either of these two cases. It is the TVDE operator that is required to have a licence from the Portuguese authorities in order to engage in this transport activity.

37. The position of the Portuguese legislator regarding the role of the digital platforms is not entirely clear. Article 16 points in the direction of a mere intermediation, setting forth that digital platforms are electronic infrastructures that provide the intermediation service between users and TVDE operators. However, other rules imply the provision of services that go beyond a mere intermediation. For instance, article 19, 1, a) establishes an obligation for platforms of providing information “on the terms and conditions of access to the market organised by them”. According to this article, platforms not only provide intermediation services, but they organize a market.

38. According to article 20, the “platform operator is jointly liable for the performance of all the obligations resulting from the [transport] contract”. This rule shows that the law acknowledges that the platform, given the role it plays in the relationship with the passenger, has to take the risk arising from the transport contract. In our opinion, although this rule points in the right direction, the law could have gone further, clarifying that the reason for this assumption of risk stems from the fact that these platforms create trust in the passengers, convincing them that they are entering into a contract with the platform. Following what we mentioned above, under Portuguese law this would mean that the transport contract is deemed concluded between the platform (because it presents itself as the party to the contract) and the passenger.

39. Our purpose for this part of the article was to use the example of Uber to show that there is not always a real triangular structure when there are contracts concluded through online structures. A thorough analysis is needed for each concrete business in order to conclude whether the company is an intermediary or the party to the contract.

IX. Platforms: EU Regulatory Framework

40. Online platforms, and specifically marketplaces, have changed the way people have access to goods and in doing so have challenged the legal regimes that so-far have regulated these transactions. In particular contract law is designed around the idea of two parties entering into a contract to exchange

³⁹ Advocate General Szpunar seems to have gone a little further than the court in his Opinion having sustained that “Uber’s activity comprises a single supply of transport in a vehicle located and booked by means of the smartphone application and that this service is provided, from an economic standpoint, by Uber or on its behalf. The service is also presented to users, and perceived by them, in that way.”

⁴⁰ Rectified and republished by the Declaration of Rectification 25-A/2018, 10 August.

something. Of course, there are some rules concerning the intervention of third parties (like the rules on agency), but even these are designed for a reality that is not the one created by these marketplaces.

41. The European Union has acknowledged the need to study the problems surrounding online platforms to figure out whether an intervention is necessary and what kind of approach should be followed⁴¹. This was identified in the “Digital Single Market Strategy for Europe”⁴², where the Commission recognized the need to take action towards the development of a “fit for purpose regulatory environment for platforms and intermediaries”. Two further communications identified some of the problems and provided guidance for Member-States: “A European agenda for the collaborative economy”⁴³ and “Online Platforms and the Digital Single Market – Opportunities and Challenges for Europe”⁴⁴. There is also an interesting document prepared by the European Commission that provides “Guidance on the Implementation/Application of Directive 2005/29/EC on Unfair Commercial Practices”⁴⁵. This document contains a chapter on the application of the Unfair Commercial Practices Directive to online platforms, including an analysis on the relation between this Directive and articles 14 and 15 of the E-commerce Directive⁴⁶.

42. More recently, the European Union has started handling some aspects related to online platforms also through legislation⁴⁷.

43. Directive (EU) 2019/770, on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content and digital services (DCD)⁴⁸, and Directive (EU) 2019/771, on certain aspects concerning contracts for the sale of goods⁴⁹ do not regulate specifically contracts concluded through online platforms, although the DCD applies to a part of the services provided by platforms, whenever they can be qualified as digital services. However, both Directives include the same interesting recital: “Platform providers could be considered to be traders[/sellers] under this Directive if they act for purposes relating to their own business and as the direct contractual partner of the consumer for the supply of digital content or a digital service[/ the sale of goods]. Member States should remain free to extend the application of this Directive to platform providers that do not fulfil the requirements for being considered a trader[/ seller under this Directive]” (recitals 18 of Directive (EU) 2019/770 and 23 of Directive (EU) 2019/771). These recitals open the door for Member-States to adopt national rules on the liability of online platforms⁵⁰, namely through a broader transposition of articles 11 and following of the DCD and articles 10 and following of Directive 771/2019.

⁴¹ C. TWIGG-FLESNER, “The EU’s Proposals for Regulating B2B Relationships on online platforms – Transparency, Fairness and Beyond”, in *EuCML - Journal of European Consumer and Market Law*, 6, 2018, p. 225.

⁴² COM(2015) 192 final: Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions.

⁴³ COM(2016) 356 final: Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions.

⁴⁴ COM(2016) 288 final: Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions.

⁴⁵ SWD(2016) 163 final: Accompanying the document Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions – A comprehensive approach to stimulating cross-border e-Commerce for Europe’s citizens and businesses.

⁴⁶ Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market.

⁴⁷ About the necessity for the EU policy to not rely only on legislation, CHRISTOPH BUSCH, “Self-Regulation and Regulatory Intermediation in the Platform Economy”, in *The Role of the EU in Transnational Legal Ordering: Standards, Contracts and Codes*, Edward Elgar, 2019. For an overview of these new pieces of legislation see C. CAUFFMAN, “New EU rules on business-to-consumer and platform-to- business relationships”, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 26, 4, 2019.

⁴⁸ Directive (EU) 2019/770 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2019 on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content and digital services.

⁴⁹ Directive (EU) 2019/771 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2019 on certain aspects concerning contracts for the sale of goods, amending Regulation (EU) 2017/2394 and Directive 2009/22/EC, and repealing Directive 1999/44/EC.

⁵⁰ J. MORAIS CARVALHO, “Sale of Goods and Supply of Digital Content and Digital Services – Overview of Directives 2019/770 and 2019/771”, in *EuCML - European Journal of Consumer and Market Law*, 5, 2019, p. 196.

44. The Commission has also proposed a Directive⁵¹ (Omnibus Directive), included in the New Deal for Consumers⁵², that has already been approved and published (Directive 2019/2161, 27 November 2019)⁵³. This Directive includes some information duties for the providers of online marketplace (insertion of article 6a in Directive 2011/83/EU), such as informing about the main parameters determining the ranking of offers presented to the consumer as result of the search query or “whether the third party offering the goods, services or digital content is a trader or not, on the basis of the declaration of that third party to the online marketplace”. The new Directive also amends Directive 2005/29/EC, regulating some aspects related to the commercial practices of online marketplaces.

45. Regulation (EU) 2019/1150 on promoting fairness and transparency for business users of online intermediation services (P2B Regulation)⁵⁴ will be applicable on the 12 July 2020⁵⁵. One of the objectives of that Regulation is to contribute to the smooth functioning of the internal market through rules aimed at ensuring that professional users of online intermediation services benefit from due transparency, fairness and effective remedies.

46. In line with this objective, the regulation is concerned only with one side of the relationship between the parties - the provision of online intermediation services - and not with the obligations assumed by the user of those services. It also does not define or use the concept of online platform or online marketplace, choosing to focus only on the nature of the services provided. Insofar, this Regulation does not regulate the contract between the two parties, but only a part of it. It helps in the design of a contractual figure, insofar as it defines 'online intermediary service', but it is not sufficient, as it is silent on the obligations of the other party.

47. It is interesting to notice that this Regulation represents a shift in paradigm. The protection of the balance of the market was traditionally achieved by introducing rules on consumer protection, as the consumer was viewed as the weaker party in the relationship. This Regulation also introduces rules to protect one of the parties, in an attempt to achieve a balance in the relationship, but that party is not a consumer, but a trader. This Regulation recognizes that not all traders are the same and that some may need protection in their relationship to others that are clearly more powerful, such as the providers of online intermediation services.

48. Although it is not a legislative initiative, it is worth also mentioning the Draft Model Rules on Online Intermediary Platforms⁵⁶. These were created as a result of a project of the European Law Institute, whose aim was to develop a set of rules that could “set out a balance between conflicting policy options, and demonstrate what potential regulation at EU or national level could look like”⁵⁷. The most interesting rule is, in our opinion, the one concerning the liability of the platform operator. It sets forth that if the customer can reasonably rely on the platform operator having a predominant influence over the supplier, then the platform operator will be jointly liable for the non-performance of the main

⁵¹ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993, Directive 98/6/EC of the European Parliament and of the Council, Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council and Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council as regards better enforcement and modernisation of EU consumer protection rules.

⁵² https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/consumers/review-eu-consumer-law-new-deal-consumers_en

⁵³ Directive amending Council Directive 93/13/EEC and Directives 98/6/EC, 2005/29/EC and 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council as regards the better enforcement and modernisation of Union consumer protection rules.

⁵⁴ Regulation (EU) 2019/1150 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on promoting fairness and transparency for business users of online intermediation services.

⁵⁵ For a critical analysis of the Regulation see C. TWIGG-FLESNER, "The EU's Proposals for Regulating B2B Relationships on online platforms – Transparency, Fairness and Beyond", 2018.

⁵⁶ Although the final version is not yet published a former version of the rules can be found in RESEARCH GROUP ON THE LAW OF DIGITAL SERVICES, "Discussion Draft of a Directive on Online Intermediary Platforms", in *EuCML - Journal of European Consumer and Market Law*, 4, 2016.

⁵⁷ <https://www.europeanlawinstitute.eu/projects-publications/current-projects-feasibility-studies-and-other-activities/current-projects/online-platforms/>.

contract. The concept of predominant influence is assessed on a case-to-case basis, using a set of criteria that each (although not sufficient on its own) may hint at the existence of a predominant influence. These criteria are for instance that “the supplier-customer contract is concluded exclusively through facilities provided on the platform”, “the platform operator withholds the identity of the supplier or contact details until after the conclusion of the supplier-customer contract” or “the terms of the supplier-customer contract are essentially determined by the platform operator”.

49. What we would like to highlight from this brief overview is that it has already become clear that the contracts concluded through online platforms will not be regulated by a sole regime on a European level. Platform operators run modular business models. All platforms are different, they provide different services, create different levels of trust in consumers and control the activity going on on the platform to different degrees. The approach of the European legislator has been to regulate different aspects through different approaches, and it is up to the one applying the law to decide, in each case, bearing in mind the specificities of that concrete platform, which rules apply. For each platform a puzzle with different rules will apply.

50. From a national law perspective, this leads us to question the possibility of creating types of contracts (tipos contractuales) - one for each side of the triangle - and, thus, three single regimes when online platforms are concerned. Online platforms all share some characteristics, namely the ones we identified above when analysing the concept. However, we have doubts that those characteristics are sufficient to allow for the creation of contractual types because there are many more characteristics that are not shared between all platforms and that cause them to be unfit to share a single legal regime. A modular approach, where there are different sets of rules that apply to some online platforms but not to others could help overcome this diversity.

X. Conclusion

51. When it was first noted that companies like Uber and Airbnb were changing the way people accessed goods and services, the phenomenon was studied under the concepts of the collaborative economy or the sharing economy. However, these concepts lack in certainty – because there is no consensus around their meaning – and are increasingly used as buzzwords by companies wishing to be associated with terms which can increase their popularity.

52. We therefore opt to leave these terms aside and focus on the concept of online platform, instead. Platforms or bilateral/ multilateral markets have been studied in depth by economics and can be defined as intermediaries between two or more user groups that are connected by indirect network effects. Particularly the online platforms that allow for the conclusion of contracts on the platform or at least allow the users to find a counterparty to a contract they will then conclude outside the platform fall under the category of online marketplace.

53. The mere statement by the company that it is an online platform and thus acts solely as an intermediary is not enough to conclude that such is in fact the case. Full understanding of the situation presupposes interpretation of all statements by the party and not just those included in the terms of use. The example of Uber shows that in some cases the company is in fact the counterparty to the main contract because it presents itself in a manner that leads the client to believe that he or she is entering into a contract with the company.

54. The last years have made clear that the current rules governing contracts are not sufficient to deal with all questions related to online platforms. The European Union has already acknowledged this and begun to regulate. The first sets of rules show that it won't be possible to have a sole regime applicable to all platforms. Platforms are all different regarding the types of services, the levels of trust they create and the level of influence over the suppliers. This diversity can be taken into account by a modular approach, with different sets of rules that apply depending on the concrete business model.

BASES JURÍDICAS RELEVANTES DEL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES EN LA CONTRATACIÓN DE CONTENIDOS Y SERVICIOS DIGITALES*

RELEVANT LEGAL BASES IN THE PROCESSING OF PERSONAL DATA IN THE CONTRACTS OF DIGITAL CONTENTS AND DIGITAL SERVICES

ROSA MARÍA GARCÍA PÉREZ
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Granada
ORCID ID: 0000-0002-4817-8102

Recibido: 11.12.2019 / Aceptado: 13.01.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5228>

Resumen: El proceso emprendido a nivel europeo de revisión, modernización y adaptación de las reglas de protección de consumidores al entorno tecnológico ha puesto en contacto dos esferas normativas de contrapuestos intereses: protección de datos personales y Derecho de consumo. El primer punto de inflexión de la compleja interacción entre ambos marcos regulatorios ha venido de la mano de la Directiva (UE) 2019/770 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos relacionados con los contratos de suministro de contenido digital y servicios digitales, que ofrece los mismos remedios contractuales tanto a consumidores que abonan un precio como a quienes, a modo de contraprestación, facilitan sus datos personales. De las nuevas e interesantes perspectivas de análisis que ofrece la imbricación del derecho fundamental a la protección de datos en la esfera contractual, este trabajo centra su atención en la determinación de las bases de licitud, conforme al Reglamento General de Protección de Datos, de los tratamientos de datos personales derivados del ámbito de aplicación de la Directiva y su incidencia contractual.

Palabras clave: Mercado Único Digital Europeo, interacción derecho de consumo-protección de datos personales, suministro de contenidos y servicios digitales, datos personales como contraprestación, principio de licitud del tratamiento.

Abstract: The European process of revision, modernization and adaptation of consumer protection rules to the technological environment has brought into contact two regulatory spheres of opposite interests: personal data protection and consumer law. The first inflection point of the complex interaction between both regulatory frameworks has come from the hand of Directive (EU) 2019/770 of the European Parliament and of the Council, of 20 May 2019, on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content and digital services, which offers the same contractual remedies both to consumers who pay a price and to those who, by way of counter performance, provide their personal data. Of the

*Este trabajo tiene su base en la ponencia expuesta en el Congreso Internacional El Derecho privado en el nuevo paradigma digital (Colegio Notarial de Cataluña, Barcelona, 3 y 4 de octubre de 2019) y se enmarca en el Proyecto I+D (Retos) DER2017-84748-R (Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades): Mercado Único Digital Europeo y Protección de los Consumidores: perfilando los derechos de las partes en contratos de suministro de contenidos digitales, del que es investigador principal el Prof. S. CÁMARA LAPUENTE.

new and interesting perspectives of analysis offered by the overlapping of the fundamental right to data protection in the contractual sphere, this paper focuses on the determination of the bases of lawfulness, according to the General Data Protection Regulation, of the processing of derived personal data of the scope of the Directive and its contractual impact.

Keywords: EU Digital Single Market, interaction consumer law-data protection regulation, supply of digital content and digital services, counter-performance in the form of personal data, principle of lawfulness of the personal data processing.

Sumario: I. Introducción. II. Interacción protección de datos-protección de los consumidores en la Directiva (UE) 2019/770. 1. Breves observaciones preliminares sobre el alcance de la norma europea: datos personales a cambio de contenidos y servicios digitales. 2. La imbricación del derecho fundamental a la protección de datos en el ámbito contractual delimitado por la Directiva. III. El principio de licitud del tratamiento y su incidencia en los contratos amparados por la Directiva. IV. Bases legitimadoras del tratamiento de datos personales facilitados por el consumidor con fines distintos al suministro de contenidos o servicios digitales. 1. Datos necesarios para la ejecución del contrato (art. 6.1.b RGPD). 2. Consentimiento del consumidor (art. 6.1.a RGPD). 3. Interés legítimo del responsable o de terceros (art. 6.1.f RGPD). 4. Datos de categoría especial (art. 9 RGPD). V. Algunas conclusiones.

I. Introducción

1. El acceso *online* a bienes, contenidos y servicios digitales (obras musicales, cinematográficas, literarias, aplicaciones móviles, videojuegos, programas de ordenador, servicios informáticos en la nube, contenidos audiovisuales en *streaming*...) a cambio de datos personales, publicidad, descuentos o ventajas adicionales es hoy día una realidad económica innegable que convive con el tradicional sistema de contratación de base monetaria. Recientes iniciativas y acciones legislativas emprendidas por la Unión Europea en materia de consumidores, tras el lanzamiento de su Estrategia para un Mercado Único Digital en mayo de 2015¹, se han hecho eco, especialmente, del nuevo modelo de negocio basado en transacciones digitales con datos personales que, liderado por grandes empresas tecnológicas, se asienta la mayor parte de las veces en contratos no negociados individualmente, celebrados a menudo por medio de plataformas digitales o *marketplaces*²; contratos que, en numerosas ocasiones, el consumidor no percibe como tales³, sino meramente como un acceso gratuito a bienes, contenidos o servicios digitales. Y con ello los datos personales y su régimen de protección, cuyo principal marco normativo es

¹ COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSEJO, AL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO Y AL COMITÉ DE LAS REGIONES. *Una Estrategia para el Mercado Único Digital de Europa*. Bruselas, 6.5.2015. COM(2015) 192 final. Accesible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A52015DC0192>. El último acceso a los sitios web citados en este trabajo se ha realizado con fecha de 12 de diciembre de 2019.

² Según estimaciones de Comisión Europea, el 60% del consumo privado y el 30% del consumo público de bienes y servicios se gestionan a través de intermediarios en línea, plataformas y navegadores. Estos intermediarios en línea se benefician y adquieren un gran poder de mercado por los datos que obtienen de la interacción de los usuarios finales con las prestaciones y productos ofertados por los comerciantes. De ahí que la Exposición de motivos de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el fomento de la equidad y la transparencia para las empresas que utilizan servicios de intermediación en línea [Bruselas, 26.4.2018 COM(2018). 238 final. 2018/0112 –COD-], los denomine “guardianes de acceso” a los mercados y consumidores, destacando que “la asimetría entre la fuerza relativa de mercado de unas pocas plataformas en línea principales, que no necesariamente se consideran dominantes de acuerdo con el Derecho de la competencia, se ve agravada por la oferta inherentemente fragmentada que conforman miles de pequeños comercios”; Propuesta que ha desembocado actualmente en el Reglamento (UE) 2019/1150 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019 (DOUE, L 186/57, 11 de julio de 2019).

³ Sobre la falta de consciencia negocial del usuario de internet y su incidencia en el establecimiento de una auténtica relación contractual, vid. R. YANGUAS GÓMEZ, *Contratos de conexión a internet, «hosting» y búsqueda*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2018, pp. 112-119.

el Reglamento General de Protección de Datos europeo (RGPD)⁴, han iniciado una compleja incursión en el Derecho contractual⁵.

2. Sin embargo, protección de datos personales y protección de los consumidores en la contratación, aun con objetivos comunes dirigidos al fomento de la transparencia y corrección de asimetrías informativas, son esferas que responden a intereses distintos: naturaleza, régimen jurídico, ámbito de aplicación, remedios, acciones y vías judiciales discurren por caminos diferentes⁶. De hecho la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) y la mayor parte de los textos constitucionales de sus Estados miembros, diferencian claramente, por una parte, el régimen jurídico de protección de los datos personales (artículo 8 CDFUE incardinado en el Título I, dedicado al valor de la “Dignidad”) y, por otra, la garantía de un alto nivel de protección de los consumidores (artículo 38 CDFUE inserto en el Título IV bajo la rúbrica “Solidaridad”). Además conviene tener en cuenta que, a diferencia de las normas de Derecho de consumo, el RGPD, como norma general aplicable, cualquiera que sea el contexto en el que se tratan datos personales, incide prácticamente en cualquier sector y, por ende, en el ámbito de las relaciones contractuales.

3. Este alcance general indiscutible ha tomado, no obstante, un nuevo cariz complejo, poliédrico y, en ocasiones, no fácilmente compatible con la concepción y configuración a nivel europeo del derecho fundamental a la protección de datos personales, en el marco de las recientes iniciativas y acciones legislativas emprendidas por la Unión Europea dirigidas a modernizar la normativa de protección de los consumidores.

4. El primer punto de inflexión en este proceso de imbricación del derecho fundamental a la protección de datos en el ámbito contractual ha venido de la mano de la Directiva (UE) 2019/770, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos relacionados con los contratos de suministro de contenido digital y servicios digitales (DCDig.). Esta Directiva, en la que centraremos nuestra atención en este estudio, sólo es la punta de lanza de una nueva manera de relacionarse normativa de protección de datos personales y normativa de consumo⁷.

5. El panorama no quedaría completo sin aludir brevemente a otras medidas enmarcadas en el proceso emprendido a nivel europeo de revisión, modernización y adaptación de las reglas de protección de consumidores al entorno tecnológico, en el marco de la iniciativa “*New Deal for Consumers*”, incluida en el Programa de trabajo de la Comisión Europea el pasado 11 de abril de 2018. Se trata de dos propuestas de Directiva⁸, una de las cuales ha culminado su tramitación legislativa en fase de confección

⁴ Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE. En trámite se encuentra la propuesta de Reglamento sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas (Bruselas, 10 enero 2017, COM/2017/010 final), destinado a reemplazar a la vigente Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas. No obstante, parece que su aprobación se demorará después del rechazo de la última de sus versiones [Brussels, 15 November 2019 (OR. en) 14054/19] en la reunión negociadora celebrada en el seno del Consejo el pasado 22 de noviembre de 2019.

⁵ Compleja interacción que ha llevado a la 41ª Conferencia Internacional de Autoridades de Protección de Datos, celebrada en octubre 2019, a remarcar la necesidad de estrechar la cooperación en el ámbito digital entre autoridades de protección de datos, de consumo y de defensa de la competencia, vid. *Resolution to support and facilitate regulatory co-operation between Data Protection Authorities and Consumer Protection and Competition Authorities to achieve clear and consistently high standards of data protection in the digital economy*, accesible en https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/dccwg-resolution_adopted_en.pdf.

⁶ Así lo expresa M. R. LLÁCER MATAÇAS, *La autorización para el tratamiento de la información personal en la contratación de servicios*, Dykinson, 2012, p. 19: «Son dos planos sometidos a normativa propia, con rango diferente, y sin aparente conexión material: una, la normativa de consumo, persigue la defensa de derechos básicos de corte económico y otra, la tutela de un derecho fundamental».

⁷ Interesantes reflexiones sobre la compleja interacción protección de datos-protección de consumidores en N. HELBERGER, F. ZUIDERVEEN BORGESIJUS & A. REYNA: “In the perfect match? A closer look at the relationship between EU consumer Law and Data protection Law”, *Common Market Law Review*, Volume 54, 2017, Issue 5, pp. 1-28. XXXnzadi9 de diciembre de 2015” n i interaccimpartir informaciremitiendo a contactar con el Delegado de Proteccienidos y seevici

⁸ Sobre la interferencias de ambas propuestas de Directiva con la normativa de protección de datos se ha pronunciado el SUPER-

de este trabajo: por una parte, la reciente Directiva 2019/2161/UE destinada a la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la Unión⁹; y, por otra parte, la propuesta de Directiva¹⁰ relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores¹¹.

6. La primera, la Directiva 2019/2161/UE, modifica, entre otras, la Directiva 2011/83/UE, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores. El texto fundamentalmente recoge los siguientes aspectos en lo que aquí interesa:

- i. Extensión de su ámbito de aplicación, y en conexión con la DCDig., alcanzará a los contratos de suministro de contenidos o servicios digitales a cambio de que el consumidor proporcione o se comprometa a proporcionar datos personales al comerciante para finalidades diferentes al propio suministro¹².
- ii. Ampliación de la transparencia en la contratación a través de intermediarios o proveedores de mercados en línea, definidos como «*aquellos servicios que emplean programas (software) incluidos un sitio web, parte de un sitio web o una aplicación, operados por el comerciante o por cuenta de este, que permite a los consumidores celebrar contratos a distancia con otros comerciantes o consumidores*», imponiéndoles requisitos específicos y adicionales de información precontractual sobre los principales parámetros que determinan la clasificación de las ofertas, sobre si el tercero suministrador es o no un comerciante¹³ y si los derechos de los consumidores son o no aplicables.
- iii. Además, introduce en la Directiva 2011/83 un nuevo requisito de información¹⁴ al consumidor cuando sus datos personales se traten para elaborar un perfil que permita evaluar su poder adquisitivo y personalizar los precios¹⁵.

VISOR EUROPEO DE PROTECCIÓN DE DATOS (SEPD) en su *Opinion 8/2018 on the legislative package “A New Deal for Consumers”*, 5 de octubre de 2018, accesible en: https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/18-10-05_opinion_consumer_law_en.pdf

⁹ Directiva (UE) 2019/2161 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de noviembre de 2019, por la que se modifica la Directiva 93/13/CEE del Consejo y las Directivas 98/6/CE, 2005/29/CE y 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que atañe a la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la Unión (DOUE L328/7, de 18 de diciembre de 2019).

¹⁰ Resolución legislativa [P8-TA-PROV(2019)0222] del Parlamento Europeo, de 26 de marzo de 2019, sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores y por la que se deroga la Directiva 2009/22/CE.

¹¹ Por último, aunque en este caso sin normas sustantivas o procesales en materia de consumo, conviene hacer referencia a la Directiva (UE) 2018/1972 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, por la que se establece el Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas, cuyo considerando 16 recoge abiertamente un amplio concepto de remuneración, entendiéndose que la hay no solo cuando la contraprestación es dineraria, sino también en aquellos casos en que proveedor de un servicio solicita que le sean proporcionados, directa o indirectamente, datos personales u otros datos, como cuando el usuario final facilita el acceso a información sin proporcionarla activamente, como datos personales, entre ellos la dirección IP, u otra información generada automáticamente, como la recopilada y transmitida por una cookie, e incluso se halla expuesto a publicidad para tener acceso al servicio.

¹² Excluyendo, como la DCDig. las situaciones en las que, sin existir contrato, el comerciante sólo recopila metadatos, como información sobre el dispositivo del consumidor o el historial de navegación o el consumidor está expuesto a anuncios exclusivamente para obtener acceso a contenido digital o un servicio digital.

¹³ Vid. J. J. NOVAL LLAMAS, “El ‘nuevo marco para los consumidores’ y su repercusión sobre el derecho de desistimiento del consumidor. La Comunicación de la Comisión Europea de 11 de abril de 2018 y la propuesta de reforma de la Directiva 2011/83/UE”, en P. CASTAÑOS CASTRO y J. A. CASTILLO PARRILLA (Dirs.), *El mercado digital en la Unión Europea*. Ed. Reus. Madrid, 2019, págs. 345-355.

¹⁴ Pero, como advertía S. CÁMARA LAPUENTE (“Extinción de los contratos sobre contenidos y servicios digitales y disponibilidad de los datos: supresión, recuperación y portabilidad”, en P. CASTAÑOS CASTRO y J. A. CASTILLO PARRILLA, *op. cit.*, págs. 242-243) en relación con la Propuesta inicial, en el texto final de la Directiva (UE) 2019/2161, también “se sigue echando en falta un ítem específico de información precontractual sobre los datos (personales y no personales) que se recabarán en contratos sin contraprestación dineraria –pues la referencia al “precio completo” de los arts. 5.1.c) y 6.1.c) de la Directiva 2011/83 no parece cubrir ese extremo– y, más aún, una información previa a la celebración del contrato sobre los derechos de abstención-supresión y recuperación de los contenidos generados por el usuario y otros datos no personales en caso de extinción del contrato”.

¹⁵ Vid. R. TENA: “¿Son justos los precios personalizados mediante algoritmos?”, *El Notario del siglo XXI*, N° 87, septiembre-octubre 2019, accesible en <http://www.elnotario.es/opinion/9635-son-justos-los-precios-personalizados-mediante-algoritmos>.

7. Por otra parte, la Propuesta de Directiva relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, tal y como destaca su considerando 6, incorpora la protección de datos entre los ámbitos cubiertos por la norma y extiende su aplicación tanto a las “infracciones de las disposiciones del Derecho de la Unión que protegen los intereses colectivos de los consumidores, como los intereses colectivos de los interesados en el sentido del Reglamento general de protección de datos”¹⁶. A tal efecto conceptúa como «intereses colectivos de los consumidores»: los intereses de varios consumidores o interesados según el RGPD¹⁷.

8. En este mismo ámbito de defensa de intereses colectivos, la propia DCDig. en su artículo 21.2.d encomienda a los Estados miembros que, entre las medidas articuladas en sus legislaciones nacionales para garantizar el cumplimiento de la norma, prevean el que puedan emprender acciones, ante los órganos jurisdiccionales o ante los organismos administrativos competentes, entre otras, «aquellas entidades, organizaciones o asociaciones sin ánimo de lucro, activas en el ámbito de la protección de los derechos y libertades de los titulares de los datos, tal como se definen en el artículo 80 del Reglamento (UE) 2016/679»¹⁸.

II. Interacción protección de datos-protección de los consumidores en la Directiva (UE) 2019/770

1. Breves observaciones preliminares sobre el alcance de la norma europea: datos personales a cambio de contenidos y servicios digitales

9. Centrando la atención en la DCDig., conviene comenzar resaltando que esta norma tiene por objeto, tal y como señala su artículo 1, la armonización y el establecimiento de normas comunes sobre ciertos aspectos de los contratos celebrados entre empresarios y consumidores para el suministro de contenidos o servicios digitales¹⁹, en particular, el establecimiento de parámetros para la determinación de

Sobre la elaboración de perfiles basada en datos personales, vid. GRUPO TRABAJO ART. 29 (GT29): *Directrices sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a los efectos del Reglamento 2016/679* (adoptadas por última vez el 6 de febrero de 2018).

¹⁶ Tales previsiones, sin duda, incidirán en la aplicación por los Estados miembros del artículo 80 RGPD dedicado a la representación de los interesados; precepto de la norma europea que no ha sido objeto de desarrollo en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD).

¹⁷ El RGPD no recoge, sin embargo, la posibilidad de que un determinado particular pudiera entablar una acción colectiva por vulneración de la normativa de protección de datos en nombre de otros que previamente le hayan cedido sus derechos. A tal efecto, conviene hacer mención a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 25 de enero de 2018 (*Maximilian Schrems/Facebook Ireland Limited* -asunto C-498/16-) en la que se analiza la posibilidad de que el Sr. Schrems pueda o no acogerse al “fuero del consumidor”, que permite a los consumidores de un Estado miembro demandar a una contraparte contractual extranjera ante los tribunales de su domicilio, a fin de que dicho particular pueda entablar una acción colectiva por vulneración de la normativa protectora de datos personales, tras la cesión al mismo de sus específicos derechos por otras personas de diferentes nacionalidades. Vid. P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “Demandas frente a redes sociales por daños en materia de datos personales: precisiones sobre competencia judicial”, *La Ley Unión Europea*, Nº 56, 28 de febrero de 2018; L. MORENO GARCÍA, “Delimitación del «fuero del consumidor» en asuntos relacionados con redes sociales y protección de datos”, *Diario La Ley*, Nº 9270, 2 de octubre de 2018; y J. FERNÁNDEZ-SAMANIEGO Y B. PIÑAR GUZMÁN, “Las acciones colectivas en el marco del RGPD: una perspectiva desde el Derecho Civil español”, *Diario La Ley*, Nº 26, Sección Ciberderecho, 11 de febrero de 2019.

¹⁸ En España, la principal campaña de acción colectiva en la que una organización de consumidores está recogiendo mandatos de los interesados es la denominada «*Mis datos son míos, Mr. Facebook*», planteada por la Organización de Consumidores y Usuarios (OCU) contra Facebook. En octubre de 2018 presentó una demanda colectiva contra Facebook, por cesión irregular de datos, basándose en que la red social no ha informado ni solicitado autorización expresa a los usuarios para la utilización de sus datos. OCU ha ejercitado una acción colectiva en defensa, no solo de los afectados directamente por la filtración de datos Cambridge Analytica, sino de “*todos los usuarios de Facebook en España. En este sentido, la Organización considera que, al haber permitido una gran recopilación e intercambio de datos de sus usuarios sin que estos hayan sido informados ni expresado su conformidad expresa, Facebook ha infringido la Ley de Protección de datos*”. Se solicita resarcir a los usuarios españoles de la red social con la cantidad de, al menos, 200 euros para cada uno. El pasado mes de julio de 2019 fue admitida a trámite por el Juzgado de lo Mercantil número 5 de Madrid. Toda la información está disponible en <https://www.ocu.org/especiales/misdatossonmios/>.

¹⁹ Tal y como resulta del artículo 4 DCDig. («*Los Estados miembros no podrán mantener o introducir disposiciones contrarias a las establecidas en la presente Directiva, en particular disposiciones más o menos estrictas para garantizar un nivel*

la conformidad de los contenidos o servicios digitales con el contrato, la fijación de medidas correctoras que se atribuyen al consumidor en caso de falta de conformidad o incumplimiento del suministro, y la modificación de los contenidos y servicios digitales. Su alcance se extiende tanto a datos producidos y suministrados por un empresario como a datos generados por los propios consumidores, abarcando los siguientes contratos:

- a) contratos de *suministro de “contenido digital”*, referidos a datos producidos y suministrados en formato digital (art. 2, n.º 1 DCDig.), incluidos archivos de vídeo, de sonido, aplicaciones, juegos digitales y cualquier otro software. Sería el caso de contenidos obtenidos a través de plataformas de descarga (*Apple Store, Google Play, Amazon*) o de *streaming* (*Apple Music, Amazon Prime Music, Youtube, Vimeo* o *Spotify*);
- b) contratos de servicios que permiten “*crear, tratar, almacenar o consultar datos en formato digital*”. (art. 2, n.º 2.a DCDig.), como sucede con los servicios *cloud computing* ofrecidos por *Amazon Web Services (AWS), Dropbox, One Drive, Microsoft Azure, Google Cloud, Google Drive, iCloud*; y
- c) contratos de “*servicios que permiten compartir datos en formato digital cargados o creados por el consumidor u otros usuarios, o interactuar de cualquier forma con dichos datos*”. (art. 2, n.º 2.b DCDig.). Serían los servicios de redes sociales prestados por *Facebook, Twitter, Whatsapp, Instagram, Line, Viber*.

10. En principio, la DCDig. se aplica a aquellos supuestos en los que tales contratos sean celebrados en el ámbito *B2C*, entre empresarios («*toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe, incluso a través de otra persona que actúe en su nombre o por su cuenta, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresa, oficio o profesión, en relación con los contratos regulados por la presente Directiva*») y consumidores («*toda persona física que, en relación con los contratos regulados por la presente Directiva, actúa con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión*»). No obstante, en sus considerandos, deja una amplia libertad a los Estados miembros para extender su aplicación a «*las personas físicas o jurídicas que no sean consumidores..., como organizaciones no gubernamentales, empresas emergentes y pymes*» (considerando 16) o a calificar como consumidores a quienes celebran «*contratos con doble objeto*», en parte relacionado y en parte no con la actividad comercial de la persona, o «*en los que el objeto comercial es tan limitado que no predomina en el contexto general del contrato*» (considerando 17).

11. Asimismo contempla el fenómeno de la contratación mediante plataformas en línea. En este sentido, al delimitar el concepto de empresario, el considerando 18 DCDig. advierte: «*Los prestadores de plataformas pueden ser considerados empresarios a los efectos de la presente Directiva si actúan con fines relacionados con sus propias actividades y en calidad de socio contractual directo del consumidor en el suministro de contenidos o servicios digitales*»²⁰. Y deja libertad a los Estados miembros para «*ampliar la aplicación de la presente Directiva a los prestadores de plataformas que no cumplan los requisitos para ser considerados empresarios a los efectos de la presente Directiva*»²¹.

diferente de protección de los consumidores»), se trata de una armonización plena, con la finalidad de eliminar la disparidad legislativa actualmente existente y garantizar un elevado nivel de protección de los consumidores, contribuyendo al establecimiento de un marco jurídico que beneficie el buen funcionamiento del mercado interior.

²⁰ La expresión “socio contractual directo del consumidor”, de difícil intelección en nuestro sistema, es transcripción literal de la versión inglesa de la DCDig.; debe ser entendida como “parte contractual directa del consumidor”, de modo que la norma será aplicable a aquellos supuestos en los que la plataforma se presenta e identifica como proveedora directa del contenido o servicio digital, no resultando aplicable, en principio, a los operadores de plataformas que son utilizadas por los proveedores para exhibir y suministrar sus productos, esto es, a los intermediarios o proveedores de mercados en línea (por ejemplo, plataformas o portales en línea pertenecientes a un tercero distinto del suministrador). En estos casos, la operación subyacente no sería calificada como suministro directo del operador de la plataforma-empresario al consumidor.

²¹ A efectos de cumplimiento de la obligación de suministro conforme al artículo 5 DCDig., el considerando 41 aclara la responsabilidad del empresario que utiliza plataformas de intermediación *online* para facilitar al consumidor el acceso o puesta a disposición de las prestaciones digitales: «*Debe considerarse que los contenidos o servicios digitales están disponibles o accesibles para el consumidor cuando los contenidos o servicios digitales, o cualquier medio adecuado para acceder a ellos o descargarlos,*

12. Ahora bien, sin perjuicio de la transposición que se realice de la Directiva, a efectos de determinar si el operador de la plataforma es un mero intermediario (siéndole de aplicación el régimen de prestadores de servicios de la sociedad de la información de conformidad con la Directiva 2000/31 sobre servicios de la sociedad de la información²²) o puede ser considerado el prestador mismo del servicio subyacente (y, en consecuencia, obligado a garantizar la conformidad de los contenidos y servicios digitales con el contrato y a responder en los términos previstos en la DCDig.²³), conviene tener presentes los criterios diseñados por el TJUE en sentencia 2017/217, de 20 de diciembre de 2017 (C-434/15, *Asociación Profesional Taxi Élite vs Uber Systems Spain, S.L.*) y los señalados por la Comisión Europea en la *Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre una Agenda para la Economía colaborativa* de 2 de junio de 2016²⁴. Para el TJUE y la Comisión Europea, el criterio conforme al cual el operador de la plataforma, además de intermediario, puede ser considerado proveedor de servicio subyacente es que tenga una influencia decisiva en la organización y condiciones de las prestaciones efectuadas por el proveedor, lo cual debe valorarse caso por caso. Además, tal influencia decisiva no concurrirá cuando la actividad de las plataformas no sea transaccional, limitándose a ofrecer publicidad o enlaces webs a proveedores; ofrezca herramientas técnicas para facilitar el encuentro entre oferentes, profesionales o no, y demandantes; recomiende (pero no imponga) tarifas; prevea mecanismos de evaluación o calificación de proveedores; u ofrezca algún servicio accesorio como la gestión del pago, un seguro de cobertura o un servicio post venta. Asimismo, es de interés a estos efectos, la propuesta académica de Directiva de plataformas en línea elaborada por el *Research Group on the Law of Digital Services*²⁵.

13. Pero, sin duda, uno de los aspectos más novedosos de la norma europea viene de la mano de su aplicación, tanto a aquellos contratos en que el empresario suministra contenidos o servicios digitales al consumidor y este paga o se compromete a pagar un precio, como cuando el consumidor «facilite o se comprometa a facilitar datos personales al empresario, salvo cuando los datos personales facilitados por el consumidor sean tratados exclusivamente por el empresario con el fin de suministrar los contenidos o servicios digitales con arreglo a la presente Directiva o para permitir que el empresario cumpla los requisitos legales a los que está sujeto, y el empresario no trate esos datos para ningún otro fin» (artículo 3.1. párrafo segundo DCDig.). Tales datos personales facilitados con finalidades distintas al suministro

hayan llegado al entorno del consumidor y no sea necesario ningún otro acto del empresario para que el consumidor pueda utilizarlos conforme al contrato. Habida cuenta de que el empresario no es en principio responsable de los actos u omisiones de un tercero que gestione una instalación física o virtual, por ejemplo, una plataforma electrónica o una instalación de almacenamiento en nube, que el consumidor elija para recibir o almacenar los contenidos o servicios digitales, debe ser suficiente que el empresario suministre los contenidos o servicios digitales a dicho tercero. No obstante, no puede considerarse que el consumidor haya elegido la instalación física o virtual si está sometida al control del empresario o vinculada contractualmente a él, o cuando el consumidor haya seleccionado dicha instalación física o virtual para recibir los contenidos o servicios digitales pero esa opción era la única ofrecida por el empresario para recibir o acceder al contenido digital o al servicio digital. [...] En esos casos, el consumidor debe contar con las mismas medidas correctoras que si el empresario no hubiera suministrado el contenido digital o el servicio digital».

²² Y la consiguiente exención de responsabilidad por la ilicitud de los datos alojados en la plataforma, como falsedad de ofertas de proveedores o evaluaciones de los usuarios, salvo que tenga conocimiento efectivo y no actúe diligentemente para eliminarlos o no se limite a realizar un tratamiento meramente neutro, pasivo y automático de los datos.

²³ Recientemente, sobre la contratación mediante plataformas y su régimen de responsabilidad, vid. F. PERTÍÑEZ VÍLchez, “La responsabilidad de la plataforma como prestador del servicio subyacente”, en A. ORTI VALLEJO y G. RUBIO GIMENO (Dir.), *Propuestas de regulación de las plataformas de economía colaborativa: perspectivas general y sectoriales*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 141-155 y “La economía colaborativa en la estrategia del Mercado Digital Único de la Unión Europea”, en P. CASTAÑOS CASTRO y J. A. CASTILLO PARRILLA *EL MERCADO DIGITAL EN LA UNIÓN EUROPEA*, cit. pp. 152 y ss.

²⁴ Bruselas, 2.6.2016 COM(2016) 356 final.

²⁵ RESEARCH GROUP ON THE LAW OF DIGITAL SERVICES: *Discussion Draft of a Directive on Online Intermediary Platforms*, *Journal of European Consumer and Market Law, EuCML*, Volume 5, Issue 4/2016, pp. 164-169. El artículo 18 de la Propuesta académica prevé la responsabilidad del operador de la plataforma por incumplimiento de proveedores en aquellos casos en que el cliente pueda confiar razonablemente en que el operador de la plataforma tiene una influencia predominante sobre el proveedor, estableciendo como criterios para evaluar este extremo los siguientes: a. El contrato se celebre exclusivamente a través de herramientas previstas por la plataforma; b. El operador de la plataforma retenga los pagos realizados por clientes; c. Los términos del contrato sean esencialmente determinados por el operador de la plataforma; d. El precio a pagar por el cliente esté determinado por operador de plataforma; e. El operador de la plataforma proporcione una marca comercial o imagen uniforme de los proveedores; f. El marketing o estrategia publicitaria sea fijada por el operador de la plataforma y no por los proveedores; g. El operador de la plataforma monitoree la conducta de proveedores.

pueden ser proporcionados por el consumidor, bien en el momento en que se celebre el contrato, bien en un momento posterior: «la presente Directiva debe aplicarse en aquellos casos en que el consumidor abre una cuenta en una red social y facilita un nombre y una dirección de correo electrónico, y estos se utilizan para fines que no sean exclusivamente el suministro de los contenidos o servicios digitales, o distintos del cumplimiento de los requisitos legales. También debe aplicarse en aquellos casos en que el consumidor dé su consentimiento para que cualquier material que constituya datos personales, como fotografías o mensajes que cargue, sea tratado por el empresario con fines comerciales» (considerando 24 DCDig.).

14. Esta suerte de equiparación entre contraprestación dineraria y contraprestación no dineraria en forma de datos personales, que hunde sus raíces en la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea de 2011²⁶ y fue tomada en consideración por la Comisión Europea al interpretar la Directiva 2011/83/UE para incorporarlos en su ámbito de protección²⁷, ha sido uno de los aspectos más controvertidos en la tramitación legislativa de la Directiva²⁸.

Inicialmente, la Propuesta DCDig. presentada por la Comisión, aludía a contratos sobre contenidos digitales a cambio del pago de un precio o en los que «el consumidor facilita activamente otra contraprestación no dineraria en forma de datos personales o de otro tipo de datos» (art. 3.1). La vehemente reacción del Supervisor Europeo de Protección de Datos (SEPD) a la mercantilización de los datos personales²⁹, propia del ámbito anglosajón (“*data as commodity*”)³⁰, derivada de la propuesta

²⁶ COMISIÓN EUROPEA: Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea, Bruselas, 11 octubre 2011 COM(2011) 635 final 2011/0284 (COD). En su considerando 18 se reconocía: «A menudo, los contenidos digitales no se suministran a cambio de un precio sino en combinación con bienes o servicios pagados por separado, lo que implica consideraciones no pecuniarias como, por ejemplo, el acceso a datos personales o el acceso gratuito en el contexto de una estrategia de marketing basada en la expectativa de que el consumidor adquirirá posteriormente contenidos digitales adicionales o más sofisticados. Habida cuenta de esta estructura de mercado específica y del hecho de que los defectos de los contenidos digitales suministrados pueden ir en contra de los intereses económicos de los consumidores, independientemente de las condiciones en las que se suministraron, la aplicabilidad de la normativa común de compraventa europea no debe depender de si se paga un precio o no por el contenido digital en cuestión». De ahí que su artículo 5 estableciera que se podrá recurrir a la normativa común de compraventa europea para regular: «b) 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».

²⁷ Vid. COMISIÓN EUROPEA. DJ JUSTICIA: *Documento de orientación relativo a 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*, 20 junio 2014, p. 72, epígrafe 12.1: «de acuerdo con la distinción realizada en el considerando 19, los contratos para contenidos digitales en línea están sujetos a la Directiva si no implican el pago de un precio por parte del consumidor. De hecho, si bien la Directiva, en su artículo 2, apartados 5 y 6, define «contrato de venta» y «contrato de servicios» como contratos en los que el consumidor paga o se compromete a pagar un precio, la Directiva no contempla ninguna disposición por la que los contratos para contenidos digitales en línea estén sujetos a un requisito similar de que el consumidor tenga que pagar un precio. Incluir contratos para contenidos digitales en línea gratuitos amplía considerablemente el ámbito de aplicación de la Directiva.»

²⁸ Vid. L. DRECHSLER, “*Data As Counter-Performance: A New Way Forward or a Step Back for the Fundamental Right of Data Protection?*”, *Jusletter IT* 22, febrero 2018, accesible en SSRN (<https://ssrn.com/abstract=3329345>); A. METZGER, “*Data as Counter-Performance. What Rights and Duties do Parties Have?*”, *JIPITEC* 8 (1), 2017, pp. 2-3; A. METZGER, Z. EFRONI, L. MISCHAU Y J. METZGER, “*Data-Related Aspects of the Digital Content Directive*”, *JIPITEC*, 9, 2018, pp. 93-96; y R. SÁNCHEZ LERÍA, “El contrato de suministro de contenidos digitales a cambio de datos personales: a propósito de la propuesta de directiva 634/2015 de 9 de diciembre de 2015”, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, N° 45, 2018.

²⁹ Vid. SEPD: *Opinion 4/2017 on the Proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content*, 14 de marzo de 2017 (accesible en https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/17-03-14_opinion_digital_content_en.pdf). El SEPD llega a comparar el intercambio de datos personales con el tráfico de órganos humanos: “*There might well be a market for personal data, just like there is, tragically, a market for live human organs, but that does not mean that we can or should give that market the blessing of legislation*» (apartado 17, p. 7).

³⁰ En EEUU, la reciente “California Consumer Privacy Act of 2018”, aprobada el pasado 28 de junio de 2018 y en vigor a partir de 2020, recoge un amplio catálogo de derechos de los consumidores en relación con la protección de sus datos, incluyendo la facultad de venderlos a cambio de un precio. La ley reconoce también a las empresas la posibilidad de ofrecer a los consumidores ciertos incentivos financieros por la recopilación, venta y eliminación de su información personal. Estos incentivos pueden variar en función del valor aportado al comprador por los datos del consumidor. Pero el punto de partida de la norma americana es completamente distinto al europeo: es legítimo por parte de las empresas obtener beneficios del tratamiento de la información personal, salvo que el consumidor se oponga ejerciendo su derecho de exclusión (*opt out*).

normativa no se hizo esperar. En su dictamen rechazó «cualquier nueva disposición que introduzca la idea de que los ciudadanos pueden pagar con sus datos del mismo modo que con su dinero. [Los] Derechos fundamentales [...] no pueden quedar sometidos al puro interés de los consumidores, como tampoco deben considerarse los datos personales como una mera mercancía». Asimismo manifestó su discrepancia con varios aspectos concretos: la no definición de lo que sea “contraprestación” (“*counter-performance*”) cuando existen usos distintos de los datos a la estricta “prestación” del servicio (mejorar la calidad de éste o personalizarlo, por ejemplo); la facilitación “activa” de los datos no solo se considera una acotación insostenible (también a la luz del RGPD) sino engañosa, pues los consumidores muchas veces no son conscientes de que los facilitan ni para qué exactamente; la imposible equivalencia entre dinero y datos, pues dar los últimos no priva al titular de darlos a otra persona ni es posible determinar el valor generado con sus datos, a efectos de la obligación de restitución. Por todo ello, el SEPD ofrece dos alternativas para abordar la cuestión en la Propuesta DCDig.: bien usar la noción de “servicios” en los que, según la normativa europea (vid. la Directiva de comercio electrónico), no es de esencia el pago de remuneración, o bien tomar como modelo la fórmula de describir el ámbito territorial del RGPD (art. 3.2.a), que cubre, sin hablar de “contraprestación”, «la oferta de bienes o servicios a dichos interesados en la Unión, independientemente de si a estos se les requiere su pago».

En su paso por el Parlamento Europeo, la Propuesta se remitió a la Comisión de Mercado Interior y Protección del Consumidor y a la Comisión de Asuntos Jurídicos, en cuyo informe conjunto se proponía eliminar el término “contraprestación”, criticado por el SEPD, y reemplazarlo por “condición”: la Directiva sería aplicable a los contratos en los que el consumidor paga un precio y a los contratos en los que el contenido o servicio digital se suministra bajo la condición de que “*el consumidor facilite datos personales o sean recogidos por el comerciante o una tercera parte en interés del comerciante*”, excluyendo de su ámbito, no sólo aquellos supuestos en que los datos facilitados por el consumidor o recogidos por el comerciante sean procesados exclusivamente para suministro, sino también cuando se limite a tratarlos para “*mantener la conformidad o mejorar sus contenidos o servicios digitales*”³¹. En los últimos pasos de la tramitación legislativa se elude el término contraprestación: el art. 3.1 Propuesta DCDig.-Parlamento señalaba que la Directiva no se aplicará cuando el consumidor no pague un precio «ni proporcione o se comprometa a proporcionar datos personales al proveedor»; por su parte, el art. 3.1 Propuesta DCDig.-Consejo, se pronunciaba en positivo, siendo aplicable la norma si el empresario suministra contenidos o servicios digitales al consumidor «mediante el pago de un precio o con la condición de que el consumidor facilite datos personales o que sean recogidos por el comerciante».

El 1 de junio de 2017, el Consejo adoptó una Orientación general que, siguiendo la línea del SEPD, elimina el término “contraprestación” y propone incluir en el ámbito de aplicación de la Directiva «a cualquier contrato en el que el proveedor suministre o se comprometa a suministrar contenido digital o un servicio digital al consumidor», y excluir tanto el «suministro de contenidos o servicios digitales por los que el consumidor no pague o se comprometa a pagar un precio ni proporcione o se comprometa a proporcionar datos personales al proveedor», añadiendo que «tampoco se aplicará cuando el proveedor trate los datos personales exclusivamente para suministrar el contenido o servicio digital, o para que el proveedor cumpla los requisitos legales a los que está sometido, y cuando el proveedor no trate los datos de otra manera”.

En la fase de trilogos, el 29 de enero de 2019, se adoptó un acuerdo provisional del que, entre otras cuestiones, resultó la redacción finalmente contenida en la DCDig. y aprobada por el Parlamento en primera lectura el 1 de abril de 2019.

15. Las previsiones del artículo 3 DCDig. relativas a los contratos incluidos en su ámbito de protección deben completarse con algunas aclaraciones contenidas en sus considerandos. Así, la aplicación de la DCDig. queda excluida no sólo cuando, sin contraprestación dineraria, los datos facilitados al empresario son tratados por este exclusivamente con el fin de suministrar contenidos o servicios digitales o para que este cumpla requisitos legales (artículo 3.1), sino también cuando, sin haberse concluido un contrato, el suministrador únicamente recoge metadatos tales como información sobre el dispositivo del

³¹ PARLAMENTO EUROPEO. COMISIÓN DE MERCADO INTERIOR Y PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR - COMISIÓN DE ASUNTOS JURÍDICOS (A8-0375/2017): *Informe sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales*. Noviembre, 2016. Enmiendas 80 y 83, pp. 56-58.

consumidor o el historial de navegación o el consumidor se expone a recibir publicidad con el fin exclusivo de obtener acceso a contenidos o servicios digitales (considerando 25). En tales supuestos, tan frecuentes en la navegación por internet en los que se utilizan dispositivos o técnicas de almacenamiento y recuperación de datos (como *cookies*, *local shared objects* o *flash cookies*, *web beacons* o *bugs*, tecnologías *fingerprinting*, etc.³²) que inciden en la privacidad de las personas y pueden conllevar el tratamiento de datos personales³³, lo decisivo, a efectos de aplicación de la norma, será determinar si se ha celebrado o no un contrato con arreglo al Derecho nacional³⁴. No obstante, una vez más, la DCDig. deja libertad a los Estados miembros para ampliar su ámbito de aplicación a tales situaciones excluidas³⁵.

2. La imbricación del derecho fundamental a la protección de datos en el ámbito contractual delimitado por la Directiva

16. Con la toma en consideración de las transacciones de prestaciones digitales a cambio de datos personales en la DCDig., la Unión Europea ha iniciado un camino de interconexión entre la normativa de protección de datos y el derecho de consumo, que algún autor ha dado en llamar “*contractualiza-*

³² Sobre estas técnicas y su incidencia en la privacidad pueden consultarse dos recientes documentos de la AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS (AEPD): *Estudio fingerprinting o huella digital del dispositivo*, febrero 2019 (accesible en <https://www.aepd.es/media/estudios/estudio-fingerprinting-huella-digital.pdf>) y *Guía sobre el uso de las cookies*, noviembre 2019 (accesible en <https://www.aepd.es/media/guias/guia-cookies.pdf>). Además de las *cookies* tradicionales (líneas de texto creadas en el navegador del usuario para registrar su actividad), existen otras técnicas de rastreo a las que se alude en los documentos mencionados:

– *Local shared objects* o *flash cookies*: son un tipo de *cookies* que pueden almacenar mucha más información que las *cookies* tradicionales. Al ser independientes del navegador utilizado son más difíciles de localizar, visualizar o borrar y pueden utilizarse, por ejemplo, para regenerar *cookies* estándar.

– *Web beacons* o *bugs*: son imágenes, inapreciables a la vista por su tamaño y color, que se descargan al visitar una web pero que están almacenadas en un segundo sitio y que permiten al titular de ese segundo sitio registrar la visita mediante la información que el navegador de éste proporciona al descargar la imagen (dirección IP, sistema operativo, versión de navegador, etc.).

– *Fingerprinting* o huella digital del dispositivo, es un conjunto de datos extraídos del terminal del usuario que permiten individualizar de forma unívoca dicho terminal. Dado que lo habitual es que las personas no compartan sus equipos, ya sea este un teléfono móvil, tableta, portátil u ordenador de trabajo, individualizar el terminal supone individualizar a la persona que lo utiliza.

³³ La AUTORIDAD DE CONTROL FRANCESA (CNIL) ha puesto a disposición de los usuarios en su web una herramienta (*cookieviz*) para escanear *on line* los rastreadores almacenados en los dispositivos de los usuarios por prestadores de servicios de la sociedad de la información. Puede accederse a ella en <https://linc.cnil.fr/fr/cookieviz-une-dataviz-en-temps-reel-du-tracking-de-votre-navigation>

³⁴ Este aspecto (existencia o no de contrato conforme a la legislación nacional) introduce un matiz diferencial respecto de la propuesta inicial de Directiva de la Comisión Europea [Bruselas, 9.12.2015 COM(2015) 634 final 2015/0287 (COD)] que abiertamente excluía del ámbito de aplicación, en su considerando 14, las situaciones en las que el proveedor recaba información, incluidos datos personales, tales como la dirección IP u otra información generada automáticamente como información recogida y transmitida por una *cookie*, aunque el consumidor la acepte, así como aquellas en las que el consumidor se expone a recibir publicidad con el fin exclusivo de obtener acceso a contenidos digitales. Tales exclusiones, así como la exigencia de que el consumidor facilitase activamente los datos, fueron duramente criticados por la doctrina por la amplitud de contratos que quedaban al margen del régimen de protección de la Directiva, vid., además de autores citados en nota 28, H. BEALE: “Scope of application and general approach of the new rules for contracts in the digital environment”, en *Workshop for the (JURI) Committee on Legal Affairs, European Parliament: New rules for contracts in the digital environment, with the participation of EU National Parliaments*, Brussels, 17 febrero 2016, pp. 12-14, accesible en <http://www.europarl.europa.eu/cmsdata/98770/Beale.pdf>; S. CÁMARA LAPUENTE: “El régimen de la falta de conformidad en el contrato de suministro de contenidos digitales según la Propuesta de Directiva de 9.12.2015”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, N.º 3, julio 2016, pp. 22-26 y “Una prospectiva crítica sobre el régimen de los contratos de suministro de contenidos digitales”, en F. CAPILLA RONCERO, M. ESPEJO LERDO DE TEJADA, F. J. ARANGUREN URRIZA, J. P. MURGA FERNÁNDEZ (Dirs.), *Derecho digital: retos y cuestiones actuales*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2018, pp. 52-55; M. B. M. LOOS: “Not good but certainly content: the Proposals for European Harmonisation of Online and Distance Selling of Goods and the Supply of Digital Content”, en *Digital content & distance sales: new developments at EU level*, eds. I. Claeys, E. Terry. Intersentia, 2017, p. 29.

³⁵ Para una crítica sobre la falta de armonización que implica dejar a las legislaciones nacionales la caracterización o no como contratos de estas situaciones, vid. R. ROBERT Y L. SMIT: “The proposal for a directive on digital content: a complex relationship with data protection law”, *ERA Forum* (2018) 19, pp. 172 (159-177). DOI 10.1007/s12027-018-0506-7. Consciente de ello, el legislador europeo prevee una revisión de la aplicación de la Directiva, a más tardar, el 12 de junio de 2024, mediante un informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo que «examinará, entre otras cuestiones, el supuesto de armonización de las normas aplicables a los contratos de suministro de contenidos o servicios digitales distintos a los previstos en esta Directiva, incluidos los suministrados a cambio de anuncios publicitarios» (art. 25 DCDig.).

*ción del derecho fundamental a la protección de datos personales*³⁶; interconexión relevante desde una doble perspectiva. En primer lugar, por la vía de reconocer la existencia de reciprocidad u onerosidad³⁷ en aquellos contratos en los que el consumidor permite el tratamiento de sus datos personales a cambio de acceder a prestaciones digitales, otorgándole la misma protección que si su contraprestación hubiese sido dineraria³⁸. Este es el objetivo perseguido por el legislador europeo: «garantizar que los consumidores, en el contexto de dichos modelos de negocio, tengan derecho a medidas correctoras contractuales» (considerando 24 DCDig.). En segundo lugar, por la incidencia que la normativa de protección de datos y, en particular, su contravención, puede tener como criterio de validez y eficacia contractual.

17. Esta doble vía de interacción RGPD-DCDig. suscita algunos aspectos conflictivos en los que se pone de manifiesto la tensión entre dos enfoques regulatorios contrapuestos; tensión que ha estado presente a lo largo de toda la tramitación legislativa, saldada en el texto final de la DCDig. con una mención expresa a la prioridad de aplicación del RGPD en caso de colisión: «*El Derecho de la Unión en materia de protección de datos personales se aplicará a cualesquiera datos personales tratados en relación con los contratos contemplados en el apartado 1. En particular, la presente Directiva se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2016/679 y la Directiva 2002/58/CE. En caso de conflicto entre las disposiciones de la presente Directiva y el Derecho de la Unión en materia de protección de datos personales, prevalecerá el segundo*» (art. 3.8 DCDig.). Queda pues patente que la relación DCDig.-RGPD no es la existente entre una norma general que deba ceder en su aplicación ante la existencia de una específica como sucede cuando la propia DCDig. declara su subsidiariedad respecto de otras normas de la Unión Europea que regulen un sectores específicos (art. 3.7 DCDig.).

18. No obstante esta prioridad, hay aspectos de la Directiva que, puestos en contacto con el régimen normativo de protección de datos, siguen siendo fuente de fricción. Así en el momento del inicio de la relación contractual, surge la cuestión relativa a la concreción de la base jurídica que, conforme a las previsiones del artículo 6 RGPD, da soporte a los tratamientos derivados de contratos a los que resulta aplicable la DCDig. (¿consentimiento ex art. 6.1.a RGPD?; ¿ejecución de un contrato ex art. 6.1.b. RGPD?; ¿interés legítimo ex art. 6.1.f RGPD?); en la fase de ejecución del contrato, cabe plantear si los principios y obligaciones impuestos por el RGPD al responsable del tratamiento de datos-proveedor tienen o no alguna repercusión en la evaluación de la conformidad con el contrato de los contenidos y servicios digitales; y, finalmente, llegado el momento de finalización del contrato, es de interés analizar qué efectos tiene la extinción contractual en el tratamiento de datos personales y en los derechos que ostenta el consumidor-interesado conforme al RGPD y la LOPDGDD.

³⁶ Así, A. DE FRANCESCHI, *La circolazione dei dati personali tra privacy e contratto*. Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles 2017, pág. 9.

³⁷ Sobre el carácter oneroso de estos contratos, vid. F. M. ROSELLÓ, “Las contraprestaciones no dinerarias en la Propuesta de Directiva sobre suministro de contenidos digitales”. *Revista de Derecho Mercantil*. N.º 303, 2017, pp. 163-190.

³⁸ Sirvan como contraste de esta concepción las palabras de M. R. LLÁCER MATA CÁS (*op. cit.*, pp. 105-106): «Las “contraprestaciones” en forma de descuentos, regalos o participación en sorteos no son indicativas de un contrato ya que los datos no pueden constituir su objeto (art. 1254 CC). Se descarta pues la causa onerosa en su sentido objetivo de interdependencia entre las prestaciones derivadas del tipo contractual (cfr. art. 1274 CC). Tampoco se aprecia una onerosidad mediata como la reconocida en el Anexo a) de la Ley 34/2002, de 11 julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico que, al definir los “servicios de la sociedad de la información”, comprende “los servicios no remunerados por sus destinatarios, en la medida en que constituyan una actividad económica para el prestador de servicios”. El negocio unilateral de autorización es abstracto. En este sentido la autorización puede hacerse en contemplación de una contraprestación positiva (obtención de ventajas o servicios) o negativa (rebaja o gratuidad, como en el mencionado caso Gratis Tel). A diferencia de la onerosidad impropia o derivada del tipo contractual, nos hallamos ante un intercambio desprovisto de volición conjunta que, eventualmente, coexiste con un contrato que sirve de mecanismo para hacer llegar al consumidor la solicitud de autorización. Se trata de una onerosidad económica, extrínseca al negocio, y que explica que la autorización tanto pueda hacerse “por precio” como sin contrapartida [...]. En definitiva, creemos que la onerosidad no representa un problema jurídico: no lo hay en cuanto a su admisibilidad, dada la mencionada abstracción de la autorización, ni produce confusión sobre la naturaleza jurídica de la autorización. En cambio, sí que plantea una cuestión de política legislativa y justifica acciones para fortalecer el régimen de protección de los individuos frente a la captación profesional de datos personales, predispuesta por los interesados en obtenerlos y más atractiva cuando se vincula a una “contraprestación”».

19. El primero de los aspectos reseñados, único al que se dedicará este trabajo, la fijación de base legal del tratamiento de datos personales, particularmente de aquellos datos facilitados para ser tratados por el proveedor con finalidades distintas al suministro de contenidos o servicios digitales o al cumplimiento de requisitos legales, no es una cuestión baladí, ni desde la óptica de la normativa de protección de datos (*ad. ex.*, contenido obligatorio del deber de información *ex* artículos 13.1c, 14.1.c y 14.2.b RGPD, amplitud de los derechos de los interesados establecidos en los artículos 15 a 22 RGPD...), ni desde la perspectiva de las repercusiones que sobre el propio contrato de suministro puedan tener la opción por una u otras bases (v.gr., si la licitud del tratamiento es el consentimiento del titular de los datos ¿su revocación lleva aparejada la resolución contractual?; ¿supondría dejar la validez y cumplimiento del contrato al arbitrio de una de las partes?...).

20. El segundo, cuyo análisis se pospone para un ulterior trabajo, atinente al cumplimiento por el proveedor de los principios que, conforme al artículo 5 RGPD, deben ser observados en cualquier tratamiento de datos personales, implica responder a la siguiente cuestión: ¿un tratamiento de datos realizado por el suministrador que infrinja alguno de los principios de licitud, lealtad, transparencia, limitación de la finalidad, minimización, etc., puede determinar, al margen de los mecanismos de reacción propios del derecho fundamental a la protección de datos, una falta de conformidad activadora de las medidas correctoras establecidas por la DCDig.?

21. La intersección protección de datos-suministro de contenidos digitales en el momento de la extinción contractual plantea el interrogante acerca de cuál sea el destino de los contenidos, datos personales y no personales, sobre los que tenía control el consumidor durante la relación contractual y la puesta en contacto de sus derechos a la recuperación de contenidos y abstención de su utilización por el proveedor previstos en la DCDig. con los derechos de portabilidad, supresión y olvido respecto de contenidos que sean datos personales conforme al RGPD y la LOPDGDD; materia que aborda ampliamente en este número de la Revista el profesor CÁMARA LAPUENTE³⁹.

III. El principio de licitud del tratamiento y su incidencia en los contratos amparados por la Directiva

22. Asumido que los contratos a los que extiende su protección la DCDig. comportan el tratamiento de datos personales, el considerando 38 de la norma deja claro que su misión no es interferir en las condiciones para el tratamiento lícito de tales datos, por cuanto esta cuestión está regulada por el RGPD⁴⁰. Por consiguiente, cualquier tratamiento de datos personales en relación con un contrato que tenga encuadre en su ámbito de aplicación solo será **lícito** si concurre una base o causa de legitimación de las previstas legalmente en el artículo 6.1 RGPD, a saber:

- a) *el consentimiento prestado por el interesado para el tratamiento de sus datos para uno o varios fines específicos;*
- b) *la necesidad del tratamiento para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte o para la aplicación a petición de este de medidas precontractuales;*
- c) *la necesidad del tratamiento para el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento;*
- d) *la necesidad del tratamiento para proteger intereses vitales del interesado o de otra persona física;*

³⁹ Y, anteriormente, en “Extinción de los contratos sobre contenidos y servicios digitales y disponibilidad de los datos...”, *cit.*, pp. 157-249.

⁴⁰ Considerando 38 DCDig.: «La presente Directiva no debe regular las condiciones para el tratamiento lícito de datos personales, por cuanto esta cuestión está regulada, en particular, por el Reglamento (UE) 2016/679. Por consiguiente, todo tratamiento de datos personales en relación con un contrato que entre en el ámbito de aplicación de la presente Directiva solo es lícito si es conforme a lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2016/679 en relación con los fundamentos jurídicos para el tratamiento de los datos personales».

- e) *la necesidad del tratamiento para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento;*
- f) *la necesidad del tratamiento para la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero, siempre que sobre dichos intereses no prevalezcan los intereses o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran la protección de datos personales, en particular cuando el interesado sea un niño.*

23. Pues bien, dentro de este catálogo de posibles bases jurídicas que legitiman el tratamiento de datos personales cabe plantearse: ¿cuál es la que da soporte a los tratamientos derivados de los contratos a los que resulta aplicable la DCDig.? La concreción de la base legal del tratamiento no es una cuestión menor, ni desde la perspectiva de la normativa de protección de datos ni desde la vertiente de las repercusiones que sobre el propio contrato de suministro puedan tener una u otra.

24. Desde la óptica de protección de datos, la base de legitimación está directamente relacionada con los principios de legalidad, lealtad y limitación de la finalidad. El responsable de tratamiento de datos personales debe de ser preciso y riguroso en esta materia, determinando la base legal antes de comenzar la actividad de tratamiento en relación con fin específico para que se recogen los datos, dado que tales bases no son intercambiables (por ejemplo, el responsable no puede pasar del consentimiento a otras bases jurídicas constante el tratamiento) y se incorporan al contenido obligatorio del deber de información (artículos 13.1c, 14.1.c y 14.2.b RGPD) que debe facilitarse al interesado en el momento en que se obtengan los datos personales; además, en aplicación del principio de responsabilidad proactiva (arts. 5.2 y 24 RGPD), deberá poder demostrar la adecuación de la base jurídica utilizada a las exigencias del RGPD (así, si el tratamiento de datos va a tener lugar porque concurra una causa de legitimación distinta al consentimiento, pero este se requiere del interesado, tal solicitud puede inducir a error al titular de los datos al creer que ostenta el control)⁴¹; por último, la opción por una u otra base de licitud puede repercutir en los derechos atribuidos al titular de los datos frente a ese tratamiento, determinando una mayor o menor amplitud. Así, por ejemplo:

- a. Cuando la base legitimadora es el consentimiento o la ejecución de un contrato, entran en juego el derecho de portabilidad y el derecho al olvido, pero no el de oposición ni el específico de oponerse a decisiones basadas en el tratamiento automatizado de datos, incluida la elaboración de perfiles, dado que se permiten tales decisiones cuando son necesarias para la celebración o ejecución de un contrato entre el interesado y un responsable del tratamiento, o si se consienten explícitamente. Aunque cuando el tratamiento tiene base en el consentimiento, su revocación opera de manera más amplia que el derecho de oposición en el caso del interés legítimo.
- b. Cuando la base es el interés legítimo, el deber de transparencia resulta fortalecido, pues en la información facilitada se deben especificar los intereses legítimos concretos del responsable o del tercero que justifican el tratamiento, tanto si los datos se han obtenido directamente del interesado como si no ha sido así (arts. 13.1.d y 14.2.b RGPD). Adicionalmente, se le concede al interesado derecho a oponerse en cualquier momento al tratamiento de datos personales por motivos relacionados con su situación personal, debiendo el responsable dejar de tratar los datos personales salvo que acredite “motivos legítimos imperiosos” que preva-

⁴¹ A propósito de ello, advierte el GT29 en su documento *Directrices sobre el consentimiento en el sentido del Reglamento (UE) 2016/679*, adoptadas el 28 de noviembre de 2017 y revisadas el 10 de abril de 2018, p. 26: «Es importante señalar en este punto que, si un responsable del tratamiento elige basarse en el consentimiento para cualquier parte del tratamiento, deberá estar preparado para respetar dicha opción y detener esa parte del tratamiento si una persona retira su consentimiento. Enviar el mensaje de que los datos se tratarán sobre la base del consentimiento, mientras en realidad, se está utilizando otra base jurídica, sería realmente desleal para con los interesados. Con otras palabras, el responsable no puede pasar del consentimiento a otras bases jurídicas. Por ejemplo, no le está permitido utilizar retrospectivamente la base del interés legítimo con el fin de justificar el tratamiento, cuando se encuentre con problemas con la validez del consentimiento. Debido al requisito de divulgar la base jurídica utilizada por el responsable del tratamiento en el momento de la recogida de los datos personales, los responsables deben decidir cuál es la base jurídica aplicable antes de recoger los datos. »

lezcan sobre los intereses, derechos y libertades del afectado (art. 21.1 RGPD), así como el más concreto a no ser objeto de una decisión, que evalúe aspectos personales relativos a él, y se base únicamente en el tratamiento automatizado. Pero no entra en juego el derecho a la portabilidad de los datos, ni el de supresión, salvo, en este último caso, que los datos ya no fueran necesarios en relación con los fines del tratamiento, se haya ejercitado el derecho de oposición, hayan sido tratados ilícitamente, deban suprimirse en cumplimiento de una obligación legal o se trate de datos personales obtenidos en relación con la oferta de servicios de la sociedad de la información a menores (art. 17 RGPD).

25. Desde el prisma contractual, como se ha indicado más arriba, si la causa legitimadora del tratamiento es, por ejemplo, el consentimiento del titular de los datos-consumidor habría que analizar su delimitación e interacciones con el consentimiento contractual, así como la incidencia que su libre revocación *ex* artículo 7.3 RGPD pueda tener en la estabilidad contractual.

26. Partiendo de que la DCDig. (art. 2, núm. 8) asume el concepto de datos personales ampliamente delimitado por el artículo 4.1 RGPD⁴², conviene distinguir entre:

- Datos facilitados por el consumidor para ser *tratados exclusivamente por el empresario con el fin de suministrar los contenidos o servicios digitales*.
- Datos facilitados por el consumidor para ser tratados exclusivamente por el empresario *con el fin cumplir sus obligaciones legales*
- Datos facilitados por el consumidor para ser tratados por el empresario *con otras finalidades a cambio de acceder a contenidos o servicios digitales*. No obstante, el art. 3.5.f DCDig. excluye de su ámbito de aplicación los contratos relativos a programas (software) ofrecidos por el empresario bajo una licencia gratuita o de código abierto, cuando el consumidor no pague ningún precio y *los datos personales facilitados por el consumidor sean tratados exclusivamente por el empresario con el fin de mejorar la seguridad, compatibilidad o interoperabilidad de ese programa*⁴³ (software) concreto⁴⁴.

27. El tratamiento de los datos de los dos primeros grupos resulta claramente incardinable en las previsiones del artículo 6.1 RGPD, bien en su letra b) [datos tratados con el fin de suministrar los contenidos o servicios digitales y, por tanto, *necesarios para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte*], bien en su letra c) [tratamiento necesario para el *cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable-empresario*]. Mayores dudas e incertidumbres ofrece la fijación de la legitimación del tratamiento de aquellos datos facilitados por el consumidor para ser tratados por el empresario con finalidades distintas al suministro a cambio de acceder a contenidos o servicios digitales. Varias causas de licitud podrían hacerse valer, pero principalmente adquieren relevancia a estos efectos: la necesidad para la ejecución del contrato *ex* artículo 6.1.b RGPD (IV.1); el consentimiento *ex* artículo

⁴² Art. 4.1) RGPD: «"datos personales": toda información sobre una persona física identificada o identificable («el interesado»); se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona».

⁴³ La razón de esta exclusión aparece explícita en el considerando 32 DCDig: eliminar trabas a esta evolución del mercado que puede contribuir a la investigación y la innovación en el mercado de los contenidos y servicios digitales.

⁴⁴ No abordaremos en este trabajo las cuestiones que suscita el tratamiento de datos personales en los contratos de compraventa de bienes con elementos digitales, en los que la ausencia del contenido o servicio digital incorporado o interconectado impediría que los bienes cumplieren su función y en los que el contenido o servicio digital se facilita con los bienes en virtud de un contrato de compraventa relativo a esos bienes (reloj o televisor inteligente que únicamente puede cumplir sus funciones con una aplicación que se suministra en virtud del contrato de compraventa), ya sea el contenido o servicio digital incorporado o interconectado suministrado por el propio vendedor o por un tercero en virtud del contrato de compraventa. Contratos a los que resulta aplicable la Directiva (UE) 2019/771 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes, por la que se modifican el Reglamento (CE) 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE y se deroga la Directiva 1999/44/CE.

6.1.a (IV.2); el interés legítimo en los términos de la letra f del artículo 6.1 RGPD (IV.3); y las circunstancias señaladas en el artículo 9.2 RGPD para el tratamiento de datos de categoría especial (IV.4). A las bases legitimadoras que puedan ser aplicables a este tratamiento y su incidencia en el contrato de suministro se dedica el siguiente epígrafe.

IV. Bases legitimadoras del tratamiento de datos personales facilitados por el consumidor con fines distintos al suministro de contenidos o servicios digitales

1. Datos necesarios para la ejecución del contrato (art. 6.1.b RGPD)

28. Desde la perspectiva de la existencia de un contrato bilateral y de la ejecución de las obligaciones asumidas por cada una de las partes, cabría concluir que los datos del consumidor tratados por el empresario con finalidades distintas al suministro a cambio de acceder a contenidos o servicios digitales resultarían ser datos tratados lícitamente por ser necesarios para la ejecución del contrato⁴⁵, esto es, para la ejecución de la prestación asumida por el consumidor⁴⁶. Ciertamente la redacción final de la DCDig., a diferencia de la Propuesta inicial de la COMISIÓN EUROPEA⁴⁷, ya no alude a “otra contraprestación no dineraria en forma de datos personales” pero, como advierte NAVAS NAVARRO, parece claro que sólo cuando el consumidor se comprometa a que sus datos sean utilizados para finalidades distintas al suministro, a modo de contraprestación por los contenidos digitales, será de aplicación la DCDig.; «de un modo conscientemente confuso y ambiguo, el texto sigue considerando que se pueden proporcionar datos personales en contraprestación por el suministro de contenido o de servicios digitales, si bien lo hace mediante una negación»⁴⁸. Esa misma ambigüedad ha sido puesta de manifiesto por el propio SEPD en su *Opinion 8/2018 on the legislative package “A New Deal for Consumers”*, de 5 de octubre de 2018, en referencia a la redacción finalmente dada al artículo 3.1 DCDig., finalmente también incorporada a la Directiva 2011/83/UE, tras su modificación por la Directiva 2019/2161/UE⁴⁹.

⁴⁵ Vid. R. MARTÍNEZ MARTÍNEZ: “¿Consentimiento o contrato?”, en <http://lopyseguiridad.es/consentimiento-o-contrato/> 1 de junio de 2018.

⁴⁶ Desde esta perspectiva siguiendo a DE FRANCESCO (*op. cit.*, pp. 82-83) resulta interesante plantearse hasta cuándo cedemos nuestros datos, o qué cantidad de datos aceptamos ceder en contraprestación por determinados bienes o servicios en la economía digital. Señala el autor que si observamos las cláusulas de aceptación al tratamiento de datos veremos que se expresan en términos muy genéricos (“acepto compartir mis datos”); esta imprecisión (indeterminación de la prestación) que aceptamos con total normalidad en lo que se refiere al consentimiento en el tratamiento de datos podría afectar, cuando los datos sirven como contraprestación en un contrato sinalagmático, a la determinación de uno de los objetos sobre los que dicho contrato recae (en concreto, el precio): si los datos son utilizados como sustituto del pago monetario (“valor comparable al dinero”), sería tanto como decir en un contrato de compraventa “acepto pagar dinero por este bien”, sin especificar cuánto.

⁴⁷ Sobre la Propuesta de Directiva inicial, vid. G. SPINDLER: “Contratos de suministro de contenidos digitales: ámbito de aplicación y visión general de la Propuesta de Directiva de 9.12.2015”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, julio 2016, pp. 1-17; S. CÁMARA LAPUENTE, “El régimen de la falta de conformidad en el contrato de suministro de contenidos digitales según la Propuesta de Directiva de 9.12.2015”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, julio 2016, pp. 1-91; J. PLAZA PENADÉS, “Contract for the Supply of Digital Content”, en J. PLAZA PENADÉS y L. M. MARTÍNEZ VELENCOSO (Eds.), *European Perspectives on the Common European Sales Law*, Springer, 2015, pp. 207-224; R. SCHULZE, “Nuevos retos para el Derecho de contratos europeo y cuestiones específicas acerca de la regulación del suministro de contenidos digitales”, en E. ARROYO AMAYUELAS y Á. SERRANO DE NICOLÁS (Dir.), *La europeización del Derecho privado: cuestiones actuales*, Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 15-27 y “La protección de los consumidores en la contratación digital”, Conferencia pronunciada el 24 de mayo de 2018 en la Academia Matritense del Notariado, accesible en http://www.cnotarial-madrid.org/nv1024/paginas/tomos_academia/058-18-dig-anales_58-14-reiner_schulze.pdf, reseñada en *El Notario del Siglo XXI*, septiembre-octubre, Nº 81, 2018; J. A. CASTILLO PARRILLA, “El contrato de suministro de contenidos digitales y los contratos de desarrollo de software y creación web en el derecho de consumidores. De la propuesta CESL y la Directiva 2011/83/UE a la propuesta de Directiva 634/2015, de 9 de diciembre”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, Nº 17, 2016, pp. 45-61.

⁴⁸ Así, S. NAVAS NAVARRO: “Datos personales y mercado”, en Id. (Coord.) *Inteligencia artificial. Tecnología. Derecho*, Tirant lo blanch, Valencia, 2017, p. 262.

⁴⁹ SEPD: *Opinion 8/2018 on the legislative package “A New Deal for Consumers”*, 5 de octubre de 2018, p. 13: «La Propuesta ha tenido en cuenta las recomendaciones incluidas en el Dictamen 4/2017 del SEPD y evita usar el término «contraprestación» y distinguir entre los datos proporcionados por los consumidores de manera «activa» o «pasiva» a los proveedores de contenidos digitales. Sin embargo, el SEPD observa con preocupación que las nuevas definiciones previstas en la Propuesta introducirían el concepto de contratos de suministro de contenido digital o servicios digitales por los que los consumidores pue-

29. Desde esta óptica, considerando los datos facilitados para finalidades distintas al suministro como “*necesarios para la ejecución del contrato*”, el propio consentimiento contractual legitimaría al proveedor para el tratamiento de los datos personales proporcionados por el consumidor, no siendo procedente justificar tal tratamiento de datos en el consentimiento del consumidor-interesado *ex* artículo 6.1.a RGPD⁵⁰. Este tratamiento de datos personales del consumidor mantendría su vigencia durante toda la relación contractual, quedando sin efecto sólo cuando una norma aplicable al contrato o el propio contenido contractual prevean su revocación (a diferencia de la libre revocabilidad del tratamiento de datos basado en el consentimiento conforme al RGPD –art. 7.3-) ⁵¹.

30. No obstante, esta interpretación del artículo 6.1.b que derivaría de la DCDig.⁵² está en abierta contradicción con la realizada por las autoridades europeas en materia de protección de datos, que abogan por una interpretación unilateral, esto es, datos necesarios para la ejecución del contrato pero desde la perspectiva del cumplimiento de las obligaciones asumidas por el proveedor de contenido o prestador del servicio.

- Primero fue el GRUPO DE TRABAJO DEL ARTÍCULO 29 (GT29) que, en su *Dictamen 06/2014 sobre el concepto de interés legítimo del responsable del tratamiento de los datos en virtud del artículo 7 de la Directiva 95/46/CE*, de 9 de abril de 2014, consideró que: a) El criterio de “necesidad” requiere una relación directa y objetiva entre el propio tratamiento y el propósito de la relación contractual que espera el interesado titular de los datos; b) No comprende situaciones en las que el tratamiento no sea realmente necesario para la ejecución de un contrato, sino unilateralmente impuesto al interesado por parte del responsable del tratamiento.
- Esta interpretación estricta y unilateral es la que parece consolidarse tras el RGPD. El pasado mes de abril, el COMITÉ EUROPEO DE PROTECCIÓN DE DATOS (CEPD), que sustituye al GT29, lanzaba a consulta pública un borrador, finalmente adoptado en octubre y publicado como *Guía 2/2019 para el tratamiento de datos personales conforme al artículo 6.1.b) en el contexto de los servicios en línea*⁵³, que interpreta el concepto de “necesidad” en el contexto contractual siguiendo las directrices argumentativas del GT29. A tales efectos, advierte de la

den «pagar» con sus datos personales en lugar de hacerlo con dinero. Este nuevo planteamiento no solucionaría los problemas ocasionados por el uso del término «contraprestación» ni por la analogía entre el suministro de datos personales y la satisfacción de un pago dinerario. En concreto, al concebir los datos personales como un mero activo económico, este planteamiento no tiene en cuenta el carácter de derecho fundamental que tiene la protección de datos [...]. En consecuencia, el SEPD recomienda que se eviten las referencias a los datos personales en las definiciones de «contrato de suministro de contenido digital que no se facilita en un soporte material» y «contrato de servicios digitales» y sugiere que, en su lugar, se utilice un concepto de contrato en virtud del cual el comerciante suministre o se comprometa a suministrar unos contenidos digitales específicos o un servicio digital a los consumidores “independientemente de si a estos se les requiere su *pago*”».

⁵⁰ En este sentido, vid. S. NAVAS NAVARRO, *op. cit.*, pp. 260-263, quien señala: «El consentimiento dado por el titular es un consentimiento contractual, la finalidad o finalidades para la cual sus datos son tratados un motivo causalizado y, si el consumidor retira su consentimiento, incumple, salvo que se hubiese pactado una facultad de desistir».

⁵¹ Partiendo de su consideración como contraprestación pero basando el tratamiento de datos personales del consumidor en el consentimiento y no en la ejecución del contrato, L. M. MARTÍNEZ VELENCOSO y M. SANCHO LÓPEZ (“El nuevo concepto de onerosidad en el mercado digital. ¿Realmente es gratis la App?”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, enero 2018, p. 11) abordan la naturaleza de la obligación asumida, indicando: «En el caso de la cesión de datos personales a cambio de contenidos digitales, tratándose de derechos de la personalidad, el titular del derecho sobre su información personal no puede transmitir el mismo en su totalidad ni constituir titularidades sobre las facultades que integran el derecho. Puede, sin embargo, autorizar el acceso a su esfera de exclusividad. La autorización no crea ninguna titularidad jurídica en el tercero, pero confiere licitud al acceso, independientemente de las razones que impulsen al autorizante y al autorizado. En mi opinión, el cedente de los datos asume una obligación de hacer, en concreto una obligación de cesión de uso de la información, del que la otra parte puede obtener un rédito. Ello de modo semejante a los contratos de cesión de los derechos sobre la imagen, siendo posible la cesión a terceros de la explotación comercial de la misma, siempre dentro de unos límites temporales y con la posibilidad de revocar el consentimiento en cualquier momento (v. gr. un contrato oneroso)».

⁵² R. ROBERT Y L. SMIT, *op. cit.*, pp. 167-168.

⁵³ COMITÉ EUROPEO DE PROTECCIÓN DE DATOS (CEPD): *Guidelines 2/2019 on the processing of personal data under Article 6(1)(b) GDPR in the context of the provision of online services to data subject*, adoptada el 8 de octubre de 2019, accesible en https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/guidelines/guidelines-2019-processing-personal-data-under-article-61b_es.

obligación de los responsables de evitar cualquier confusión sobre cuál sea la base legal aplicable y destaca que la determinación de un tratamiento como “*necesario para la ejecución de un contrato*” no implica solamente evaluar el contenido contractual sino analizar también si el tratamiento es necesario para alcanzar el objetivo perseguido por el titular de los datos y si el servicio puede prestarse o ser ejecutado sin el tratamiento en cuestión; e, incluso, constatando el contrato de varios servicios, señala que la aplicabilidad del artículo 6.1.b RGPD debe evaluarse respecto de cada uno de esos servicios por separado, determinando lo que es objetivamente necesario para realizar cada uno de los servicios que el interesado ha solicitado. Reconoce asimismo que el simple hecho de hacer referencia o mencionar el tratamiento de datos en un contrato, especialmente cuando es impuesto unilateralmente por el responsable, no es suficiente darle cobertura o licitud con base en esta causa de legitimación⁵⁴. A reglón seguido, el CEPD analiza la aplicabilidad o no del art. 6.1.b RGPD a determinados tratamientos como los efectuados con el fin de mejorar el servicio, la prevención del fraude, la publicidad comportamental en línea o la personalización de contenidos, respecto de los que considera, con carácter general, no resultarles de aplicación la norma; sólo en algunos casos (mejora del servicio, personalización del contenido), cuando esa finalidad constituya un elemento esencial o intrínseco al propio servicio en línea contratado, cabe legitimar su tratamiento en apartado b) del artículo 6.1 RGPD. Por otra parte, es taxativo al afirmar, siguiendo al SEPD, que «los datos personales no pueden ser considerados como un producto comercializable». Insistiendo en que, aún cuando cualquier interesado puede aceptar el tratamiento de sus datos personales (y a tal efecto hace alusión expresa a la DCDig.), «no puede canjear o intercambiar sus derechos fundamentales mediante un contrato»⁵⁵.

2. Consentimiento del consumidor (art. 6.1.a RGPD)

31. Desde otra perspectiva, más acorde con la visión predominante en el ámbito europeo, contraria a reconocer que la autorización del consumidor para el acceso y tratamiento de su información con finalidades distintas al suministro del contenido o servicio digital puede configurarse como una contraprestación no dineraria⁵⁶, la base legitimadora debería ser otra de las mencionadas en el artículo 6 RGPD. No resultando aplicable ni el cumplimiento de una obligación legal (art. 6.1.c RGPD), ni la protección de intereses vitales (art. 6.1.d RGPD), ni el cumplimiento de una misión realizada en interés público o el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable (art. 6.1.e RGPD), se acude, prevalentemente, al consentimiento del interesado para el tratamiento de sus datos personales para uno o varios fines específicos, conforme al artículo 6.1.a RGPD⁵⁷.

⁵⁴ Gráficamente, el CEPD considera que la respuesta a las siguientes preguntas pueden servir de orientación a los responsables a la hora de evaluar la aplicación del artículo 6.1.b RGPD: a) ¿Cuál es la naturaleza del servicio que se brinda al interesado? ¿Cuáles son sus características distintivas?; b) ¿Cuál es el fundamento exacto del contrato (es decir, su sustancia y objeto fundamental)?; c) ¿Cuáles son los elementos esenciales del contrato?; d) ¿Cuáles son las perspectivas y expectativas mutuas de las partes del contrato? ¿Cómo se promociona o anuncia el servicio al interesado? ¿Un usuario ordinario del servicio esperaría razonablemente que, teniendo en cuenta la naturaleza del servicio, el tratamiento previsto se llevará a cabo para ejecutar el contrato del que es parte?.

⁵⁵ El CEPD considera que existen, además, «razones adicionales por las que el tratamiento de datos personales es conceptualmente diferente de los pagos monetarios. Por ejemplo, el dinero es contable, lo que significa que los precios se pueden comparar en un mercado competitivo, y los pagos monetarios normalmente solo se pueden hacer con la participación del interesado. Además, los datos personales pueden ser explotados por varios servicios al mismo tiempo. Una vez que se ha perdido el control sobre los datos personales, ese control no necesariamente se puede recuperar».

⁵⁶ A propósito de la intransmisibilidad de la información personal y de su enfoque “propietario”, cfr. M. R. LLÁCER MATAÇAS, *op. cit.*, pp. 48-59.

⁵⁷ Como puede comprobarse del análisis de las expresiones contenidas en las políticas de privacidad de los principales proveedores de contenidos y servicios digitales, la base legitimadora del consentimiento es utilizada de manera diferente:

- Google (<https://policies.google.com/privacy>): «Google solicita tu autorización para tratar tu información con unas finalidades determinadas, y tienes derecho a revocar tu consentimiento en cualquier momento. Por ejemplo, se te pide tu consentimiento para proporcionarte servicios personalizados, como anuncios basados en tus intereses. También pedimos tu consentimiento cuando recogemos tu actividad de voz y audio para el reconocimiento de voz.» La plataforma alude al

32. Ahora bien, en tal caso debe distinguirse claramente el consentimiento contractual del consumidor de su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales, lo que con frecuencia no suele producirse en el contexto de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales en los que los clausulados ligan ambos consentimientos⁵⁸. Como reiteradamente advierten las autoridades europeas debe evitarse cualquier confusión al respecto. Así el SEPD, en su ya citada *Opinion 8/2018 on the legislative package “A New Deal for Consumers”*, alerta del error al que puede inducir el concepto de «contratos de suministro de contenido digital o servicios digitales por los que los consumidores facilitan sus datos personales en lugar de realizar un pago dinerario», dado que los proveedores de servicios pueden considerar que mediando el consentimiento en el contexto de un contrato se cumpliría la normativa en todos los casos, incluso cuando no se dieran las condiciones para el consentimiento válido previstas en el RGPD. Del mismo modo, el CEPD, en su reciente *Guía 2/2019 para el tratamiento de datos personales conforme al artículo 6.1.b) en el contexto de los servicios en línea*, aboga por evitar cualquier confusión sobre cuál sea la base legal aplicable cuando se suscribe un contrato: «Dependiendo de las circunstancias, los interesados pueden tener la impresión errónea de que están dando su consentimiento de conformidad con el Artículo 6 (1) (a) al firmar un contrato o aceptar los términos del servicio. Al mismo tiempo, un controlador puede asumir erróneamente que la firma de un contrato corresponde a un consentimiento en el sentido del artículo 6 (1) (a). Estos son conceptos completamente diferentes. Es importante distinguir entre aceptar los términos del servicio para celebrar un contrato y dar su consentimiento en el sentido del Artículo 6 (1) (a), ya que estos conceptos tienen diferentes requisitos y consecuencias legales».

consentimiento para compartir información con empresas, organizaciones o individuos ajenos: «compartiremos información personal de forma externa a *Google* si contamos con tu consentimiento. Por ejemplo, si utilizas *Google Home* para hacer una reserva a través de un servicio de reservas, te pediremos permiso antes de compartir tu nombre o número de teléfono con el restaurante. Te solicitaremos tu consentimiento explícito para compartir cualquier información personal sensible.»

- *Apple* (<https://www.apple.com/es/legal/privacy/es/>) efectúa una declaración genérica sin concretar ni conectar base legitimadora y finalidad, remitiendo a contactar con el Delegado de Protección de Datos para cualquier consulta al respecto: «Podemos procesar tus datos de carácter personal: para los fines descritos en esta Política de Privacidad, con tu consentimiento, para cumplir con un mandato legal al que esté sujeto *Apple*, para cumplir un contrato del que tú formas parte, para proteger tus intereses vitales, o si consideramos que es necesario para los intereses legítimos de *Apple* o un tercero al que haya que revelar información. Si tienes preguntas sobre esta base legal, puedes contactar con el Delegado de Protección de Datos europeo.»
- *Facebook* e *Instagram* (https://www.facebook.com/about/privacy/legal_bases): «En ciertos casos, nos adherimos a las bases jurídicas siguientes a la hora de tratar tus datos. Tu consentimiento: Para tratar datos de categorías especiales (como creencias religiosas, ideologías políticas, qué personas te interesan o información sobre tu salud, si compartes estos datos en los acontecimientos importantes o los distintos campos de tu perfil de *Facebook*), de modo que podamos compartirlos con quien determines y personalizar tu contenido; Para usar tecnología de reconocimiento facial; Para usar los datos que los anunciantes y otros socios nos proporcionen sobre tu actividad fuera de los productos de las empresas de *Facebook*, de modo que podamos personalizar los anuncios que te mostramos en dichos productos, así como en los sitios web, las aplicaciones y los dispositivos en los que se emplean nuestros servicios publicitarios; Para compartir con los anunciantes datos que te identifiquen personalmente (como tu nombre o dirección de correo electrónico; elementos que, por sí solos, pueden facilitar una vía de contacto o revelar tu identidad), como cuando nos indicas que compartamos tu información de contacto con un anunciante para que pueda enviarte, por ejemplo, información adicional sobre un producto o servicio promocionado; Para recopilar la información que nos autorices a recibir a través de la configuración que apliques en tus dispositivos (como permitir el acceso a tu ubicación de GPS, tu cámara o tus fotos), de modo que podamos ofrecerte las funciones y los servicios descritos al activar estos ajustes.»
- *Spotify* (<https://www.spotify.com/es/legal/privacy-policy/>) alude al consentimiento y al interés legítimo para «comunicarse con usted, ya sea directamente o a través de uno de nuestros socios, para: marketing, investigación, participación en encuestas, concursos, sorteos y promociones, a través de mensajes de correo electrónico, notificaciones u otros mensajes, conforme a los permisos que puede habernos comunicado (p. ej., a través de la página Configuración de cuenta)». Y solo al consentimiento para «ofrecerle funciones, información, publicidad o cualquier otro contenido que se base en su ubicación específica.»
- *Dropbox* (<https://help.dropbox.com/es-es/accounts-billing/security/privacy-policy-faq>) recoge como finalidades de procesamiento de datos personales con base en el consentimiento las siguientes:
 - «Enviarte material de marketing sobre nuestros Servicios. Si no deseas recibir este material, haz clic en el enlace Cancelar suscripción en cualquier mensaje de correo electrónico o actualiza tus preferencias en la sección Notificaciones de tu cuenta de *Dropbox*.
 - Conectar tu cuenta de *Dropbox* con otros servicios de terceros a través de las API de *Dropbox*.
 - Recopilar tus comentarios para mejorar nuestros Servicios y desarrollar nuevas funciones.»

⁵⁸ En ocasiones, se advierte que el bloqueo de *cookies* impedirá el uso total o parcial del servicio o que la revocación del consentimiento al tratamiento de ciertos datos sólo puede hacerse con la extinción del contrato o conllevará la desactivación o cancelación de la cuenta.

33. Siendo el consentimiento del interesado-consumidor *ex* artículo 6.1.a RGPD la base de legitimación del tratamiento, las consecuencias desde la óptica contractual serían considerar el contrato de suministro como gratuito, no oneroso, pero sujeto al cumplimiento, por parte del consumidor, de una condición de Derecho público: el consentimiento para el tratamiento de sus datos personales; consentimiento que difiere del proporcionado al aceptar las condiciones o términos del servicio (que permanece dentro del contrato)⁵⁹. Desde esta perspectiva, deberán observarse las exigencias para la emisión de un consentimiento válido tal y como advierte el considerando 38 DCDig.: «Cuando el tratamiento de datos personales esté basado en el consentimiento, en particular con arreglo al artículo 6, apartado 1, letra a), del Reglamento (UE) 2016/679, son de aplicación las disposiciones específicas de dicho Reglamento, incluidas las relativas a las condiciones para valorar si el consentimiento se presta libremente. La presente Directiva no debe regular la validez del consentimiento prestado».

34. Sin embargo, a mi modo de ver, el refuerzo y contundencia que al consentimiento, como título legitimador del tratamiento de datos, ha dado el RGPD no se ajustan del todo bien al modelo de negocio basado en el acceso a datos personales del consumidor para suministrarle contenidos o servicios digitales, especialmente en situaciones de asimetría contractual. Las fricciones están servidas. El estándar más exigente del consentimiento configurado como «*toda manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca* por la que el interesado *acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa*, el tratamiento de datos personales *que le conciernen*» (art. 4, núm. 11 RGPD), así como su revocabilidad en cualquier momento, casan mal con la dinámica de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales; especialmente queda en entredicho el atributo de “libertad” y lo dispuesto en los apartados 2 y 4 del artículo 7 y considerandos 42 y 43 RGPD, tal y como han sido interpretados por el GT29 en sus *Directrices sobre el consentimiento en el sentido del Reglamento (UE) 2016/679*⁶⁰.

35. Veamos algunas de estas interferencias. Según resulta de la normativa de protección de datos, el consentimiento válido para el tratamiento de datos personales, además de estar precedido de una información suficiente, concisa, transparente, inteligible y de fácil acceso, debe reunir los siguientes caracteres:

- **Inequívoco y afirmativo.** El RGPD requiere una declaración del interesado o una clara acción afirmativa como forma de manifestación del consentimiento, lo que significa que siempre debe darse el consentimiento mediante una acción o declaración. Se trata, pues, de una voluntad manifestada de forma unívoca mediante una conducta activa. A propósito de ello, el GT29 advierte que «un responsable del tratamiento debe tener también en cuenta que el consentimiento no puede obtenerse mediante la misma acción por la que el usuario acuerda un contrato o acepta los términos y condiciones generales de un servicio. La aceptación global de los términos y condiciones generales no puede considerarse una clara acción afirmativa destinada a dar el consentimiento al uso de datos personales»⁶¹. Esta última es una práctica hoy día muy habitual en el suministro de contenidos y servicios digitales.
- **Separado.** El consentimiento debe obtenerse de forma separada del resto de términos y condiciones. El artículo 7.2 RGPD establece la necesidad de que, si el consentimiento del interesado se da en el contexto de una declaración escrita que también se refiera a otros asuntos, la solicitud de consentimiento deba presentarse de tal forma que se distinga claramente

⁵⁹ Así, R. MAÑKO y S. MONTELEONE: *Contracts for the supply of digital content and personal data protection. European Parliamentary Research Service*. Mayo 2017, pág. 8. En este mismo sentido se pronunciaron la Comisión de Mercado Interior y Protección del Consumidor y la Comisión de Asuntos Jurídicos, el 21 de noviembre de 2017, en su informe conjunto a la Propuesta de DCDig.: la norma sería aplicable a los contratos en los que el consumidor paga un precio y a los contratos en los que el contenido o servicio digital se suministra «bajo la condición de que el consumidor o el tercero recopilen datos personales en el interés del comerciante».

⁶⁰ GT29: *Directrices sobre el consentimiento en el sentido del Reglamento (UE) 2016/679*, adoptadas el 28 de noviembre de 2017 y revisadas el 10 de abril de 2018. Documento accesible en <https://ec.europa.eu/newsroom/article29/news-overview.cfm>.

⁶¹ GT29: *Directrices sobre el consentimiento...*, *cit.*, pág. 18.

- de los demás asuntos, de forma inteligible y de fácil acceso y utilizando un lenguaje claro y sencillo. En este aspecto, el GT29 es claro: «*Si el consentimiento está incluido como una parte no negociable de las condiciones generales se asume que no se ha dado libremente. En consecuencia, no se considerará que el consentimiento se ha prestado libremente si el interesado no puede negar o retirar su consentimiento sin perjuicio*»⁶². Algo que igualmente es práctica habitual en el mercado digital.
- **Granular.** El consentimiento debe solicitarse de forma selectiva e independiente para cada uno de los distintos tratamientos y finalidades. El Considerando 32 RGPD señala que el consentimiento debe darse para todas las actividades de tratamiento realizadas con el mismo o los mismos fines. Cuando el tratamiento tenga varios fines, debe darse el consentimiento para todos ellos. En este mismo sentido artículo 6.2 LOPDGDD: «*Cuando se pretenda fundar el tratamiento de los datos en el consentimiento del afectado para una pluralidad de finalidades será preciso que conste de manera específica e inequívoca que dicho consentimiento se otorga para todas ellas*».
 - **Sin condicionalidad.** Por otra parte, el artículo 7.4 RGPD advierte que para evaluar si el consentimiento se ha otorgado libremente se tendrá en cuenta el hecho de que la ejecución de un contrato, o la prestación de un servicio, se haya condicionado a la autorización de un tratamiento de datos que no sea necesario para el cumplimiento del mencionado contrato. En este mismo sentido artículo 6.3 LOPDGDD: «*No podrá supeditarse la ejecución del contrato a que el afectado consienta el tratamiento de los datos personales para finalidades que no guarden relación con el mantenimiento, desarrollo o control de la relación contractual*». La condicionalidad crea, pues, una presunción fuerte de falta de libertad. Lo que se refiere, como indica el GT29, a que se deba prestar atención, a si, entre otras, se produce alguna situación en la que el consentimiento esté «agrupado» (bundling) con la aceptación de términos y condiciones o «atado» a la provisión de un contrato o un servicio cuando los datos personales solicitado no son necesarios para el cumplimiento del contrato o la prestación de servicio. Según explica el GT29, el RGPD quiere asegurarse de que el tratamiento de los datos personales para los que se requiere el consentimiento del interesado no se convierta, directa o indirectamente, en la contraprestación del contrato. El propio GT29 establece que la condicionalidad quedará eliminada cuando el responsable del tratamiento ofrezca a los interesados *una elección real*, esto es, si estos pudieran escoger entre un servicio que incluya el consentimiento para el uso de datos personales con fines adicionales y un servicio equivalente ofrecido por el mismo responsable que no implicara prestar el consentimiento para el uso de datos con fines adicionales. Siempre que exista una posibilidad de que dicho responsable del tratamiento ejecute el contrato o preste los servicios contratados sin el consentimiento para el otro uso o el uso adicional de los datos en cuestión, significará que ya no hay condicionalidad con respecto al servicio. No obstante, ambos servicios deben ser realmente equivalentes. Por tanto, puede concluirse que, cuando se solicita el consentimiento como condición previa de (y no relacionada con) el servicio que se presta, si el tratamiento no puede basarse en otra causa (p. ejem., interés legítimo), aunque se preste el consentimiento, éste seguramente será inválido, al no haberse prestado con plena libertad⁶³. En este mismo sentido la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), en una reciente *Nota técnica sobre el deber de informar y otras medidas de responsabilidad proactiva en apps para dispositivos móviles*, de 17 de septiembre de 2019, indica: «la instalación y utilización de la app no puede estar condicionada a la obtención de un consentimiento para un tratamiento no necesario para proporcionar el servicio definido en la misma»⁶⁴.
 - **No desequilibrio:** No procede en un contexto de predominio del responsable frente al titular de los datos. El considerando 43 RGPD, recogiendo esta idea, va más allá al precisar que,

⁶² GT29: *Directrices sobre el consentimiento...*, cit., pág. 6.

⁶³ GT29: *Directrices sobre el consentimiento...*, cit., págs. 8-10.

⁶⁴ Accesible en: <https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-11/nota-tecnica-apps-moviles.pdf>

para garantizar que el consentimiento se haya dado libremente, este no debe constituir un fundamento jurídico válido en un caso particular cuando exista un desequilibrio claro entre el interesado y el responsable del tratamiento, lo que lleva a plantearse si realmente el consentimiento es libre en ámbitos como el nos ocupa caracterizado por el “o lo tomas o lo dejas”, con predominio de clausulados en los que existe una predisposición contractual por parte del empresario, limitándose el consumidor a aceptarlo. Como ha expresado el GT29, pueden existir supuestos en los que se produzca un desequilibrio entre las partes y en los que, para que el consentimiento sea válido, lo esencial será permitir que el interesado pueda ejercer una elección real, sin que haya riesgo de engaño, intimidación, coerción o consecuencias negativas significativas en caso de que no consienta⁶⁵.

- **Ausencia de perjuicio.** En todo caso, tal y como resulta del considerando 42 RGPD, el consentimiento no se considerará libremente prestado, no sólo cuando el interesado no goza de verdadera o libre elección, sino también cuando no puede denegar o retirar su consentimiento sin sufrir perjuicio alguno⁶⁶.
- **Revocable.** Finalmente, «el interesado tendrá derecho a retirar su consentimiento en cualquier momento» (art.7.3 RGPD), aunque tal revocación no afectará al tratamiento de datos realizado con anterioridad.

36. Esta última característica del consentimiento, su revocabilidad, constituye todo un desafío para el Derecho contractual⁶⁷ por varias razones:

- i. En primer lugar, el carácter revocable del consentimiento supone dejar sin efecto la amplia excepción al desistimiento en los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales prevista en el artículo 103, letras a) y m) 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 (TRLGDCU) para los contratos a distancia de prestación de servicios o de suministro de contenido digital⁶⁸, dado que el consumidor titular de los datos siempre podría desvincularse del contrato revocando su consentimiento al tratamiento, por lo que gozaría de un derecho de desistimiento unilateral *ad nutum sine die* respecto del propio vínculo contractual que no tendría el consumidor que ha abonado una contraprestación dineraria⁶⁹.

⁶⁵ GT29: *Directrices sobre el consentimiento...*, cit., pág. 11-12.

⁶⁶ Lo cierto es, como advierte J. HERRERO GARCÍA (“Consentimiento Informado: Origen y solución de todos los problemas”, en <https://jorgegarciaherrero.com/consentimiento-informado-origen-y-solucion-de-todos-los-problemas/>), resulta difícil aceptar como consentimiento válido el acto de pinchar un botón de “acepto” en internet, o “instalar” una aplicación sin información significativa y comprensible, que no es leída por el consumidor, con unas condiciones de uso y política de privacidad que vienen impuestas unilateralmente y que sólo otorgan la posibilidad de aceptar o rechazar sin poderse negociar o aceptar granularmente módulos del servicio y tratamiento de datos vinculados a los mismos.

⁶⁷ Desafío que, como advertía V. MAK en relación con la Propuesta de DCDig., no tiene en la norma una respuesta adecuada (vid. “The new proposal for harmonised rules on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content”, en *Workshop for the (JURI) Committee on Legal Affairs, European Parliament: New rules for contracts in the digital environment, with the participation of EU National Parliaments*, Brussels, 17 febrero 2016, p. 9, accesible en <http://www.europarl.europa.eu/cmsdata/98771/Mak.pdf>).

⁶⁸ Conforme al art. 103.m TRLGDCU, en el suministro de contenidos digitales sin soporte material, el consumidor pierde el derecho al desistimiento cuando comience la ejecución “con el previo consentimiento expreso del consumidor y usuario con el conocimiento por su parte de que en consecuencia pierde su derecho de desistimiento” (incluso aunque el suministro no haya finalizado ni se haya “ejecutado completamente”, en el caso de prestaciones digitales periódicas); por su parte, en el ámbito de los contratos de servicios (art. 103.a TRLGDCU) “una vez que el servicio haya sido completamente ejecutado, cuando la ejecución haya comenzado con el previo consentimiento con previo consentimiento expreso del consumidor y usuario y con el reconocimiento por su parte de que es consciente de que, una vez que el contrato haya sido completamente ejecutado por el empresario, habrá perdido su derecho de desistimiento”. Vid. S. CÁMARA LAPUENTE, “La nueva protección del consumidor de contenidos digitales tras la Ley 3/2014, de 27 de marzo”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, Nº 11, 2014, pp. 153 y ss.

⁶⁹ Los problemas en orden a aplicar la sanción prevista (falta de pago por el consumidor del contenido consumido o del servicio ejecutado) para los supuestos de pérdida del derecho a desistir, cuando el empresario no cumpla con el requisito relativo a obtener el consentimiento expreso previo del consumidor y su conocimiento de que perderá el derecho de desistimiento, han llevado al legislador europeo a limitar este requisito relativo al “consentimiento reforzado” sólo a los contratos de suministro

- ii. En segundo lugar, el ejercicio de un derecho concedido por una norma legal imperativa (art. 7.3 RGD) no podría, ni excluirse por una cláusula contractual (que sería nula)⁷⁰, ni su ejercicio ser constitutivo de incumplimiento contractual, por lo que no activaría los remedios previstos legal o contractualmente para tal hipótesis, ni determinaría responsabilidad a cargo del consumidor⁷¹.
- iii. En tercer lugar, la revocación del consentimiento para el tratamiento de datos personales no implicaría de suyo la revocación del consentimiento contractual, pero las consecuencias no pueden ser otras que la posibilidad por parte del suministrador de resolver el contrato, actuando esta revocación como de si una condición resolutoria se tratase, derivada del ejercicio derechos fundamentales que, aun sin pacto, no puede ser desconocida por las partes⁷² (e integraría el contrato *ex art.* 1258 C.c.).
- iv. Pero es más, tal revocación del consentimiento confronta claramente con el art. 1256 Código civil: «*La validez y cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de una de las partes, en la medida en que el cumplimiento de una parte del contrato queda al arbitrio de uno de los contratantes*» (el titular de los datos)⁷³. En este sentido, para salvar este obstáculo, se ha advertido que «no debe confundirse “consentimiento libre” con “consentimiento irresponsable”. Un consentimiento es libre cuando no ha sido emitido bajo coacción o amenaza (art. 1267 CC), y puede ser retirado en cualquier momento. Ahora bien, la retirada del consentimiento acarrearía, con carácter general, consecuencias patrimoniales derivadas del posible incumplimiento del contrato y, en su caso, producción de daños y perjuicios. Sólo excepcionalmente y por un período breve de tiempo (contratos con consumidores y durante 14 días naturales) se permite el desistimiento unilateral *ad nutum*. No parece razonable extender esta excepción a todas aquellas situaciones en que se pague con datos, pues significaría aceptar que en un sector de la economía que crece exponencialmente se permite que una de las partes del contrato emita un consentimiento irresponsable, contraviniendo reglas tan básicas como, por ejemplo en España, el artículo 1256 CC»⁷⁴.

a cambio de precio (vid. artículo 16 Directiva 2011/83/UE, párrafo primero, letras a) y m) en su versión modificada por art. 4 Directiva 2019/2161/UE).

⁷⁰ Al no interferir la DCDig. en las normas nacionales relativas a la validez, nulidad o eficacia respecto de materias no contempladas en la misma, como advierten R. MAŃKO y S. MONTELEONE (*op. cit.*, p. 6), las consecuencias de un contenido contractual infractor de una norma imperativa de Derecho público, como el RGD o las normas nacionales de implementación de la Directiva de privacidad en las comunicaciones electrónicas, dependerán de las reglas de Derecho privado aplicables en cada sistema nacional (nulidad, anulabilidad, nulidad parcial...). Dada la incertidumbre legal que la pluralidad de soluciones nacionales puede entrañar, advierte el autor que, en la tramitación legislativa, el Parlamento propuso incluir una nueva norma (a semejanza de la prevista en materia de cláusulas abusivas) advirtiendo que las cláusulas contractuales contrarias al RGD, serían no vinculantes para el consumidor, siendo en los demás el contrato “obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusula”. Esta es la opción adoptada por el legislador español: la contravención del RGD por una cláusula contractual no significa la ineficacia del contrato de suministro digital en sí, sino sólo de esa cláusula (vid. S. CÁMARA LAPUENTE, “Extinción de los contratos sobre contenidos y servicios digitales...”, *cit.*, p. 164).

⁷¹ Así, C. LANGHANKE, y M. SCHMIDT-KESSEL (“Consumer Data as Consideration”, *Journal of European Consumer and Market Law, EuCML*, Issue 6/2015, p. 222), con dos excepciones, según estos autores: engaño del consumidor en cuanto a la continuidad de su consentimiento al tratamiento y carácter intempestivo de la revocación.

⁷² Sobre este aspecto, vid. R. MAŃKO y S. MONTELEONE, *op. cit.*, p. 10. En opinión de C. LANGHANKE y M. SCHMIDT-KESSEL (*op. cit.*, p. 222), el suministrador en tales casos tendría derecho a resolver el contrato.

⁷³ Desde la consideración de los datos como contraprestación, DE FRANCESCHI (*op. cit.*, pp. 116-120) advierte que, en una situación en la que los datos sirven como medio de pago y la revocación del consentimiento al tratamiento de dichos datos está exenta de todo perjuicio económico, la estabilidad del contrato estaría constantemente en juego y derivaría en un riesgo, amparado por la propia norma, de enriquecimiento sin causa del titular de los datos. El autor se pregunta si en tal caso la revocación del consentimiento no podría dar lugar a la obligación de reembolso de su valor por el consumidor (no a abtenerse de utilizarlos y ponerlos a disposición del suministrador).

⁷⁴ Así se expresa J. A. CASTILLO PARRILLA: “Derecho al patrimonio digital. Bienes digitales y datos como bienes”, en A. TRONCOSO REIGADA (Coord.), *Comentarios al Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley Orgánica de Protección de Datos*, trabajo en prensa, amablemente facilitado por el autor.

37. Otro complejo aspecto que plantea esta base jurídica del tratamiento de datos personales es cuál sea la incidencia en el contrato de suministro de un consentimiento del consumidor que no reúne los requisitos para ser válido conforme al artículo 6.1.a RGPD. Si la ilicitud del consentimiento *ex* RGPD incidiera en la eficacia del contrato celebrado, provocando su invalidez, esto conduciría a la inaplicación de la DCDig. y de todo su manto protector de los intereses del consumidor, beneficiando al proveedor del contenido o servicio digital que quedaría al margen de las responsabilidades contractuales derivadas de la DCDig. (considerando 48). No parece, y carecería de lógica, que el incumplimiento por el responsable del tratamiento (el suministrador) de las exigencias derivadas de la normativa de protección de datos deba beneficiar a quien provoca tal incumplimiento, privando al consumidor-interesado de remedios contractuales⁷⁵. En nuestra opinión, convenientemente separados consentimiento contractual y consentimiento en el sentido del artículo 6.1.a RGPD en los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, la ilicitud del consentimiento del consumidor para el tratamiento de sus datos personales debe discurrir por caminos diferentes a la licitud o ilicitud del consentimiento contractual, sin interferir en la validez del contrato celebrado. Esto es, un consentimiento para el tratamiento de datos personales que no reúne los requisitos del RGPD para su validez no provoca, por sí solo, la invalidez del contrato de suministro.

38. Por último conviene hacer mención al tratamiento de datos personales de menores de edad basado en su consentimiento. En concreto, ¿cuáles serían las implicaciones respecto de menores de edad que acceden a contenidos y servicios digitales, pudiendo autorizar el tratamiento de sus datos personales por haber alcanzado la capacidad para ello, pero no la capacidad contractual necesaria para la celebración del contrato?⁷⁶. Recordemos que el artículo 7 LOPDGD, concreta y extiende la aplicación del artículo 8 RGPD⁷⁷, señalando, en relación con el consentimiento de los menores de edad, que solo podrá emitirse válidamente cuando sea mayor de catorce años, siendo necesario para el tratamiento de datos de menores de catorce años que conste «*el del titular de la patria potestad o tutela, con el alcance que determinen los titulares de la patria potestad o tutela.*»⁷⁸. A tal efecto el responsable del tratamiento hará esfuerzos

⁷⁵ Vid. P. HACKER, “Regulating the Economic Impact of Data as Counter-Performance: From the Illegality Doctrine to the Unfair Contract Terms Directive” (May 21, 2019), en S. LOHSSE, R. SCHULZE y D. STAUDENMAYER (eds.), *Data as Counter-Performance: Contract Law 2.0?*. Hart/Nomos (de próxima publicación), págs. 10-11, disponible en <https://ssrn.com/abstract=3391772>; y A. METZGER, “A Market Model for Personal Data: State of the Play under the New Directive on Digital Content and Digital Services”, Working Paper N.º 8, *Forschungsinstitut für Recht und digitale Transformation* (2019), Humboldt-Universität zu Berlin, págs. 6-7, accesible en <https://www.rewi.hu-berlin.de/de/lfoe/rdtpub>.

⁷⁶ Conforme al artículo 1263 Cc: “No pueden prestar consentimiento: 1. Los menores no emancipados, salvo en aquellos contratos que las leyes les permitan realizar por sí mismos o con asistencia de sus representantes, y los relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales. 2. Los que tienen su capacidad modificada judicialmente, en los términos señalados por la resolución judicial”. Vid. A. PIÑAR REAL, “Capítulo XII. Tratamiento de datos de menores”, en J. L. PIÑAR MAÑAS (Dir.), *Reglamento general de protección de datos: hacia un nuevo modelo europeo privacidad*, Ed. Reus, 2016, pp. 187-204; N. BRITO IZQUIERDO, “Tratamiento de los datos personales de menores de edad en la nueva normativa europea protectora de datos personales”, *Actualidad Civil*, N.º 5, Mayo 2018; y F. J. DURÁN RUIZ, “El tratamiento de los datos personales de los menores de edad en la nueva normativa de protección de datos”, en M. C. GARCÍA GARNICA y N. MARCHAL ESCALONA (Dirs.), *Aproximación interdisciplinaria a los retos actuales de protección de la infancia dentro y fuera de la familia*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 473-497.

⁷⁷ El artículo 8 RGPD, dedicado a las condiciones aplicables al consentimiento del niño en relación con los servicios de la sociedad de la información, parte de la válida prestación del consentimiento de los menores en este ámbito a partir de los 16 años de edad, pero deja libertad a los Estados miembros para fijar una edad inferior, siempre que no baje de los 13 años; por su parte el legislador español no sólo ha concretado la edad para la válida prestación del consentimiento por menores, sino que no ha restringido su ámbito de aplicación a los servicios de la sociedad de la información.

⁷⁸ Al margen de las previsiones relativas a la validez del consentimiento, los menores son objeto de atención especial tanto en el RGPD [considerandos 38, 58, 65, 75, principio de licitud (art. 6.1. f), transparencia (art. 12), derecho de supresión (art. 17.1), códigos de conducta (art. 42), funciones autoridades de control (art. 57.1.b), imposición de multas administrativas (art. 83)], como en la LOPDGD [no solo en sede de los nuevos derechos digitales que la norma reconoce (arts. 84, 92, 97.2, disp. adic. 19ª y disp. final 10ª), sino en materia de protección de sus datos personales a efectos de someter el tratamiento de datos de menores de edad a una evaluación de impacto en la protección de datos (art. 28.2), imponer la necesidad de contar un delegado de protección de datos a centros docentes y federaciones deportivas (art. 34.1), e incidir en la determinación y graduación de las sanciones (arts. 73 y 76)].

razonables para verificar que el consentimiento para el tratamiento de datos personales fue dado por el titular de la patria potestad o tutela, teniendo en cuenta la tecnología disponible (art. 8.2 RGPD).

39. La DCDig. requiere para ser aplicada la celebración de un contrato válido sin prejuzgar los criterios nacionales de validez o eficacia contractual, por tanto, podría producirse la circunstancia de que, con arreglo al Derecho español, el contrato celebrado fuese anulado por falta de capacidad, no entrando en juego los remedios de la DCDig., sin perjuicio de contar, en relación con los contenidos que no sean datos personales, con los generales previstos por el ordenamiento español. No obstante, en este caso, ni siquiera el tratamiento de datos personales de menores realizado por el suministrador sería lícito, con las consecuencias que de ello puedan derivarse conforme a la normativa de protección de datos. Y ello porque, en virtud de la previsión incorporada en el apartado segundo del artículo 7.1 LOPDGDD, el consentimiento al tratamiento a partir de los 14 años edad no es una regla absoluta, dado que queda exceptuada en aquellos supuestos en que «*la ley exija la asistencia de los titulares de la patria potestad o tutela para la celebración del acto o negocio jurídico en cuyo contexto se recaba el consentimiento para el tratamiento.*»

3. Interés legítimo del responsable o de terceros (art. 6.1.f RGPD)

40. Un último recurso, en el marco de las causas legitimadoras recogidas en el artículo 6.1 RGPD, sería justificar el tratamiento con base en la necesidad de satisfacer intereses legítimos perseguidos por el suministrador de contenidos o servicios digitales o por un tercero, siempre que sobre dichos intereses no prevalezcan los intereses o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran la protección de datos personales, en particular cuando el interesado sea un niño (art. 6.1.f RGPD). El interés legítimo es concepto indeterminado⁷⁹, responde a las razones que tiene un responsable del tratamiento, para recoger, almacenar o comunicar a terceros datos personales ajenos, que deberá ser lícito (es decir, conforme con la legislación nacional y europea aplicable), estar articulado con claridad, ser suficientemente específico, y representar un interés real y actual (es decir, no especulativo)⁸⁰.

⁷⁹ El GT29, en su *Dictamen 06/2014 sobre el concepto de interés legítimo del responsable del tratamiento de los datos en virtud del artículo 7 de la Directiva 95/46/CE*, adoptado el 9 de abril de 2014, advierte: «El concepto de “interés” es la implicación más amplia que el responsable del tratamiento pueda tener en el tratamiento, o el beneficio que este obtenga, o que la sociedad pueda obtener, del tratamiento. Este puede ser apremiante, claro o controvertido. Las situaciones a las que hace referencia el artículo 7, letra f), pueden variar, por tanto, del ejercicio de derechos fundamentales o la protección de intereses personales o sociales importantes a otros contextos menos obvios o incluso problemáticos». Los considerandos 47 a 49 RGPD ejemplifican, entre otros intereses legítimos, los siguientes: la prevención del fraude, siempre que se cumpla el principio de minimización; el marketing directo; las transmisiones de datos en grupos de empresas para fines administrativos internos como puede ser la centralización de datos de clientes o empleados; las transmisiones de datos para garantizar la seguridad de las redes (p.ej. a los equipos de respuesta a emergencias informáticas – CERT – o de respuesta a incidentes de seguridad informática – CSIRT–), para impedir el acceso no autorizado a las redes de comunicaciones electrónicas y la distribución malintencionada de códigos, y frenar ataques de denegación de servicio y daños a los sistemas informáticos y de comunicaciones electrónicas. Por su parte, el GT29, en el mencionado *Dictamen 06/2014*, recoge algunos contextos en los que puede apreciarse la concurrencia de intereses legítimos del responsable: el ejercicio del derecho de libertad de expresión o información; la prospección comercial y otras formas de comercialización o publicidad; la ejecución de demandas legales, incluido el cobro de deudas mediante procedimientos extrajudiciales; la prevención del fraude, uso indebido de servicios o blanqueo de dinero; la supervisión de los empleados con fines de seguridad o de gestión; los canales internos de denuncias; la seguridad física y la seguridad de la red; el tratamiento con fines históricos, científicos o estadísticos; el tratamiento con fines de investigación (incluida la investigación de mercado); reutilización de datos de fuentes públicas. Y también menciona ámbitos en los que pueden operar intereses legítimos de terceros como la publicación de datos con fines de transparencia y responsabilidad o la investigación histórica u otro tipo de investigación científica.

⁸⁰ Vid. GT29: *Dictamen 06/2014 sobre el concepto de interés legítimo*, cit., p. 30. Sobre esta causa de legitimación se ha pronunciado en diferentes ocasiones el TJUE: Sentencia de 24 de noviembre de 2011, C-468/10 y C-460/10, *Asociación Nacional de Establecimientos Financieros de Crédito (ASNEF) y Federación de Comercio Electrónico y Marketing Directo (FECEMD)*, en la que analiza la normativa española de transposición del artículo 7, letra f) de la Directiva 95/46/CE; Sentencia de 13 de mayo de 2014, C131/12, *Google Spain SL & Google Inc. vs Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) & Mario Costeja González*; Sentencia de 4 de mayo de 2017, C-13/16, *Rigas Satskime*, que fija cuáles son los requisitos para que

41. Esta base legitimadora podrá justificar el tratamiento de datos personales para determinadas finalidades (personalización de contenidos, prevención del fraude, envío comunicaciones de carácter promocional, publicidad dirigida y presentación de ofertas relevantes...), pero su indeterminación y limitaciones hacen que no sea la más conveniente en la mayor parte de los casos en los que se accede a contenidos y servicios digitales a cambio de datos, dado que no basta con la concurrencia de un interés legítimo sino que es necesario que prevalezca sobre los intereses, derechos o libertades fundamentales del interesado. Por tanto, será necesario realizar en cada caso concreto un juicio de ponderación para poder determinar la prevalencia o no del interés legítimo; ponderación que deberá tener en cuenta no sólo la incidencia del tratamiento en los derechos y libertades del afectado, sino también en sus propios intereses⁸¹, y será especialmente cualificada cuando el afectado sea un menor. El considerando 47 RGPD pone en relación esta ponderación con las expectativas razonables de los interesados basadas en su relación con el responsable del tratamiento⁸²: «tal interés legítimo podría darse, por ejemplo, cuando existe una relación pertinente y apropiada entre el interesado y el responsable, como en situaciones en las que el interesado es cliente o está al servicio del responsable». No obstante, incluso en estos casos se indica que cabe apreciar la prevalencia de los intereses y derechos del afectado cuando se proceda al tratamiento de sus datos en circunstancias en que no espere razonablemente que vaya a realizarse un tratamiento ulterior⁸³. Si realizada la ponderación entre ambos intereses, del responsable y de los interesados, el resultado es dudoso, cabe articular una serie de garantías adicionales, cuyo cumplimiento o concurrencia pueden acabar inclinando la balanza a favor de unos intereses u otros. El GT29, a título orientativo, menciona algunas posibles garantías adicionales, dirigidas a impedir un impacto indebido sobre los interesados:

- i. Medidas técnicas y organizativas para garantizar que los datos no puedan utilizarse con el fin de adoptar medidas o emprender otras acciones en relación con las personas («separación funcional» como es, con frecuencia, el caso en el contexto científico);
- ii. Uso extensivo de técnicas de anonimización;
- iii. Agregación de datos;
- iv. Tecnologías de protección de la intimidad, protección de la privacidad desde el diseño, evaluaciones del impacto relativo a la protección de datos y a la intimidad;
- v. Aumento de la transparencia;
- vi. Derecho general e incondicional de exclusión voluntaria;
- vii. Portabilidad de los datos y medidas relacionadas para capacitar a los interesados.

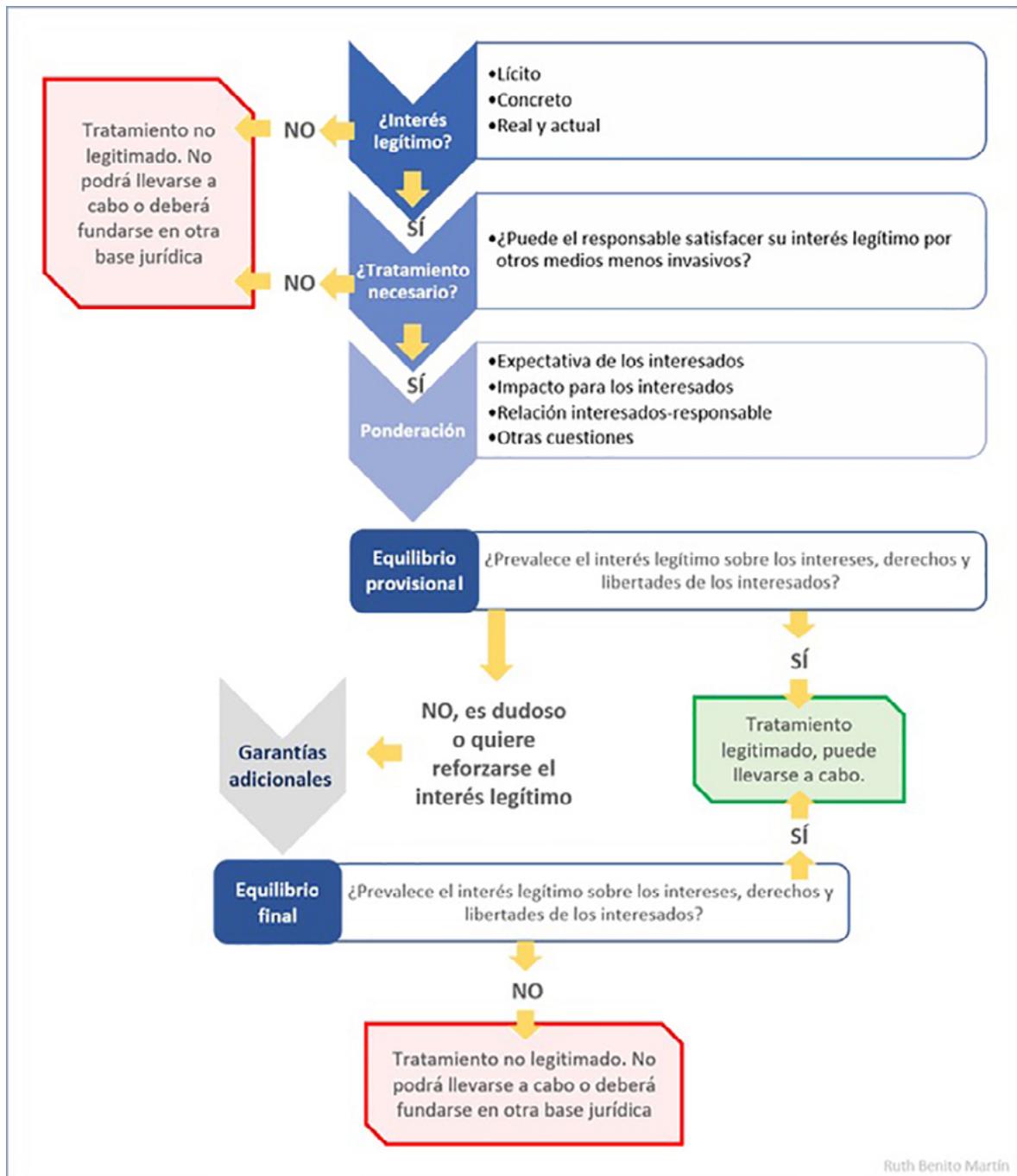
un tratamiento conforme al art. 7, letra f) de la Directiva 95/46/CE pueda resultar lícito; y, recientemente, Sentencia de 29 de julio de 2019, C-40/17, *Fashion ID GmbH & Co.KG vs. Verbraucherzentrale NRW eV*, que establece la necesidad, en caso de corresponsabilidad, de que cada responsable del tratamiento persiga un interés legítimo.

⁸¹ «El concepto de “intereses” de los afectados se define incluso de manera más amplia, puesto que no requiere el elemento de “legitimidad”. Si el responsable del tratamiento o la tercera parte pueden perseguir cualquier interés, siempre que no sea ilegítimo, el interesado a su vez tendrá derecho a que se tengan en cuenta todas las categorías de intereses que le afecten y a que se ponderen en relación con los intereses del responsable del tratamiento o la tercera parte» (así GT29, en su *Dictamen 06/2014*).

⁸² El GT29 (*Dictamen 06/2014*) advierte: «Los factores que deben considerarse cuando se efectúe dicha prueba de sopesamiento comprenderán: - la naturaleza y la fuente del interés legítimo, y si el tratamiento de datos es necesario para el ejercicio de un derecho fundamental, resulta de otro modo de interés público o se beneficia del reconocimiento de la comunidad afectada; - la repercusión para el interesado y sus expectativas razonables sobre qué sucederá con sus datos, así como la naturaleza de los datos y la manera en la que sean tramitados; - las garantías adicionales que podrían limitar un impacto indebido sobre el interesado, tales como la minimización de los datos, las tecnologías de protección de la intimidad, el aumento de la transparencia, el derecho general e incondicional de exclusión voluntaria y la portabilidad de los datos.»

⁸³ Además del *Dictamen 06/2014* del GT29 anteriormente mencionado, como señala F.J. SEMPERE NAVARRO, “Interés legítimo en el tratamiento de datos: análisis, ponderación y supuestos prácticos”, *Privacidad Lógica*, 5 de marzo de 2019 (<http://www.privacidadlogica.es/interes-legitimo-en-el-tratamiento-de-datos-analisis-ponderacion-y-supuestos-practicos/>), otro documento aporta elementos de interés para realizar esta ponderación: la *Guía de la Autoridad de Protección de Datos de Reino Unido*, INFORMATION COMMISSIONER’S OFICCE (ICO) de 2018, accesible en <https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection/>.

42. Ilustrativa resulta la siguiente infografía sobre los pasos a seguir para la determinación del interés legítimo como base legitimadora⁸⁴:



⁸⁴ Realizada por R. BENITO MARTÍN: “Examen del interés legítimo como base del tratamiento de datos”, *Blog Con la venia, señorías*, accesible en <https://conlaveniasenorias.com/2017/08/31/examen-del-interes-legitimo-como-base-del-tratamiento-de-datos/>, 31 de agosto de 2017.

43. El recurso al interés legítimo como base de licitud de determinadas finalidades del tratamiento de datos personales es frecuente en los clausulados y políticas de privacidad de los proveedores de contenidos digitales, como puede observarse en su empleo por algunas de las principales empresas proveedoras de prestaciones digitales: redes sociales (*Facebook e Instagram/ WhatsApp*⁸⁵); descarga

⁸⁵ *Facebook - Instagram* (https://www.facebook.com/about/privacy/legal_bases) y *WhatsApp* (<https://www.whatsapp.com/legal/?eea=1#how-we-process-your-information>): «En ciertos casos, nos adherimos a las bases jurídicas siguientes a la hora de tratar tus datos: Nuestros intereses legítimos, o los de un tercero, en aquellos casos en los que no entren en conflicto con tus intereses o derechos y libertades fundamentales:

- En el caso de personas menores de edad (menores de 18 años en la mayoría de los países de la Unión Europea), cuya capacidad para formalizar un contrato válido es limitada, no podemos tratar sus datos personales aduciendo motivos de necesidad contractual. No obstante, cuando estas personas usan nuestros Servicios, nuestros intereses legítimos se basan en los fundamentos siguientes:
- Proporcionar, personalizar y mejorar los productos de *Facebook*. En el caso de personas que no hayan alcanzado la edad de consentimiento establecida en el estado miembro en el que residan, modificamos nuestros Productos de *Facebook* para garantizar la aplicación de protección especial y restringimos el acceso a ciertas funciones en relación con los datos que usamos para seleccionar los anuncios. Esto incluye el tratamiento de la información que las personas que no han alcanzado la edad de consentimiento nos autorizan a recibir a través de la configuración que aplican en sus dispositivos para proporcionar las funciones y los servicios a los que afectan dichos ajustes.
- Fomentar la seguridad, la integridad y la protección, incluido el uso de las herramientas específicas necesarias para luchar contra las amenazas que puedan acechar a las personas menores de edad.
- Facilitar vías de comunicación sin fines de comercialización para tratar los problemas que puedan surgir en relación con el servicio de atención al cliente y los productos.

Nuestros intereses legítimos a la hora de llevar a cabo el tratamiento de datos correspondiente se basan en los siguientes fundamentos:

- Crear, proporcionar, fomentar y mantener funciones y productos innovadores que permitan a los menores de edad expresarse, comunicarse, descubrir contenido, interactuar con la información y las comunidades que correspondan a sus intereses, crear comunidades y usar las herramientas y funciones que fomenten su bienestar.
- Mantener la seguridad de nuestra plataforma y nuestra red, verificar las cuentas y la actividad en estas, luchar contra las conductas perjudiciales, detectar y prevenir el spam y otras experiencias negativas, proteger los productos de las empresas de *Facebook* frente al contenido nocivo e inapropiado, investigar las actividades sospechosas y el incumplimiento de nuestras políticas y condiciones, y garantizar la seguridad de los menores de edad, tomando las medidas necesarias para impedir la explotación o cualquier otro tipo de daño ante el cual estas personas puedan ser particularmente vulnerables.
- Para todas las personas, incluidos los menores de edad:
- Para el aprovisionamiento de servicios de medición, análisis y de cualquier otro tipo para empresas, en los que somos responsables del tratamiento de los datos en calidad de controladores. Nuestros intereses legítimos a la hora de llevar a cabo el tratamiento de datos correspondiente se basan en los siguientes fundamentos:
 - Crear, proporcionar, fomentar y mantener funciones y productos innovadores que permitan a los menores de edad expresarse, comunicarse, descubrir contenido, interactuar con la información y las comunidades que correspondan a sus intereses, crear comunidades y usar las herramientas y funciones que fomenten su bienestar.
 - Mantener la seguridad de nuestra plataforma y nuestra red, verificar las cuentas y la actividad en estas, luchar contra las conductas perjudiciales, detectar y prevenir el spam y otras experiencias negativas, proteger los productos de las empresas de *Facebook* frente al contenido nocivo e inapropiado, investigar las actividades sospechosas y el incumplimiento de nuestras políticas y condiciones, y garantizar la seguridad de los menores de edad, tomando las medidas necesarias para impedir la explotación o cualquier otro tipo de daño ante el cual estas personas puedan ser particularmente vulnerables.
- Para todas las personas, incluidos los menores de edad:
 - Para el aprovisionamiento de servicios de medición, análisis y de cualquier otro tipo para empresas, en los que somos responsables del tratamiento de los datos en calidad de controladores. Nuestros intereses legítimos a la hora de llevar a cabo el tratamiento de datos correspondiente se basan en los siguientes fundamentos:
 - Proporcionar informes precisos y fiables a nuestros anunciantes, desarrolladores y socios para garantizar la exactitud de los datos facilitados en cuanto a precios y estadísticas de rendimiento, y demostrar el valor que obtienen nuestros socios a través de los productos de las empresas de *Facebook*.
 - En interés de los anunciantes, desarrolladores y socios, ayudarles a comprender a sus clientes y mejorar sus empresas, validar nuestros modelos de precios y evaluar la eficacia de su publicidad y su contenido en internet, dentro y fuera de los productos de las empresas de *Facebook*.
 - Para el envío de comunicaciones de marketing que te hacemos llegar. Nuestros intereses legítimos a la hora de llevar a cabo el tratamiento de datos correspondiente se basan en los siguientes fundamentos:
 - Promocionar los productos de las empresas de *Facebook* y llevar a cabo nuestras tareas de marketing directo.
 - Para la realización de tareas de investigación e innovación en aras del bienestar social. Nuestros intereses legítimos a la hora de llevar a cabo el tratamiento de datos correspondiente se basan en el siguiente fundamento:
 - Divulgar el conocimiento académico y de vanguardia sobre temas de relevancia social para contribuir a mejorar nuestra sociedad y el mundo en el que vivimos.
 - Para compartir información con terceros, incluidas las fuerzas del orden, y responder a requerimientos legales. Nues-

de contenidos y servicios digitales (*Google*⁸⁶ y *Apple*⁸⁷); plataforma de música en *streaming* (*Spotify*⁸⁸); plataforma de servicios *cloud* (*Dropbox*⁸⁹).

tros intereses legítimos a la hora de llevar a cabo el tratamiento de datos correspondiente se basan en los siguientes fundamentos:

- Para detectar, impedir y abordar casos de fraude, uso no autorizado de los productos de las empresas de *Facebook*, incumplimiento de nuestras políticas o condiciones, así como otras actividades perjudiciales o ilegales; para protegernos (incluidos nuestros derechos, nuestras propiedades o nuestros Productos), así como para proteger a nuestros usuarios o a otras personas, también como parte de investigaciones o consultas de tipo regulatorio; y para evitar la muerte o daños físicos inminentes.»

⁸⁶ *Google* (<https://policies.google.com/privacy>): «Tratamos tu información para alcanzar nuestros intereses legítimos y los de terceros y, al mismo tiempo, aplicamos medidas de protección adecuadas para garantizar tu privacidad. Esto significa que tratamos tu información con los siguientes objetivos:

- Proporcionar, mantener y mejorar nuestros servicios para satisfacer las necesidades de nuestros usuarios.
- Desarrollar productos y funciones nuevos que sean útiles para nuestros usuarios.
- Saber cómo utilizan los usuarios nuestros servicios para garantizar y mejorar su rendimiento.
- Personalizar nuestros servicios para ofrecerte una mejor experiencia de usuario.
- Promocionar nuestros servicios entre los usuarios. *Google* muestra publicidad, lo que permite que muchos de sus servicios sean gratuitos (en el caso de los anuncios personalizados, pedimos tu consentimiento).
- Detectar, prevenir o solucionar de otra forma fraudes, abusos y problemas de seguridad o técnicos relacionados con nuestros servicios.
- Proteger a *Google*, a nuestros usuarios y al público en general de daños a sus derechos y propiedades o a su seguridad en la medida exigida o permitida por la ley, lo que incluye la revelación de información a autoridades gubernamentales.
- Llevar a cabo investigaciones que mejoren nuestros servicios para los usuarios y beneficien al público en general.
- Cumplir las obligaciones con nuestros *partners*, como desarrolladores y titulares de derechos.
- Responder a reclamaciones legales, incluida la investigación de posibles infracciones de las condiciones de servicio aplicables.»

⁸⁷ *Apple* (<https://www.apple.com/es/legal/privacy/es/>): En este caso, la entidad no especifica la concreta base legal, con carácter general indica: «Podemos procesar tus datos de carácter personal: para los fines descritos en esta Política de Privacidad, con tu consentimiento, para cumplir con un mandato legal al que esté sujeto *Apple*, para cumplir un contrato del que tú formas parte, para proteger tus intereses vitales, o si consideramos que es necesario para los intereses legítimos de *Apple* o un tercero al que haya que revelar información. Si tienes preguntas sobre esta base legal, puedes contactar con el Delegado de Protección de Datos europeo.»

Cabe deducir, aunque no se recoge expresamente, que el interés legítimo está presente en las siguientes finalidades:

- «Los datos de carácter personal que recogemos nos permiten mantenerte informado acerca de los productos más recientes de *Apple*, las actualizaciones de software disponibles y los próximos eventos. Si no deseas formar parte de la lista de distribución, puedes darte de baja en cualquier momento actualizando tus preferencias.»
- «Asimismo, utilizamos los datos de carácter personal como ayuda para crear, desarrollar, gestionar, entregar y mejorar nuestros productos, servicios, contenidos y anuncios publicitarios, y con el propósito de evitar pérdidas y fraudes. Puede que también usemos tu información personal con motivos de seguridad de red y cuenta como, por ejemplo, para proteger nuestros servicios para el beneficio de todos nuestros usuarios y la evaluación o revisión previa de contenidos cargados para detectar posibles contenidos ilegales, incluidos los materiales de explotación sexual infantil. Si utilizamos tus datos con el fin de luchar contra el fraude, será debido a una conducta determinada detectada en una transacción online con *Apple*. Limitamos el uso de los datos para luchar contra el fraude a los casos estrictamente necesarios y dentro de nuestros intereses legítimos de proteger a nuestros clientes y servicios. En ciertas transacciones online también es posible que validemos la información que nos hayas proporcionado mediante nuestras fuentes de acceso público.»

⁸⁸ *Spotify* (<https://www.spotify.com/es/legal/privacy-policy/>): La plataforma recoge simultáneamente como bases legitimadoras la ejecución de un contrato (art. 6.1.b RGPD) y el interés legítimo (art. 6.1.f RGPD) para las siguientes finalidades:

- «Proporcionar, personalizar y mejorar su experiencia con el Servicio *Spotify* y otros servicios y productos proporcionados por *Spotify*, por ejemplo, proporcionando contenido personalizado, a medida o localizado, recomendaciones, funciones y publicidad dentro o fuera del Servicio *Spotify* (incluidos para productos y servicios de terceros).
- Comprender cómo acceder y utilizar el Servicio *Spotify* para asegurar la funcionalidad técnica del Servicio *Spotify*, desarrollar nuevos productos y servicios, y analizar su uso del Servicio *Spotify*, incluyendo su interacción con las aplicaciones, publicidad, productos y servicios que están disponibles, vinculados u ofrecidos a través del Servicio *Spotify*.
- Comunicarse con usted para fines relacionados con el Servicio *Spotify*.
- Procesar su pago para prevenir o detectar fraudes, incluyendo pagos fraudulentos y uso fraudulento del Servicio *Spotify*.»

Utiliza como bases legitimadoras tanto el consentimiento (art. 6.1.a RGPD) como el interés legítimo (art. 6.1.f RGPD) para la siguiente finalidad: «Comunicarse con usted, ya sea directamente o a través de uno de nuestros socios, para: marketing, investigación, participación en encuestas, concursos, sorteos y promociones, a través de mensajes de correo electrónico, notificaciones u otros mensajes, conforme a los permisos que puede habernos comunicado (p. ej., a través de la página Configuración de cuenta).»

⁸⁹ *Dropbox* (<https://help.dropbox.com/es-es/accounts-billing/security/privacy-policy-faq>): «*Dropbox* procesa tus datos (1) para proporcionarte los Servicios de *Dropbox* conforme a nuestro contrato contigo; (2) en cumplimiento de sus intereses legítimos en relación con el funcionamiento de nuestros Servicios y negocio; y (3) con tu consentimiento. Entre los ejemplos de cómo procesa *Dropbox* tus datos en cumplimiento de sus intereses legítimos en lo relativo al funcionamiento de nuestros Servicios y negocio se incluyen los siguientes:

4. Datos de categoría especial (art. 9 RGPD)

44. *¿Quid* cuando el consumidor facilita o se compromete a facilitar el tratamiento de datos de categoría especial para finalidades diferentes al suministro de contenidos o servicios digitales?, ¿resulta alterada la base de legitimación en los contratos en los que el consumidor facilita datos biométricos, genéticos, de salud, ideología...? Pensemos en contenidos o servicios digitales que solicitan datos de las siguientes categorías:

- i. Datos de geolocalización o ubicación, que pueden revelar información especialmente sensible sobre ideología, creencias religiosas, condiciones de salud y permitir la elaboración de perfiles o de decisiones automatizadas⁹⁰.
- ii. Grabaciones de asistentes virtuales de voz (Siri, *Google Home*, Alexa⁹¹...) o captación de sonidos realizada por aplicaciones móviles (aplicación móvil appLALIGA) puede igualmente revelar datos de esta índole e impactar en otros ámbitos de la esfera privada de las personas.
- iii. Datos biométricos, como los que pueden extraerse a partir de fotografías o videos facilitados por los usuarios, por la ultimamente viral aplicación rusa *FaceApp*, que supuestamente imagina el envejecimiento, o la china *Zao*, que superpone la imagen de la cara de una persona a la de un famoso en una serie o película.
- iv. Datos de salud, como el ritmo cardiaco registrado por dispositivos de entrenamiento o seguimiento de la salud.

45. En tales supuestos, debe, además, cumplirse una de las circunstancias previstas en el artículo 9.2 RGPD que exceptúan la prohibición general de tratamiento de estos datos de categoría especial contenida en el número primero del precepto, a saber: consentimiento explícito del interesado; cumplimiento de obligaciones y el ejercicio de derechos específicos en el ámbito del Derecho laboral y de la seguridad y protección social; protección de intereses vitales del interesado o de otra persona física, actividades legítimas y con las debidas garantías realizadas por una fundación, una asociación o cualquier otro organismo sin ánimo de lucro, cuya finalidad sea política, filosófica, religiosa o sindical, siempre que el tratamiento se refiera exclusivamente a los miembros actuales o antiguos de tales organismos o a personas que mantengan contactos regulares con ellos en relación con sus fines y siempre

-
- Comprender cómo utilizas nuestros Servicios y mejorarlos.
 - Promover los Servicios de Dropbox más relevantes para tus intereses.
 - Investigar y evitar que se produzcan incidencias de seguridad, infracciones en los Servicios de Dropbox o abusos a usuarios de *Dropbox*.»

⁹⁰ Junto con aplicaciones propiamente de localización (*Google Maps*, Mapas, *Waze*...) numerosas utilizan datos de este tipo: deportivas como *Strava*, *Movescount*...; de transporte como *Uber*, *Cabify*...; para tarjetas y billetes de avión y tren como *Passbook* y *Wallet*; redes sociales como *Facebook*, *Twitter*, *Instagram*, *YouTube*, *WhatsApp*...; aplicaciones de *Google*, incluidas *Chrome*, Fotos, Música, Películas, *Store*...; la cámara y la galería; el reloj y el calendario

⁹¹ Según la política de privacidad de *Apple* (<https://www.apple.com/es/legal/privacy/es/>): «Siri está diseñado para que aprenda todo lo posible sin conexión, directamente en tu dispositivo. Las búsquedas y peticiones no se asocian a tu ID de *Apple*, sino que se vinculan a un identificador aleatorio compuesto por una larga secuencia de letras y números». Accesible en <https://www.apple.com/es/legal/privacy/es/>. Por su parte, *Google* advierte: «*Google Home* escucha pequeños fragmentos (unos segundos) para detectar la palabra activa. Si no la encuentra, la información permanece en tu dispositivo y los fragmentos se eliminan. Cuando *Google Home* detecta que has escrito "Ok Google" u "Hey Google" o que has pulsado la parte superior del dispositivo *Google Home*, los LED del dispositivo se iluminan para indicarte que *Google Home* registra lo que dices y envía esa grabación (incluida la grabación de la palabra activa de pocos segundos) a *Google* para satisfacer tu solicitud. Puedes eliminar estas grabaciones a través de Mi actividad en cualquier momento. Si utilizas tu voz para interactuar con el Asistente, es posible que usemos el texto de esas interacciones para obtener información sobre tus intereses y personalizar los anuncios. Puedes revisar tus ajustes de *Google* siempre que quieras para controlar los anuncios que ves e incluso para inhabilitar la personalización de anuncios por completo». Accesible en <https://support.google.com/googlenest/topic/7173611?hl=es>. Según *Amazon*: «Cuando le hablas a Alexa, una grabación de lo que le has preguntado se envía a los servidores de *Amazon* para que nuestros sistemas de reconocimiento de voz y comprensión del lenguaje natural puedan procesar y responder a tu petición. Asociamos tus solicitudes con tu cuenta *Amazon* para que puedas acceder a otros servicios de Amazon (por ejemplo, para que puedas pedirle a Alexa que te lea tus libros *Kindle*) y ofrecerte una experiencia más personalizada (por ejemplo, hacer un seguimiento de las canciones que hayas escuchado ayudará a Alexa a elegir qué canciones reproducir cuando le digas "Alexa, pon música")». Accesible en <https://www.amazon.es/gp/help/customer/display.html/?nodeId=GA7E98TJFEJLYSFR>.

que los datos personales no se comuniquen fuera de ellos sin el consentimiento de los interesados; datos personales que el interesado ha hecho manifiestamente públicos; formulación, ejercicio o la defensa de reclamaciones o cuando los tribunales actúen en ejercicio de su función judicial; interés público esencial, sobre la base del Derecho de la Unión o de los Estados miembros; fines de medicina preventiva o laboral, evaluación de la capacidad laboral del trabajador, diagnóstico médico, prestación de asistencia o tratamiento de tipo sanitario o social, o gestión de los sistemas y servicios de asistencia sanitaria y social; razones de interés público en el ámbito de la salud pública; y fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos. Eso sí no se debe perder de vista que el hecho de que sea aplicable una circunstancia del artículo 9.2 RGDPR no elimina que el responsable deba de asegurarse de que concurre al mismo tiempo una base de tratamiento general del artículo 6. Las causas legitimadoras del artículo 6 y las circunstancias del artículo 9 se aplican conjuntamente, cada una en su propio ámbito⁹².

46. En la mayor parte de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, las circunstancias (entre las que no figura ni la necesidad del tratamiento para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte o para la aplicación a petición de este de medidas precontractuales *ex* artículo 6.1.b, ni para la satisfacción del interés legítimo del responsable o de un tercero *ex* artículo 6.1.f) que podrán justificar que el consumidor pueda comprometerse a facilitar datos de categoría especial del artículo 9 RGDPR serán el consentimiento, un consentimiento aún más reforzado al que se le añade la condición de que sea explícito, o el tratarse de datos que se han hecho manifiestamente públicos⁹³. No obstante, el tratamiento de categorías especiales de datos personales en virtud del consentimiento explícito no es una base aplicable en todo caso, dado que el RGDPR permite que «el Derecho de la Unión o de los Estados miembros establezca que la prohibición mencionada en el apartado 1 no puede ser levantada por el interesado» (art. 9.2.a RGDPR)⁹⁴. Precisamente, esta habilitación ha permitido que la LOPDGDG establezca que «a fin de evitar situaciones discriminatorias, el solo consentimiento del afectado no bastará para levantar la prohibición del tratamiento de datos cuya finalidad principal –no accesoria– sea identificar su ideología, afiliación sindical, religión, orientación sexual, creencias u origen racial o étnico» (art. 9.1 LOPDGDG). Por tanto, el consentimiento explícito sólo puede legitimar los tratamientos de algunas categorías especiales como datos de salud, datos genéticos y datos biométricos. Conviene, pues, a la vista de estas especialidades nacionales, llamar la atención sobre clausulados de empresas que operan en todo el ámbito europeo y que, como es el caso de *Facebook e Instagram*⁹⁵, justifican en el consentimiento: el «tratamiento de datos de categorías especiales (como creencias religiosas, ideologías políticas, qué personas te interesan o información sobre tu salud, si compartes estos datos en los acontecimientos importantes o los distintos campos de tu perfil de *Facebook*), de modo que podamos compartirlos con quien determines y personalizar tu contenido»; también *Google* especifica que solicitará el consentimiento explícito para

⁹² Así lo señala expresamente el GT29 en sus *Directrices sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a los efectos del Reglamento 2016/679*, de 3 de octubre de 2017, revisadas el 6 de febrero de 2018, pág. 16: «C. Artículo 9 - Categorías especiales de datos: “Los responsables del tratamiento solo pueden tratar datos personales de categoría especial si se cumplen una de las condiciones previstas en el artículo 9, apartado 2, así como una condición del artículo 6. Esto incluye datos de categoría especial derivados o inferidos de la actividad de la elaboración de perfiles. Esta actividad puede crear datos de categoría especial por inferencia a partir de datos que no pertenecen a una categoría especial por derecho propio pero que entran en ella al combinarse con otros datos. Por ejemplo, es posible inferir el estado de salud de una persona a partir de los registros de su compra en combinación con datos sobre la calidad y el contenido energético de los alimentos. Pueden hallarse correlaciones que indiquen algo sobre la salud, las convicciones políticas, las creencias religiosas o la orientación sexual de las personas, como demuestra el siguiente ejemplo: Ejemplo: Un estudio combinó los «me gusta» de *Facebook* con información limitada procedente de encuestas y halló que los investigadores predijeron con exactitud la orientación sexual de un usuario varón en el 88 % de los casos; el origen étnico de un usuario en el 95 % de los casos; y si un usuario era cristiano o musulmán en el 82 % de los casos. »

⁹³ Vid. J. A. MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, “El tratamiento de los datos personales que el interesado hubiese hecho manifiestamente públicos. Especial atención a las Redes Sociales”, *Actualidad Civil*, Nº 5, 2018.

⁹⁴ Como también es potestad de los Estados miembros mantener o introducir condiciones adicionales, inclusive limitaciones, con respecto al tratamiento de datos genéticos, datos biométricos o datos relativos a la salud (art. 9.4 RGDPR).

⁹⁵ Accesible en https://www.facebook.com/about/privacy/legal_basesel_fecha_de_sobre_cookies_de_18web_citados_en_este_trabajo_se_ha_realizado_el_15_de_diciembre_de_2019.forme_sobre_cookies_de_18.

compartir cualquier información personal sensible, aclarando que «esta información personal se incluye en una categoría especial por estar relacionada con datos médicos de carácter confidencial, información sobre raza u origen étnico, creencias religiosas, ideología política o sexualidad».

V. Algunas conclusiones

47. La delimitación de la licitud de tratamiento de datos personales en los contratos cubiertos por la DCDig., en lo que el consumidor facilita datos al empresario para su tratamiento *con finalidades distintas al suministro o al cumplimiento de obligaciones legales a cambio de acceder a contenidos o servicios digitales*, plantea enorme complejidad en el actual ecosistema digital, caracterizado por su estandarización y predisposición.

48. Reconocida por la DCDig. la reciprocidad de prestaciones en estos contratos, el tratamiento de tales datos sería lícito por ser necesario para el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el consumidor titular de los datos y, en consecuencia, necesario para la ejecución del contrato (art. 6.1.b RGPD). En estos casos, la autorización por el consumidor del tratamiento de sus datos personales se inserta en el propio consentimiento contractual, sin posibilidad de libre revocación conforme al artículo 7.3 RGPD, por lo que el foco de atención debería desplazarse a los instrumentos de protección del consumidor (transparencia, cláusulas abusivas, desistimiento...) conectados con los principios aplicables a cualquier tratamiento de datos conforme al RGPD. No obstante, esta contemplación de la cuestión se opone frontalmente a la interpretación realizada por las instancias y autoridades europeas de protección de datos que reiteradamente abogan por una lectura de los términos de “necesidad” y “ejecución contractual” estricta y unilateral, esto es, desde óptica de la adecuación del tratamiento de los datos al cumplimiento de las prestaciones asumidas por el proveedor de contenidos o servicios digitales.

49. Un entendimiento más acorde con la tradicional visión del derecho a la protección de datos, como poder de control y de disposición sobre la propia información personal, conduce a legitimar tal injerencia del proveedor en la esfera personal de consumidor sobre la base del consentimiento del propio titular de los datos. Lo que, al margen de la necesidad de distinguir netamente el consentimiento contractual y el consentimiento para el tratamiento de datos, así como las implicaciones contractuales que han quedado expuestas, la cuestión a responder, dado el estándar más exigente del consentimiento derivado del RGPD, es si realmente, en el escenario de la contratación de prestaciones digitales, al aceptar términos predispuestos nos encontramos ante consentimientos al tratamiento de los propios datos personales derivados de una verdadera y adecuada manifestación de voluntad por la que el consumidor realmente ejerza el control de su información personal y cuenta con libertad de elección⁹⁶. El consentimiento implica control, libertad por parte del titular, si este no tiene realmente libertad de elección, su consentimiento no será libre, ni válido. Además, en estos supuestos basados en términos y condiciones generales impuestas unilateralmente, con frecuencia existe confusión entre:

- a. Aceptar que se ha recibido la información preceptiva en protección de datos (“*accountability*”).
- b. Autorizar el tratamiento de datos personales (“consentimiento” *ex* 6.1.a RGPD)⁹⁷.
- c. Consentir el vínculo contractual.

⁹⁶ Vid. J. LÓPEZ CALVO, “Las crecientes exigencias del consentimiento y el control institucional del clausulado en protección de datos”, *Diario La Ley*, Nº 10, Sección Ciberderecho, 11 de Septiembre de 2017.

⁹⁷ Ilustrativo en este sentido pueden ser los mecanismos de obtención del consentimiento reseñados en la *Guía AEPD sobre cookies*, publicada en noviembre 2019 (accesible en <https://www.aepd.es/media/guias/guia-cookies.pdf>). Entre otros, la *Guía* recoge los siguientes: a) la obtención del consentimiento al solicitar el alta en un servicio, siempre que este consentimiento esté separado y no se agrupe con la aceptación de los términos y condiciones de uso de la página web, de su política de privacidad o de las condiciones generales del servicio; b) Durante el proceso de configuración del funcionamiento de la página web o aplicación, en el momento de la elección o especificación por parte del usuario de las características, quedando el consentimiento integrado en la elección del usuario; c) Bajo determinadas condiciones, a través de plataformas de gestión del consentimiento (consent management platform o CMP); d) Antes del momento en que se vaya a descargar un servicio o aplicación ofrecido,

50. El recurso al interés legítimo como base legitimadora de determinadas finalidades distintas al suministro de contenidos y servicios digitales es frecuente en los clausulados y políticas de privacidad de los proveedores de prestaciones digitales, no obstante el área de riesgo en el empleo de esta causa de licitud es elevada cuando no resulta claro, como suele suceder, cuáles son los intereses legítimos que hipotéticamente pueden legitimar el tratamiento de sus datos o es cuestionable el proceso de ponderación entre el interés legítimo del responsable o de terceros y los intereses, derechos y libertades de los consumidores.

51. El análisis de los clausulados de privacidad de las principales plataformas tecnológicas pone de manifiesto que el tratamiento de datos personales a cambio del acceso a contenidos y servicios digitales sigue las directrices interpretativas de las autoridades europeas en cuanto a basar en la ejecución contractual principalmente el tratamiento de datos acorde a la prestación del servicio ofrecido (otra cuestión a valorar sería la observancia del principio de minimización, en cuanto a la adecuación, pertinencia y limitación a los datos necesarios), recurriendo, principalmente, al consentimiento y al interés legítimo del responsable o de terceros para finalidades diferentes al propio suministro. No obstante, de una comparativa de los clausulados utilizados en este trabajo pueden extraerse varias conclusiones:

- El uso de los datos para idéntica finalidad es soportado por bases legitimadoras no coincidentes entre las diferentes plataformas y operadores;
- Se recurre cumulativa e indistintamente por un mismo responsable a varias bases de legitimación del tratamiento de datos para justificar una misma finalidad;
- No siempre resulta evidente que la obtención del consentimiento se verifique separadamente para cada tratamiento basado en el mismo, así como por cada uno de los responsables que vayan a tratar autónomamente los datos personales así recogidos, dado que el permitir que terceros traten la información personal implica corresponsabilidad (STJUE de 29 de julio de 2019, C40/17, *Fashion ID*)⁹⁸;
- La obtención del servicio queda en ocasiones supeditada a la autorización para el tratamiento de datos personales;
- Cabe dudar, en ocasiones, de la prevalencia del interés legítimo del responsable o de terceros sobre los intereses, derechos y libertades de los consumidores, especialmente tratándose de menores de edad.

52. Pero, probablemente, la principal conclusión que puede extraerse de este análisis es que la concreción de la base jurídica que, conforme a las previsiones del artículo 6 RGPD, da soporte a los tratamientos derivados de contratos a los que resulta aplicable la DCDig., particularmente de aquellos datos facilitados para ser tratados con finalidades distintas al suministro de contenidos o servicios digi-

siempre que no se condicionen el acceso a la aplicación o servicio al consentimiento... No obstante, resulta llamativa una precisión que contiene la *Guía* respecto de las *cookies wall*, es decir, aquellas que impiden el acceso a un contenido a menos que se acepte. La AEPD considera que son lícitas, salvo en el caso de que «el usuario desee ejercitar un derecho que le está legalmente reconocido (por ejemplo, la baja en un servicio telefónico, de acceso a Internet o de otro tipo) y la aplicación o servicio es el único medio facilitado». Mucho más acertado resulta, a mi modo de ver, el criterio de la Autoridad de control francesa, la COMMISSION NATIONALE DE L'INFORMATIQUE ET DES LIBERTÉS (CNIL), en su informe sobre cookies de 18 de julio de 2019: «la pratique qui consiste à bloquer l'accès à un site web ou à une application mobile pour qui ne consent pas à être suivi (*cookie walls*) n'est pas conforme au RGPD». Vid. *Délibération n° 2019-093 du 4 juillet 2019 portant adoption de lignes directrices relatives à l'application de l'article 82 de la loi du 6 janvier 1978 modifiée aux opérations de lecture et écriture dans le terminal d'un utilisateur (notamment aux cookies et autres traceurs)*, accesible en <https://www.legifrance.gouv.fr/>.

⁹⁸ Resuelve una cuestión prejudicial planteada a raíz del hecho de que *Fashion ID*, empresa de comercio electrónico dedicada a la venta de prendas de vestir, tenga insertado en su sitio de Internet el botón “me gusta” de *Facebook*, de modo que cuando un visitante consulta el sitio de *Fashion ID*, se transmiten a *Facebook Ireland* datos personales de ese visitante, sin que sea consciente de ello y con independencia de si es miembro de la red social *Facebook* o de si clicó en el botón «me gusta» de *Facebook*, concluyendo el TJUE que «el administrador de un sitio de Internet, como *Fashion ID*, que inserta en dicho sitio un módulo social que permite que el navegador del visitante de ese sitio solicite contenidos del proveedor de dicho módulo y transmita para ello a ese proveedor datos personales del visitante puede ser considerado responsable del tratamiento, en el sentido del artículo 2, letra d), de la Directiva 95/46. Sin embargo, esa responsabilidad se limita a la operación o al conjunto de las operaciones de tratamiento de datos personales cuyos fines y medios determina efectivamente, a saber, la recogida y la comunicación por transmisión de datos en cuestión».

tales o al cumplimiento de requisitos legales, no es única. La variedad de finalidades para la que pueden ser utilizados los datos personales que el consumidor facilita o se compromete a facilitar al proveedor a cambio de acceder a contenidos y servicios digitales comporta que, a la vista de la interpretación dada por las instituciones europeas, contraria a equiparar tratamiento necesario para la ejecución del contrato *ex* artículo 6.1.b RGPD y tratamiento de datos ofrecidos, a modo de contraprestación, para ser tratados con finalidades distintas al suministro, deba concretarse la licitud del tratamiento de los datos personales del consumidor en atención a cada una de las finalidades pretendidas por el proveedor, pudiendo concurrir una pluralidad de bases legitimadoras que den soporte a un solo contrato amparado por la DCDig. La expresión “*datos facilitados por el consumidor para su tratamiento con finalidades distintas al suministro o al cumplimiento de obligaciones*”, que permite incardinar el contrato celebrado en el marco protector de la DCDig., debe entenderse como una expresión genérica que puede aglutinar un conjunto mayor o menor de bases de licitud en función de cuales sean las concretas finalidades. Su correcta determinación por el proveedor-responsable del tratamiento y su adecuación a la finalidad del tratamiento conforman, junto con otras, una de las principales medidas de cumplimiento normativo que derivan del principio de responsabilidad proactiva eje de todo el sistema de protección de datos articulado por el RGPD.

VOLUNTADES DIGITALES EN CASO DE MUERTE*

DIGITAL WILLS IN CASE OF DEATH

M. ESPERANÇA GINEBRA MOLINS

Profesora Titular de Derecho civil

Universidad de Barcelona

Recibido: 16.12.2019 / Aceptado: 10.01.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5229>

Resumen: La actividad cotidiana de cualquier persona deja hoy “rastros digitales”. Esto obliga a plantear: ¿Qué ocurre con nuestro “rastros digitales” cuando morimos? ¿Puede la persona prever algo al respecto?

El hecho de que en el “rastros digitales” puedan verse involucrados tanto aspectos de carácter netamente personal como patrimonial, determina que la aproximación al “rastros digitales” dejado por la persona al fallecer pueda hacerse: o bien desde una perspectiva eminentemente patrimonial-sucesoria, de la gestión y/o el destino del patrimonio digital; o bien desde una perspectiva eminentemente personal, de la protección *post mortem* de la intimidad/privacidad y/o de los datos personales tanto del fallecido como de terceros. Este doble enfoque se refleja en la práctica y también en la legislación comparada, europea y norteamericana. Más concretamente, es esta una materia en la que confluyen cuestiones de Derecho de sucesiones, de Derecho contractual y de Derecho de la persona –en particular, relativas a la protección de datos personales y a la protección de la intimidad/privacidad póstuma y de terceros–. Así, por lo que respecta al punto de vista patrimonial, si bien en principio no es posible hablar de la “herencia digital” como algo distinto de la “herencia analógica”, ello no obsta a que deban tenerse en cuenta ciertas especificidades que rodean y/o afectan a ciertos “bienes digitales”, en algún caso tributarias del Derecho de contratos.

En este contexto, la persona puede ordenar sus “voluntades digitales”, previendo disposiciones sucesorias (nombrando “sucesores digitales”) y/o no sucesorias (ya sea designando “albacea/s digital/es” o bien quien va a poder actuar en relación a la protección de sus datos personales y/o al ejercicio de las acciones de protección civil del honor, la intimidad o la imagen).

Por lo que respecta a la legislación española, la Ley catalana 10/2017, de 27 de junio, de las voluntades digitales, adopta una perspectiva esencialmente patrimonial, previendo la posibilidad de designar un “albacea digital” para que actúe ante los prestadores de servicios digitales con los que el causante tenga cuentas activas. El hecho de que la norma catalana se muestre plenamente respetuosa con el contenido del contrato suscrito entre el usuario fallecido y el prestador de servicios contrasta con las soluciones adoptadas al respecto en otros ordenamientos. Por otra parte, la regla por defecto de no acceso al “contenido” de las cuentas y archivos digitales, salvo que el causante lo haya establecido o se obtenga autorización judicial, aproxima la Ley catalana a lo previsto en otros sistemas.

En la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, confluyen tanto el enfoque personal –de la protección de datos de las personas fallecidas–, como el patrimonial –relativo a los “contenidos digitales”– (en el mal llamado “testamento digital”). Esta ley parte de la regla de acceso por defecto a los contenidos digitales o a los datos personales del fallecido, y establece una legitimación muy amplia en cuanto a facultades y demasiado extensa en cuanto a personas legitimadas, sin establecer prelación alguna entre ellas. Esto, que puede generar

*Este trabajo tiene su base en la ponencia expuesta en el Congreso Internacional El Derecho privado en el nuevo paradigma digital (Colegio Notarial de Cataluña, Barcelona, 3 y 4 de octubre de 2019) y se enmarca en el Proyecto DER2017-82129-P y en las actividades del Grup de Dret civil català de la Universidad de Barcelona (2017 SGR 151).

problemas en la práctica, contrasta con lo previsto en la Ley catalana y en otras legislaciones de nuestro entorno. La Ley Orgánica 3/2018 se revela, así, más como una ley de desprotección de datos y de contenidos digitales, que no de protección de los mismos.

Palabras clave: rastro digital, bienes/activos digitales, contenidos digitales, patrimonio digital, herencia, voluntades digitales, protección de datos personales, acceso, protección de la intimidad.

Abstract: A person's daily activity on the net leaves a "digital trail". This makes us consider: What happens with our "digital trail" when we die? Can the person foresee anything about it?

The fact that the "digital trail" may involve both purely personal and patrimonial aspects determines that the approach to the "digital trail" left by the person upon his or her death can be made either from an eminently patrimonial-successory perspective, focused on the management and destination of the digital heritage; or from an eminently personal perspective, centred in the *post mortem* protection of privacy and/or personal data, both of the deceased and of third parties. This dual approach is reflected in practice and also in comparative European and American legislation. More specifically, this is an area in which questions of inheritance law, contract law and personal law –in particular the protection of personal data and the protection of posthumous and third party privacy– converge. Thus, from the patrimonial point of view, although it is not possible to speak of "digital heritage" as something different from "analogue heritage", certain specificities surrounding and/or affecting certain "digital assets", in some cases related to contract law, must be taken into account.

In this context, the person can order his or her "digital wills", providing for successional arrangements (naming "digital successors") and/or non-successional arrangements (either designating "digital executor/s" or the person able to act in relation to the protection of their personal data and/or the exercise of civil protection actions for honour, privacy or image).

Regarding the Spanish legislation, the Catalan Law 10/2017 of 27 June on digital wills adopts an essentially patrimonial perspective, providing for the possibility of appointing a "digital executor" to act before digital service providers with whom the deceased has active accounts. The fact that the Catalan law is fully respectful of the content of the contract signed between the deceased user and the service provider contrasts with the solutions adopted in this regard in other legal systems. Moreover, the default rule of no access to the "content" of the digital accounts and files, unless the deceased had established it or judicial authorisation had been obtained, brings the Catalan law closer to what is provided for in other systems.

In the Organic Law 3/2018, of 5 December, on the Protection of Personal Data and the guarantee of digital rights, both the personal approach –of the protection of data of deceased persons– and the patrimonial approach –related to "digital contents"– (in the wrongly called "digital will") converge. This law is based on the rule of access by default to digital contents or to the personal data of the deceased, and establishes a very broad legitimisation in terms of powers and too extensive in terms of legitimised persons, without establishing any priority between them. This, which may cause problems in practice, contrasts with the provisions of Catalan law and other legislation in our environment. Therefore, the Organic Law 3/2018 is rather a law of unprotection of data and digital contents than of protection of them.

Keywords: digital trail, digital assets, digital contents, digital heritage/patrimony, inheritance, digital wills, personal data protection, access, privacy protection.

Sumario: I. Introducción: ¿Qué ocurre con nuestro "rastro digital" cuando morimos? ¿Y con nuestro "patrimonio digital"? II. "Rastro digital": "identidad digital" y "patrimonio digital". Aproximación personal y/o patrimonial. 1. Heredabilidad vs. protección de la intimidad/privacidad y de los datos personales. 2. Aproximación personal y/o patrimonial en la legislación norteamericana y europea. III. "Patrimonio digital" y herencia. IV. Las "voluntades digitales": su posible contenido sucesorio y/o no sucesorio. V. La Ley catalana 10/2017, de 27 de junio, de las voluntades digitales y de modificación de los libros segundo y cuarto del Código civil de Cataluña. VI. La Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales: los "datos de las personas fallecidas" y el llamado "testamento digital".

I. Introducción: ¿Qué ocurre con nuestro “rastros digital” cuando morimos? ¿Y con nuestro “patrimonio digital”?

1. La actividad cotidiana de cualquier persona deja hoy “rastros digital”¹. Cada vez que creamos una cuenta o un perfil, enviamos un correo electrónico, compartimos fotos con amigos a través de redes sociales, almacenamos documentos o fotografías en la nube, accedemos a bienes y servicios que se prestan a través de internet..., estamos aumentando nuestra presencia online, nuestro “rastros digital”². A la vez, desde una perspectiva patrimonial, “creamos / adquirimos / obtenemos el derecho a usar o a acceder a” “bienes / contenidos” digitales, “contratamos / utilizamos” servicios digitales (con distintas finalidades: almacenamiento, acceso a contenidos, comunicación, o incluso de carácter mixto). Y, en la medida que todo ello tenga contenido económico, nutrimos nuestro “patrimonio digital”.

2. ¿Qué ocurre con nuestro “rastros digital” –en sí potencialmente eterno– cuando fallecemos? ¿Y con nuestro “patrimonio digital”? ¿Cuál es la suerte de los bienes y servicios digitales que dejamos al morir? ¿Qué ocurrirá con nuestras cuentas de LinkedIn o Facebook³? ¿y con las de correo electrónico? ¿Podrán nuestros seres queridos y/o herederos acceder a las mismas y a los contenidos que albergan? ¿Podrá alguien cancelarlas?

3. Hay que tener en cuenta, además, que en ocasiones los perfiles cuyo titular ha fallecido siguen interactuando en el mundo digital (publicando aniversarios, recomendando amistades...). Convendría

¹ Por lo que respecta a la sociedad española, según un estudio de febrero de este año (2019), el 92% de la población española (de entre 16 y 65 años) es internauta, de los cuales un 85% son usuarios de redes sociales; ello representa más de 25,5 millones de usuarios en nuestro país. *Vid. Interactive Advertising Bureau (IAB. SPAIN), “Estudio anual de redes sociales 2019”* (https://iabspain.es/wp-content/uploads/estudio-anual-redes-sociales-iab-spain-2019_vreducida.pdf [fecha de la consulta: 16.9.2019]). IAB es una asociación que representa al sector de la publicidad y la comunicación digital en España; engloba a los diferentes actores del panorama publicitario online: agencias de medios, agencias creativas, anunciantes, soportes, redes, empresas de *mobile marketing*, de vídeo, de e-mail marketing, *digital signage*, buscadores, consultoras, observadores, medios de comunicación y proveedores tecnológicos. El fin de IAB Spain, que en la actualidad cuenta con más de 200 empresas asociadas, se centra en impulsar el desarrollo de la publicidad, el marketing y la comunicación digital en España (*vid. https://iabspain.es/iab-spain/quienes-somos/* [fecha de la consulta: 16.9.2019]).

² *Vid. E. B. LABOWS, “Don’t Forget to Include Your Digital Assets in Your Estate Planning - Anderson Elder Law”, 8.8.2014* (<http://www.andersonelderlaw.com/2014/08/dont-forget-include-digital-assets-estate-planning/> [fecha de la consulta: 4.9.2017]); M. W. COSTELLO, “The «PEAC» of Digital Estate Legislation in the United States: Should States «Like» That?”, *Suffolk University Law Review*, Vol. XLIX, 2016, p. 429; E. SY, “The revised Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act: Has the Law Caught up with Technology?”, *Touro Law Review*, Vol. 32, Núm. 3, 2016, pp. 647-648; K. WALDRIP, “Accessing Digital Assets in an Estate: What Fiduciaries Need to Know”, White Paper 1602, *College for Financial Planning*, 2016, p. 1; S. A. KLEIN y M. R. PARTHEMER, “Who Will Delete the Digital You? Understanding Fiduciary Access to Digital Assets”, *Probate and Property Magazine*, Vol. 30, Núm. 4, julio-agosto 2016 (texto disponible en: https://www.americanbar.org/publications/probate_property_magazine_2012/2016/july_august_2016/2016_aba_rpte_pp_v30_4_article_klein_parthemer_understanding_fiduciary_access_to_digital_assets.html [fecha de la consulta: 16.3.2018]).

³ Suele decirse que en tan solo los 8 primeros años de existencia de Facebook murieron más de 30 millones de usuarios. Seguro que hoy Facebook tiene muchos más de 30 millones de perfiles de personas fallecidas (*vid. K. WALDRIP, “Accessing Digital Assets...”, op. loc. cit.*, 2016, p. 1; A. RUDA GONZÁLEZ, “Vida más allá de la muerte (digital). La protección de las voluntades digitales en la reforma del Derecho civil catalán”, *Managing Risk In the Digital Society*, Barcelona: Universitat Oberta de Catalunya, Huygens Editorial, 2017, p. 229). Se calcula que cada minuto fallecen tres usuarios de Facebook y que en 2098 esta red social tendrá más perfiles de personas fallecidas (“zombis digitales”) que de personas vivas. *Vid. D. SARABIA, “Facebook será el mayor cementerio virtual en 2098”* (https://www.eldiario.es/tecnologia/Facebook-mayor-cementerio-virtual_0_499400162.html [fecha de la consulta: 19.9.2019]); “Que deviennent nos données numériques après notre mort?” (https://www.francetvinfo.fr/internet/reseaux-sociaux/facebook/que-deviennent-nos-donnees-numeriques-apres-notre-mort_2483781.html [fecha de la consulta: 12.3.2018]). *Vid.*, también, G. RESTA, “La successione nei rapporti digitali e la tutela post-mortale dei dati personali”, *Casi controversi in materia di diritto delle successioni*, Vol. II, Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 2019, p. 976; M. A. MARTOS CALABRÚS, “Aproximación a la sucesión en el patrimonio virtual”, en *Estudios de Derecho de Sucesiones. Liber Amicorum Teodora F. Torres García*, A. DOMÍNGUEZ LUELMO y M. P. GARCÍA RUBIO (Dir.), M. HERRERO OVIEDO (Coord.), Las Rozas (Madrid): Wolters Kluwer España, S. A., 2014, p. 932.

Mark ZUCKERBERG, en el *Mobile World Congress* (2016), admitió que uno de los desafíos de Facebook será administrar la inmensa cantidad de datos que acumularán dentro de treinta años, cuando buena parte de los usuarios habrán fallecido (M. PÉREZ OLIVA, “El derecho a una buena muerte... digital” [https://elpais.com/elpais/2017/03/02/opinion/1488473115_598079.html]; “Muerte digital”, *Testamenta*, <https://www.testamentoherenciasysucesiones.es/muerte-digital/>).

evitar que Twitter recomiende seguir, que Facebook proponga hacer amistad, que LinkedIn invite a conectar con personas fallecidas o a felicitarles por su aniversario en una determinada empresa...

4. ¿Podemos prever algo en torno a todo ello? ¿Qué ocurre si no prevemos nada?

II. “Rastro digital”: “identidad digital” y “patrimonio digital”. Aproximación personal y/o patrimonial

5. Cuando nos referimos al “rastro digital” de una persona debemos tener en cuenta cuestiones muy diversas, tanto eminentemente personales –relacionadas con la “identidad digital”– (datos personales⁴, derecho a la intimidad/privacidad, secreto de las comunicaciones...), como patrimoniales⁵. A su vez, desde este último punto de vista, el “patrimonio digital” comprende elementos muy dispares y heterogéneos, que pretenden aglutinarse a veces con expresiones como “bienes digitales”, “contenidos digitales”⁶, “activos/pasivos digitales”⁷, “bienes y servicios digitales”, “contenidos y servicios digitales”⁸,

⁴ De acuerdo con el art. 4.1 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos [RGPD]), se consideran “datos personales” “toda información sobre una persona física identificada o identificable («el interesado»); y “se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona”.

⁵ Vid. V. GARCÍA HERRERA, “La disposición sucesoria del patrimonio digital”, *Actualidad Civil*, nº 7-8, 2017; S. CÁMARA LAPUENTE, “La sucesión mortis causa en el patrimonio digital”, *Conferencias de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo 59, 2019, p. 399 (texto disponible en: http://www.cnotarial-madrid.org/NV1024/Paginas/TOMOS_ACADEMIA/059-07-SERGIO_CAMARA.pdf [fecha de la consulta: 04.10.2019]); M. OTERO CRESPO, “La sucesión en los «bienes digitales». La respuesta plurilegislativa española”, *Revista de Derecho civil*, vol. VI, núm. 4 (octubre-diciembre 2019), pp. 90-92 (texto disponible en: <http://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/477/377> [fecha de la consulta: 2.1.2020]).

⁶ El art. 96 Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPD) alude a “contenidos” –gestionados por prestadores de servicios de la sociedad de la información–, sin definir qué entiende por tales.

⁷ La *Revised Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act* (2015) [RUFADAA] (texto disponible en: <https://www.uniformlaws.org/HigherLogic/System/DownloadDocumentFile.ashx?DocumentFileKey=112ab648-b257-97f2-48c2-61fe109a0b33&forceDialog=0> [fecha de la consulta: 10.9.2019]), de la *Uniform Law Commission* [ULC] define “activo digital” (“Digital asset”) –Sección 2 (10)– de forma vaga, amplia e inconcreta: “«Digital asset» means an electronic record in which an individual has a right or interest. The term does not include an underlying asset or liability unless the asset or liability is itself an electronic record”.

La *Uniform Access To Digital Assets By Fiduciaries Act* [UADAFDA], adoptada por la *Uniform Law Conference of Canada* (ULCC) en 2016 (texto disponible en inglés en: https://www.ulcc.ca/images/stories/2016_pdf_en/2016ulcc0006.pdf; y en francés en: https://www.ulcc.ca/images/stories/2016_pdf_fr/2016chlc0006.pdf [fecha de la consulta: 12.12.2019]), define “digital asset” (“bien numérique” en la versión francesa) como: “a record that is created, recorded, transmitted or stored in digital or other intangible form by electronic, magnetic or optical means or by any other similar means”.

⁸ En el ámbito europeo, y desde otra perspectiva, la Directiva 2011/83/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011, sobre derechos de los consumidores (art. 2.11), define qué debe entenderse por “contenido digital” “a efectos de dicha Directiva” simplemente como “los *datos* producidos y suministrados en formato digital”. Partiendo de este mismo concepto, la malograda Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea –CESL [Bruselas, 11.10.2011, COM (2011) 635 final, 2011/0284 (COD)]– (art. 2.j) lo completaba, concretando qué debía entenderse incluido y excluido del mismo. Según el art. 2.j CESL, “contenidos digitales” son: “los datos producidos y suministrados en formato digital, siguiendo o no las especificaciones del consumidor [“comprador”, según la enmienda 43 –*vid.* Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 26.2.2014, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea, P7_TA(2014)0159–], 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; con exclusión de: i) los servicios financieros, incluidos los servicios bancarios en línea; ii) el asesoramiento jurídico o financiero prestado por vía electrónica; iii) los servicios sanitarios electrónicos; iv) los servicios y redes de comunicaciones electrónicas y los recursos y servicios asociados; v) los juegos de azar; vi) la creación de nuevos contenidos digitales y la modificación de los ya existentes por los consumidores o cualquier otra interacción con las creaciones de otros usuarios”. *Vid.*, también, considerando (cndo.) 17 CESL.

Finalmente, tras la evolución del concepto “contenido digital” durante su tramitación, la Directiva (UE) 2019/770, del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de

etc.⁹ Además, y por otra parte, cualquier expresión que se adopte debe ser flexible, a fin de poder absorber cualquier innovación que la tecnología pueda depararnos en el futuro; debe ser “a prueba de futuro” y debe permitir englobar tanto bienes como servicios¹⁰.

6. El hecho de que en el “rastreo digital” puedan verse involucrados tanto aspectos de carácter netamente personal como patrimonial –que, además, aparecen entremezclados o interrelacionados– determina que la aproximación al “rastreo digital” dejado por la persona al fallecer pueda hacerse: o bien desde una perspectiva eminentemente patrimonial-sucesoria, de la gestión y el destino de los derechos de contenido patrimonial que no se extinguen con la muerte, del “patrimonio digital” tras el fallecimiento de su titular, de su “heredabilidad” o no...; o bien desde una perspectiva eminentemente personal, de la protección *post mortem* de la intimidad/privacidad y/o de los datos personales, del secreto de las comunicaciones..., o, en suma, de la personalidad pretérita del fallecido, y también de la protección de terceros que han entrado en contacto con él en la red. De hecho, una aproximación completa a esta materia debería tener en consideración tanto aspectos personales como patrimoniales. En definitiva, y más concretamente, en esta materia confluyen e interactúan, y deben tenerse en cuenta, cuestiones de Derecho de sucesiones, de Derecho contractual y de Derecho de la persona –en particular de protección de datos personales y de protección de derechos de la personalidad (especialmente de la intimidad/privacidad póstuma y de terceros)–¹¹.

1. Heredabilidad vs. protección de la intimidad/privacidad y de los datos personales

7. La interacción de ambos puntos de vista queda patente en diversos casos planteados en las últimas décadas en la práctica norteamericana. En ellos se pone de manifiesto la tensión o el “tira y afloja”

contenidos y servicios digitales (art. 2.1 Directiva [UE] 2019/770) –como también la Directiva (UE) 2019/771, del Parlamento europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes (art. 2.6 Directiva [UE] 2019/771)– ha acabado adoptando el concepto de “contenido digital” de la Directiva 2011/83/UE (art. 2.11 Directiva 2011/83/UE). Tal y como destacan los considerandos [cndos.] de las dos Directivas de 2019 (cndo. 20 Directiva [UE] 2019/770 y cndo. 13 Directiva [UE] 2019/771), ambas deben complementarse mutuamente. Así, según el art. 2.1 de la Directiva (UE) 2019/770, se entenderá por “contenido digital” “los datos producidos y suministrados en formato digital” (*vid.*, en el mismo sentido, el art. 2.6 Directiva [UE] 2019/771). A su vez, se considerará “servicio digital” (art. 2.2 Directiva [UE] 2019/770, así como art. 2.7 Directiva [UE] 2019/771): “a) un servicio que permite al consumidor crear, tratar, almacenar o consultar datos en formato digital, o; b) un servicio que permite compartir datos en formato digital cargados o creados por el consumidor u otros usuarios de ese servicio, o interactuar de cualquier otra forma con dichos datos”. *Vid.* cndos. 19 y 20, 21 y 22 Directiva (UE) 2019/770 y cndos. 13, 14, 15 y 16 Directiva (UE) 2019/771. Sobre el concepto, más amplio, de “contenido digital” del que partía la Propuesta de directiva relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales (PDCSDig), que incluía tanto datos como servicios, *vid.* M. E. GINEBRA MOLINS, “Morir en la era digital: «Voluntades digitales», intimidad y protección de datos personales”, en A. MADRID PARRA (Dir.), *Derecho mercantil y tecnología*, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, pp. 113-116.

⁹ Sobre la dificultad de encontrar términos omnicomprensivos, *vid.* H. CONWAY, y S. GRATTAN, “The «New» New Property: Dealing with Digital Assets on Death”, en H. CONWAY, & R. HICKEY (Eds.), *Modern Studies in Property Law*, Volume 9, Oxford: Hart Publishing, 2017, pp. 99-115 (en particular, epígrafe II); M. OTERO CRESPO, “La sucesión en los «bienes digitales»...”, *op. loc. cit.*, 2019, pp. 92-93. CÁMARA LAPUENTE distingue cinco categorías con el fin de atrapar la diversidad de internet a efectos de delimitar qué constituye patrimonio digital heredable, qué está ligado a la identidad personal y merece tutela pero no transmisión ni acceso indiscriminado, y qué debería extinguirse o estar en todo caso vedado a los herederos y personas afines al causante: bienes digitales; servicios de almacenamiento en línea; servicios de redes sociales; servicios de comunicaciones electrónicas –como subcategoría del anterior; y puros datos (personales o no) generados por el usuario como huella digital de su paso por el mundo virtual. *Vid.* S. CÁMARA LAPUENTE, “La sucesión mortis causa en el patrimonio digital”, *op. loc. cit.*, 2019, pp. 399-408 –especialmente pp. 401-408–.

¹⁰ *Vid.*, en este sentido, y aunque no debemos ceñirnos exclusivamente a los conceptos utilizados por esta Directiva, los cndos. 10 y 19 de la Directiva (UE) 2019/770 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales; así como el Preámbulo (apartado 5) y el cndo. 11 de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales [Bruselas, 9.12.2015, COM (2015) 634 final]. Por su parte, el comentario a la Sección 2 de la RUFADAA (2015) destaca que el término “activo digital” del que parte incluye tipos de registros electrónicos (“electronic records”) actualmente existentes y aún por inventar; en definitiva, se manifiesta “a prueba de futuro”.

¹¹ *Vid.* K. NEMETH y J. MORIS CARVALHO, “Digital inheritance in the European Union”, *EuCML*, 2017, p. 253; G. MARINO, “La «successione digitale»”, *ODCC* 1/2018, pp. 165-202; M. OTERO CRESPO, “La sucesión en los «bienes digitales»...”, *op. loc. cit.*, 2019, pp. 90-94, 98, 100-101 y 129.

entre la perspectiva puramente patrimonial (de la pretendida “propiedad”, “transmisibilidad” o “heredabilidad”) y la perspectiva personal (de la protección de la privacidad y de los datos personales, no solo del fallecido, sino también de terceros). La doctrina suele referirse, en este sentido, por ejemplo, a los casos ELLSWORTH y AJEMIAN –ambos contra Yahoo!–, o al caso de Eric RASH y al caso STASSEN –ambos contra Facebook–¹². La doble perspectiva, personal y patrimonial, se pone de manifiesto también en el caso de la autora iraní Marsha MEHRAN¹³.

8. Por lo que respecta a la jurisprudencia europea, destaca la sentencia del Tribunal Federal alemán (*Bundesgerichtshof*) de 12 de julio de 2018. Esta sentencia, retomando la argumentación de primera instancia y en contra de la sentencia de segunda instancia, da primacía a la perspectiva sucesoria¹⁴. Así, ante el fallecimiento en 2012 de una menor, de 15 años, arrollada por el metro en Berlín, en

¹² El caso Ellsworth –contra Yahoo!– se generó debido al interés del padre de Justin Ellsworth de acceder a la cuenta de correo electrónico de su hijo, que había fallecido, con 20 años, en noviembre de 2004 en Falluja (Iraq). El caso Ajemian –también contra Yahoo!– se refiere a la disputa entre los hermanos de John Ajemian, que falleció inesperadamente en 2006, y Yahoo! por el acceso a la cuenta de correo electrónico de John. El caso de Eric Rash se debió al empeño de los padres de Eric en buscar explicaciones en su cuenta de Facebook al suicidio de su hijo, en 2011, a los 15 años. El caso Stassen, similar al anterior, fue motivado por el intento de Helen y Jay Stassen de buscar pistas del suicidio de su hijo en su cuenta de Facebook. Al respecto, *vid.* A. B. LOPEZ, “Posthumous privacy, decedent intent, and post-mortem access to digital assets”, *Geo. Mason L. Review*, Vol. 24:1, 2016-2017, pp. 183, 199-200, 201-202 y 209; M. E. GINEBRA MOLINS, “Morir en la era digital...”, *op. loc. cit.*, 2018, pp. 126-128. *Vid.*, también, T. SEARS, “Facebook sends family information about son’s page before his suicide” (<http://wtvr.com/2011/11/04/facebook-sends-family-information-about-sons-page-before-his-suicide/>); J. M. GARON, “Death in Cyberspace. Protecting digital estates”, *Ohio Lawyer* (marzo-abril 2012), p. 14; F. KUNKLE, “Virginia family, seeking clues to son’s suicide, wants easier access to Facebook”, *The Washington Post*, 17.2.2013 (https://www.washingtonpost.com/local/va-politics/virginia-family-seeking-clues-to-sons-suicide-wants-easier-access-to-facebook/2013/02/17/e1fc728a-7935-11e2-82e8-61a46c2cde3d_story.html?utm_term=.2b10d02a89d1); V. BLACHLY, “Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act: What UFADAA Know”, *Probate & Property Magazine*, Vol. 29, Núm. 4, 2015 (disponible en: https://www.americanbar.org/publications/probate_property_magazine_2012/2015/july_august_2015/2015_aba_rpte_pp_v29_3_article_blachly_uniform_fiduciary_access_to_digital_assets_act.html [fecha de la consulta: 9.3.2018]); E. D. BARWICK, “All Blogs Go To Heaven: Preserving Valuable Digital Assets Without The Uniform Fiduciary Access To Digital Assets Act’s Removal Of Third Party Privacy Protections”, *Georgia Law Review*, Vol. 50, 2015-2016, pp. 607-608, 615 y 617; A. B. LOPEZ, “Death and the Digital Age: The Disposition of Digital Assets”, *Savannah Law Review*, vol. 3, Núm. 1, 2016, pp. 83-84; N. M. BANTA, “Death and privacy in the digital age”, *North Carolina Law Review*, Vol. 96, 2016 [96 N.C.L. Rev. 927 (2016)], pp. 963 [96 N.C.L. Rev. 927 (2016)]; E. SY, “The revised Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act...”, *op. loc. cit.*, 2016, pp. 656, 658-659; S. A. KLEIN y M. R. PARTHEMER, “Who Will Delete the Digital You?..”, *op. loc. cit.*, 2016; A. RUDA GONZÁLEZ, “Vida más allá de la muerte (digital)...”, *op. loc. cit.*, 2017, p. 236; G. W. BEYER y K. G. NIPP, “Cyber Estate Planning and Administration”, 2017, p. 3; D. HORTON, “Tomorrow’s Inheritance: The Frontiers of Estate Planning Formalism”, *Boston College Law Review*, vol. 58, 2017, pp. 543-545, 588-589 y 593; “Yahoo will give family slain Marine’s e-mail account” (http://usatoday30.usatoday.com/tech/news/2005-04-21-marine-e-mail_x.htm?POE=TECISVA [fecha de la consulta: 20.3.2018]); J. LAMM, “Ajemian v. Yahoo! Case Update” (<http://www.digitalpassing.com/2018/04/02/ajemian-yahoo-case-update/> [fecha de la consulta: 20.3.2018]); E. A. EPSTEIN, “Family fights to access son’s Facebook account after his suicide to finally gain closure over tragic death” (<http://www.dailymail.co.uk/news/article-2153548/Family-fights-access-sons-Facebook-Gmail-accounts-suicide.html> [fecha de la consulta: 20.3.2018]); S. NAVAS NAVARRO, “Herencia y protección de datos de personas fallecidas. A propósito del mal denominado «testamento digital»”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 1, 2020, p. 82.

¹³ Marsha MEHRAN falleció en 2014 durante una estancia en Irlanda y, tras varios intentos de acceder a la cuenta de su hija, su padre acabó obteniendo de Google más de 200 documentos escritos por ella. Sobre este caso, *vid.* A. B. LOPEZ, “Posthumous privacy...”, *op. loc. cit.*, 2016-2017, pp. 185-186; G. MARINO, “La «successione digitale»...”, *op. loc. cit.*, 2018, p. 171.

¹⁴ Al respecto, *vid.* S. CÁMARA LAPUENTE, “La sucesión mortis causa en el patrimonio digital”, *op. loc. cit.*, 2019, pp. 379-381; S. NAVAS NAVARRO, “Digital content of the inheritance. Remarks on the judgment of the German Federal Court of Justice (BGH) of 12 July 2018 from the standpoint of Spanish Law”, *ERPL*, 2019, issue 5 pp. 1159-1168; F. P. PATTI y F. BARTOLINI, “Digital Inheritance and Post Mortem Data Protection: The Italian Reform”, *European Review of Private Law*, 5-2019, pp. 1181-1194; G. RESTA, “Personal Data and Digital Assets after Death: a Comparative Law Perspective on the BGH Facebook Ruling”, *Journal of European Consumer and Market Law (EuCML)*, 5, 2018, pp. 201-204. *Vid.*, también, S. CÁMARA LAPUENTE, “La sucesión mortis causa en el patrimonio digital: una aproximación” (texto disponible en: <http://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-84/academia-matritense-del-notariado/9279-la-sucesion-mortis-causa-en-el-patrimonio-digital-una-aproximacion> [fecha de la consulta: 25.7.2019]); S. NAVAS NAVARRO, “Herencia y protección de datos...”, *op. loc. cit.*, p. 62; M. SCHMIDT-KESSEL y T. PERTOT, “«Donazione» di dati personali e risvolti successori”, *Casi controversi in materia di diritto delle successioni*, Vol. II, Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 2019, pp. 906-908; G. RESTA, “La successione nei rapporti digitali...”, *op. loc. cit.*, 2019, pp. 980-984 y 996; M. OTERO CRESPO, “La sucesión en los «bienes digitales»...”, *op. loc. cit.*, 2019, p. 101, nota 50. En cuanto a la sentencia del Tribunal de apelación de Berlín (Kammergericht), de 31 de mayo de 2017, relativa al mismo caso, *vid.* M. J. SANTOS MORÓN, “La denominada «herencia digital»: ¿necesidad de regulación? Estudio de Derecho español y comparado”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo 2018), vol. 10, nº 1, pp. 415 y 421.

circunstancias que hacían pensar que podía tratarse de un suicidio, y ante la pretensión de la madre de acceder a la cuenta de Facebook de su hija¹⁵, el Tribunal federal consideró transmisible la posición contractual de la hija fallecida con Facebook –en la línea apuntada ya por la sentencia de primera instancia (del *Landsgericht* de Berlín), de 17 de diciembre de 2015– y estimó que las condiciones generales que excluían dicha relación de la herencia eran abusivas, por no superar el control del contenido del § 307.1 y 2 BGB. El Tribunal de apelación (sentencia del *Kammergericht* de Berlín de 31 de mayo de 2017), en cambio, había dado la razón a Facebook en base a la normativa de secreto de las telecomunicaciones¹⁶.

2. Aproximación personal y/o patrimonial en la legislación norteamericana y europea

9. Este doble enfoque, personal y patrimonial, se manifiesta también a nivel legislativo en los distintos ordenamientos que han regulado hasta hoy esta materia. Así, responde a un punto de vista esencialmente patrimonial, de la sucesión o de la administración de la herencia, aunque sin descuidar la protección de la privacidad, tal y como pone de manifiesto el contraste con sus precedentes¹⁷, por ejemplo, la Ley Modelo estadounidense aprobada por la *Uniform Law Commission* (ULC) en 2014 y modificada en 2015 (la *Revised Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act* [RUFADAA]¹⁸, que ha sido adoptada por la mayoría de Estados de Estados Unidos, con singularidades)¹⁹. Una perspectiva similar es la adoptada por la *Uniform Access to Digital Assets by Fiduciary Act* (UADAF), aprobada en 2016 por la *Uniform Law Conference of Canada* (ULCC)²⁰.

10. En cambio, la reciente Ley portuguesa 58/2019, de 8 de agosto, por la que se regula la ejecución en el ordenamiento jurídico portugués del Reglamento General de Protección de Datos europeo (Reglamento [UE] 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2017 [RGPD])²¹ aborda la cuestión desde la perspectiva de la protección de datos personales (art. 17 Ley portuguesa 58/2019, de 8 de agosto).

11. Por su parte, la legislación francesa (primero a través de la Ley n° 2016-1321, de 7 de octubre de 2016, *pour une République numérique*²², y, posteriormente, a través de la *Ordonnance* n° 2018-1125, de 12 de diciembre de 2018, que modifican la Ley n° 78-17 de 6 de enero de 1978, *relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*) enfoca también la cuestión desde la perspectiva de la protección de datos de carácter personal, si bien, en ausencia de instrucciones dejadas por el fallecido o de mención contraria en las mismas, prevé que los herederos puedan actuar en la medida necesaria para organizar y gestionar la sucesión (arts. 84-86 –especialmente art. 85.II– Ley n° 78-17 de 6 de enero de 1978, *relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*, en su redacción conforme a la Ordenanza de 12 de diciembre de 2018)²³.

¹⁵ La madre había intentado, sin éxito, acceder a la cuenta con la contraseña de la hija. Facebook había convertido el perfil en una “página conmemorativa”.

¹⁶ *Vid.*, especialmente, S. CÁMARA LAPUENTE, “La sucesión mortis causa en el patrimonio digital”, *op. loc. cit.*, 2019, pp. 379-381.

¹⁷ Al respecto, *vid.* M. E. GINEBRA MOLINS, “Morir en la era digital...”, *op. loc. cit.*, 2018, pp. 107-153 –especialmente pp. 131-137–.

¹⁸ Texto disponible en: <https://www.uniformlaws.org/HigherLogic/System/DownloadDocumentFile.ashx?DocumentFileKey=112ab648-b257-97f2-48c2-61fe109a0b33&forceDialog=0> (fecha de la consulta: 10.9.2019).

¹⁹ En cuanto a los Estados que han promulgado leyes basadas en la RUFADAA, *vid.* <https://www.uniformlaws.org/committees/community-home?CommunityKey=f7237fc4-74c2-4728-81c6-b39a91ecdf22>. Sobre la RUFADAA y sus precedentes, *vid.*, *in extenso*, M. E. GINEBRA MOLINS, “Morir en la era digital...”, *op. loc. cit.*, 2018, pp. 130-137.

²⁰ Texto disponible, en inglés: https://www.ulcc.ca/images/stories/2016_pdf_en/2016ulcc0006.pdf (fecha de la consulta: 12.12.2019); y en francés (*Loi Uniforme Sur L'accès Des Fiduciaux Aux Biens Numériques* [2016]): https://www.ulcc.ca/images/stories/2016_pdf_fr/2016chlc0006.pdf.

²¹ El RGPD se publicó en el *Diario Oficial de la Unión Europea* L 219, 4.5.2016. Entró en vigor el 25 de mayo de 2016 y es aplicable desde 25 de mayo de 2018 (art. 99 RGPD).

²² Al respecto, *vid.*, *in extenso*, M. E. GINEBRA MOLINS, “Morir en la era digital...”, *op. loc. cit.*, 2018, pp. 137-140.

²³ Art. 85.II Ley francesa de 1978 relativa a la informática, en su redacción de 2018: “En l’absence de directives ou de mention contraire dans ces directives, les héritiers de la personne concernée peuvent exercer, après son décès, les droits mentionnés au chapitre II du présent titre II dans la mesure nécessaire: 1° A l’organisation et au règlement de la succession du défunt. A

12. También el legislador italiano adopta la perspectiva de la protección de datos personales en el nuevo art. 2-terdecies del Código en materia de protección de datos personales (introducido por el Decreto legislativo de 10 de agosto de 2018, n. 101); sin embargo, este precepto prevé que, en el caso que el interesado haya prohibido ejercer los derechos a los que se refieren los arts. 15 a 22 RGPD, dicha prohibición no tendrá efectos perjudiciales para el ejercicio por parte de terceros de derechos patrimoniales derivados del fallecimiento del interesado (art. 2-terdecies, párrafo 5, Código italiano en materia de protección de datos personales)²⁴.

13. Abogaba también por la perspectiva de la protección de datos personales el legislador suizo, en el Proyecto suizo de *Loi fédérale sur la révision totale de la loi fédérale sur la protection des données et sur la modification d'autres lois fédérales* (2017)²⁵ –que proponía dar nueva redacción al art. 16 de la *Loi fédérale sur la protection des données*, dedicándolo a los datos personales de las personas fallecidas²⁶–.

14. Por lo que respecta a la legislación española, mientras que la Ley catalana 10/2017, de 27 de junio, de las voluntades digitales y de modificación de los libros segundo y cuarto del Código civil de Cataluña (CCCat), adopta un punto de vista esencialmente patrimonial, de la administración de la herencia²⁷, la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales [LOPD], en cambio, parte, en principio, de un enfoque personal, de la protección de datos de las personas fallecidas (art. 3 LOPD); sin embargo, ya el propio art. 3.1.II LOPD prevé que si la persona fallecida ha prohibido acceder a sus datos o lo prohíbe la ley, ello “no afectará al derecho de los herederos a acceder a los datos de carácter patrimonial del causante”; además esta misma ley adopta un punto de

ce titre, les héritiers peuvent accéder aux traitements de données à caractère personnel qui le concernent afin d'identifier et d'obtenir communication des informations utiles à la liquidation et au partage de la succession. Ils peuvent aussi recevoir communication des biens numériques ou des données s'apparentant à des souvenirs de famille, transmissibles aux héritiers; 2° A la prise en compte, par les responsables de traitement, de son décès. A ce titre, les héritiers peuvent faire procéder à la clôture des comptes utilisateurs du défunt, s'opposer à la poursuite des traitements de données à caractère personnel le concernant ou faire procéder à leur mise à jour.- Lorsque les héritiers en font la demande, le responsable du traitement doit justifier, sans frais pour le demandeur, qu'il a procédé aux opérations exigées en application du précédent alinéa.- Les désaccords entre héritiers sur l'exercice des droits prévus au présent II sont portés devant le tribunal de grande instance compétent”.

²⁴ Art. 2-terdecies, párrafo 5, *Codice in materia di protezione dei dati personali*, conforme al Decreto Legislativo de 10 de agosto de 2018: “In ogni caso, il divieto non puo' produrre effetti pregiudizievoli per l'esercizio da parte dei terzi dei diritti patrimoniali che derivano dalla morte dell'interessato nonche' del diritto di difendere in giudizio i propri interessi”. En cuanto a la normativa italiana, *vid.* F. P. PATTI y F. BARTOLINI, “Digital Inheritance...”, *op. loc. cit.* 2019, pp. 1181-1194; M. SCHMIDT-KESSEL y T. PERTOT, “«Donazione» di dati personali...”, *op. loc. cit.*, 2019, pp. 899-906 –en particular, pp. 902 y 905–; G. RESTA, “La successione nei rapporti digitali...”, *op. loc. cit.*, 2019, pp. 989-995.

²⁵ Texto disponible en: <https://www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2017/6803.pdf> (fecha de la consulta: 15.1.2018). Sobre este Proyecto, *vid.* <https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/staat/gesetzgebung/datenschutzstaerkung.html> (fecha de la consulta: 5.12.2019). La *Loi fédérale sur la protection des données* que se pretendía revisar es del año 1992 (puede consultarse la versión vigente en: <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19920153/index.html> [fecha de la consulta: 5.12.2019]).

²⁶ El texto del art. 16 de la *Loi fédérale sur la protection des données* propuesto –ubicado en la Sección 3 del Cap. 2 de esta Ley, cuya rúbrica es “Données des personnes décédées”– establece: “1. Le responsable du traitement accorde la consultation gratuite des données personnelles d'une personne décédée lorsque les conditions suivantes sont réunies: a) il existe un intérêt légitime à la consultation ou le demandeur a un lien de parenté directe avec le défunt, était marié, avait conclu un partenariat enregistré ou menait de fait une vie de couple avec lui au moment du décès ou il s'agit de son exécuteur testamentaire; b) le défunt n'a pas, de son vivant, interdit expressément la consultation et n'a besoin d'aucune protection particulière; c) aucun intérêt prépondérant du responsable du traitement ou d'un tiers ne s'oppose à la consultation.- 2. S'il refuse la consultation en raison du secret de fonction ou du secret professionnel, les personnes légitimées selon l'al. 1, let. a, peuvent demander à l'autorité compétente selon les art. 320 et 321 du code pénal qu'elle le délie de son secret.- 3. Les héritiers ou l'exécuteur testamentaire peuvent exiger que le responsable du traitement efface ou détruise les données personnelles du défunt, sauf dans les cas suivants: a) le défunt l'a expressément interdit de son vivant; b) l'effacement ou la destruction va à l'encontre d'intérêts prépondérants du défunt, du responsable du traitement ou de tiers; c) l'effacement ou la destruction va à l'encontre d'intérêts publics prépondérants”. Al respecto, *vid.* S. MÉTILLE, “Révision de la LPD: le projet du Conseil fédéral” (<https://smetille.ch/2017/09/19/revision-de-lpd-projet-conseil-federal/> [fecha de la consulta: 15.1.2018]); M. E. GINEBRA MOLINS, “Morir en la era digital...”, *op. loc. cit.*, 2018, pp. 140-148; S. NAVAS NAVARRO, “Herencia y protección de datos...”, *op. loc. cit.*, p. 75.

²⁷ Al respecto, *vid.*, M. E. GINEBRA MOLINS, “Morir en la era digital...”, *op. loc. cit.*, 2018, pp. 140-148.

vista esencialmente patrimonial –en relación al acceso, utilización, destino y supresión de los “contenidos digitales” del fallecido– al regular el derecho al mal llamado “testamento digital” (art. 96 LOPD)²⁸.

III. “Patrimonio digital” y herencia

15. Desde un punto de vista patrimonial, los bienes que constituyen el patrimonio digital de la persona y que no se extinguen con su muerte se integran en la herencia (*vid.* arts. 659 Código civil español [CC] y 411-1 CCCat). La mayoría de herencias incorporan hoy bienes (y obligaciones) digitales²⁹.

16. No es posible hablar, en principio, de la “herencia digital” como algo distinto de la “herencia analógica”. Resulta indiferente que se trate de “bienes, derechos y obligaciones” (art. 659 CC y 411-1 CCCat) de naturaleza analógica o digital; no se trata de un tipo especial de sucesión o de herencia³⁰. Precisamente, en base a ello, hay quien considera que alguna de las nuevas regulaciones que abordan la cuestión –como la catalana– resulta innecesaria, que se trata de “leyes marketing” o que cumplen simplemente una función pedagógica.

17. Cuestión distinta es que los bienes digitales de contenido patrimonial pertenecientes al causante resulten a veces difíciles de rastrear (bitcoins, saldo positivo en un juego online o cuentas en PayPal, nombres de dominio, puntos en programas de fidelización, etc.) y que deban tenerse en cuenta

²⁸ Pese a la rúbrica, el art. 96 LOPD (“Derecho al testamento digital”) no se está refiriendo a un testamento en forma digital; no prevé una nueva forma testamentaria, digital, que el Derecho estatal contempla en supuestos muy excepcionales, y el Derecho catalán no admite. En el ámbito estatal, los arts. 64.3.II y 65 Ley del Notariado (LN), en la redacción dada a los mismos por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de jurisdicción voluntaria (LJV), alude a testamentos otorgados en forma oral, y admite que la voz o el audio o el vídeo se encuentre grabada en un soporte magnético o digital duradero. Lo previsto en estos preceptos de la LN resulta aplicable a los testamentos en peligro inminente de muerte o en caso de epidemia otorgados oralmente, previstos en los arts. 700 a 704 CC –habiéndose dado nueva redacción a los art. 703 y 704 CC la DF 1ª LJV–, así como a los testamentos especiales militar y marítimo otorgados en forma oral de acuerdo con los arts. 720 y 731 CC. Suele entenderse que también puede resultar aplicable, por ejemplo, en el caso del testamento “hilburuko” o en peligro de muerte que regulan los arts. 22 y 23 de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho civil vasco [LDCV] –si bien el art. 23.2 LDCV prevé que el testamento se acabe “escribiendo”. Al respecto, *vid.* M. E. GINEBRA MOLINS, “La incidencia de la Llei de Jurisdicció Voluntària en l’ àmbit del Dret de successions”, *Les modificacions recents del Codi civil de Catalunya i la incidència de la Llei de jurisdicció voluntària en el Dret català*, Institut de Dret privat europeu i comparat / Universitat de Girona (coord.), Girona: Documenta Universitaria, 2017, pp. 604-606. *Vid.*, también, J. SOLÉ RESINA, “Las voluntades digitales: marco normativo actual”, *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXXI, 2018, fasc. II, pp. 420-421; S. CÁMARA LAPUENTE, “La sucesión mortis causa en el patrimonio digital”, *op. loc. cit.*, 2019, pp. 411-413; M. OTERO CRESPO, “La sucesión en los «bienes digitales»...”, *op. loc. cit.*, 2019, pp. 95-96.

En USA, la *Uniform Law Commission* ha aprobado este año 2019 la Ley Uniforme de Testamentos Electrónicos, que prevé, con ciertas cautelas, la posibilidad de realizar un testamento electrónico. Al respecto, *vid.* ULC, “Uniform Electronic Wills Act”, 20.11.2019 [accessible en: <https://www.uniformlaws.org/viewdocument/final-act-no-comments-102?CommunityKey=a0a16f19-97a8-4f86-afc1-b1c0e051fc71&tab=librarydocuments> (fecha de la consulta: 10.12.2019)]; *vid.*, también, ULC, “Electronic Wills Act”: <https://www.uniformlaws.org/committees/community-home?CommunityKey=a0a16f19-97a8-4f86-afc1-b1c0e051fc71> (fecha de la consulta: 10.12.2019) y <https://www.uniformlaws.org/committees/community-home/librarydocuments?communitykey=a0a16f19-97a8-4f86-afc1-b1c0e051fc71&tab=librarydocuments> (fecha de la consulta: 10.12.2019); G. W. BEYER, “Uniform Law Commission Approves Uniform Electronic Wills Act”, 18.7.2019 [texto disponible en: https://lawprofessors.typepad.com/trusts_estates_prof/2019/07/uniform-law-commission-approves-uniform-electronic-wills-act.html (fecha de la consulta: 3.9.2019)]; K. ROBINSON, “ULC Approves Five New Acts”, 17.7.2019 [texto disponible en: <https://www.uniformlaws.org/committees/community-home/digestviewer/viewthread?MessageKey=99413aa6-ac7b-4521-9aaa-0db746dd6713&CommunityKey=d4b8f588-4c2f-4db1-90e9-48b1184ca39a&tab=digestviewer> (fecha de la consulta: 3.9.2019)]; “Electronic Wills Act. Draft For Discussion Only” [texto disponible en: <https://www.uniformlaws.org/HigherLogic/System/DownloadDocumentFile.ashx?DocumentFileKey=506a61da-e7cc-9b69-0fe1-8df8df6bf431> (fecha de la consulta: 3.9.2019)].

²⁹ *Vid.* V. BLACHLY, “Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act...”, *op. loc. cit.*, 2015; E. D. BARWICK, “All Blogs Go To Heaven...”, *op. loc. cit.*, 2015-2016, pp. 595-597; A. B. LOPEZ, “Death and the Digital Age...”, *op. loc. cit.*, 2016, p. 81; K. WALDRIP, “Accessing Digital Assets...”, *op. loc. cit.*, 2016, p. 2; S. A. KLEIN y M. R. PARTHEMER, “Who Will Delete the Digital You?...”, *op. loc. cit.*, 2016; J. G. GORDON, “Legal Access to a Deceased Account-User’s Digital Assets”, *Los Angeles Lawyer*, junio 2017, p. 8; A. RUDA GONZÁLEZ, “Vida más allá de la muerte (digital)...”, *op. loc. cit.*, 2017, p. 230; S. NAVAS NAVARRO, “Herencia y protección de datos...”, *op. loc. cit.*, pp. 60-61.

³⁰ *Vid.* V. GARCÍA HERRERA, “La disposición sucesoria...”, *op. loc. cit.*, 2017; J. SOLÉ RESINA, “Las voluntades digitales...”, *op. loc. cit.*, 2018, pp. 421-422; M. OTERO CRESPO, “La sucesión en los «bienes digitales»...”, *op. loc. cit.*, 2019, p. 103.

ciertas particularidades en relación a los mismos. Al margen de que, además, determinados bienes digitales se extingan por la muerte del titular y no se integren en la herencia. Lógicamente, el heredero únicamente podrá adquirir los bienes digitales cuando el causante tuviera sobre ellos un derecho real o de crédito transmisible, que no se extinga con su muerte.

18. En principio, si se trata de un archivo digital almacenado en un soporte físico (por ejemplo, un disco duro interno o externo, un dispositivo móvil, un pendrive, un CD o DVD...) la propiedad del archivo seguirá el destino del soporte en el que se encuentre almacenado³¹; o, más exactamente, la transmisión de la propiedad del dispositivo permitirá acceder, en principio (a no ser que estén protegidos por contraseñas...), a los contenidos digitales almacenados en el mismo; si bien nada impediría distinguir. Este tipo de activos digitales son, sin embargo, los que plantean menos problemas.

19. Ahora bien, tratándose de contenidos almacenados en una cuenta o plataforma online, la cuestión se complica, puesto que, por una parte, aparece un tercero con quien el causante había establecido una relación contractual, y, por otra, cobra relevancia la idea de “acceso”. Es precisamente en estos “activos” o “contenidos” en los que suele concentrar su atención el legislador (*vid.*, por ejemplo, en este sentido, los arts. 96 LOPD y 411-10 CCCat).

20. Además, en algunos casos, la percepción o sensación de “propiedad” (y de transmisibilidad *mortis causa*) de determinados “activos” o “contenidos” digitales que pueda tener la persona no responde a la realidad; ello puede darse, por ejemplo, cuando el causante ostentaba tan solo una licencia de uso no transmisible, como suele ocurrir en caso de licencias para el uso de materiales protegidos por derechos de autor, como música, imágenes, software. Que se trate de una licencia de uso no obstaría, en principio, a la posibilidad de que se tratara de una licencia transmisible, pero con frecuencia dichas licencias se configuran expresamente como intransferibles. En este sentido, puede no resultar equiparable, a efectos de “heredabilidad”, una colección de libros o una biblioteca integrada por volúmenes en papel y otra de audiolibros o *ebooks* adquiridos a través de *Amazon*; o una colección de vinilos o de CDs y otra de música descargada a través de *iTunes*. La persona puede tener tan solo un derecho a usar dicho contenido de acuerdo con las condiciones “pactadas” con el suministrador del mismo –normalmente preestablecidas unilateralmente por el prestador de servicios y no negociados individualmente, lo cual podría dar pie a valorar si se cumplen los requisitos de incorporación al contrato y/o si pueden ser consideradas abusivas³².

21. En cuanto a los contratos de servicios digitales, en principio, el heredero se colocará en la posición del fallecido, a menos que en el contrato se establezca lo contrario –en el sentido, por ejemplo, de que se haya configurarlo como personalísimo o intransferible, en cuyo caso no se transmitirá a los herederos–. En este sentido, los contratos de servicio pueden y suelen prever expresamente qué sucede con la cuenta tras el fallecimiento: ya sea estableciendo expresamente, por ejemplo, que se extingue (configurando el servicio como personalísimo e intransferible) y/o que la cuenta se desactiva después de un periodo determinado de inactividad; o bien dejando la cuestión a la decisión del propio usuario –expresada a través de una “online tool” que pone a su disposición el propio proveedor– o de sus herederos, que pueden optar, por ejemplo, entre la eliminación de la cuenta o que ésta continúe activa como memorial o cuenta conmemorativa. Con frecuencia las condiciones generales –o los términos del servicio (“terms of service agreements” [TOSA])– que el particular suscribió al contratar la cuenta, preestablecidas unilateralmente por el prestador de servicios y no negociadas individualmente, y que,

³¹ *Vid.* V. GARCÍA HERRERA, “La disposición sucesoria...”, *op. loc. cit.*, 2017; S. CÁMARA LAPUENTE, “La sucesión mortis causa en el patrimonio digital”, *op. loc. cit.*, 2019, p. 408.

³² Al respecto, *vid.* V. BLACHLY, “Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act...”, *op. loc. cit.*, 2015; N. M. BANTA, “Death and privacy...”, *op. loc. cit.*, 2016, pp. 965-966 [96 N.C.L. Rev. 927 (2016)]; J. RONDEROS, “Is Access Enough?: Addressing Inheritability of Digital Assets Using the Three-Tier System Under the Revised Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act”, *Transactions: The Tennessee Journal of Business Law*, Vol. 18, 2016-2017, pp. 1032, 1033 y 1050-1056; A. BERLEE, “Digital Inheritance in Netherlands” [ID: EuCML2017056], *Journal of European Consumer and Market Law*, Vol. 6 (2017), pp. 256-260; M. E. GINEBRA MOLINS, “Morir en la era digital...”, *op. loc. cit.*, 2018, p. 122; S. NAVAS NAVARRO, “Herencia y protección de datos...”, *op. loc. cit.*, pp. 67-74.

además, suelen constituir un contenido dinámico del contrato –en el sentido que el prestador de servicios se reserva la posibilidad de modificarlos en el futuro– establecen que la misma se extingue con la muerte del titular. Pese a resultar razonable la no transmisión mortis causa en muchos supuestos, cabría plantear, sin embargo, si algunas cláusulas de este tipo pueden ser consideradas abusivas³³. En cualquier caso, en la práctica las contiendas suelen generarse no tanto por la pretensión de continuar utilizando una determinada cuenta de la persona fallecida –lo cual no procede–, sino más bien por el acceso a los contenidos albergados en la misma (imágenes, mensajes, etc.)³⁴.

IV. Las “voluntades digitales”: su posible contenido sucesorio y/o no sucesorio

22. La persona puede ordenar el destino de sus bienes digital en caso de muerte (nombrando “sucesor/es digital/es”), como puede ordenar el destino del resto de su patrimonio-herencia, analógico; y puede hacerlo en los negocios jurídicos mortis causa que ya conocemos (destacadamente, el testamento, así como, en su caso, el codicilo y la memoria testamentaria). Si el causante no ha previsto nada al respecto, el contenido digital de la herencia correrá la suerte del resto de la herencia.

23. Y, junto a disposiciones sucesorias, el causante puede prever también otras no sucesorias, a modo de instrucciones a determinadas personas (“albaceas digitales” –“albaceas particulares” [vid. arts. 894 CC y 429-12.1 CCCat]³⁵–, en tanto que ejecutores de la última voluntad del fallecido³⁶ para el entorno digital), a fin de que realicen determinadas actuaciones en relación al “rastreo digital” o a los “bienes digitales” que deja tras de sí. Ello cobrará especial relevancia en caso de cuentas o de contenidos almacenados plataformas online o redes sociales. A esta idea responde el concepto de “voluntades digitales en caso de muerte” del que parte la legislación catalana³⁷. En Derecho comparado estas designaciones e instrucciones a personas determinadas pueden constar en distintos instrumentos (vid., en este sentido, por ejemplo, la Sección 4 RUFADAA, así como, en cuanto al Derecho español, los arts. 96 LOPD y 411-10.4 CCCat³⁸). Si el causante no designa “albacea digital” (vid. 411-10.5 CCCat), o aunque lo haga (vid. art. 96 LOPD), habrá que estar a lo que resulte de la ley o, en su caso, de los términos pactados con el prestador de servicios.

24. Además, al margen del patrimonio digital, la persona también puede, a modo de disposición no sucesoria, designar la persona legitimada para proteger sus datos personales (art. 3.2 LOPD), o bien para ejercer las acciones de protección civil del honor, la intimidad o la imagen tras su fallecimiento³⁹.

³³ Vid., en relación a una cuenta de Facebook, la antes mencionada sentencia del Tribunal Federal alemán (*Bundesgerichtshof*) de 12 de julio de 2018. Vid., también, J. RONDEROS, “Is Access Enough?..”, *op. loc. cit.*, 2016-2017, pp. 1032, 1033 y 1050-1056; A. BERLEE, “Digital inHeritance...”, *op. loc. cit.*, 2017, pp. 256-260; S. NAVAS NAVARRO, “Herencia y protección de datos...”, *op. loc. cit.*, pp. 67-74.

³⁴ Vid. S. CÁMARA LAPUENTE, “La sucesión mortis causa en el patrimonio digital”, *op. loc. cit.*, 2019, pp. 387 y 410, nota 76.

³⁵ Vid. S. NAVAS NAVARRO, “Herencia y protección de datos...”, *op. loc. cit.*, p.77.

³⁶ Vid. S. CÁMARA LAPUENTE, “La sucesión mortis causa en el patrimonio digital”, *op. loc. cit.*, 2019, pp. 420-421.

³⁷ Según el art. 411-10.1 CCCat: “Se entiende por voluntades digitales en caso de muerte las disposiciones establecidas por una persona para que, después de su muerte, el heredero o el albacea universal, en su caso, o la persona designada para ejecutarlas actúe ante los prestadores de servicios digitales con quienes el causante tenga cuentas activas”. De acuerdo con el art. 411-10.2 CCCat: “El causante, en las voluntades digitales en caso de muerte, puede disponer el contenido y el alcance concreto del encargo que debe ejecutarse, incluyendo que la persona designada lleve a cabo alguna o algunas de las siguientes actuaciones: a) Comunicar a los prestadores de servicios digitales su defunción.- b) Solicitar a los prestadores de servicios digitales que se cancelen sus cuentas activas.- c) Solicitar a los prestadores de servicios digitales que ejecuten las cláusulas contractuales o que se activen las políticas establecidas para los casos de defunción de los titulares de cuentas activas y, si procede, que le entreguen una copia de los archivos digitales que estén en sus servidores.”

³⁸ La STC 7/2019, de 17 de enero de 2019 (BOE núm. 39, de 14.2.2019) no ha afectado al art. 411-10.4 CCCat, que continúa aludiendo al “documento de voluntades digitales” al margen del testamento, el codicilo y las memorias testamentarias. Si que han sido declarados inconstitucionales los arts. 411-10.3.b y 421.24.1 CCCat, si bien, basándose la declaración de inconstitucionalidad en la competencia exclusiva del Estado en relación a la ordenación de los Registros públicos, puede considerarse un exceso que haya afectado a la referencia al “documento de voluntades” que éstos contenían, y no sólo a su inscripción.

³⁹ Pese a la extinción de la personalidad, queda algo que proteger, ni que sea en el contexto de la *memoria defuncti* o la “memoria pretérita”. Los derechos al honor, a la intimidad y a la imagen traspasan la muerte física de su titular. Vid. M. ALONSO

Esto último, según el Derecho español, debe hacerse en testamento (art. 4.1 Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen [LOPDH]) y, a falta de designación, la defensa de la *memoria defuncti* corresponderá a determinados familiares (cónyuge, descendientes, ascendientes y hermanos de la persona afectada que viviesen al tiempo del fallecimiento –arts. 4.2 y 5.1 LOPDH–) y, en último término, al Ministerio Fiscal (art. 4.3 LOPDH). En cambio, la designación de la persona encargada de la protección de los datos personales y las instrucciones dadas a la misma no suele exigirse que consten en testamento (*vid.* el art. 85.I de la Ley francesa de 1978 relativa a la informática –en la redacción dada al mismo por la Ordenanza de 12 de diciembre de 2018–⁴⁰ y el art. 17.2 Ley portuguesa 58/2019, de 8 de agosto⁴¹, o –en sentido negativo– el art. 17.3 Ley portuguesa 58/2019⁴² y el art. 2-terdecies del Código italiano en materia de protección de datos personales⁴³, así como, también, en cuanto a la legislación española, el art. 3.2 LOPD).

V. La Ley catalana 10/2017, de 27 de junio, de las voluntades digitales y de modificación de los libros segundo y cuarto del Código civil de Cataluña

25. Esta Ley –pionera en regular esta materia en el contexto plurilegislativo español– distingue según si la persona ha expresado o no sus “voluntades digitales en caso de muerte”, entendidas como las disposiciones establecidas por una persona para que, después de su muerte, el heredero o el albacea universal, en su caso, o la persona designada para ejecutarlas –albacea particular (art. 429-12.1 CCCat) o, en concreto, “digital” o para el entorno digital– actúe ante los prestadores de servicios digitales con

PÉREZ, “Daños causados a la memoria del difunto y su reparación”, Ponencia presentada en el *III Congreso de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro* [texto disponible en: <http://www.asociacionabogadosrcs.org/congreso/ponencias3/PonenciaMarianoAlonsoPerez.html> (fecha de la consulta: 3.8.2017)]; R. REY RUIZ, “La asimetría jurídica de los «derechos fundamentales» de los fallecidos: ¿una discriminación constitucional?” (texto disponible en: <http://www.legaltoday.com/opinion/articulos-de-opinion/la-asimetria-juridica-de-los-derechos-fundamentales-de-los-fallecidos-una-discriminacion-constitucional> [fecha de la consulta: 6.9.2017]); G. MINERO ALEJANDRE, *La protección post mortem de los derechos al honor, intimidad y propia imagen y la tutela frente al uso de datos de carácter personal tras el fallecimiento. Polémicas judiciales y legislativas en torno a los supuestos atendidos y desatendidos por las leyes orgánicas 1/1982 y 15/1999*, Cizur Menor [Navarra]: Editorial Aranzadi, S. A. U., 2018, pp. 31, 41 y 48-65.

⁴⁰ Art. 85.I Ley francesa de 1978 relativa a la informática, en su redacción de 2018: “Toute personne peut définir des directives relatives à la conservation, à l’effacement et à la communication de ses données à caractère personnel après son décès. Ces directives sont générales ou particulières.- Les directives générales concernent l’ensemble des données à caractère personnel se rapportant à la personne concernée et peuvent être enregistrées auprès d’un tiers de confiance numérique certifié par la Commission nationale de l’informatique et des libertés.- Les références des directives générales et le tiers de confiance auprès duquel elles sont enregistrées sont inscrites dans un registre unique dont les modalités et l’accès sont fixés par décret en Conseil d’Etat, pris après avis motivé et publié de la Commission nationale de l’informatique et des libertés.- Les directives particulières concernent les traitements de données à caractère personnel mentionnées par ces directives. Elles sont enregistrées auprès des responsables de traitement concernés. Elles font l’objet du consentement spécifique de la personne concernée et ne peuvent résulter de la seule approbation par celle-ci des conditions générales d’utilisation.- Les directives générales et particulières définissent la manière dont la personne entend que soient exercés, après son décès, les droits mentionnés au chapitre II du présent titre. Le respect de ces directives est sans préjudice des dispositions applicables aux archives publiques comportant des données à caractère personnel.- Lorsque les directives prévoient la communication de données qui comportent également des données à caractère personnel relatives à des tiers, cette communication s’effectue dans le respect de la présente loi.- La personne peut modifier ou révoquer ses directives à tout moment.- Les directives mentionnées au premier alinéa du présent I peuvent désigner une personne chargée de leur exécution. Celle-ci a alors qualité, lorsque la personne est décédée, pour prendre connaissance des directives et demander leur mise en oeuvre aux responsables de traitement concernés. A défaut de désignation ou, sauf directive contraire, en cas de décès de la personne désignée, ses héritiers ont qualité pour prendre connaissance des directives au décès de leur auteur et demander leur mise en oeuvre aux responsables de traitement concernés...”

⁴¹ Art. 17.2 Ley portuguesa 58/2019, de 8 de agosto: “Os direitos previstos no RGDPD relativos a dados pessoais de pessoas falecidas, abrangidos pelo número anterior, nomeadamente os direitos de acesso, retificação e apagamento, são exercidos por quem a pessoa falecida haja designado para o efeito ou, na sua falta, pelos respetivos herdeiros.”

⁴² Art. 17.3 Ley portuguesa 58/2019, de 8 de agosto: “Os titulares dos dados podem igualmente, nos termos legais aplicáveis, deixar determinada a impossibilidade de exercício dos direitos referidos no número anterior após a sua morte.”

⁴³ El art. 2-terdecies –párrafos 2, 3, 4 y 5– *Codice in materia di protezione dei dati personali*, conforme al Decreto Legislativo de 10 de agosto de 2018, alude a la manifestación de una voluntad en sentido negativo, en la que el interesado haya prohibido expresamente –en una declaración escrita presentada al responsable del tratamiento o comunicada a éste– el ejercicio de los derechos contemplados en el apartado 1 del mismo artículo. Esta voluntad deberá ser inequívoca y específica, libre e informada.

quienes el causante tenga cuentas activas (art. 411-10.1 CCCat)⁴⁴. Se están presuponiendo, por lo tanto, servicios contratados por el causante con prestadores de servicios digitales⁴⁵.

- A) Para el caso que el causante *haya manifestado sus “voluntades digitales en caso de muerte”*, la propia ley prevé, a título ejemplificativo, algunas de las facultades que pueden integrar. Según el art. 411-10.2 CCCat, “[E]l causante... puede disponer el contenido y el alcance concreto del encargo que debe ejecutarse, incluyendo que la persona designada lleve a cabo alguna o algunas de las siguientes actuaciones”⁴⁶: comunicar a los prestadores de servicios digitales su defunción; solicitar a los prestadores de servicios digitales que se cancelen sus cuentas activas; y/o solicitar a los prestadores de servicios digitales que ejecuten las cláusulas contractuales o que se activen las políticas establecidas para los casos de defunción de los titulares de cuentas activas y, [sólo] *si procede*, que le entreguen una copia de los archivos digitales que estén en sus servidores.

Así, con carácter general, aunque el causante haya manifestado sus “voluntades digitales”, la ley catalana se muestra totalmente respetuosa con el contenido del contrato suscrito entre el usuario fallecido y el prestador de servicios, admitiendo que puede no haber opción a la entrega de los archivos digitales; cuestión distinta es si, en su caso, tratándose de estipulaciones no negociadas individualmente, éstas pueden ser atacadas por abusivas. Al margen de ello, dentro de la posibilidad de “solicitar a los prestadores de servicios que ejecuten las cláusulas contractuales o que se activen las políticas establecidas para los casos de defunción”, cabría exigir el cumplimiento de aquello que el propio titular pueda haber ordenado a través de una “online tool”⁴⁷.

En cualquier caso, la opción de máximo respeto a las condiciones pactadas de la que hace gala el legislador catalán –especialmente en el art. 411-10.2.c CCCat–, supeditando la voluntad del causante a lo establecido en el contrato, contrasta con las soluciones adoptadas en otros ordenamientos. En este sentido, la Ley Modelo norteamericana de 2015 (RUFADAA) –Sección 4–, hace prevalecer la voluntad manifestada (ya sea a través de una “online tool”, o bien en testamento), por encima de las condiciones generales (TOSA). La RUFADAA establece, así, un sistema de tres niveles (“the Three-Tier System”)⁴⁸: prevalecen, por encima de todo, las instrucciones expresadas por el usuario a través de una “online tool”; subsidiariamente, si el interesado no ha proporcionado instrucciones a través de una “online tool”, rige la autorización para gestionar los “activos digitales” prevista en el testamento (o poder

⁴⁴ *Vid.*, también, art. 421-24.1 CCCat –declarado inconstitucional por la STC 7/2019, de 17 de enero de 2019 (BOE núm. 39, de 14.2.2019)–.

⁴⁵ Según la *Memòria d’avaluació de l’impacte de les mesures proposades a l’Avantprojecte de llei sobre les voluntats digitals i de modificació dels llibres segon i quart del Codi civil de Catalunya*, la regulación catalana no pretende imponer nuevas obligaciones a los prestadores de servicios, sino generar un marco de mayor seguridad jurídica para apoderar expresamente a personas distintas del titular de estas cuentas, servicios o contenidos digitales para el ejercicio de facultades inicialmente restringidas al titular.

⁴⁶ Al respecto, *vid.* A. RUDA GONZÁLEZ, “Vida más allá de la muerte (digital)...”, *op. loc. cit.*, 2017, p. 231; M. E. GINEBRA MOLINS, “Morir en la era digital...”, *op. loc. cit.*, 2018, pp. 140-146. *Vid.*, también, el voto particular de la Magistrada Dra. E. ROCA TRÍAS a la STC 7/2019, de 17 de enero de 2019.

⁴⁷ Del tipo, por ejemplo, del “contacto de legado” (“Legacy Contact”) de Facebook o del Administrador de cuentas inactivas de Google.

⁴⁸ *Vid.* E. SY, “The revised Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act...”, *op. loc. cit.*, 2016, pp. 672-673; M. W. COSTELLO, “The «PEAC»...”, *op. loc. cit.*, 2016, p. 444; K. WALDRIP, “Accessing Digital Assets...”, *op. loc. cit.*, 2016, pp. 6-8; S. A. KLEIN y M. R. PARTHEMER, “Who Will Delete the Digital You?...”, *op. loc. cit.*, 2016; J. RONDEROS, “Is Access Enough?...”, *op. loc. cit.*, 2016-2017, pp. 1057-1058; M. D. WALKER, “The New Uniform Digital Assets Law: Estate Planning and Administration in the Information Age”, *Real Property, Trust and Estate Law Journal*, Núm. 52, 2017, p. 61; N. CAHN, “The Digital Afterlife Is a Mess”, 2017, (http://www.slate.com/articles/technology/future_tense/2017/11/the_digital_afterlife_is_a_mess.html [fecha de la consulta: 10.12.2017]); J. G. GORDON, “Legal Access...”, *op. loc. cit.*, 2017, p. 8; G. RESTA, “La successione nei rapporti digitali...”, *op. loc. cit.*, 2019, p. 996; ULC, “Comparison of the Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act (original UFADAA), the Privacy Expectations Afterlife and Choices Act (PEAC Act), and the Revised Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act (Revised UFADAA)”, p. 3 (texto disponible en: <http://www.uniformlaws.org/shared/docs/Fiduciary%20Access%20to%20Digital%20Assets/Comparison%20of%20UFADAA%20PEAC%20and%20Revised%20UFADAA.pdf> [fecha de la consulta: 6.9.2017]).

o trust...); finalmente, en defecto de instrucciones –el peor pero más común de los escenarios–, rigen las condiciones generales –los TOSA– de la plataforma.

Por su parte, si bien desde la perspectiva esencialmente personal de la protección de datos, la legislación francesa prevé que las condiciones generales de la contratación contrarias a las instrucciones manifestadas por el interesado (a modo de “directives générales” o “directives particulières”) sean consideradas no escritas (art. 85.I, al final, de la Ley de 1978 relativa a la informática, en la redacción dada al mismo por la Ordenanza de 12 de diciembre de 2018)⁴⁹. Desde un punto de vista formal, la previsión original de que las “voluntades digitales” pudieran ordenarse, además de en los negocios jurídicos *mortis causa* que regula el Derecho catalán (testamento, codicilo y memoria testamentaria), *si la persona no había otorgado disposiciones de última voluntad* –es decir, subsidiariamente⁵⁰–, a través del “documento de voluntades digitales”⁵¹ –que debía inscribirse en el “Registro electrónico de voluntades digitales”– (vid. arts. 411-10.3 y 421-24.1 CCCat y Preámbulo II, §§ 6, 7 y 9, Ley 10/2017, de 27 de junio) se ha visto afectada por la STC 7/2019, de 17 de enero de 2019⁵². Esta sentencia, en base a la competencia exclusiva del Estado sobre ordenación de los registros [e instrumentos] públicos (art. 149.1.8 CE), declara inconstitucional y nula, no sólo la referencia que hacían los preceptos impugnados a dicho Registro, sino también, con evidente exceso, la que hacían al “documento de voluntades digitales”⁵³. Sin embargo, continúa aludiendo al “documento de

⁴⁹ El art. 85.I, al final, Ley n° 78-17 de 6 de enero de 1978, *relative à l’informatique, aux fichiers et aux libertés*, en la redacción dada al mismo por la Ordenanza de 12 de diciembre de 2018: “Toute clause contractuelle des conditions générales d’utilisation d’un traitement portant sur des données à caractère personnel limitant les prérogatives reconnues à la personne en vertu du présent article est réputée non écrite”. Este precepto equivale a la redacción dada por la Ley n° 2016-1321, de 7 de octubre de 2016, *pour une République numérique*, al art. 40-1 de la Ley de 1978 relativa a la informática, actualmente derogado. En relación al mismo, vid. A. RUDA GONZÁLEZ, “Vida más allá de la muerte (digital)...”, *op. loc. cit.*, 2017, p. 236. Vid., también, S. CÁMARA LAPUENTE, “La sucesión *mortis causa* en el patrimonio digital”, *op. loc. cit.*, 2019, pp. 384-385.

⁵⁰ En las alegaciones del Parlamento de Cataluña sobre la suspensión de los preceptos recurridos de inconstitucionalidad se destacaba el carácter “subsidiario” del “documento de voluntades digitales” respecto de las disposiciones de última voluntad, “es decir sólo para el caso de que no se haya otorgado, ni testamento, ni codicilo ni memorias testamentarias”. Y se añadía: “En este sentido, es importante destacar que el interés del precepto es ofrecer una respuesta para proteger los derechos fundamentales de todas las personas, con especial atención al colectivo de los jóvenes por cuanto que estos no suelen otorgar testamento al no disponer de patrimonio que los obligue a ello, de modo que el precepto facilita que estos formalicen un documento de voluntades digitales, que quedaría por otro lado, sin efecto en el caso de que se otorguen disposiciones testamentarias” (*Bulleti Oficial del Parlament de Catalunya [BOPC]* núm. 12, 8.2.2018, pp. 115-116). Según se indicaba en las alegaciones, todos los preceptos impugnados respondían a un único objetivo común: “la articulación de los mecanismos de protección jurídica para aquellas persona que *sin haber hecho testamento, codicilo o memorias testamentarias* [el destacado es mío] y para el caso de que mueran puedan disponer voluntariamente el destino de su huella digital designando mediante un documento de voluntades digitales aquella persona que se va a encargar de actuar frente a los proveedores de servicios digitales con quien el causante tuviera cuentas activas” (*BOPC* núm. 12, 8.2.2018, p. 115).

⁵¹ LLOPIS se muestra especialmente crítico con esta posibilidad. Según este autor: “No creo que sea necesario ni conveniente desarrollar un concepto paralelo [al documento público notarial], como ha hecho Cataluña con el documento de voluntades anticipadas, ni mucho menos crear una infraestructura registral para permitir la legitimación frente a terceros, pues ésta ya proviene del propio documento notarial” (J. C. LLOPIS, “La fiducia sucesoria en el ámbito digital (UFADAA)”, 25.1.2018 [texto disponible en: <http://www.notariallopis.es/blog/i/1427/73/la-fiducia-sucesoria-en-el-ambito-digital-ufadaa> –fecha de la consulta: 1.2.2018–]).

⁵² *BOE* núm. 39, de 14.2.2019.

⁵³ La STC 7/2019, de 17 de enero de 2019, ha declarado inconstitucionales el art. 6 –en cuanto a la redacción dada al artículo 411-10.3.b CCCat (“Si la persona no ha otorgado disposiciones de última voluntad, un documento que debe inscribirse en el registro electrónico de voluntades digitales”)–, el art. 8 –en cuanto a la redacción dada al art. 421-24.1 CCCat, en el inciso “y, en defecto de estos instrumentos, en un documento de voluntades digitales, el cual necesariamente debe especificar el alcance concreto de su actuación. Este documento debe inscribirse en el registro electrónico de voluntades digitales”–, y los arts. 10 y 11 y la Disposición final 1ª –relativos al “Registro electrónico de voluntades digitales”– de la Ley catalana 10/2017, de 27 de junio.

La STC 7/2019, de 17 de enero de 2019, cuenta con un voto particular de la Magistrada Dra. E. ROCA TRÍAS. En el mismo manifiesta no estar de acuerdo con la sentencia respecto a la calificación como civil del registro electrónico de voluntades digitales y defiende, acertadamente, que debería haberse desestimado el recurso de inconstitucionalidad. El Preámbulo (II, § 7) de la Ley catalana 10/2017, de 27 de junio, de las voluntades digitales aludía expresamente al carácter administrativo del Registro electrónico de voluntades digitales (“...documento de voluntades digitales que debe inscribirse en el Registro electrónico de voluntades digitales, un *nuevo instrumento registral de carácter administrativo* que se crea”). Antes de que se dictara la STC, SOLÉ RESINA se había manifestado a favor de la constitucionalidad de los preceptos impugnados, vid. J. SOLÉ RESINA, “Las voluntades digitales: marco normativo actual”, *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXXI, 2018, fasc. II, pp. 435-439.

voluntades digitales” el art. 411-10.4 CCCat –que “se puede modificar y revocar en cualquier momento y no produce efectos si existen disposiciones de última voluntad”–.

Por lo que respecta al testamento, el codicilo y las memorias testamentarias, lo que hoy se califica de “voluntades digitales” ya era un contenido posible de estos negocios jurídicos *mortis causa*, si bien la nueva regulación puede cumplir una función pedagógica, teniendo en cuenta el uso generalizado de entornos digitales. En este sentido, la Ley 10/2017, de 27 de junio, ha añadido un segundo párrafo al art. 421-2.2 CCCat, según el cual: “El testamento, además de lo establecido por el apartado 1, puede contener las voluntades digitales del causante y la designación de una persona encargada de su ejecución. En defecto de designación, el heredero, el albacea o el administrador de la herencia pueden ejecutar las voluntades digitales o encargar su ejecución a otra persona”. El legislador catalán prevé también que la ejecución de las voluntades digitales del causante se configure como un modo impuesto al heredero o al legatario, o a sus sustitutos (art. 428-1.1, al final, CCCat).

El FD 4 de la STC 7/2019 advierte que “el recurso de inconstitucionalidad no discute que el legislador autonómico, en el marco de la competencia estatutariamente asumida en materia de derecho civil privativo de Cataluña (art. 129 EAC y STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 76), pueda regular la disposición de las voluntades digitales *mortis causa* mediante instrumentos propios de la sucesión testada en el derecho civil catalán (testamento, codicilo o memoria testamentaria), como efectivamente lo hace la Ley 10/2017”. Actualmente, además, y aunque con una redacción mejorable⁵⁴, según el art. 96.4 LOPD: “Lo establecido en este artículo en relación con las *personas fallecidas en las comunidades autónomas con derecho civil, foral o especial, propio* se regirá por lo establecido por estas dentro de su ámbito de aplicación”⁵⁵.

- B) Según la ley catalana, *si el causante no ha expresado sus voluntades digitales* (no ha designado específicamente un “albacea digital”), el heredero o el albacea universal –si lo hay–⁵⁶ puede ejecutar las actuaciones enumeradas en el art. 411-10.2 CCCat –a no ser, obviamente, que el causante lo hubiera prohibido expresamente⁵⁷– “de acuerdo con los contratos que el

⁵⁴ En este sentido, llama la atención que el precepto tenga en cuenta exclusivamente el lugar del fallecimiento a efectos de que pueda resultar aplicable un determinado derecho civil autonómico. Al respecto, *vid.* M. OTERO CRESPO, “La sucesión en los «bienes digitales»...”, *op. loc. cit.*, 2019, pp. 124-125. *Vid.*, también, M. E. GINEBRA MOLINS, “Comentari a l’article 111-3 del Codi civil de Catalunya”, en *Comentari al Llibre primer del Codi civil de Catalunya. Disposicions preliminars. Prescripció i caducitat*, A. LAMARCA MARQUÈS y A. VAQUER ALOY (Eds.), Barcelona: Atelier Llibres Jurídics, 2012, pp. 82-92.

⁵⁵ Este párrafo no existía en el Proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal [PLOPD] (*Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados [BOCG. CD]*, XII Legislatura, Serie A, Núm. 13-1, 24.11.2017); se introdujo durante la tramitación parlamentaria. En este sentido, una enmienda (núm 33) del Grup Parlamentari Vasco (EAJ-PNV) propuso añadir al art. 3 el siguiente párrafo: “4. Lo establecido en este artículo en relación con los datos de personas fallecidas en las Comunidades Autónomas con derecho civil, foral o especial, propio se regirá por lo establecido por éstas dentro de su ámbito de aplicación”. La justificación de la enmienda era “mejora técnica” (*BOCG. CD*, XII Legislatura, Serie A, Núm. 13-2, 18.04.2018). Finalmente, sin embargo, este párrafo no se introdujo en el art. 3 y pasó, en términos muy similares, al art. 96.4 definitivamente aprobado: “Lo establecido en este artículo en relación con las personas fallecidas en las comunidades autónomas con derecho civil, foral o especial, propio se regirá por lo establecido por estas dentro de su ámbito de aplicación”; así aparecía ya en el Informe de la Ponencia. *Vid. BOCG. CD*, XII Legislatura, Serie A, Núm. 13-3, 9.10.2018. *Vid.*, también, el Dictamen de la Comisión (*BOCG. CD*, XII Legislatura, Serie A, Núm. 13-4, 17.10.2018) y el Proyecto remitido al Senado (*Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado [BOCG. S]*, XII Legislatura, Serie A, Núm. 13-4, 17.10.2018).

El mismo Grupo Parlamentari Vasco (EAJ-PNV) –enmienda núm. 65– había propuesto añadir un apartado 5 a la disposición final segunda del Proyecto en el sentido siguiente: “5. El artículo 3 y la disposición adicional séptima [precedente del art. 96 LOPD vigente] se dictan al amparo del artículo 149.1.8 de la Constitución que atribuyen al estado la competencia en materia de legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan” (*BOCG. CD*, XII Legislatura, Serie A, Núm. 13-2, 18.04.2018).

⁵⁶ La redacción que proponía el Anteproyecto se refería, además de al heredero o al albacea universal, al administrador de la herencia (“Si el causante no ha expresado sus voluntades digitales, el heredero, el albacea o el administrador de la herencia pueden ejecutar las acciones previstas en las letras a), b) y c) del apartado 2 de este artículo...”). De hecho, el Preámbulo de la Ley 10/2017, de 27 de junio (II, § 6) aún se refiere a éste: “...se regula el régimen de las voluntades digitales en caso de muerte para prever que el testamento, el codicilo o las memorias testamentarias también puedan contener voluntades digitales y designar a la persona encargada de su ejecución. En caso de que no se haya designado a nadie, se establece que el heredero, el albacea o el administrador de la herencia puede ejecutar las voluntades digitales o bien encargar su ejecución a otra persona.”

⁵⁷ *Vid.* G. MINERO ALEJANDRE, *La protección post mortem...*, *op. loc. cit.*, 2018, p. 169.

causante haya suscrito con los prestadores de servicios digitales o de acuerdo con las políticas que estos prestadores tengan en vigor” (art. 411-10.5 CCCat). Al respecto, conviene destacar dos cuestiones: por una parte, que, existiendo heredero y albacea universal, no se establece prelación entre ellos; por otra, que, nuevamente, la ley catalana se muestra escrupulosamente respetuosa con los términos del contrato suscrito entre el usuario fallecido y el prestador de servicios online y, de nuevo, da prevalencia a las condiciones pactadas, e incluso a las políticas de los prestadores de servicios, por encima de las voluntades digitales expresadas por el causante. Ello comporta respetar –en principio, a no ser que pudieran considerarse abusivas– las cláusulas de intransmisibilidad.

26. En cualquier caso, si el causante no lo ha establecido de otro modo en sus “voluntades digitales”, la persona a quien corresponde ejecutarlas (“albacea digital”, heredero o albacea universal) *no puede tener acceso a los contenidos de sus cuentas y archivos digitales*, salvo que obtenga la correspondiente autorización judicial (art. 411-10.6 CCCat). Hay que tener en cuenta que, en algún caso, puede resultar relevante para la gestión de la herencia el hecho de acceder a determinados contenidos; puede ser que de ellos dependa el ejercicio de ciertos derechos frente a terceros, o que se trate de contenidos que tengan, en sí mismos, valor patrimonial.

27. En cuanto a esta regla por defecto de no acceso al “contenido” de las cuentas y archivos digitales, salvo que el causante lo haya establecido o se obtenga autorización judicial, la regulación catalana se asemejaría, *mutatis mutandi*, a lo previsto en las Sección 8 de la RUFADAA, que, en defecto de consentimiento (y siempre que el usuario o un Tribunal no lo hubiera prohibido), únicamente permite acceder al “catálogo de comunicaciones”⁵⁸, y no al “contenido” de los mensajes; en cambio, la Sección 7 RUFADAA permite al proveedor de servicios online revelar “contenido de las comunicaciones electrónicas” del usuario fallecido⁵⁹ “si el usuario consintió a la revelación o el tribunal la ordena”.

28. Por su parte, el art. 84.II de la Ley francesa de 1978 relativa a la informática, en la redacción dada al mismo por la Ordenanza de 12 de diciembre de 2018 –como anteriormente el art. 40-1.III de la misma Ley de 1978, en la redacción según la Ley nº 2016-1321, de 7 de octubre de 2016, *pour une République numérique*–, en defecto de instrucciones permite a los herederos facultades muy limitadas, sólo en la medida necesaria para administrar y gestionar la herencia o para procurar que los responsables de los datos tomen en cuenta el fallecimiento.

29. De hecho, por lo que respecta a la regulación catalana, aunque el causante haya autorizado el acceso al contenido, en la medida que los arts. 411-10.2 y 411-10.4 CCCat hacen prevalecer, existan o no “voluntades digitales” y persona designada, las condiciones pactadas, es posible que no se consiga acceder al mismo.

30. Por otra parte, en la medida que el legislador catalán rehúye ocuparse de la cuestión desde la perspectiva del tratamiento de los datos personales –supongo que, básicamente, por razones de índole competencial⁶⁰, cabe plantear si un prestador de servicios podría escudarse en la protección de los datos

⁵⁸ Con pocos cambios respecto de la UFADAA [Sección 2 (4)], la Sección 2 (4) RUFADAA define “catálogo de comunicaciones electrónicas” como la información que identifica cada persona con la que el usuario ha tenido una comunicación electrónica, la hora y la fecha de la misma, y la dirección electrónica de aquélla. *Vid.* S. A. KLEIN y M. R. PARTHEMER, “Who Will Delete the Digital You?...”, *op. loc. cit.*, 2016; M. D. WALKER, “The New Uniform Digital Assets Law...”, *op. loc. cit.*, 2017, p. 60.

⁵⁹ La Sección 2 (6) RUFADAA define qué debe entenderse por “content of an electronic communication” en los términos siguientes: “«Content of an electronic communication» means information concerning the substance or meaning of the communication which: (A) has been sent or received by a user; (B) is in electronic storage by a custodian providing an electronic-communication service to the public or is carried or maintained by a custodian providing a remote-computing service to the public; and (C) is not readily accessible to the public”. Esta definición coincide esencialmente con la utilizada en la UFADAA [Sección 2 (6)]. *Vid.* S. A. KLEIN y M. R. PARTHEMER, “Who Will Delete the Digital You?...”, *op. loc. cit.*, 2016; M. D. WALKER, “The New Uniform Digital Assets Law...”, *op. loc. cit.*, 2017, p. 60.

⁶⁰ Hay que tener en cuenta que Cataluña tiene escasas competencias en materia de protección de datos de carácter personal (li-

personales de terceros –al amparo de la LOPD– para negarse a llevar a cabo las medidas solicitadas por el “albacea digital”, el heredero o el albacea universal; o, incluso, si podrían incurrir en responsabilidad en caso de no hacerlo⁶¹. Y lo mismo cabría plantear desde la perspectiva de la protección de la intimidad/privacidad, especialmente de terceros.

31. Si el causante no lo ha establecido de otro modo, los gastos originados por la ejecución de las “voluntades digitales” corren a cargo del activo hereditario (art. 411-10.7 CCCat).

VI. La Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales: los “datos de las personas fallecidas” y el llamado “testamento digital”

32. El uso por las personas físicas de las redes sociales y, en general, de los servicios de la sociedad de la información comporta que la información personal de éstas continúe siendo objeto de tratamiento, difusión y acceso por parte de terceros tras su muerte. Además, en las cuentas digitales o en las redes sociales también pueden aparecer reflejados o comprometidos, sin que puedan deslindarse, datos de terceros⁶².

33. En cuanto a los datos referidos a las personas fallecidas, el art. 2.4 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprobó el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, tras afirmar que “[E]ste reglamento *no será de aplicación a los datos referidos a personas fallecidas*”, permitía que “personas vinculadas al fallecido” “por razones familiares o análogas”, se dirigieran a los responsables de los ficheros o tratamientos que contuvieran datos del fallecido con la finalidad de *notificar el óbito y solicitar* “cuando hubiere lugar a ello”, la *cancelación* de los datos.

34. Con posterioridad, la aprobación del RGPD ha llevado al legislador español a intentar adaptar su legislación a la nueva normativa comunitaria; ello ha culminado con la aprobación de la LOPD⁶³. Por lo que respecta a las personas fallecidas el considerando 27 del RGPD establece que “[E]l presente Reglamento *no se aplica a la protección de datos personales de personas fallecidas*”. Sin embargo, el mismo considerando 27 añade: “[L]os *Estados miembros* son competentes para establecer normas relativas al tratamiento de los datos personales de estas”.

35. En este contexto, la LOPD, tras excluir del ámbito de aplicación de la ley el tratamiento de los datos de personas fallecidas, “sin perjuicio de lo establecido en el artículo 3” (art. 2.2.b LOPD), permite que “las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho o sus herederos [del fallecido⁶⁴]” –a no ser que la persona fallecida lo hubiese prohibido expresamente o así resulte de

mitadas exclusivamente a la protección de datos personales en poder de las Administraciones públicas catalanas; no puede regular, por lo tanto, la materia con carácter general): arts. 31 y 156 del Estatuto de Autonomía de Catalunya de 2006. Además, el Estado español tiene competencia exclusiva en materia de régimen general de comunicaciones (art. 149.1.21ª CE). La *Generalitat de Catalunya* dispone de unas competencias muy residuales en materia de telecomunicaciones (arts. 84.2.1, 137.2, 140.7 EAC 2006).

⁶¹ Vid. A. RUDA GONZÁLEZ, “Vida más allá de la muerte (digital)...”, *op. loc. cit.*, 2017, p. 235.

⁶² Vid. A. RUDA GONZÁLEZ, “Vida más allá de la muerte (digital)...”, *op. loc. cit.*, 2017, p. 235.

⁶³ Con el objetivo de intentar adaptar la legislación española a la nueva normativa comunitaria, el Gobierno impulsó un Proyecto de Ley Orgánica –el Proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal [PLOPD] (*BOCG. CD*, XII Legislatura, Serie A, Núm. 13-1, 24.11.2017)–, que debía sustituir a la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal de 1999 (LO 15/1999, de 13 de diciembre) y adaptar nuestro sistema al de los países del entorno. Dicha iniciativa ha dado lugar a la LO 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPD). Vid. Preámbulo (III, § 5) y art. 1 LOPD. Sobre el Proyecto, cuyo tenor, por lo que aquí interesa, era bastante distinto del texto definitivamente aprobado, *vid.*, *in extenso*, M. E. GINEBRA MOLINS, “Morir en la era digital...”, *op. loc. cit.*, 2018, pp. 148-152. Hay que tener en cuenta que el RGPD, por su naturaleza de Reglamento europeo, tiene aplicabilidad directa en todos los Estados miembros sin necesidad de ser traspuesto a través de una ley nacional. Vid. E. GIL GONZÁLEZ, “Big data y datos personales: ¿es el consentimiento la mejor manera de proteger nuestros datos?”, *Diario La Ley*, núm. 9050, 27.9.2017.

⁶⁴ Debe entenderse que alude a los herederos del fallecido, no de “las personas vinculadas al fallecido por razones fami-

la ley— o “las personas o instituciones a las que el fallecido hubiese designado expresamente” puedan “solicitar el acceso” a los mismos, así como su “rectificación o supresión”, en su caso con sujeción a las instrucciones del fallecido (art. 3 y Preámbulo V, § 3, LOPD).

36. Por otra parte, desde la perspectiva del acceso a los “contenidos” digitales *de*⁶⁵ las personas fallecidas gestionados por prestadores de servicios de la sociedad de la información, y en términos muy similares a los del art. 3 LOPD, el art. 96 LOPD alude al mal llamado “testamento digital”⁶⁶; expresión, esta última, con la que se quiera aludir a la posibilidad de prever el acceso *post mortem* a contenidos digitales gestionados por terceros.

37. Los términos de los art. 3 y 96 LOPD son prácticamente paralelos —con pocas diferencias—, el primero en relación a los datos personales de las personas fallecidas, y el segundo en cuanto a los “contenidos” digitales del fallecido/causante gestionados por prestadores de servicios de la sociedad de la información⁶⁷. A continuación, tomaré como referencia especialmente el art. 96 LOPD, destacando paralelismos y diferencias respecto del art. 3 LOPD.

38. Según el art. 96 LOPD, las “personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho”, así como “sus herederos”—del fallecido—⁶⁸ podrán dirigirse a los prestadores de servicios de la sociedad de la información al objeto de “acceder” a dichos contenidos⁶⁹ e impartirles las instrucciones

liares o de hecho”; según el art. 3.1 PLOPD: “Los herederos de una persona fallecida que acrediten tal condición mediante cualquier medio válido conforme a Derecho, podrán dirigirse al responsable o encargado del tratamiento al objeto de solicitar el acceso a los datos personales de aquella y, en su caso, su rectificación o supresión...”. La referencia a las “personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho” se añadió durante la tramitación parlamentaria. *Vid.* notas 68 y 77.

⁶⁵ Aunque, literalmente, el art. 96 LOPD utiliza la preposición “sobre” (“acceso a contenidos... *sobre* personas fallecidas”), parecería que debe tratarse de contenidos “de” personas fallecidas. La rúbrica de la DA 7ª PLOPD—que constituye el precedente del art. 96 LOPD— era “Acceso a contenidos *de* las personas fallecidas” y en el primer párrafo aludía al acceso “a contenidos gestionados por prestadores de servicios... *a favor* de personas que hayan fallecido...” (*BOCG. CD, XII Legislatura, Serie A, Núm. 13-1, 24.11.2017, p. 40*).

⁶⁶ *Vid.* nota 28. Durante la tramitación del Proyecto (PLOPD) el Grupo Parlamentario Socialista (enmiendas núm. 312 y 317 [*vid.*, también, la justificación de la enmienda núm. 246]) propuso suprimir la Disposición adicional 7ª PLOPD (enmienda núm. 317) y añadir un artículo (el art. 92, según la numeración del Proyecto), rubricado ya, con poca fortuna, “Derecho al testamento digital” (enmienda núm. 312) en el nuevo título X dedicado a “Garantía de los Derechos digitales” (*vid.* enmienda núm. 298). El texto del art. 92 que proponía la enmienda núm. 312 era el siguiente (*vid. BOCG. CD, XII Legislatura, Serie A, Núm. 13-2, 18.04.2018*): “Derecho al testamento digital.- El acceso a datos personales y contenidos gestionados por prestadores de servicios de la sociedad de la información sobre personas fallecidas se regirá por las siguientes reglas: a) *Las personas vinculadas a la persona fallecida por razones familiares o análogas* o cualquiera de sus herederos podrá dirigirse a los prestadores de servicios de la sociedad de la información al objeto de acceder a dichos datos y contenidos e impartirles las instrucciones que estimen oportunas sobre su utilización, destino o supresión. Como excepción, las personas anteriormente referidas no podrán acceder a los contenidos del causante, ni solicitar su rectificación o supresión, cuando la persona fallecida lo hubiese prohibido expresamente o así lo establezca una ley.- b) El albacea testamentario así como aquella persona o institución a la que el fallecido hubiese designado expresamente para ello también podrá solicitar, con arreglo a las instrucciones recibidas, el acceso a los contenidos con vistas a dar cumplimiento a tales instrucciones.- c) En caso de personas fallecidas menores de edad, estas facultades podrán ejercerse también por sus representantes legales o, en el marco de sus competencias, por el Ministerio Fiscal, que podrá actuar de oficio o a instancia de cualquier persona física o jurídica interesada.- d) En caso de fallecimiento de personas con discapacidad, estas facultades podrán ejercerse también, además de por quienes señala la letra anterior, por quienes hubiesen sido designados para el ejercicio de funciones de apoyo.- e) Las personas legitimadas en los apartados anteriores decidirán y comunicarán al responsable del servicio el mantenimiento o eliminación de los perfiles personales de personas fallecidas en redes sociales o servicios equivalentes.- Mediante real decreto se establecerán los requisitos y condiciones para acreditar la validez y vigencia de los citados mandatos e instrucciones y, en su caso, el registro de los mismos, que podrá coincidir con el previsto en el artículo 3 de esta ley orgánica.”

⁶⁷ En cuanto al Proyecto, la DA 7ª PLOPD—precedente del art. 96 LOPD— había sido tachada de reiterativa respecto de lo previsto en el art. 3 del mismo PLOPD—que constituye el precedente del art. 3 LPDP—. *Vid.* G. MINERO ALEJANDRE, *La protección post mortem...*, *op. loc. cit.*, 2018, pp. 166-167. Se refería también a este carácter reiterativo la justificación de la enmienda núm. 173, firmada por C. CAMPUZANO (Diputado del *Partit Demòcrata Europeu Català*, integrado en el Grupo Parlamentario Mixto). *Vid. BOCG. CD, XII Legislatura, Serie A, Núm. 13-2, 18.04.2018*.

⁶⁸ Al igual que en relación al art. 3 LOPD (*vid.* nota 64), debe entenderse que el art. 96.1 LOPD alude a los herederos del fallecido, no de “las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho”.

⁶⁹ El Grupo Parlamentario Unidos Podemos / *En Comú Podem* / En Marea (GPPD) presentó una enmienda (núm. 30) en

que estimen oportunas sobre su “utilización, destino o supresión” (art. 96.1.a.I LOPD) –o al responsable o encargado del tratamiento de datos personales al objeto de solicitar el “acceso” a los mismos⁷⁰ y, en su caso, su “rectificación o supresión”⁷¹ (art. 3.1.I LOPD)–. “Como excepción”, las personas mencionadas no podrán acceder a los contenidos del causante –o a los datos del causante (art. 3.1.II LOPD)–, ni solicitar su modificación o eliminación –o la rectificación o supresión de los datos personales (art. 3.1.II LOPD)–, cuando la persona fallecida “lo hubiese prohibido expresamente” o así lo establezca una ley⁷²; dicha prohibición no afectará al derecho de los herederos a acceder a los contenidos que pudiesen formar parte del caudal relicto (art. 96.1.a LOPD) –o al derecho de los herederos a acceder a los datos de carácter patrimonial del causante (art. 3.1.II LOPD)–⁷³.

39. “También” podrá solicitar, con arreglo a las instrucciones recibidas, el “acceso” a los contenidos con vistas a dar cumplimiento a tales instrucciones el “albacea testamentario” así como aquella “persona o institución a la que el fallecido hubiese designado expresamente” para ello (art. 96.1.b LOPD)⁷⁴. Por lo que respecta al acceso a los datos personales del fallecido, el art. 3.2 LOPD no se refiere al “albacea testamentario”, lo cual parecería dar a entender que éste no estaría legitimado si no ha sido expresamente designado para ello⁷⁵. En cualquier caso, nótese, que el hecho de haber designado expresamente personas o instituciones –conforme a los arts. 3.2 y 96.1.b LOPD– no excluye la legitimación que otorgan a las “personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho” y a los “herederos” los arts. 3.1 y 96.1.a LOPD.

40. El Proyecto (PLOPD) partía de la misma regla de acceso por defecto –a no ser que la persona fallecida lo hubiera prohibido expresamente o así resultara de la ley– en relación a los herederos, pero no se refería a las “personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho”⁷⁶. Y extendía la legitimación –“también”– al “albacea testamentario” y a “la persona o institución a la que el fallecido hubiese designado expresamente” (art. 3.1 y 3 y DA 7ª.I.a y b PLOPD, en relación, respectivamente,

el Senado que pretendía añadir una excepción en relación a las comunicaciones electrónicas; así, el art. 96.1 hubiera quedado: “El acceso a contenidos, *exceptuando las comunicaciones electrónicas*, gestionados por prestadores de servicios de la sociedad de la información sobre personas fallecidas se regirá por las siguientes reglas”. Como motivación a esta enmienda indicaban: “El derecho a la protección de datos personales, así como el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, son derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Española que, a pesar de estar estrechamente ligados entre sí, se regulan como derechos independientes. Por lo anterior, es importante diferenciar entre comunicaciones electrónicas (correos electrónicos o mensajerías instantáneas) y contenidos digitales (archivos, películas, música, etc.). El respeto a la intimidad y secreto de las comunicaciones no solo es un derecho fundamental en sí mismo, sino que está en muchos casos relacionado con el derecho al honor, la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, derechos que no se extingue con el fallecimiento de la persona. Por este motivo, y puesto que toda comunicación exige para ser tal una, por lo menos, bilateralidad, se hace necesario proteger también la intimidad de terceros implicados en dichas comunicaciones, y con más motivo si los mismos se encontrasen vivos” (BOCG. S, XII Legislatura, Núm. 298, 14.11.2018). En la Comisión de Justicia, la Sra. CÁNOVAS ESSARD manifestó que: “Con la enmienda de adición número 30, al artículo 96.1, queremos establecer una excepción al acceso de los contenidos, en el sentido de que queden restringidas las comunicaciones electrónicas para proteger la intimidad de otra persona afectada con la comunicación del difunto, esté o no fallecida” (*Diario de Sesiones del Senado. Comisión de Justicia*, núm. 374, 15.11.2018, p. 4).

⁷⁰ Por lo que respecta a los datos personales, se ocupa del “derecho de acceso del afectado” el art. 13 LOPD, el cual, en cuanto a su ejercicio, remite al art. 15 RGPD, dedicado al “derecho de acceso del interesado”. Según el art. 15.3 RGPD, “[E]l responsable del tratamiento facilitará una copia de los datos personales objeto de tratamiento” y, conforme al párrafo siguiente: “[E]l derecho a obtener copia mencionado en el apartado 3 no afectará negativamente a los derechos y libertades de otros”. Al respecto, *vid.* M. J. SANTOS MORÓN, “La denominada «herencia digital»...”, *op. loc. cit.*, 2018, pp. 437-438.

⁷¹ Los derechos de rectificación y supresión se encuentran regulados, respectivamente, en los arts. 14 y 15 LOPD, los cuales, en cuanto al ejercicio de estos derechos, remiten, a su vez, a los arts. 17 y 18 RGPD.

⁷² El Grupo Parlamentario de Ciudadanos (enmienda núm. 71, al art. 3 PLOPD) propuso, sin éxito, invertir la regla en cuanto al acceso a los datos personales, en el sentido de prever que “el derecho de acceso a los datos personales solo podrá realizarse cuando la persona fallecida lo hubiese autorizado expresamente” (BOCG. CD, XII Legislatura, Serie A, Núm. 13-2, 18.04.2018).

⁷³ Estos incisos finales no constaban ni en el art. 3 ni en la DA 7ª PLOPD. Sí aparecían ya, en cambio, en los arts. 3.1.II y 96.1.a.II según el Informe de la Ponencia. *Vid.* BOCG. CD, XII Legislatura, Serie A, Núm. 13-3, 9.10.2018.

⁷⁴ El art. 96.1.b LOPD coincide con la DA 7ª.I.b PLOPD.

⁷⁵ La referencia al “albacea”, que aparecía tanto en el art. 3.2 PLOPD como en la DA 7ª.I.b PLOPD, se mantiene en el art. 96.1.b LOPD en relación al acceso a los contenidos, pero no en el art. 3.2 LOPD en relación al acceso a los datos personales del fallecido.

⁷⁶ *Vid.* EM, IV, § 3, PLOPD.

a los datos personales y a los contenidos gestionados prestadores de servicios). Durante la tramitación parlamentaria, al añadir las “personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho” –sin precisión alguna al respecto–, se ampliaron en exceso las categorías de personas legitimadas⁷⁷.

41. Por otra parte, y además, en caso de personas fallecidas menores de edad, según la LOPD, estas facultades podrán ejercerse *también* por sus representantes legales o, en el marco de sus competencias, por el Ministerio Fiscal (arts. 3.3.I y 96.1.c LOPD)⁷⁸; y en caso de fallecimiento de personas con discapacidad estas facultades podrán ejercerse *también* por quienes hubiesen sido designados para el ejercicio de funciones de apoyo –si tales facultades se entendieran comprendidas en las medidas de apoyo prestadas por el designado– (arts. 3.3.II y 96.1.d LOPD)⁷⁹.

42. De acuerdo con el art. 96.2 LOPD, todas las personas legitimadas según el art. 96.1 LOPD podrán decidir acerca del “mantenimiento o eliminación” de los perfiles personales de personas fallecidas en redes sociales o servicios equivalentes, a menos que el fallecido hubiera decidido acerca de esta circunstancia, en cuyo caso se estará a sus instrucciones. El responsable del servicio al que se le comunique la solicitud de eliminación del perfil, deberá proceder sin dilación a la misma (art. 96.2.II LOPD).

⁷⁷ La referencia a las “personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho” se añadió durante la tramitación parlamentaria tanto en el art. 3 LOPD como en el art. 96.1.a LOPD; ni el art. 3 ni tampoco la DA 7ª.I.a PLOPD se referían a ellas (*vid. BOCG. CD, XII Legislatura, Serie A, Núm. 13-1, 24.11.2017*). En este sentido, el Grupo Parlamentario Socialista propuso suprimir el art. 3 PLOPD (enmienda núm. 250) y añadir una nueva Disposición adicional 2ª bis (enmienda núm. 316), que incorporaba ya una referencia a “Las personas vinculadas al fallecido, por razones familiares o análogas”; así, el texto propuesto era el siguiente: “1. Las personas vinculadas al fallecido, por razones familiares o análogas, o cualquiera de los herederos de una persona fallecida que acrediten tal condición mediante cualquier medio válido conforme a Derecho, podrán dirigirse al responsable o encargado del tratamiento al objeto de solicitar el acceso a los datos personales de aquella y, en su caso, su rectificación o supresión.- Como excepción, los herederos no podrán acceder a los datos del causante, ni solicitar su rectificación o supresión, cuando la persona fallecida lo hubiese prohibido expresamente o así lo establezca una ley.- 2. El albacea testamentario así como aquella persona o institución a la que el fallecido hubiese designado expresamente para ello también podrá solicitar, con arreglo a las instrucciones recibidas, el acceso a los datos personales de éste y, en su caso su rectificación o supresión. Mediante real decreto se establecerán los requisitos y condiciones para acreditar la validez y vigencia de estos mandatos e instrucciones y, en su caso, el registro de los mismos.- 3. En caso de fallecimiento de menores, estas facultades podrán ejercerse también por sus representantes legales o, en el marco de sus competencias, por el Ministerio Fiscal, que podrá actuar de oficio o a instancia de cualquier persona física o jurídica interesada.- En caso de fallecimiento de personas con discapacidad, estas facultades también podrán ejercerse, además de por quienes señala el párrafo anterior, por quienes hubiesen sido designados para el ejercicio de funciones de apoyo.”

El hecho de que, durante la tramitación parlamentaria, se añadiera, tanto en el texto definitivo del art. 3 LOPD, como en el del art. 96.1.a LOPD, la referencia a “[L]as personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho” quizá fue –especialmente por lo que respecta al art. 3 LOPD– por influencia o mimetismo con lo previsto en el art. 2.4 RD 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprobó el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (“personas vinculadas al fallecido, por razones familiares o análogas”); sin embargo, en este último precepto las facultades que se atribuyen son mucho más limitadas, únicamente dirigidas *notificar el óbito y solicitar*, “cuando hubiere lugar a ello”, la *cancelación* de los datos. El art. 3 LOPD vigente, en cambio, les permite “solicitar el acceso a los datos personales... y, en su caso, su rectificación o supresión”, y el 96.1.a LOPD les legitima para “acceder a dichos contenidos e impartirles las instrucciones que estimen oportunas sobre su utilización, destino o supresión”. También pudo influir el art. 18.4 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, si bien se trata de una legitimación de un alcance mucho más limitada (LBAP). Según el art. 18.4 LBAP: “Los centros sanitarios y los facultativos de ejercicio individual sólo facilitarán el acceso a la historia clínica de los pacientes fallecidos a las personas vinculadas a él, por razones familiares o de hecho, salvo que el fallecido lo hubiese prohibido expresamente y así se acredite. En cualquier caso, el acceso de un tercero a la historia clínica motivado por un riesgo para su salud se limitará a los datos pertinentes. No se facilitará información que afecte a la intimidad del fallecido ni a las anotaciones subjetivas de los profesionales, ni que perjudique a terceros”. Al respecto, *vid.* el Dictamen CNS 8/2019 de la Autoridad Catalana de Protección de Datos [texto disponible en: https://apdcat.gencat.cat/web/.content/Resolucio/Resolucions_Cercador/Dictamens/2019/Documents/es_cns_2019_008.pdf (fecha de la consulta: 19.9.2019)]. La Ley catalana 21/2000, de 29 de diciembre, sobre los derechos de información concernientes a la salud y la autonomía del paciente, y la documentación clínica, no se refiere expresamente al supuesto de personas fallecidas, si bien en su art. 3 (“El titular del derecho a la información asistencial”), párrafo 1, prevé que “El titular del derecho a la información es el paciente. Debe informarse a las personas a él vinculadas en la medida en que éste lo permita expresa o tácitamente”.

⁷⁸ *Vid.*, en el mismo sentido, el art. 3.3.I y la DA 7ª.I.c PLOPD.

⁷⁹ *Vid.*, en sentido similar, el art. 3.3.II y la DA 7ª.I.d PLOPD.

43. Mediante real decreto se establecerán los requisitos y condiciones para acreditar la validez y vigencia de los “mandatos”⁸⁰ e instrucciones y, en su caso, el registro de los mismos (art. 3.2.II LOPD), que podrá coincidir con el previsto en el artículo 3 de esta ley orgánica (art. 96.3 LOPD).

44. Por lo que respecta a los datos personales, el art. 74.g LOPDP (al igual que hacía el art. 74.g PLOPD) considera infracción leve “El incumplimiento de la obligación de suprimir los datos referidos a una persona fallecida cuando ello fuera exigible conforme al artículo 3 de esta ley orgánica”.

45. La LOPD parte, así, tanto en relación a los datos de las personas fallecidas, como a sus “contenidos” digitales, de la legitimación de “acceso” como regla, salvo prohibición expresa del fallecido o establecida en una ley. Parte, además, de una legitimación muy amplia en cuanto a facultades, y a favor de un gran número de personas, entre las que, además, no prevé prelación alguna, a diferencia de lo que establecen las legislaciones francesa (art. 85 de la Ley de 1978 relativa a la informática, en la redacción dada al mismo por la Ordenanza de 12 de diciembre de 2018)⁸¹, catalana (art. 411-10 CCCat)⁸² y portuguesa (art. 17 Ley portuguesa 58/2019, de 8 de agosto)⁸³, o incluso la legislación española sobre protección del honor, la intimidad y la propia imagen (art. 4 LOPDH)⁸⁴. En este sentido, en caso de persona expresamente designada, parecería lógico excluir, por lo menos, a las *personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho* –a no ser que se considerara la posibilidad (por la que yo abogaría) de eliminar directamente la referencia a las mismas de los arts. 3 y 96 LOPD–. Convendría, en definitiva, restringir el elenco de personas legitimadas y priorizar las personas expresamente designadas por el fallecido respecto de los otros legitimados, que, como mucho, convendría restringir a herederos y/o albaceas. Además, si el fallecido no ha dejado instrucciones, podría valorarse la posibilidad de acotar más las facultades de herederos y/o albaceas, en la línea prevista, por ejemplo, por la legislación francesa⁸⁵.

46. Permitir la intervención concurrente de tantas personas legitimadas *ex lege*, identificadas, además, de manera tan imprecisa e indeterminada (bastando un vínculo con el fallecido por razones familiares o de hecho), por defecto –salvo prohibición expresa por parte del fallecido o establecida por una Ley–, y con facultades tan amplias (poder acceder y, además, decidir sobre la utilización, destino o supresión de los contenidos digitales o bien la rectificación o supresión de los datos personales), además de resultar excesivo, puede plantear problemas desde un punto de vista práctico. En este sentido desde la perspectiva del contenido digital integrado en la herencia, el hecho de que, por ejemplo, se reconozca

⁸⁰ *Cfr.*, sin embargo, art. 1732.3º CC y art. 622-33.1.c CCCat, que consideran extinguido el mandato por fallecimiento del mandante. Esto mismo puede reprocharse al art. 3.2.II LOPD.

⁸¹ El art. 85.II Ley de 1978, relativa a la informática, en su redacción de 2018 legitima a los herederos del interesado “a falta de instrucciones o de una declaración en contrario en dichas instrucciones”

⁸² La regulación catalana únicamente legitima al heredero o al albacea universal en caso de falta de designación específica de un “albacea digital”. *Vid.* art. 411-10.5 CCCat.

⁸³ Según el art. 17.2 Ley portuguesa 58/2019, de 8 de agosto, los derechos sobre los datos personales de las personas fallecidas, son ejercidos por quien la persona fallecida haya designado para este fin o, en su defecto, por los herederos.

⁸⁴ Por lo que respecta al ejercicio de las acciones de protección civil del honor, la intimidad o la imagen de una persona fallecida, el art. 4 LOPDH establece una prelación clara, prefiriendo, en primer lugar, a la persona designada por el fallecido en su testamento antes que al cónyuge, los descendientes, ascendientes y hermanos. Y faltando todos prevé que el ejercicio de las acciones corresponda al Ministerio Fiscal.

⁸⁵ *Vid.* el art. 85.II Ley n° 78-17 de 6 de enero de 1978, *relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*, en la redacción dada al mismo por la *Ordonnance* n° 2018-1125, de 12 de diciembre de 2018 –cuyo precedente es el art. 40-1.III de la misma Ley de 1978 relativa a la informática en su redacción conforme a la Ley n° 2016-1321, de 7 de octubre de 2016, *pour une République numérique*–: “En l’absence de directives ou de mention contraire dans ces directives, les héritiers de la personne concernée peuvent exercer, après son décès, les droits mentionnés au chapitre II du présent titre II dans la mesure nécessaire: 1° A l’organisation et au règlement de la succession du défunt. A ce titre, les héritiers peuvent accéder aux traitements de données à caractère personnel qui le concernent afin d’identifier et d’obtenir communication des informations utiles à la liquidation et au partage de la succession. Ils peuvent aussi recevoir communication des biens numériques ou des données s’apparentant à des souvenirs de famille, transmissibles aux héritiers; 2° A la prise en compte, par les responsables de traitement, de son décès. A ce titre, les héritiers peuvent faire procéder à la clôture des comptes utilisateurs du défunt, s’opposer à la poursuite des traitements de données à caractère personnel le concernant ou faire procéder à leur mise à jour.- Lorsque les héritiers en font la demande, le responsable du traitement doit justifier, sans frais pour le demandeur, qu’il a procédé aux opérations exigées en application du précédent alinéa.- Les désaccords entre héritiers sur l’exercice des droits prévus au présent II sont portés devant le tribunal de grande instance compétent.”

una legitimación *ex lege* a favor de personas distintas de los herederos para decidir sobre su supresión, o incluso sobre su destino o utilización (art. 96.1 LOPD), puede resultar conflictivo, pues puede dar lugar a decisiones contradictorias⁸⁶. Y ello también puede plantearse en relación a la legitimación para acceder, rectificar y suprimir datos personales de las personas fallecidas prevista en el art. 3 LOPD⁸⁷.

47. Además, puede entenderse fácilmente que la regulación prevista en el art. 96 LOPD, de acceso por defecto, vulnera las expectativas de privacidad del usuario medio de internet, que puede verse obligado a manifestar expresamente su voluntad en contra para evitarlo⁸⁸. Pero es que incluso pueden quedar en entredicho y al descubierto datos y contenidos relativos a terceros. Ciertamente, resultaría preferible partir, por lo menos, como regla, del “no acceso” a los datos personales o a los contenidos digitales del difunto, salvo que éste haya manifestado su voluntad en otro sentido⁸⁹, tal y como establecen, en cuanto a los contenidos, el art. 411-10.5 CCCat o, respecto de los contenidos de las comunicaciones electrónicas, la Sección 7 RUFADAA.

48. Por otra parte, la LOPD no contiene ninguna regla que haga prevalecer la voluntad del causante por encima de las condiciones generales de los prestadores de servicios, en la línea de lo previsto en el art. 85.I, al final, de la Ley francesa de 1978 relativa a la informática (en la redacción dada al mismo por la Ordenanza de 12 de diciembre de 2018) o de lo que resulta de la Sección 4 RUFADAA⁹⁰. Teniendo en cuenta que, en este ámbito, el consentimiento contractual suele prestarse entre partes claramente desiguales, puede resultar aconsejable y útil prever una regla de este estilo.

49. En fin, por lo que respecta a los “datos personales” de las personas fallecidas, la LOPD, parece más una ley de desprotección de datos, que de protección; y lo mismo cabe afirmar en relación a los “contenidos digitales”.

⁸⁶ Vid. S. CÁMARA LAPUENTE, “La sucesión mortis causa en el patrimonio digital”, *op. loc. cit.*, 2019, pp. 423; F. P. PATTI y F. BARTOLINI, “Digital Inheritance...”, *op. loc. cit.* 2019, p. 1185; S. NAVAS NAVARRO, “Herencia y protección de datos...”, *op. loc. cit.*, p. 78; M. OTERO CRESPO, “La sucesión en los «bienes digitales»...”, *op. loc. cit.*, 2019, p. 123.

⁸⁷ En relación al art. 3 LOPD, OTERO CRESPO destaca que la LOPD no prevé cómo resolver los potenciales conflictos en caso de concurrencia de varios legitimados (M. OTERO CRESPO, “La sucesión en los «bienes digitales»...”, *op. loc. cit.*, 2019, pp. 114-115).

⁸⁸ SANTOS MORÓN lo había denunciado en relación al PLOPD, el cual establecía la regla de acceso por defecto, pero no se refería a la “personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho” (vid. M. J. SANTOS MORÓN, “La denominada «herencia digital»...”, *op. loc. cit.*, 2018, p. 438). Con el texto finalmente aprobado, esta crítica resulta aún más oportuna. Vid. S. CÁMARA LAPUENTE, “La sucesión mortis causa en el patrimonio digital”, *op. loc. cit.*, 2019, p. 387.

⁸⁹ Vid. M. J. SANTOS MORÓN, “La denominada «herencia digital»...”, *op. loc. cit.*, 2018, p. 438; S. CÁMARA LAPUENTE, “La sucesión mortis causa en el patrimonio digital”, *op. loc. cit.*, 2019, p. 386. Tal y como indica OTERO CRESPO, “[E]n cierto modo se invierte la norma esperable, prevaleciendo el derecho de acceso por parte de familiares, personas vinculadas y herederos sobre el derecho a la protección de la intimidad o privacidad de la persona y aquellos con quienes se haya comunicado digitalmente” (M. OTERO CRESPO, “La sucesión en los «bienes digitales»...”, *op. loc. cit.*, 2019, p. 120).

⁹⁰ En relación al PLOPD, SANTOS MORÓN echa en falta una regla de este tipo (M. J. SANTOS MORÓN, “La denominada «herencia digital»...”, *op. loc. cit.*, 2018, p. 438).

CONTRATOS DE COMPRAVENTA DE BIENES (DIRECTIVA 2019/771) Y SUMINISTRO DE CONTENIDOS O SERVICIOS DIGITALES (DIRECTIVA 2019/770) – ÁMBITO DE APLICACIÓN Y GRADO DE ARMONIZACIÓN

SALE OF GOODS (DIRECTIVE 2019/771) AND SUPPLY OF DIGITAL CONTENT AND DIGITAL SERVICES (DIRECTIVE 2019/770) – SCOPE AND DEGREE OF HARMONISATION

JORGE MORAIS CARVALHO

Profesor de la NOVA School of Law. Investigador del CEDIS (Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade). Director del NOVA Consumer Lab y del NOVA Law & Tech

Recibido: 16.12.2019 / Aceptado: 10.01.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5230>

Resumen: La Directiva 2019/770, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, y la Directiva 2019/771, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes, publicadas en el Diario Oficial de la Unión Europea en mayo de 2019, representan un hito muy importante en el Derecho contractual europeo en materia de consumo. En el presente texto se analiza el ámbito de aplicación de estos dos instrumentos jurídicos y se destaca el margen de arbitrio que tienen los Estados miembros, señalando los aspectos en los que habrá que modificar el Derecho nacional, en algunos casos reduciendo el nivel de protección de los consumidores.

Palabras clave: consumidor, compraventa de bienes, contenido digital servicio digital, Directiva 2019/770, Directiva 2019/771.

Abstract: Directive 2019/770 on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content and digital services and Directive 2019/771 on certain aspects concerning contracts for the sale of goods, published in the Official Journal of the European Union in May 2019, represent a very important milestone in European consumer contract law. Throughout this text, an analysis is carried out of the scope of application of these two legal instruments, highlighting the margin of discretion that Member States have and pointing out aspects where national law will have to be modified, in some cases by reducing the level of consumer protection.

Keywords: consumer, sales contract, digital content, digital services, Directive 2019/770, Directive 2019/771.

Sumario: I. Introducción. II. Nivel de armonización. III. Ámbito de aplicación. 1. Ámbito subjetivo de aplicación. 2. Ámbito objetivo de aplicación. IV. Conclusión.

I. Introducción

1. La Directiva (UE) 2019/770 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, y la Directiva (UE) 2019/771 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a de-

terminados aspectos de los contratos de compraventa de bienes, por la que se modifican el Reglamento (CE) n.º 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE y se deroga la Directiva 1999/44/CE, se publicaron en el Diario Oficial de la Unión Europea el 22 de mayo de 2019¹.

2. Las dos Directivas son complementarias² y en ningún caso, como se verá, coinciden en su ámbito de aplicación objetivo.

3. Los asuntos tratados son esencialmente los mismos: conformidad de los productos o contenidos o servicios digitales con el contrato; medidas correctoras (derechos) en caso de falta de conformidad; modalidades para el ejercicio de estas medidas correctoras.

4. Cabe señalar que la Directiva 2019/771 complementa a la Directiva 2011/83/UE^{3/4}, en particular en lo que se refiere a las normas que rigen los contratos celebrados con los consumidores en general (requisitos de información, entrega, transmisión del riesgo), dando así un paso más hacia un derecho armonizado de compraventa a escala europea. Los requisitos de información de la Directiva 2011/83/UE también se aplican a los contratos cubiertos por la Directiva 2019/770.

5. Dado que las normas de la Directiva 2011/83/UE que regulan la entrega no se aplican a los contratos distintos de los relativos a bienes, la Directiva 2019/770 aborda una cuestión que no está cubierta por la Directiva 2019/771. Se trata del suministro de los contenidos o servicios digitales, es decir, el equivalente a la “entrega” del objeto del contrato. Los Estados miembros son libres en cuanto a la naturaleza jurídica de los contratos de suministro de contenidos o servicios digitales⁵, pero ahora tienen que definir un régimen uniforme para el cumplimiento de la obligación principal (“suministro”)⁶.

6. Otra cuestión que sólo aparece en la Directiva 2019/770 es la de las modificaciones del contrato en el caso de un contrato duradero, sea de ejecución continuada o de ejecución periódica (artículo 19).

7. Por el contrario, sólo la Directiva 2019/771 trata la cuestión de las garantías comerciales (artículo 17).

8. Las Directivas deben transponerse al Derecho nacional antes del 1 de julio de 2021 y la fecha de entrada en vigor de las normas de transposición debe ser el 1 de enero de 2022. Se prevé de esta forma un período mínimo de seis meses de *vacatio legis*.

9. Por lo que se refiere a la aplicación de la ley en el tiempo, las normas de transposición de la Directiva 2019/771 sólo deben aplicarse a los contratos celebrados después de la entrada en vigor de dicha Directiva⁷. Por otra parte, la Directiva 2019/770 debe aplicarse “a los contratos de duración deter-

¹ Vid. J. MORAIS CARVALHO, “New Developments in EU Consumer Contract Law”, en *PoLaR – Portuguese Law Review*, Vol. 3, nº 1, 2019, pp. 11-17; K. NEMETH y J. MORAIS CARVALHO, “Current Challenges for Consumer Law”, en *Journal of European Consumer and Market Law*, Vol. 3, 2019, pp. 119-121; J. MORAIS CARVALHO, “Sale of Goods and Supply of Digital Content and Digital Services – Overview of Directives 2019/770 and 2019/771”, en *Journal of European Consumer and Market Law*, Vol. 5, 2019, pp. 194-201; J. MORAIS CARVALHO, “Venda de Bens de Consumo e Fornecimento de Conteúdos e Serviços Digitais – As Diretivas 2019/771 e 2019/770 e o seu Impacto no Direito Português”, en *Revista Electrónica de Direito*, Vol. 20, nº 3, 2019, pp. 194-201, disponible en https://cije.up.pt/client/files/000000001/4-artigo-jorge-morais-carvalho_1213.pdf.

² Considerandos 13 de la Directiva 2019/771 y 20 de la Directiva 2019/770.

³ 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 deroga la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

⁴ Considerando 11.

⁵ Considerando 12 de la Directiva 2019/770. En defensa de la necesidad de una nueva categoría de bienes digitales, vid. J. A. CASTILLO PARRILLA, *Bienes Digitales: Una Necesidad Europea*, Dykinson, Madrid, 2018, p. 259.

⁶ K. SEIN y G. SPINDLER, “The new Directive on Contracts for the Supply of Digital Content and Digital Services – Scope of Application and Trader’s Obligation to Supply”, en *European Review of Contract Law*, vol. 15, 3, 2019, pp. 276 y siguientes.

⁷ Considerando 66.

minada o indefinida que se hayan celebrado antes de la fecha de aplicación y que prevean el suministro de contenidos o servicios digitales durante un período de tiempo, ya sea de forma continua, ya sea a través de una serie de actos individuales de suministro, pero solo en lo que respecta a los contenidos o servicios digitales suministrados a partir de la fecha de aplicación de las medidas nacionales de transposición”, con excepción de las normas relativas a la modificación de los contenidos o servicios digitales y al derecho de repetición, que sólo se aplicarán a los contratos celebrados con posterioridad a la fecha de entrada en vigor de dicho acto⁸.

II. Nivel de armonización

10. Las dos directivas son de armonización máxima, salvo disposición en contrario. Esto es lo que se desprende del artículo 4 de ambas directivas.

11. El general de las directivas que han sido aprobadas en materia de derecho del consumo tiene por objetivo, por un lado, la protección del consumidor y, por otro, el desarrollo del mercado interno, mediante la armonización de normas, facilitando los intercambios comerciales entre los Estados miembros⁹. El objetivo de armonizar las normas nacionales no es, sin embargo, totalmente alcanzado con la adopción de directivas de armonización mínima, una vez que estas permiten que los Estados adopten o mantengan normas más protectoras de los consumidores. Debe notarse que, así, los derechos de los consumidores están más protegidos, una vez que no se impone a los Estados miembros una disminución del nivel de protección¹⁰. En lo que respecta a las directivas de armonización máxima, las diferencias entre los regímenes en los diversos Estados miembros son menos significativas¹¹, pero las posibilidades de mejorar la posición del consumidor disminuyen. Puede, así, decirse que las directivas de armonización mínima son más protectoras de los consumidores y que las directivas de armonización máxima están más tendientes hacia el mercado común y la inexistencia de barreras a los intercambios comerciales entre los Estados miembros¹². Si en un principio se optó por adoptar directivas de armonización mínima (véase, por ejemplo, el artículo 11 de la Directiva 94/47/CE, el artículo 8 de la Directiva 93/13/CEE y el artículo 8-2 de la Directiva 1999/44/CE), fundamentalmente a partir de la Directiva sobre prácticas comerciales desleales, este enfoque se ha invertido. Por consiguiente, estas dos nuevas directivas surgen en un contexto de adopción de directivas de armonización máxima.

12. Debido a que anteriormente estaba cubierta por una directiva de armonización mínima (Directiva 1999/44/CE), la Directiva 2019/771 concede más libertad a los Estados miembros que la Directiva 2019/770. Parece ser más una cuestión de conveniencia política relacionada con esta circunstancia que una diferencia resultante de la naturaleza de los contratos en juego.

13. Las dos directivas se aplican, naturalmente, dentro de su ámbito de aplicación subjetivo y objetivo, y la armonización máxima abarca precisamente ese ámbito. Por consiguiente, los Estados miembros no pueden restringir el ámbito de aplicación de las directivas. No obstante, pueden ampliar libremente el ámbito de aplicación de los regímenes sustantivos de que se trate¹³. Esto incluye el caso

⁸ Considerando 83.

⁹ K. MORTELMANS, “Harmonization Minimale et Droit de la Consommation”, en *Revue Européenne de Droit de la Consommation*, n.º 1, 1988, pp. 3 y siguientes.

¹⁰ En este sentido, *vid.* S. WEATHERILL y P. BEAUMONT, *EU Law – The Essential Guide to the Legal Workings of the European Union*, 3.ª ed., Penguin Books, London, 1999, p. 1037.

¹¹ Como los actos normativos europeos no cubren todas las materias, argumenta J. STUYCK, “Patterns of Justice in the European Constitutional Charter: Minimum Harmonisation in the Field of Consumer Law”, en *Law and Diffuse Interests in the European Legal Order – Recht und Diffuse Interessen in der Europäischen Rechtsordnung – Liber Amicorum Norbert Reich*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1997, p. 284, que todas las directivas tienen un efecto de armonización mínima.

¹² J. MORAIS CARVALHO, “La Protección de los Consumidores en la Unión Europea: ¿Mito o Realidad?”, en *Criterio Jurídico – Revista de la Pontificia Universidad Javeriana Cali*, Vol. 6, 2006, pp. 243 y siguientes.

¹³ Considerandos 21 de la Directiva 2019/771 y 16 de la Directiva 2019/770.

de los contratos con doble objeto¹⁴ y de los prestadores de plataformas que no son socios contractuales directos del consumidor¹⁵. La Directiva 2019/771 también menciona explícitamente la posibilidad de que su régimen jurídico sea aplicado a los bienes inmuebles¹⁶.

14. Además, los Estados miembros serán libres en lo que se refiere a la legalidad de los bienes, los contenidos digitales o los servicios digitales, el derecho a indemnización por daños y perjuicios, la celebración, la validez, la nulidad o los efectos de los contratos, las consecuencias de la terminación del contrato¹⁷, determinados aspectos relativos a la reparación y la sustitución (como el lugar en el que debe tener lugar) y el lugar en el que deben cumplirse las obligaciones del deudor¹⁸.

15. Los Estados miembros también podrán mantener o introducir normas que no sean específicas para los contratos celebrados con consumidores que prevean soluciones concretas para determinados tipos de vicios que no fueran manifiestos en el momento de la celebración del contrato¹⁹ y – en este caso, sólo en los contratos de compraventa – que permitan a los consumidores elegir una medida correctora concreta si la falta de conformidad de los bienes se manifiesta en un plazo no superior a 30 días después de la entrega²⁰.

16. La responsabilidad directa del productor frente al consumidor no está regulada por las directivas y, por lo tanto, puede estar prevista en las legislaciones nacionales²¹.

17. Se mencionan ahora explícitamente los derechos de las partes a suspender el cumplimiento de las obligaciones o de una parte de ellas hasta que la otra parte cumpla sus propias obligaciones, dejando al mismo tiempo cierto margen de libertad a los Estados miembros²².

18. Los Estados miembros son también libres de establecer plazos más largos para la responsabilidad del empresario que los establecidos en las directivas²³.

19. Los Estados miembros deben establecer un derecho de repetición del empresario contra la persona responsable en la cadena de transacciones. La legislación nacional determinará quién es el responsable y las acciones y condiciones de ejercicio correspondientes²⁴.

20. El concepto de conformidad abarca tanto los vicios materiales como los vicios jurídicos, pero los Estados miembros tienen la posibilidad de prever que las restricciones resultantes de la vulneración de derechos de terceros i) dan derecho al consumidor a la reparación de la falta de conformidad o ii) permiten al consumidor alegar la nulidad del contrato o su rescisión²⁵.

¹⁴ Considerandos 22 de la Directiva 2019/771 y 17 de la Directiva 2019/770.

¹⁵ Considerandos 23 de la Directiva 2019/771 y 18 de la Directiva 2019/770.

¹⁶ Considerando 12.

¹⁷ No obstante, ambas directivas contienen algunas normas al respecto: artículos 16 de la Directiva 2019/771 y 16 y 17 de la Directiva 2019/770. Son especialmente pertinentes las normas relativas al destino de los datos facilitados o creados por el consumidor.

¹⁸ Artículos 3-6 y 16-3 y considerandos 18, 56, 60 y 61 de la Directiva 2019/771 y artículo 3-10 y considerandos 12 y 73 de la Directiva 2019/770.

¹⁹ Artículo 3-7 y considerando 18 de la Directiva 2019/771 y considerando 12 de la Directiva 2019/770.

²⁰ Artículo 3-7 y considerando 19 de la Directiva 2019/771.

²¹ Considerandos 18 y 63 de la Directiva 2019/771 y 12 de la Directiva 2019/770. El considerando 13 de la Directiva 2019/770 también menciona la posibilidad de que los Estados miembros regulen las acciones por responsabilidad frente a terceros que no suministren el contenido digital o el servicio digital, como los desarrolladores.

²² Artículo 13-6 y considerando 18 de la Directiva 2019/771 y considerando 15 de la Directiva 2019/770.

²³ Artículo 10 y considerandos 41 y 42 de la Directiva 2019/771 y artículo 11-2 y 3 y considerandos 56 y 58 de la Directiva 2019/770.

²⁴ Artículo 18 y considerando 63 de la Directiva 2019/771 y artículo 20 y considerando 78 de la Directiva 2019/770.

²⁵ Artículo 9 y considerando 35 de la Directiva 2019/771 y artículo 10 y considerando 54 de la Directiva 2019/770.

21. Hay algunos aspectos en los que la libertad sólo se concede a los Estados miembros en virtud de la Directiva 2019/771: determinar si la totalidad del contrato que incluye elementos tanto de venta de bienes como de suministro de servicios puede clasificarse como un contrato de compraventa²⁶; imponer obligaciones de información al vendedor en relación con la celebración del contrato o la obligación de advertir al consumidor, por ejemplo, de determinadas características del bien, de la idoneidad de los materiales facilitados por el consumidor o de posibles inconvenientes derivados de solicitudes específicas del consumidor²⁷; relación entre la contribución del consumidor a la falta de conformidad y el derecho a exigir medidas correctoras²⁸; excluir los contratos de compraventa de bienes de segunda mano vendidos en subasta pública y/o de animales vivos²⁹; regular el significado del término “entrega”³⁰; permitir a las partes, en el caso de bienes de segunda mano, convenir términos contractuales con un período de responsabilidad o un plazo de prescripción más breve, siempre que dicho periodo y/o plazo no sea(n) inferior(es) a un año³¹; prever la suspensión o interrupción del período de responsabilidad o del plazo de prescripción³²; fijar el plazo de la presunción de preexistencia de la falta de conformidad en dos años a partir de la fecha de entrega de los bienes (en lugar de un año)³³; prever una obligación de informar al vendedor de la falta de conformidad (en un plazo mínimo de dos meses a partir de la fecha de su detección por el consumidor)³⁴; regular las condiciones en las que otra persona (el consumidor o un tercero) puede realizar el cumplimiento que incumbe al vendedor a costa de este (por ejemplo reparando el bien)³⁵; establecer plazos fijos razonables para la reparación o sustitución de los bienes³⁶; establecer normas sobre los aspectos relativos a las garantías comerciales, tales como su gratuidad o el idioma o idiomas en que se ponen a disposición del consumidor³⁷.

22. Aunque en menor medida, existen aspectos específicos de la Directiva 2019/770 que justifican que la libertad concedida a los Estados miembros se limite a ella (y no se extienda a la Directiva 2019/771): naturaleza jurídica de los contratos de suministro de contenidos digitales o de servicios digitales³⁸; consecuencias de un incumplimiento del suministro o de una falta de conformidad en caso de fuerza mayor³⁹; aplicación del régimen jurídico a situaciones i) en las que el empresario sólo recaba metadatos, como información sobre el dispositivo o el historial de navegación del consumidor, y/o ii) en las que el consumidor, sin haber celebrado un contrato con el empresario, está expuesto a publicidad exclusivamente para acceder a contenidos o servicios digitales⁴⁰; regulación de los aspectos relativos a los contratos vinculados o accesorios⁴¹; consecuencias para el contrato si el consumidor retira el consentimiento para el tratamiento de sus datos personales⁴²; requisitos establecidos en un acuerdo de nivel de servicio⁴³.

23. Como puede deducirse de la lista exhaustiva antes mencionada, los Estados miembros conservan una libertad considerable, en particular en el contexto del contrato de compraventa de bienes de consumo.

²⁶ Considerando 17 de la Directiva 2019/771.

²⁷ Considerando 20 de la Directiva 2019/771.

²⁸ Artículo 13-7 de la Directiva 2019/771.

²⁹ Artículo 3-5 de la Directiva 2019/771.

³⁰ Considerando 38 de la Directiva 2019/771.

³¹ Artículo 10-6 y considerando 43 de la Directiva 2019/771.

³² Considerando 44 de la Directiva 2019/771.

³³ Artículo 11-2 y considerando 45 de la Directiva 2019/771.

³⁴ Artículo 12 y considerando 46 de la Directiva 2019/771.

³⁵ Considerando 54 de la Directiva 2019/771.

³⁶ Considerando 55 de la Directiva 2019/771.

³⁷ Artículo 17-4 y considerando 62 de la Directiva 2019/771.

³⁸ Considerando 12 de la Directiva 2019/770.

³⁹ Considerando 14 de la Directiva 2019/770.

⁴⁰ Considerando 25 de la Directiva 2019/770.

⁴¹ Artículo 3-6 y considerando 34 de la Directiva 2019/770.

⁴² Considerando 40 de la Directiva 2019/770.

⁴³ Considerando 42 de la Directiva 2019/770.

III. Ámbito de aplicación

1. Ámbito subjetivo de aplicación

A) Concepto de consumidor

24. Los dos regímenes jurídicos tienen por objeto proteger al consumidor, entendido como “toda persona física que (...) actúa con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión”⁴⁴.

25. Los Estados miembros podrán ampliar la protección ofrecida a otras personas que no estén cualificadas como consumidores. Esto se puede hacer de tres maneras: i) ampliación del concepto de consumidor, incluyendo también a las personas jurídicas y/o a las personas físicas que actúen con fines profesionales; ii) aplicación general de las normas de las directivas con independencia de la naturaleza del comprador de bienes o de los contenidos o servicios digitales; iii) ampliación de la protección a otra categoría de personas, como, por ejemplo, las pymes⁴⁵. Se trata de una decisión de cada Estado miembro.

B) Actos mixtos

26. En el caso de contrato con doble finalidad, es importante señalar un cambio relevante en la orientación de la legislación europea, que restringe el alcance de la armonización máxima mediante una restricción del concepto de consumidor. Así, en el Derecho de la Unión Europea, la cuestión se planteó, hasta la adopción de estas directivas, de diferentes maneras en los ámbitos procesales (tribunal competente), por una parte, y de los regímenes materiales de derecho del consumo, por otra⁴⁶. En el primer caso, el concepto de consumidor se ha interpretado de forma restrictiva y la norma de protección (que permite al consumidor, en términos generales, demandar y ser demandado ante los tribunales de su domicilio) no se aplica en caso de doble finalidad, “salvo que el uso profesional sea marginal hasta el punto de tener un papel insignificante en el contexto global de la operación de que se trate, siendo irrelevante a este respecto el hecho de que predomine el aspecto no profesional”⁴⁷. En los regímenes de derecho sustantivo en materia de consumo, podía decirse hasta ahora que el criterio del uso predominante era el criterio adoptado a nivel europeo. Por ejemplo, el considerando 17 de la Directiva 2011/83/UE sobre derechos de los consumidores establece que “en el caso de los contratos con doble finalidad, si el contrato se celebra con un objeto en parte relacionado y en parte no relacionado con la actividad comercial de la persona y el objeto comercial *es tan limitado que no predomina* en el contexto general del contrato, dicha persona deberá ser considerada como consumidor” (subrayado añadido). Por lo tanto, destaca el uso predominante.

27. En los considerandos de las Directivas que estamos analizando⁴⁸, que deben incluirse en la categoría de los regímenes sustantivos de derecho del consumo, se afirma que “los Estados miembros también deben seguir teniendo la libertad de determinar, en el caso de los contratos con doble objeto, en los que el contrato se celebra con un objeto en parte relacionado y en parte no relacionado con la actividad comercial de la persona, y en los que el objeto comercial es tan limitado que no predomina en el contexto general del contrato, si dicha persona debe ser considerada un consumidor y en qué condiciones”. Si los Estados miembros son libres de determinar “si dicha persona debe ser considerada

⁴⁴ Artículos 2-2) de la Directiva 2019/771 y 2-6) de la Directiva 2019/770.

⁴⁵ Los considerandos 21 de la Directiva 2019/771 y 16 de la Directiva 2019/770 se refieren expresamente a la posibilidad de ampliar la protección de los consumidores a las organizaciones no gubernamentales, las empresas emergentes o las pymes.

⁴⁶ J. MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, Almedina, Coimbra, 2019, pp. 33 y 34.

⁴⁷ STJUE 20 enero 2005 (*Gruber*, C464/01), considerando 39. G. HOWELLS, “The Scope of European Consumer Law” en *European Review of Contract Law*, 3, 2005, p. 362, señala que esta interpretación restrictiva se limita lógicamente al ámbito de la jurisdicción. Esta solución fue confirmada por el TJUE en las Sentencias *Schrems* (C-498/16) y *Milivojević* (C-630/17).

⁴⁸ Considerandos 22 de la Directiva 2019/771 y 17 de la Directiva 2019/770.

un consumidor y en qué condiciones”, esto significa que las Directivas no la califican necesariamente como tal, es decir, contrariamente a las orientaciones anteriores de los regímenes sustantivos de derecho en materia de consumo, es posible que haya Estados miembros que no consideren a esa persona como un consumidor. Por supuesto, los Estados miembros son libres de calificar a esta persona como consumidor, al igual que pueden hacerlo para las personas jurídicas o las empresas. Esta restricción del concepto de consumidor nos parece criticable⁴⁹, ya que puede dar lugar a discrepancias a escala europea y, al mismo tiempo, socavar el mercado interior y la protección efectiva del consumidor.

C) Concepto de empresario

28. El concepto de empresario⁵⁰, denominado vendedor en la Directiva 2019/771⁵¹, no presenta ninguna novedad significativa en comparación con la legislación europea anterior.

29. Sin embargo, hay una cuestión interesante, abordada en los considerandos 23 de la Directiva 2019/771 y 18 de la Directiva 2019/770, que se refiere al papel del prestador de las plataformas digitales, que naturalmente será considerado un profesional si actúa “en calidad de socio contractual directo del consumidor”. Cuando no actúe “en calidad de socio contractual directo del consumidor”, es decir, cuando no sea parte del contrato principal, los Estados miembros son libres de calificar también el prestador de la plataforma como empresario⁵², considerándolo responsable ante el consumidor por cualquier falta de conformidad del bien, contenido digital o servicio digital.

2. Ámbito objetivo de aplicación

A) Ámbito de ambas Directivas

30. La Directiva 2019/771 se aplica a los contratos de compraventa (artículo 3-1) y a los contratos “de suministro de bienes que han de fabricarse o producirse” (artículo 3-2)⁵³. Sólo están cubiertos los contratos por los que “el consumidor paga o se compromete a pagar su precio”⁵⁴. No se aplica a los contratos cubiertos por la Directiva 2019/770⁵⁵.

31. La Directiva 2019/771 también se aplica plenamente a los denominados “bienes con elementos digitales”, incluyendo en su ámbito de aplicación “contenidos o servicios digitales que estén incorporados a los bienes o interconectados con ellos, (...) y que se suministren con los bienes con

⁴⁹ C. CAUFFMAN, “New EU Rules on Business-to-Consumer and Platform-to-Business Relationships”, en *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 26, 4, 2019, p. 479, considera que la solución es problemática, mientras que K. SEIN y G. SPINDLER, “The new Directive on Contracts for the Supply of Digital Content and Digital Services – Scope of Application and Trader’s Obligation to Supply”, cit., p. 262, argumentan que puede ser confusa para los profesionales.

⁵⁰ Artículo 2-5) de la Directiva 2019/770.

⁵¹ Artículo 2-3).

⁵² C. CAUFFMAN, “New EU Rules on Business-to-Consumer and Platform-to-Business Relationships”, cit., p. 473; K. SEIN E G. SPINDLER, “The new Directive on Contracts for the Supply of Digital Content and Digital Services – Scope of Application and Trader’s Obligation to Supply”, cit., p. 261.

⁵³ Según G. HOWELLS, C. TWIGG-FLESNER y T. WILHELMSSON, *Rethinking EU Consumer Law*, Routledge 2018, p. 172, este ámbito “parece indebidamente restrictivo”. Según el considerando 17, “cuando un contrato incluya elementos tanto de venta de bienes como de suministro de servicios, debe dejarse a la determinación del Derecho nacional si la totalidad del contrato puede clasificarse como contrato de compraventa según la definición de la presente Directiva”. Contrariamente a lo que parece resultar de la Sentencia *Scottelius* (C-247/16), la aplicación del régimen jurídico no tiene que hacerse necesariamente en su conjunto, sino que puede aplicarse sólo a una parte del contrato.

⁵⁴ Artículo 2-1).

⁵⁵ Se debatió la aplicación de la Directiva 1999/44/CE a los contenidos digitales. Argumentando que las características del soporte no son relevantes y que el régimen es aplicable independientemente de la existencia de un soporte material, véase M. TENREIRO y S. GÓMEZ, “La Directive 1999/44/CE”, en *Revue Européenne de Droit de la Consommation*, 5, 2000, p. 12; R. BRADGATE y C. TWIGG-FLESNER, *Blackstone’s Guide to Consumer Sales and Associated Guarantees*, Oxford University Press, 2003, p. 30.

arreglo al contrato de compraventa, con independencia de si dichos contenidos o servicios digitales son suministrados por el vendedor o por un tercero” (artículo 3-3). La referencia a estos bienes se incluyó sólo en la versión final de la Directiva y es una de las principales novedades de la legislación. La realidad subyacente (contenidos y servicios digitales) no es nueva, siendo nueva su calificación como tal y las especificidades del régimen jurídico aplicable. La definición de bienes del artículo 2-5)-b) parece restringir el concepto de “bienes con elementos digitales” añadiendo el requisito de que la incorporación o interconexión se haga en “modo que la ausencia de dichos contenidos o servicios digitales impediría que los bienes realizasen sus funciones”. En realidad, se trata fundamentalmente de una cuestión de interpretación del contenido del contrato, es decir, de analizar el problema en base a criterios subjetivos (vinculados a las declaraciones de las partes) y objetivos (vinculados a las expectativas razonables de las partes). Esto es lo que se desprende, además, del considerando 15 (“depende del contenido de dicho contrato”; “porque estos normalmente están incluidos en bienes del mismo tipo y el consumidor puede esperar razonablemente que lo estén”). Tomemos el ejemplo que aparece en ese considerando: “sí, por ejemplo, la publicidad de un televisor inteligente indicase que incluye una aplicación de vídeo concreta, dicha aplicación formaría parte del contrato de compraventa”. En este caso, se aplica la Directiva 2019/771 a la aplicación de vídeo aunque su ausencia no impida que el televisor realice sus funciones.

32. La Directiva 2019/770 se aplica a los contratos de suministro de contenidos o servicios digitales (artículo 3-1).

33. La Directiva 2019/770 se aplica a los contratos relativos a un soporte material que sirva exclusivamente como portador de contenidos digitales (artículo 3-3). Este es el caso, por ejemplo, de un CD de música. En este caso, las normas de la Directiva relativas al suministro de contenidos o servicios digitales (artículos 5 y 13) no son aplicables, aplicándose las normas de la Directiva 2011/83/UE que regulan la entrega y la transferencia del riesgo.

34. Como se ha mencionado anteriormente, los Estados miembros pueden ampliar la protección que ofrecen estos regímenes a otros contratos. Así, por ejemplo, el régimen de la Directiva 2019/771 puede aplicarse a los contratos de arrendamiento financiero y el régimen de la Directiva 2019/770 puede ampliarse a otros contratos relativos a servicios.

35. También es posible adoptar un régimen jurídico único para los bienes, servicios o derechos proporcionados a los consumidores, siempre que este régimen único integre las especificidades contenidas en los dos actos legislativos objeto de análisis.

B) Datos como contraprestación

36. De acuerdo con el segundo párrafo del artículo 3-1 de la Directiva 2019/770, para la aplicación del régimen, debe existir una contraprestación, pero dicha contraprestación no tiene que ser en dinero⁵⁶, sino que puede resultar de la facilitación de datos personales. Aunque se ha evitado la referencia a una “contraprestación”, a diferencia de las versiones anteriores de la directiva, utilizándose una terminología más neutral, el hecho es que los datos personales pueden considerarse en estos casos como una contraprestación. Se trata de uno de los principales retos del derecho contractual en general y del derecho de los consumidores en particular en los próximos años⁵⁷.

⁵⁶ El concepto de precio es amplio e incluye representaciones digitales de valor, como vales o cupones electrónicos, y monedas virtuales (considerando 23 de la Directiva 2019/770). Aunque no exista una norma expresa, esta conclusión debe aplicarse también a la Directiva 2019/771.

⁵⁷ C. LANGHANKE y M. SCHMIDT-KESSEL, “Consumer Data as Consideration”, en *Journal of European Consumer and Market Law*, 6, 2015, p. 218; A. DE FRANCESCHI, “European Contract Law and the Digital Single Market: Current Issues and New Perspectives” en A. DE FRANCESCHI (ed), *European Contract Law and the Digital Single Market – The Implications of the Digital Revolution*, Intersentia, 2016, p. 8; A. DE FRANCESCHI, “The Changing Shape of EU Private Law in Response to Digital Innovation”, en P. CASTAÑOS CASTRO, J.A. CASTILLO PARRILLA et al (eds), *El Mercado Digital en la Unión Europea*, Reus Editorial, 2019, p. 73.

37. Una de las principales cuestiones planteadas por la Directiva 2019/770 es precisamente la facilitación de datos personales como contraprestación en los contratos de consumo, y pueden identificarse las siguientes tres críticas principales: (i) la compatibilidad de este régimen con el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD); (ii) la circunstancia de que puede verse afectada la naturaleza de derecho fundamental de la protección de datos; (iii) la legitimidad de un modelo de negocio (un mercado de datos personales) hostil a los principios de protección de datos⁵⁸. Esta idea es especialmente visible en el Dictamen 4/2017 del Supervisor Europeo de Protección de Datos⁵⁹. En este dictamen se plantean muchas dudas sobre el uso de la noción de contraprestación en relación con los datos. Crítica la comparación de los datos con el dinero, llamando la atención sobre la falta de conocimiento por parte del consumidor de lo que está entregando al proporcionar sus datos y sobre la dificultad de evaluarlos.

38. Aunque entendemos estos puntos de crítica, creemos que el objetivo de lograr un mejor equilibrio en las relaciones entre empresarios y consumidores requiere la aplicación de normas de protección del consumidor, independientemente de que se pague o no un precio⁶⁰. La solución de aplicar las disposiciones del contrato a título gratuito, normalmente menos protectoras del adquirente de bienes y servicios, a estos contratos no es satisfactoria⁶¹. Hay una contraprestación y esta contraprestación tiene tal valor que, como mínimo, equilibra los beneficios de las partes. En algunos casos puede incluso desequilibrarlos, con respecto al sujeto de los datos, dada la relevancia de los datos proporcionados. Así, por ejemplo, entre la donación y la compraventa, debemos aplicar el régimen jurídico de la compraventa en estos casos.

39. Esto se entiende sin perjuicio de la necesaria compatibilidad de los derechos contractuales de los consumidores con los derivados del carácter fundamental de la protección de datos como derecho⁶² y de la plena aplicación de los principios y normas del RGPD, por lo que el fundamento jurídico para el tratamiento de datos debe ser uno de los previstos en el artículo 6-1 del RGPD⁶³. La(s) base(s) legal(es) debe(n) ser indicada(s) por el responsable del tratamiento, de conformidad con el artículo 13-1-c). También hay que añadir que el derecho del consumidor propietario de los datos a retirar su consentimiento al tratamiento de los datos o a su supresión nunca podrá cuestionarse ni dificultarse⁶⁴.

40. La Directiva 2019/770 no se aplica cuando los datos personales facilitados por el consumidor son tratados exclusivamente por el empresario para suministrar el contenido o servicio digital de conformidad con la Directiva o para permitir que el empresario cumpla los requisitos legales a los que está sujeto y no trate esos datos para ningún otro fin. El considerando 25 da el ejemplo de una situación en la que la legislación aplicable exige el registro del consumidor por motivos de seguridad e identificación.

41. Cuando el comerciante sólo recoge metadatos, como información sobre el dispositivo del consumidor o el historial de navegación, es necesario analizar la naturaleza jurídica de la relación entre las partes en relación con cada legislación nacional. Si se considera un contrato, debe aplicarse la Directiva 2019/770. Los Estados miembros también son libres de aplicar la Directiva cuando el consumidor,

⁵⁸ L. DRECHSLER, "Data as Counter-Performance: A New Way Forward or a Step Back for the Fundamental Right of Data Protection?", 2018, disponible en https://cris.vub.be/files/36462976/IRIS2017_DRAFT_Drechsler_V3.pdf. Véase también A. DE FRANCESCHI, *La Circolazione dei Dati Personali tra Privacy e Contratto*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2017.

⁵⁹ Disponible en <https://bit.ly/2pBrdLR>.

⁶⁰ M. NARCISO, "«Gratuitous» Digital Content Contracts in EU Consumer Law", en *Journal of European Consumer and Market Law*, 5, 2017, p. 198.

⁶¹ J. MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, cit., p. 60.

⁶² L. DRECHSLER, "Data as Counter-Performance: A New Way Forward or a Step Back for the Fundamental Right of Data Protection?", cit., p. 9.

⁶³ R. MAŃKO y S. MONTELEONE, "Contracts for the Supply of Digital Content and Personal Data Protection", 2017, disponible en <http://bit.ly/2URMM9W>, p. 5; S. CÁMARA LAPUENTE, "Extinción de los Contratos sobre Contenidos y Servicios Digitales y Disponibilidad de los Datos: Supresión, Recuperación y Portabilidad", en P. CASTAÑOS CASTRO, J.A. CASTILLO PARRILLA *et al* (eds), *El Mercado Digital en la Unión Europea*, cit., p. 163. *Vid.* también el considerando 37 de la Directiva 2019/770.

⁶⁴ K. PORMEISTER, "Informed Consent to Sensitive Personal Data Processing for the Performance of Digital Consumer Contracts on the Example of «23andMe»", en *Journal of European Consumer and Market Law*, 1, 2017, p. 20.

sin haber celebrado un contrato con el comerciante, esté expuesto a la publicidad exclusivamente para acceder a un contenido o servicio digital.

C) Ejemplos

42. Se analiza ahora el ámbito objetivo de aplicación a partir de algunos ejemplos.

43. El consumidor A compra un suéter a Zara. La Directiva 2019/771 se aplica al contrato de compraventa [artículos 2-5-a) y 3-1], independientemente de que el contrato se celebre en persona o a distancia.

44. El consumidor B compra un coche en un stand, con una aplicación de navegación GPS instalada⁶⁵. Esta situación está totalmente cubierta por la Directiva 2019/771. En cuanto al coche, el análisis realizado en relación con el suéter es válido. En cuanto a la aplicación de navegación GPS, el artículo 3-3 de la Directiva 2019/771 establece que la ley “se aplicará a los contenidos o servicios digitales que estén incorporados a los bienes”, como la aplicación de navegación GPS instalada en el coche. Por lo tanto, el coche se considera un bien con elementos digitales [véase el artículo 2-5)-b)]. Cabe señalar, en el mismo sentido, que el artículo 3-4 de la Directiva 2019/770 establece que la Directiva no es aplicable en estos casos.

45. El consumidor C compra un coche en un stand, con una aplicación de navegación GPS instalada, y el vendedor se compromete a realizar actualizaciones de software durante un determinado periodo. En comparación con la situación anterior, en este caso, además del contenido digital (aplicación de navegación GPS), el contrato también incluye un servicio digital (la actualización del software). La Directiva 2019/771 también se aplica en este caso, ya que se trata de un servicio digital incorporado en un bien objeto de un contrato de compraventa.

46. El consumidor D compra un coche en un stand, sin ninguna aplicación de navegación GPS instalada, y luego va a Internet y “compra” la última versión de una aplicación de navegación GPS a una empresa. Contrariamente a lo que ocurre en casos anteriores, en este caso tenemos que distinguir el contrato de compraventa del coche, al que se aplica la Directiva 2019/771, y el contrato de suministro de la aplicación de navegación GPS (servicio digital), que no está incorporado al coche o interconectado con ello y, por tanto, no está cubierto por dicha ley. En este caso, la Directiva 2019/770 [artículos 2-1) y 3-1] se aplica al contrato de suministro de la aplicación de navegación GPS.

47. El consumidor E adquiere la música Calma, de Pedro Capó, en iTunes. Se trata también de un contrato de suministro de contenidos digitales y se aplica la Directiva 2019/770. La conclusión sería la misma si el consumidor hubiera comprado un CD, es decir, un objeto tangible, con esta música. En efecto, la Directiva se aplica “a todo soporte material que sirva exclusivamente como portador de contenidos digitales” (artículo 3-3).

48. El consumidor F celebra un contrato con Netflix que le permite acceder al contenido puesto a su disposición por esta empresa. El objeto de este contrato es un servicio digital, a través del cual el consumidor puede acceder a los datos en formato digital [artículo 2-2)-a)], por lo que se aplica la Directiva 2019/770/CEE (artículo 3-1).

49. El consumidor G celebra un contrato con la empresa que gestiona el Financial Times, en virtud del cual ésta envía diariamente al consumidor la versión digital del periódico por correo electrónico. Se trata de un contenido digital [artículo 2-1)], aplicándose la Directiva 2019/770 (artículo 3-1).

⁶⁵ En general, sobre los diferentes modelos y problemas que plantean los coches conectados a un sistema de navegación, *vid.* PIIA KALAMEES y KARIN SEIN, “Connected Consumer Goods: Who is Liable for Defects in the Ancillary Digital Service?” en *Journal of European Consumer and Market Law*, 1, 2019.

IV. Conclusión

50. Las Directivas 2019/770 y 2019/771 representan un reto importante para el Derecho de los consumidores a escala europea. Se están armonizando cada vez más ámbitos de la legislación, acercándose más a la regulación global de los contratos de consumo a escala de la Unión Europea.

51. Aunque la Directiva 2019/771 concede más libertad a los Estados miembros que la Directiva 2019/770, las similitudes entre las dos Directivas son claramente más significativas que las diferencias.

52. En cuanto a la venta de bienes de consumo, uno de los principales efectos de la Directiva 2019/771 será la reducción del nivel de protección de los consumidores en muchos Estados miembros.

53. La Directiva 2019/770 es innovadora en la medida en que los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales no estaban regulados por la legislación de la Unión Europea. Plantea importantes desafíos, en particular en lo que se refiere a los datos. La calificación y la categorización de estos contratos también siguen sin resolverse.

54. Los próximos años serán muy interesantes para el derecho del consumo, ya que se esperan cambios importantes en la legislación de los Estados miembros.

LA APLICACIÓN DE LA NORMATIVA SOBRE ACCIDENTES DE TRÁFICO A LOS CAUSADOS POR VEHÍCULOS AUTOMATIZADOS Y AUTÓNOMOS

APPLICATION OF ROAD TRAFFIC REGULATIONS TO ACCIDENTS CAUSED BY AUTOMATED AND AUTONOMOUS VEHICLES

MÓNICA NAVARRO-MICHEL

*Profesora de Derecho Civil
Universitat de Barcelona*

ORCID ID: 0000-0002-1561-3729

Recibido: 16.12.2019 / Aceptado: 13.01.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5231>

Resumen: La industria automovilística está trabajando para incrementar la seguridad de los vehículos a través de su automatización, con la idea de llegar al vehículo completamente autónomo. La Unión Europea fomenta la adopción de infraestructuras conectadas para promocionar el despliegue de los vehículos automatizados. Este trabajo tiene por objeto revisar la legislación actualmente vigente de responsabilidad civil derivada de accidentes de tráfico, para ver cómo se aplicará cuando se vea involucrado un vehículo automatizado o autónomo. Si resulta inadecuada, será necesario introducir cambios legislativos, y presento las reformas hechas a las leyes de accidentes de circulación en Alemania y el Reino Unido, que pueden servir como modelo.

Palabras clave: vehículos autónomos, vehículos automatizados, vehículos conectados, responsabilidad civil, accidentes de tráfico.

Abstract: The car industry is working to increase vehicle safety through automation, aiming for the self-driving vehicle. The European Union encourages the adoption of connected infrastructures to promote automated vehicles. This paper aim to review the current civil liability legislation as it applies to traffic accidents, to see how it would be applied when an automated or autonomous vehicle is involved. If it is inadequate, it will be necessary to introduce legislative changes, and I describe the amendments made to traffic accident laws in Germany and the United Kingdom, which may be used as a model.

Keywords: autonomous vehicles, automated vehicles, connected vehicles, civil liability, traffic accidents.

Sumario: I. Planteamiento. II. Cuestiones previas: sobre los vehículos autónomos, automatizados y conectados. 1. Distinción de conceptos. 2. Niveles de automatización. 3. Conducción en fase de pruebas. La Instrucción 15/V-113, de 13 de noviembre de 2015, de la Dirección General de

*Este trabajo tiene su base en la ponencia expuesta en el Congreso Internacional El Derecho privado en el nuevo paradigma digital (Colegio Notarial de Cataluña, Barcelona, 3 y 4 de octubre de 2019). Forma parte de las actividades de la Cátedra Jean Monnet de Derecho privado europeo y también se enmarca en los estudios llevados a cabo en el Grupo Bioética, Derecho y Sociedad de la U. Barcelona (2017 SGR 325).

Tráfico. III. Sujetos responsables en los accidentes de circulación. 1. El conductor y su progresiva desaparición. A) De conductor a usuario y/o pasajero. B) La Convención de las Naciones Unidas sobre la circulación vial hecha en Viena el 8 de noviembre de 1968. 2. El propietario no conductor. 3. Criterios de imputación y causas de exoneración. IV. Primera hornada de reformas legislativas. 1. Alemania: *Straßenverkehrsgesetz*, de 16 de junio de 2017. 2. Reino Unido: *Automated and Electric Vehicles Act*, de 16 de julio de 2018. V. Observaciones finales.

I. Planteamiento

1. En los últimos años hemos asistido a un auge considerable en la automatización de los vehículos, que incorporan sistemas de asistencia al conductor en las funciones de conducción. Junto a estos vehículos automatizados, que ya utilizamos de manera habitual, los vehículos autónomos que circulan en muchos países europeos, lo hacen, de momento, en fase de pruebas. El tráfico por carretera tiene, indudablemente, una dimensión transfronteriza, por lo que resulta esencial disponer de normas de armonización a nivel internacional.

2. La tecnología puede mejorar la seguridad y la eficiencia del transporte, lo que generaría unas considerables ventajas sociales, económicas y medioambientales. Los vehículos autónomos están llamados a aportar grandes ventajas, entre las que cabe destacar las siguientes¹: podría mejorar la seguridad de la conducción, por la reducción en la tasa de siniestralidad vial, en número y gravedad de los accidentes²; mejorar la eficiencia de la conducción, en tiempo y coste; y aumentar la autonomía y la movilidad de las personas (personas con movilidad reducida, menores de edad). Además, podría reducir las congestiones de tráfico y las emisiones, así como reducir la necesidad de espacio dedicado al estacionamiento de vehículos en los espacios urbanos. Sin embargo, también es posible identificar algunos riesgos, como la pérdida de empleo de los conductores profesionales (camioneros, taxistas, repartidores), la disminución de inversión pública en transporte público, así como los cambios culturales vinculados³.

3. Mientras la sociedad se mueve entre el entusiasmo y la desconfianza frente a los avances tecnológicos y las administraciones públicas deciden qué políticas adoptar, el jurista debe ocuparse del análisis de las normas para ver si se adecúan, o no, a la nueva realidad. Si no consiguen la reparación de los daños de manera eficiente, será necesario introducir cambios legislativos. El propósito de este artículo es revisar las normas sobre accidentes de tráfico para ver cómo se aplicarían a los daños causados por los vehículos automatizados o autónomos, y ver qué cambios se deberían introducir, para lo que resulta útil conocer los cambios legislativos que ya se han producido en Alemania y el Reino Unido. En este artículo defiendo que el régimen de la responsabilidad por accidentes de tráfico puede aplicarse sin excesivos esfuerzos a los causados por vehículos automatizados y autónomos⁴. Es recomendable, eso sí, introducir alguna modificación, como que el propietario responda de manera objetiva también por los daños materiales causados.

¹ El Informe de RAND CORPORATION, *Autonomous Vehicle Technology. A Guide for Policymakers*, 2016, pp. 15 y ss, identifica las ventajas de la conducción autónoma. El Informe fue publicado originalmente en 2014, pero esta versión del 2016 sustituye la anterior, que contenía algunos errores. https://www.rand.org/content/dam/rand/pubs/research_reports/RR400/RR443-2/RAND_RR443-2.pdf

² Para conocer datos, puede acceder al informe anual de la Dirección General de Tráfico. El último, de 2018, es accesible aquí: http://www.dgt.es/Galerias/seguridad-vial/estadisticas-e-indicadores/publicaciones/principales-cifras-siniestralidad/Las-principales-cifras-2018-ampliado-Internet_v2.pdf Para obtener información relativa a Europa, véase la que proporciona EUROSTAT https://ec.europa.eu/eurostat/tgm/mapToolClosed.do?tab=map&init=1&plugin=1&language=en&pcode=sdg_11_40&toolbox=types#

³ Informe RAND, pp. 38 y ss.

⁴ En igual sentido P. ÁLVAREZ OLALLA, "Responsabilidad civil en la circulación de vehículos autónomos", en E. MONTEROSO CASADO (Dir)/A. MUÑOZ VILLARREAL (Coord.), *Inteligencia artificial y riesgos cibernéticos. Responsabilidades y aseguramiento*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 145-170, en p. 164. En cambio, G. ITURMENDI MORALES, "Coches autónomos y conectados. El papel de las aseguradoras", *Revista de la Asociación Española de Abogados especializados en Responsabilidad civil y seguros*, nº 61, 2017, pp. 9-24, en p. 21, considera que el legislador deberá regular *ex novo* la responsabilidad civil del dueño del vehículo.

4. Las normas sobre accidentes de tráfico no son las únicas que pueden ser aplicables, siendo las de productos defectuosos las más destacables⁵. Sin embargo, aquellas ofrecen una ventaja frente a éstas, y es que consiguen resarcir a la víctima de manera eficiente, evitando costes de transacción que pueden ser elevados. Las reclamaciones por daños causados por productos defectuosos son complejas, existen desventajas para el perjudicado en relación con la dificultad de la prueba de la relación de causalidad y el defecto, la limitación de las categorías y cuantías de daño, la duración de diez años del régimen de responsabilidad. Además de esos inconvenientes, comunes a todos los productos defectuosos, existen retos específicos en relación con los vehículos autónomos, como puede ser encuadrar el *software* en la categoría de producto defectuoso, analizar qué papel juega el *machine learning* en el momento de puesta en circulación del vehículo, decidir si un ciberataque puede ser imputado al fabricante como defecto de diseño⁶. El fabricante puede exonerarse fácilmente alegando la excepción de riesgos de desarrollo; para proteger a las víctimas y potenciar la confianza en el sector, resultaría aconsejable excluir la posibilidad del fabricante de vehículos automatizados de alegar la excepción de riesgos de desarrollo, como propone el Grupo de Expertos de Responsabilidad y Nuevas Tecnologías de la Comisión europea, en su informe de 21 de noviembre de 2019, *Liability for Artificial Intelligence and other Emerging Digital Technologies*⁷. Esta es una posibilidad regulatoria al alcance de los Estados miembros, que no tendrían que esperar a la modificación de la Directiva europea, pues ésta les dio libertad para incorporar, o no, esta excepción⁸.

5. Junto a esos dos grandes regímenes, y el de responsabilidad extracontractual, en general, algunos autores proponen aplicar las normas sobre daños causados por animales⁹ o por responsabilidad por hecho ajeno, como si el vehículo fuera un dependiente o un menor¹⁰. También se ha planteado, con carácter general para los sistemas de inteligencia artificial, la tipificación de un nuevo supuesto de responsabilidad objetiva, eventualmente incluso a nivel europeo¹¹, pero esta solución ya ha sido adoptada

⁵ 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, BOE núm 287 de 30 noviembre 2007. TRLGDCU en lo sucesivo.

⁶ Para estas cuestiones, ver G.E. MARCHANT/R.A. LINDOR, "The coming collision between autonomous vehicles and the liability system", *Santa Clara Law Review*, vol. 52, nº 4, 2012, pp. 1321-1340; J.K. GURNEY, "Sue My Car Not Me: Products Liability and Accidents Involving Autonomous Vehicles", *Journal of Law, Technology & Policy*, nº 2, 2013, pp. 247-277; D.J. GLANCY, "Autonomous and Automated and Connected Cars - Oh My: First Generation Autonomous Cars in the Legal Ecosystem", *Minnesota Journal of Law, Science and Technology*, vol. 16, nº 2, 2015, pp. 619-692; B.W. SMITH, "Automated Driving and Product Liability", *Michigan State Law Review*, nº 1, 2017, pp. 1-74; WEBB, K.C., "Products Liability and Autonomous Vehicles: Who's Driving Whom", *Richmond Journal of Law & Technology*, vol. 23, no. 4, 2017, pp. 1-52; R.J. DUPLECHIN, "The Emerging Intersection of Products Liability, Cybersecurity, and Autonomous Vehicles", *Tennessee Law Review*, vol. 85, nº 3, 2018, pp. 803-846; M. CHINEN, *Law and Autonomous Machines. The Co-evolution of Legal Responsibility and Technology*, Cheltenham-Northampton, Edward Elgar Publishing, 2019; C. DE MEEUS, "The Product Liability Directive at the Age of the Digital Industrial Revolution: Fit for Innovation", *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 8, nº 4, 2019, pp. 149-154; B.A. KOCH, "Product Liability 2.0 – Mere Update or New Version?" en S. LOHSSE/R. SCHULZE/D. STAUDENMAYER (Editors), *Liability for Robotics and in the Internet of Things (Munster Colloquia on EU Law and the Digital Economy IV)*, Nomos/Hart, 2019, pp. 99-116, entre otros muchos.

⁷ En su Informe, p. 42.

⁸ Art. 15.1.b) de la Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, DOCE núm. 210 de 7 agosto 1985. Algunos países ya distinguen en función de los productos. Así, en España los productores de medicamentos, alimentos o productos alimentarios destinados al consumo humano no pueden alegar esta causa de exoneración (art. 140.3 TRLGDCU); Francia excluye los elementos del cuerpo humano y los productos derivados del mismo (art. 1245-11 *Code civil*).

⁹ R. KELLER/E. SCHAEFER/M. GÓMEZ/M. NICOLESCU, "Liability in Robotics: An International Perspective on Robots as Animals", *Advanced Robotics*, nº 24, 2010, pp. 1861-1871; S.H. DUFFY/J.P. HOPKINS, "Sit, Stay, Drive: The Future of Autonomous Car Liability", *SMU Science and Technology Law Review*, vol. 16, nº 3, 2013, pp. 453-480.

¹⁰ U. PAGALLO, "Killers, Fridges, and Slaves: A Legal Journey in Robotics", *AI & Society*, nº 26, nº 4, 2011, pp. 347-354; E. HERNÁNDEZ ESTEBAN, "Inteligencia artificial y vehículos autónomos: el régimen de la responsabilidad civil ante los nuevos retos tecnológicos", *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, nº 49, 2019, pp. 197-243, en pp. 225-227, considera aplicable tanto el régimen de responsabilidad por tenencia de animales como el de por hecho ajeno, equiparando al vehículo autónomo con un menor.

¹¹ M. EBERS, "La utilización de agentes electrónicos inteligentes en el tráfico jurídico: ¿Necesitamos reglas especiales en el Derecho de la responsabilidad civil?", *Indret*, nº 3, 2016, pp. 1-22, en pp. 15-16, referido al operador.

para los vehículos automatizados, a través de las normas de accidentes de tráfico. Una propuesta más radical es dotar de personalidad jurídica al propio vehículo, como robot que es, para que responda por sus decisiones autónomas. Sin entrar en el debate general¹², entiendo que los vehículos autónomos están dotados de una inteligencia artificial débil, pues tienen su actuación limitada a una actividad muy concreta, por lo que la imprevisibilidad es reducida. Atribuir responsabilidad al propio vehículo no resuelve todos los problemas que está llamado a solucionar, y genera otros, como la necesidad de buscar una fuente de financiación para que el robot pueda tener su propio patrimonio. El Comité Económico y Social Europeo (CESE) se ha opuesto a la introducción de cualquier tipo de personalidad jurídica para los robots. En su Dictamen sobre la “Inteligencia artificial: las consecuencias de la inteligencia artificial para el mercado único (digital), la producción, el consumo, el empleo y la sociedad”, de 31 de mayo de 2017, justifica su posición en la desaparición del efecto correctivo y preventivo de la responsabilidad, que podría desaparecer en cuanto el riesgo de responsabilidad civil dejase de recaer sobre el autor por haberse transferido al robot (o sistema de inteligencia artificial)¹³.

6. La Unión Europea ha sido prolífica en la aprobación de normas que tienen por objeto la regulación del sector de la automoción. La aparición de los vehículos autónomos lleva a la necesidad de revisar esa normativa, tanto la que se ocupa de la seguridad de los vehículos¹⁴ o de las infraestructuras viarias¹⁵, como la que establece los requisitos del carnet de conducción¹⁶. Y, por supuesto, la que regula los seguros de responsabilidad civil. Hasta ahora, el legislador europeo ha aprobado seis directivas sobre el seguro por accidentes de tráfico, sin normas sustantivas acerca de cómo se atribuye la responsabilidad. La última codifica las anteriores, es la Directiva 2009/103/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, relativa al seguro de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles, así como al control de la obligación de asegurar esta responsabilidad¹⁷. El 13 de

¹² Para una aproximación al debate en España, y sin pretensión de exhaustividad, ver S. DÍAZ ALABART, *Robots y responsabilidad civil*, Madrid, Editorial Reus, 2018; J. ERCILLA GARCÍA, *Normas de derecho civil y robótica. Robots inteligentes, personalidad jurídica, responsabilidad civil y regulación*, Cizur Menor, Thomson-Reuters Aranzadi, 2018; M. BARRIO ANDRÉS, “Hacia una personalidad electrónica para los robots”, *Revista de Derecho Privado*, nº 2, 2018, pp. 89-107; M.L. LACRUZ MANTECÓN, “Potencialidades de los robots y capacidades de las personas”, en C. ROGEL VIDE (Coord.), *Los robots y el Derecho*, Madrid, Ed. Reus, 2018, pp. 25-77; NUÑEZ ZORRILLA, *Inteligencia artificial y responsabilidad. Régimen jurídico de los daños causados por robots autónomos con inteligencia artificial*, Madrid, Ed. Reus, 2019.

¹³ En términos similares se ha pronunciado el Grupo de Expertos de Responsabilidad y Nuevas Tecnologías, Informe, *op.cit.*, pp. 37-38.

¹⁴ El 1 de septiembre de 2020 entrará en vigor el Reglamento (UE) 2018/858 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2018, sobre la homologación y la vigilancia del mercado de los vehículos de motor y sus remolques y de los sistemas, los componentes y las unidades técnicas independientes destinados a dichos vehículos, por el que se modifican los Reglamentos (CE) nº 715/2007 y (CE) nº 595/2009 y por el que se deroga la Directiva 2007/46/CE (DOUE núm. 151 de 14 junio 2018).

Este Reglamento derogará la actual Directiva 2007/46/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de septiembre de 2007, por la que se crea un marco para la homologación de los vehículos de motor y de los remolques, sistemas, componentes y unidades técnicas independientes destinados a dichos vehículos (DOUE núm. 263 de 9 octubre 2007). Modificaciones posteriores incluyen las del Reglamento (CE) nº 661/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, relativo a los requisitos de homologación de tipo referentes a la seguridad general de los vehículos de motor, sus remolques y sistemas, componentes y unidades técnicas independientes a ellos destinados (DOUE núm. 200 de 31 julio 2009), y las del Reglamento (UE) 2019/543 de la Comisión, de 3 de abril de 2019, por el que se modifican el anexo IV del Reglamento (CE) nº 661/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo y los anexos I, III y IV de la Directiva 2007/46/CE del Parlamento y del Consejo en lo que respecta a la actualización de las referencias a determinados reglamentos de la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas sobre la homologación de tipo de los vehículos de motor y a la inclusión de algunos de estos reglamentos (DOUE núm. 95 de 4 abril 2019).

También se deberá modificar la normativa sobre inspección técnica de vehículos, la Directiva 2014/45/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, relativa a las inspecciones técnicas periódicas de los vehículos de motor y de sus remolques, y por la que se deroga la Directiva 2009/40/CE (DOUE núm. 127, de 29 abril 2014).

¹⁵ Directiva 2008/96/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, sobre gestión de la seguridad de las infraestructuras viarias (DOUE núm. 319 de 29 noviembre 2008), modificada por la Directiva (UE) 2019/1936 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, por la que se modifica la Directiva 2008/96/CE sobre gestión de la seguridad de las infraestructuras viarias (DOUE núm. 305 de 26 noviembre 2019).

¹⁶ Directiva 2006/126/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciembre de 2006, sobre el permiso de conducción (Refundición) (DOUE núm. 402 de 30 diciembre 2006).

¹⁷ DOUE núm. 263 de 7 octubre 2009.

febrero de 2019 el Parlamento europeo aprobó una serie de enmiendas para modificarla¹⁸, e impuso a la Comisión la obligación de seguimiento para revisar la aplicación de la Directiva a la luz de los avances tecnológicos, en particular el mayor uso de los vehículos autónomos y semiautónomos¹⁹, a fin de garantizar que siga cumpliendo su función, que consiste en proteger a los posibles perjudicados en accidentes con vehículos a motor²⁰.

II. Cuestiones previas: sobre los vehículos autónomos, automatizados y conectados

1. Distinción de conceptos

7. Antes de empezar con el análisis jurídico del tema objeto de estudio, resulta oportuno exponer algunas nociones acerca de la conducción automatizada, la autónoma y la conectada, para no confundir conceptos. En la conducción automatizada, el vehículo puede realizar todas o algunas de las funciones de conducción, controlando el movimiento lateral de dirección (lo que hoy hacemos con el volante) y el longitudinal (con el acelerador y el freno), bajo el control, supervisión o apoyo de un conductor humano. En la conducción autónoma es el propio vehículo el que detecta y reconoce adecuadamente su entorno (otros vehículos, los transeúntes o ciclistas, los elementos como los semáforos y las señales, fijas o provisionales), y toma las decisiones oportunas sin intervención humana. Existen diferentes niveles de automatización, y sólo los más altos son realmente autónomos, llegando a sustituir al conductor humano²¹.

8. Para reconocer el mundo externo, y “ver lo que les rodea”, los vehículos están dotados de un sistema de radares, sensores, cámaras y suelen tener un Lidar²², que es un dispositivo laser rotatorio situado en el techo del coche, que le permite tener una visión de 360°. Además disponen de GPS, mapas digitales de alta definición, *software* para procesar los datos e inteligencia artificial poder tomar decisiones de manera autónoma. Resulta decisiva la conectividad y la tecnología digital, que permite intercambiar información y detectar riesgos de seguridad. Aunque la conectividad puede hacer referencia a una amplia gama de nuevas aplicaciones, desde las dedicadas a la información y entretenimiento (*infotainment*, para ver desde la tablet u otros dispositivos electrónicos) hasta las que permiten hacer llamadas automáticas a los servicios de emergencia (*eCall*²³), aquí nos centramos en las que están relacionadas con la conducción autónoma. Por un lado, la conectividad entre vehículos (*vehicle to vehicle* o V2V),

¹⁸ Enmiendas aprobadas por el Parlamento Europeo el 13 de febrero de 2019 sobre la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2009/103/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, relativa al seguro de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles, así como al control de la obligación de asegurar esta responsabilidad (COM(2018) 0336 – C8-0211/2018 – 2018/0168(COD)). Accesible en http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2019-0110_ES.html?redirect

¹⁹ Enmienda 54, al art. 28 cuáter.

²⁰ Enmienda 18, al Considerando 11.

²¹ Para conocer la evolución de los vehículos autónomos y automatizados, resulta útil la lectura de L.D. B / C. SHULGAN, *Autonomy. The Quest to Build the Driverless Car - and How it will Reshape our World*, Ecco, 2018.

²² Lidar es un acrónimo de *laser imaging detection and ranging*.

²³ Los vehículos nuevos comercializados con posterioridad al 31 de marzo de 2018 deben contar necesariamente con el dispositivo *eCall*. Se trata de un sistema de llamada de emergencia integrado en los vehículos, que se activa de forma manual o automática. En caso de impacto directo, el dispositivo llama al número de emergencia 112 y envía la geolocalización del vehículo. Cfr. Reglamento (UE) 2015/758, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2015, relativo a los requisitos de homologación de tipo para el despliegue del sistema *eCall* basado en el número 112 integrado en los vehículos y por el que se modifica la Directiva 2007/46/CE. Esta normativa se completa con el Reglamento de Ejecución (UE) 2017/78 de la Comisión, de 15 de julio de 2016, por el que se establecen disposiciones administrativas para la homologación de tipo CE de los vehículos de motor en lo que respecta a sus sistemas *eCall* basados en el número 112 integrados en los vehículos, y condiciones uniformes de aplicación del Reglamento (UE) 2015/758 del Parlamento Europeo y del Consejo en cuanto a la protección de la intimidad y de los datos de los usuarios de dichos sistemas, y por el Reglamento Delegado (UE) 2017/79 de la Comisión, de 12 de septiembre de 2016, que establece los requisitos técnicos detallados y los procedimientos de ensayo para la homologación de tipo CE de los vehículos de motor con respecto a sus sistemas *eCall* basados en el número 112 integrados en el vehículo, así como de las unidades técnicas independientes y los componentes *eCall* basados en el número 112 integrados en el vehículo, y que complementa y modifica el Reglamento (UE) 2015/758 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a las exenciones y las normas aplicables (Texto pertinente a efectos del EEE.).

que permite la comunicación entre ellos, sobre velocidad y dirección, o incluso alerta de la presencia de vehículos de emergencia, y esa información, recibida a tiempo (antes de que los sensores, cámaras o radares puedan detectarla) permite evitar accidentes. Esta tecnología permitiría a los camiones ir en flota (*platooning*) mejorando la seguridad vial y la eficiencia del transporte²⁴. Por otro lado, la conectividad vehículo a infraestructura vial (*vehicle to infrastructure* o V2I), para recibir notificaciones directamente de los semáforos u otras señales, notificaciones temporales de ubicación peligrosa (avisos de obras en la carretera, por ejemplo), o de cruce a nivel con vía ferroviaria²⁵.

9. El Parlamento Europeo y el Consejo se han ocupado de los sistemas de transporte inteligente en la Directiva 2010/40/EU, de 7 de julio de 2010, por la que se establece el marco para la implantación de los sistemas de transporte inteligentes en el sector del transporte por carretera y para las interfaces con otros modos de transporte²⁶. La norma de implementación en España de esa Directiva es el Real Decreto 662/2012, de 13 de abril, por el que se establece el marco para la implantación de los sistemas inteligentes de transporte (SIT) en el sector del transporte por carretera y para las interfaces con otros modos de transporte²⁷. A instancia de los Ministros de transporte europeos, reflejada en la Declaración de Ámsterdam sobre la cooperación en el sector de la conducción conectada y automatizada, de 14 de abril de 2016, la Comisión elaboró una “Estrategia europea sobre los sistemas de transporte inteligentes cooperativos, un hito hacia la movilidad cooperativa, conectada y automatizada”, en la Comunicación de 30 de noviembre de 2016, dirigida al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las regiones.

10. El Parlamento Europeo, en su Resolución de 13 de marzo de 2018, sobre una estrategia europea sobre los sistemas de transporte inteligentes cooperativos, aborda los problemas de los STI. Entre otras cuestiones, insta a los Estados miembros y al sector industrial a responder a la necesidad acuciante de que el transporte sea más seguro, limpio, eficiente, sostenible, multimodal y accesible para todos los usuarios de la vía pública, incluidos los más vulnerables y las personas con movilidad reducida. Destaca la importancia del empleo de tecnologías de los STI cooperativos para un funcionamiento eficiente de determinados sistemas de asistencia a la conducción, aunque identifica unos problemas específicos que deben ser abordados, de privacidad, protección de datos, y ciberseguridad. Finalmente, recomienda que la Comisión establezca con rapidez un marco jurídico apropiado para lograr la interoperabilidad transfronteriza en toda la Unión, así como un marco que establezca normas sobre la responsabilidad civil por la utilización de los distintos tipos de transportes conectados.

2. Niveles de automatización

11. La clasificación de los niveles de automatización que se maneja actualmente ha sido elaborada por la Sociedad de Ingenieros de Automoción Internacional (SAE por su acrónimo en inglés,

²⁴ La automatización y conectividad permitirá a varios camiones ir en fila (los llamados trenes de carretera), con una distancia de seguridad muy corta entre ellos. Varios vehículos formarían una única unidad, acelerando y frenando simultáneamente. Se ganaría en eficiencia económica, por el ahorro de combustible que supondría la disminución de la resistencia aerodinámica, y por la ausencia de camioneros (que solo serían necesarios en el vehículo de delante). Estos camiones no estarían obligados a hacer paradas de descanso, ni necesitarían dormir, por lo que podrían circular largas distancias, o durante toda la noche.

²⁵ El Grupo de Trabajo de Seguridad Vial de la UNECE “Assessment of safety at level crossings in UNECE member countries and other selected countries and strategic framework for improving safety at level crossings”, en las sesiones 74ª Ginebra, 21 a 24 de marzo de 2017 considera que no se está avanzando lo suficiente y recomienda agilizar la implantación de estas medidas de seguridad para evitar los errores humanos así como las infracciones voluntarias. Ver <http://www.unece.org/trans/maps/un-transport-agreements-and-conventions-08.html>

²⁶ DOUE núm. 207 de 6 agosto 2010. Esta Directiva se complementa con otras normas posteriores, como el Reglamento Delegado (UE) 2015/962 de la Comisión, de 18 de diciembre de 2014, por el que se complementa la Directiva 2010/40/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que se refiere al suministro de servicios de información de tráfico en tiempo real en toda la Unión Europea (DOUE núm. 157 de 23 junio 2015), y el Reglamento Delegado (UE) 2017/1926 de la Comisión, de 31 de mayo de 2017, que complementa la Directiva 2010/40/UE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que se refiere al suministro de servicios de información sobre desplazamientos multimodales en toda la Unión (DOUE núm. 272 de 21 octubre 2017), entre otros.

²⁷ BOE núm. 90 de 14 abril 2012.

Society of Automotive Engineers). Esta sociedad, creada en 1905, tiene como objetivo principal el desarrollo de los estándares en la industria de la automoción. En enero de 2014 elaboró un documento de clasificación de los niveles de automatización, que fue modificado en septiembre de 2016 y nuevamente en junio de 2018 (*SAE Recommended Practice J3016. Taxonomy and Definitions for Terms Related to Driving Automation Systems for On-Road Motor Vehicles*). En 2019 se actualizó la tabla²⁸, que es un documento en constante revisión para ajustarse a lo dispuesto en la J3016. Los distintos organismos internacionales y europeos encargados de velar por los estándares de conducción también han adoptado esa clasificación²⁹.

12. Los niveles de automatización van desde la ausencia de automatización (nivel 0) hasta la automatización completa (nivel 5). Los distintos niveles se basan no sólo en lo que el vehículo es capaz de hacer o no hacer, sino, sobre todo, en quién monitoriza el entorno y en el papel que tiene el conductor en los distintos niveles, si es que tiene alguno. En los tres primeros niveles, el conductor debe monitorizar el entorno de la conducción, mientras que en los tres niveles superiores es el sistema el que monitoriza el entorno y toma las decisiones, de manera continuada. El salto cualitativo más importante se produce entre el nivel 2, en que el conductor humano realiza algunas de las funciones dinámicas de conducción³⁰, y el nivel 3, en el que el vehículo realiza todas esas funciones. El papel del conductor se torna más pasivo, pasa a ser un conductor “de reserva” y puede llegar a desaparecer para convertirse en un pasajero. Veamos.

13. En el nivel 0, sin automatización, el conductor humano realiza las tareas de conducción dinámica de manera sostenida, y controla el vehículo de forma manual o convencional. El vehículo pueda estar provisto de algún mecanismo de seguridad como avisos o sistemas de intervención momentánea. Los avisos alertan al conductor con una señal acústica o luminosa de la presencia de vehículos/obstáculos en los ángulos muertos del vehículo, o en las maniobras de marcha atrás, o advierten de un cambio de carril involuntario. El asistente para el control de velocidad (*cruise control*), que mantiene una velocidad de cruceo predeterminada, también se considera de nivel 0 porque el vehículo no responde a eventos externos³¹. El frenado automático de emergencia, que se activa automáticamente cuando el vehículo detecta un riesgo, no se considera una medida de automatización porque el vehículo, aunque evita un accidente, no “conduce”, sino que proporciona una medida de intervención momentánea.

14. El nivel 1, de asistencia a la conducción, es el más bajo de automatización; incluye algún dispositivo de asistencia en la conducción, que controla o bien el movimiento lateral del vehículo (mantenimiento en el carril) o bien el movimiento longitudinal del vehículo, mediante la aceleración/deceleración del mismo. Este dispositivo puede medir la distancia con el vehículo de delante y ajusta la velocidad para mantener una distancia de seguridad preestablecida respecto de éste, pero el conductor humano controla otros aspectos, como el volante o el frenado (*adaptive cruise control*)³². Esta asistencia, sin embargo, no elimina la necesidad de control humano en la ejecución de las tareas de aceleración/deceleración y conducción.

15. El nivel 2, de automatización parcial, incorpora más de un sistema de asistencia en la conducción (movimiento lateral y longitudinal), pero el conductor humano asume la conducción en todo momento, y realiza o completa el resto de tareas de la conducción dinámica. Puede incluir un sistema de asistencia al estacionamiento, que realiza la maniobra de estacionamiento, sin la intervención directa del

²⁸ <https://www.sae.org/news/2019/01/sae-updates-j3016-automated-driving-graphic>

²⁹ En 2016 fue adoptada por el Departamento de Transporte de EEUU (*NHTSA National Highway Traffic Safety Administration*). También la han adoptado Canadá y Australia.

³⁰ Las funciones dinámicas de conducción incluyen tanto los aspectos operacionales (dirección, frenado, aceleración, monitorización del vehículo y de la carretera) como tácticos de la conducción (responder ante eventos externos, decidir cuándo cambiar de carril, girar, señalizar, etc.) pero no los estratégicos (decidir el destino y los puntos de la ruta).

³¹ SAE Internacional, 3.26.

³² Este dispositivo no siempre puede detectar y reaccionar si aparece un obstáculo blando delante del vehículo, como puede ser un animal.

conductor. En algunos vehículos, este sistema puede ser accionado por control remoto. La Instrucción 16 TV/89, de 20 de enero de 2016, de la Dirección General de Tráfico, sobre estacionamiento asistido de vehículos a motor aclara que, en todo caso, el conductor humano es el responsable del vehículo. Y ello aunque el control de los mandos del vehículo se realice desde fuera del vehículo, a través de un mando adicional. Por tanto, la conducción remota no convierte la conducción en autónoma; el vehículo está siendo conducido por control remoto.

16. En el nivel 3, de automatización condicional, el vehículo realiza las funciones de conducción y, si detecta un fallo en el sistema o una situación de peligro en el entorno, dará un aviso al usuario del vehículo para que asuma la conducción. El usuario de vehículo sólo tendrá que conducir si el vehículo solicita su intervención (*request to intervene*), tras haber detectado una situación que puede ser peligrosa. Por tanto, el humano debe estar atento a los avisos del vehículo y debe estar preparado para asumir la conducción en todo momento³³. Este usuario es un conductor “de reserva” (*fallback ready user*). Una vez hecha la solicitud de intervención, el vehículo generalmente reduce la velocidad durante unos segundos para permitir al conductor asumir la conducción. Algunos vehículos son capaces de realizar maniobras de emergencia para colocar al vehículo en una situación de riesgo mínimo (*minimal risk condition*), como por ejemplo, conducir el vehículo hasta el arcén y parar. Pero cuando no encuentra esa situación óptima, avisa al conductor humano para que asuma la conducción. En este caso, el usuario debe valorar la situación y asumir la conducción, llevando el vehículo a esa situación de riesgo mínimo, si lo considera oportuno.

17. Un vehículo de nivel 4, de automatización alta, puede conducir de forma autónoma cuando concurren determinadas circunstancias geográficas (barrios residenciales, bases militares, campus universitarios, autopistas) o ambientales (meteorológicas y diurnas/nocturnas). Cuando existen las condiciones para ello, el vehículo puede conducir en modo autónomo, y cuando no concurren, el conductor humano debe asumir la conducción. La conducción en modo autónomo no requiere intervención humana y, si algo falla, el propio vehículo sabe lo que tiene que hacer. La persona usuaria del vehículo no es el conductor, ni siquiera de reserva (*fallback driver*), sino que es un pasajero. Por eso está dirigido al *carsharing*, o al robotaxi Alphabet’s Waymo (*self-driving taxi service* en Arizona) o la empresa Didi, en China. En caso de que el vehículo detecte que se encuentra en una situación en la que no puede conducir de manera autónoma, bien porque empeoran las condiciones climáticas (por ejemplo, empieza a nevar), bien porque tendría que salir de su zona geoperimetrada (*geofencing*), debe avisar al usuario para que asuma la conducción y, si no lo hace, el propio vehículo realiza la función de maniobra al arcén, aparca, y solicita asistencia de emergencia.

18. Con el nivel 5, de automatización completa, el vehículo es plenamente autónomo. El vehículo realiza todas las funciones de conducción en todas las situaciones, viales y ambientales, y no requiere la atención humana en ningún caso. El ocupante es, siempre, un pasajero. Hasta tal punto es así que el vehículo puede no estar provisto de un freno de emergencia o de volante. Existe una discusión en torno a si estos vehículos deben tener algún mecanismo que permita al usuario asumir el control del automóvil, desactivando el modo autónomo. Algunos consideran que es necesario que el control recaiga siempre en un humano, aunque otros alegan que permitir la asunción del control a la persona que ocupa el vehículo puede suponer un aumento del riesgo de colisión. Si más del 90% de los accidentes de tráfico son producidos por error humano, permitir recuperar el control del vehículo puede suponer un riesgo adicional, y entonces el vehículo debe impedirlo³⁴.

³³ SAE Internacional 3.19.

³⁴ Chris Urmson, director del proyecto de vehículos autónomos de Google, testificó el 15 de marzo de 2016 ante el Comité de Comercio, Ciencia y Tecnología, declarando que un vehículo autónomo será más seguro si se impide al pasajero tomar el control del vehículo. Google, *Testimonio del Dr. Chris Urmson, Director of Self-Driving Cars, Google X before the Senate Committee on Commerce, Science and Technology Hearing: “Hands Off: the Future of Self-Driving Cars”*, 15 de marzo de 2016. <https://www.govinfo.gov/content/pkg/CHRG-114shrg22428/html/CHRG-114shrg22428.htm>

3. Conducción en fase de pruebas. La Instrucción 15/V-113, de 13 de noviembre de 2015, de la Dirección General de Tráfico

19. La mayoría de vehículos con altos niveles de automatización que circulan en carreteras europeas lo hacen con una autorización especial, pues están en fase de pruebas. En España, la regulación se encuentra en la Instrucción 15/V-113, de 13 de noviembre de 2015, sobre autorización de pruebas o ensayos de investigación realizados con vehículos de conducción automatizada en vías abiertas al tráfico en general³⁵, aprobada por la Dirección General de Tráfico (DGT). Establece la primera definición legal de coche autónomo: un coche autónomo es “todo vehículo con capacidad motriz equipado con tecnología que permita su manejo o conducción sin precisar la forma activa de control o supervisión de un conductor, tanto si dicha tecnología autónoma estuviera activada o desactivada, de forma permanente o temporal.” A estos efectos, no tendrán la consideración de tecnología autónoma aquellos sistemas de seguridad activa o de ayuda a la conducción que para su manejo o conducción requieran necesariamente control o supervisión humana activa. La Instrucción aclara que su objeto son los vehículos que incorporan tecnología con funciones asociadas a los niveles de automatización 3, 4 y 5.

20. Aunque algunos hayan expresado su aspiración a que España sea un referente mundial para las pruebas del vehículo autónomo³⁶, difícilmente podrá alcanzarse, en la medida en que la Instrucción 15/V-113 exige, para garantizar la madurez, seguridad y fiabilidad de los sistemas de conducción automatizada, que el propietario del vehículo autónomo acredite no sólo que el vehículo ha superado las pruebas técnicas recogidas en el Anexo II, sino que las pruebas se hayan autorizado y practicado en otro Estado miembro de la Unión Europea³⁷.

21. En cuanto a la previsión de accidentes, la Instrucción 15/V-113 establece la obligación del propietario del vehículo autónomo de suscribir y mantener en vigor un contrato de seguro que cubra hasta la cuantía de los límites del aseguramiento obligatorio de vehículos a motor, así como la responsabilidad civil derivada de los posibles daños causados en las personas o los bienes con motivo de la circulación durante la realización de las pruebas en vías abiertas al tráfico en general. Pero más allá de esta obligación de suscribir un seguro obligatorio, no se establece particularidad alguna en cuanto a la responsabilidad civil.

22. De este modo, se aplicarán las normas ya conocidas en caso de accidente de tráfico, y que serán analizadas en el apartado siguiente. De los daños sufridos por un tercero responderá el conductor, aunque el vehículo esté circulando en modo autónomo, pues debe monitorizar el vehículo y ser capaz de retomar el control del vehículo en todo momento, y será responsable también el propietario no conductor. En cualquier caso, la demanda se puede dirigir directamente contra la entidad aseguradora, como es habitual. Los daños sufridos por el conductor, cuando no haya otro vehículo involucrado, podrán ser considerados accidente de trabajo (art. 156 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social³⁸).

³⁵ La DGT tiene la facultad de conceder autorizaciones especiales para la realización de pruebas o ensayos de investigación extraordinarios, realizados por fabricantes, carroceros y laboratorios oficiales, según dispone el Real Decreto 2822/1998, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Vehículos (art. 47) BOE núm. 22, 26 enero 1999.

³⁶ Proposición no de Ley del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, sobre el impulso y desarrollo del vehículo autónomo (núm. expte. 162/000451), aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados en su sesión del día 10 de octubre de 2017 (BOCG, Congreso de los Diputados, Serie D, núm. 232, 19 octubre 2017, p. 9). El Congreso de los Diputados insta al Gobierno a “1. Promover el desarrollo del vehículo autónomo evaluando el funcionamiento de la actual legislación específica e identificando posibles mejoras en la misma, que impulsen la realización de investigación y desarrollo, así como validación de prototipos. (...) 4. Fomentar acciones que permitan la consolidación de España como referente mundial para las pruebas del vehículo autónomo conectado, asistido y semiautónomos y en todos sus niveles. Evaluando también el impacto social y medioambiental del desarrollo de esta industria.”

³⁷ “Que la autoridad competente de otro Estado Miembro de la Unión Europea haya expedido, a través de un procedimiento de control previo equivalente, autorización para realizar pruebas en vías abiertas al tráfico general a vehículos de conducción automatizada con tecnologías y configuraciones de la misma naturaleza.”

³⁸ BOE núm. 261 de 31 octubre 2015.

II. Sujetos responsables en los accidentes de circulación

1. El conductor y su progresiva desaparición

23. El Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor (LRCSCVM)³⁹, impone la responsabilidad al conductor del vehículo a motor. El vehículo autónomo está llamado a eliminar la necesidad de un conductor humano, por lo que el primer escollo en la aplicación de las normas de circulación es identificar quién es el conductor, o eliminar la necesidad de que lo haya. Veamos.

A) De conductor a usuario y/o pasajero

24. El punto de partida para identificar al conductor es la Ley de tráfico y circulación de los vehículos a motor y seguridad vial, cuyo texto refundido fue aprobado por Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre⁴⁰ (LTCVMSV). Según las definiciones contenidas en el Anexo I, se entiende por conductor la persona que “maneja el mecanismo de dirección o va al mando de un vehículo”. Pero además, también tienen la consideración de conductor otras personas, como aquella “a cuyo cargo está un animal o animales”⁴¹ y, “en vehículos que circulen en función de aprendizaje de la conducción, tiene la consideración de conductor la persona que está a cargo de los mandos adicionales.” Luego el conductor no es únicamente la persona que está sentada en la posición del conductor y maneja los mandos del vehículo, sino también la persona que de algún modo ejerce el control, bien de los animales, bien del vehículo en prácticas. Y ese control se puede ejercer de manera remota pues, como hemos visto, la Instrucción 16 TV/89 considera conductor al que, estando fuera del vehículo, ejerce el control remoto en el estacionamiento asistido.

25. El conductor “debe estar en todo momento en condiciones de controlar su vehículo” (art. 13.1 LTCVMSV), y “debe utilizar el vehículo con la diligencia, precaución y atención necesarias para evitar todo daño, propio o ajeno, cuidando de no poner en peligro, tanto a sí mismo como a los demás ocupantes del vehículo y al resto de usuarios de la vía” (art. 10.2 LTCVMSV). En los niveles más altos de automatización, cuando el vehículo es, propiamente, autónomo (nivel 4 en modo autónomo, o nivel 5), no hay una persona al mando del vehículo, sea porque la persona es un pasajero sin función alguna en la conducción, sea porque el vehículo circula desocupado. La cuestión última es que, si no hay nadie que pueda controlar el vehículo, no hay conductor.

26. La necesidad de identificar a un conductor puede ser el primer obstáculo para imponer responsabilidad cuando el vehículo es conducido por un sistema automatizado. En los vehículos de nivel 3, siempre habrá una persona a quien se pueda imputar la responsabilidad; el “conductor de reserva”, que no responde a la solicitud del vehículo de retomar el control del vehículo. Sin embargo, no hay un conductor, ni siquiera de reserva, en los vehículos de nivel 4 (cuando esté conduciendo de forma autónoma, en los casos en que esté en una de las situaciones en que pueda hacerlo) y en los de nivel 5. El pasajero aún podría ser considerado conductor si el vehículo cuenta con un frenado de emergencia. Aunque sería posible una interpretación más o menos forzada de la ley para encontrar una persona que pueda ser considerada como conductor, es preferible, por razones de seguridad jurídica, reformar la LTCVMSV para que identifique quien es el conductor en cada momento, como ha hecho la legislación alemana. En realidad, la definición de conductor es instrumental, relevante a efectos de identificar un sujeto a quien

³⁹ BOE núm. 267 de 5 noviembre 2004.

⁴⁰ BOE núm. 261 de 31 octubre 2015.

⁴¹ El Anexo I, que contiene los conceptos básicos, aclara en el párrafo 2 del punto 4 que “tienen la consideración de peatones quienes empujan o arrastran un coche de niño o de una persona con discapacidad o cualquier otro vehículo sin motor de pequeñas dimensiones, los que conducen a pie un ciclo o ciclomotor de dos ruedas, y las personas con discapacidad que circulan al paso en una silla de ruedas, con o sin motor”.

se puede imputar la responsabilidad en los niveles altos de automatización, que resultará innecesario en la medida en que se desplace la responsabilidad al propietario del vehículo.

27. La Instrucción 15/V-113 establece los requisitos que debe cumplir el conductor del vehículo autónomo en fase de pruebas, que incluye aspectos formativos y de capacidad⁴², así como la posibilidad de control. “Se exigirá durante la circulación que el conductor esté en todo momento en disposición de tomar el pleno control del vehículo, tanto si se encuentra en el interior del habitáculo como si lo conduce o maneja en remoto. En todo caso, el conductor estará obligado a tomar el pleno control del vehículo ante cualquier eventualidad que suponga una situación de riesgo para los ocupantes del vehículo o para el resto de usuarios de la vía.” Esa obligación de control obliga a los vehículos autónomos a disponer de un sistema de *override*, para anular la conducción automática y asumir la conducción manual del vehículo, y de paro de emergencia. En la fase de pruebas, el conductor del vehículo autónomo será en todo momento el responsable de la conducción y manejo del vehículo.

28. Conviene destacar que el interior del vehículo puede estar desocupado, ya que el conductor puede manejar el vehículo por control remoto. En todo caso, debe tener dispositivos de desconexión de emergencia⁴³ y “*override*” del sistema autónomo⁴⁴. Tanto el *override* como el paro de emergencia son independientes entre sí y de los algoritmos de conducción autónoma. Ambos tendrán prioridad siempre sobre las acciones de conducción autónoma.

29. Es necesario revisar los requisitos que se van a exigir en el futuro para obtener el carnet de conducir. Aunque podamos entender que no será necesario tener un carnet de conducir para ir en un vehículo autónomo, algún tipo de formación específica deberán tener las personas que usen un vehículo automatizado. Así se ha pronunciado, entre otros, la *European Transport Safety Council*⁴⁵ y la Comisión de ética sobre conducción automatizada y conectada, nombrada por el Ministerio de transporte e infraestructura digital en Alemania, en su informe de junio de 2017⁴⁶.

30. Incluso para ir en un vehículo autónomo de nivel 5, que lleva pasajeros, no conductores, podría ser necesario tener algunos conocimientos, por si deben activar el frenado de emergencia. Es necesario, como veremos, que los vehículos autónomos estén dotados de un mecanismo que desactive el modo automático o permita el frenado de emergencia. Aunque la seguridad de esta medida es objeto de debate, será necesario tener un conocimiento previo de cómo funciona el vehículo autónomo y de qué situaciones llevarán al pasajero a tener que intervenir. ¿Qué tipo de situaciones le llevarán a prestar atención a la conducción si está ocupado trabajando, viendo una serie o inmerso en un juego electrónico? Tal vez pueda responder a un ciberataque, si el vehículo lo detecta y se activa alguna alarma pero,

⁴² “Los conductores designados deben conocer la tecnología autónoma del vehículo, han recibido la formación requerida para el tipo de prueba solicitada y tienen capacidad para conducir, manejar o controlar el vehículo, en términos de seguridad y bajo cualquier condición”; “el conductor del vehículo autónomo deberá ser titular, con una antigüedad mínima de dos años del permiso de conducción en vigor correspondiente a la categoría del vehículo objeto de la prueba o ensayo”.

⁴³ El paro de emergencia supone que el vehículo debe tener una desconexión de emergencia que pare la acción de los actuadores (volante, freno, acelerador y caja de cambios). El paro de emergencia debe ser accesible para cualquier ocupante del vehículo o con acceso a los mandos del vehículo en cualquier momento. El actuador del pedal de freno no puede interferir con la capacidad del conductor a actuar sobre el pedal de freno. El paro máximo del actuador del volante debe poder ser superado por el conductor en cualquier momento.

⁴⁴ El *override* ha de ser detectado tras los siguientes eventos: o bien el conductor presiona el pedal de freno, o bien presiona el pedal de acelerador, o bien gira el volante. En caso de detectar un *override*, todas las acciones del sistema se deberán interrumpir hasta que el conductor reinicie manualmente el proceso de conducción autónoma.

⁴⁵ La ETSC (*European Transport Safety Council*) y la Fundación MAPFRE recomiendan que la formación de los conductores permita adquirir conocimientos prácticos de cuándo y cómo usar las funciones de automatización y comprender los aspectos básicos, las ventajas y los límites de la tecnología. Cfr. ETSC y Fundación MAPFRE, *Priorización del potencial en seguridad de la conducción autónoma en Europa*, Madrid, 2016, p. 24.

⁴⁶ Según el principio nº 20 de la Comisión de ética alemana, el uso adecuado de los sistemas automatizados debe formar parte de la educación digital de las personas. El manejo adecuado de los sistemas de conducción automatizados debe enseñarse de manera apropiada durante el aprendizaje de conducción, y debe ser examinado.

detectada la situación de peligro, si una persona que no tiene formación alguna de funcionamiento del vehículo, puede ser un factor de riesgo dejarle asumir el control del vehículo. Por otra parte, una de las ventajas de la conducción autónoma es facilitar los desplazamientos de personas con movilidad reducida, que no pueden obtener un carnet de conducir, por lo que deberán establecerse medidas adecuadas para no truncar esta ventaja⁴⁷.

B) La Convención de las Naciones Unidas sobre la circulación vial hecha en Viena el 8 de noviembre de 1968, y el Acuerdo europeo que complementa la Convención (versión consolidada de 2006)

31. La Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas ha venido elaborando, desde su creación en 1947, normas internacionales incorporadas en convenios y acuerdos jurídicamente vinculantes de los diversos componentes del tráfico, como la vía y sus señalizaciones y el vehículo, que son actualizadas periódicamente. Esas normas tienen por objeto facilitar el transporte y mejorar la seguridad, reduciendo el número de accidentes de tráfico y su gravedad. La norma principal es la Convención de las Naciones Unidas sobre la circulación vial, hecho en Viena el 8 de noviembre de 1968. Aunque la mayoría de países han firmado y ratificado el Convenio, algunos lo han firmado pero no ratificado (España, Reino Unido) y otros ni siquiera lo han firmado (EEUU)⁴⁸.

32. La Convención de Viena sobre la circulación vial define al conductor como “toda persona que conduzca un vehículo, automóvil o de otro tipo (comprendidos los ciclos), o que por una vía guíe cabezas de ganado, solas o en rebaño, o animales de tiro, carga o silla” (art. 1.v). Necesariamente, “todo vehículo en movimiento deberá tener un conductor” (art. 8.1), que deberá poseer las cualidades físicas y psíquicas necesarias y hallarse en estado físico y mental de conducir (art. 8.3). Además, deberá poseer los conocimientos y la habilidad necesarios para la conducción del vehículo⁴⁹ (art. 8.4), y deberá tener, “en todo momento”, el dominio de su vehículo (art. 8.5). El conductor de un vehículo deberá reducir al mínimo cualquier actividad que no sea la conducción y por ello las legislaciones nacionales deberán prohibir que el conductor de un automóvil o de un ciclomotor utilice, mientras éste se encuentre en movimiento, un teléfono que tenga que sujetar con la mano (art. 8.6). El Acuerdo Europeo que complementa la Convención, añade algunos párrafos. Así, según el Anexo de la Convención, el texto del párrafo 5 del art. 8 deberá ser el siguiente: "Todo conductor deberá tener en todo momento el dominio de su vehículo. Deberá conocer las normas en materia de circulación y de seguridad y ser consciente de los factores que pueden afectar a su comportamiento, como la fatiga, la ingestión de medicamentos y la conducción bajo la influencia del alcohol o las drogas."⁵⁰

33. La exigencia de un conductor humano que controle el vehículo impide circular con vehículos totalmente autónomos en los países que han ratificado el Convenio de Viena⁵¹. Como hemos visto, dada la falta de ratificación del Convenio por parte de algunos países (España, Reino Unido y Estados Unidos), los vehículos autónomos podrían circular sin conductor⁵². Así lo admitió la NHTSA (*National*

⁴⁷ Es una de las cuestiones que debe ser analizadas, identificadas por el Departamento de Transporte EEUU, *Preparing for the Future of Transportation. Automated Vehicles 3.0*, 2018, p. 63.

⁴⁸ Para un listado de países que han firmado y, en su caso, ratificado, ver <http://www.unece.org/trans/maps/un-transport-agreements-and-conventions-08.html>

⁴⁹ Esta disposición no se opone, sin embargo, al aprendizaje de la conducción según la legislación nacional.

⁵⁰ Se añade un nuevo párrafo, cuyo texto es el siguiente: "En la legislación nacional deberán establecerse disposiciones específicas relativas a la conducción bajo la influencia del alcohol y deberán fijarse un nivel legal de alcohol en la sangre y, en su caso, un nivel legal de alcohol en el aire espirado que sean incompatibles con la conducción de un vehículo.

En la legislación nacional, el nivel máximo de alcohol no deberá en ningún caso exceder de 0,50 g por litro de alcohol puro en la sangre o de 0,25 mg por litro en el aire espirado."

⁵¹ Aboga por su reforma A. VON UNGERN-STERNBERG, "Autonomous driving: regulatory challenges raised by artificial decision-making and tragic choices", en W. BARFIELD/U. PAGALLO, *Research Handbook on the Law of Artificial Intelligence*, Cheltenham-Northampton, Edward Elgar Publishing, 2018, pp. 251-278, en pp. 261-262.

⁵² B.W. SMITH, "Automated Vehicles Are Probably Legal in the United States", *Texas A&M Law Review*, vol. 1, nº 3, 2014, pp. 411-522.

Highway Traffic Safety Administration) del Departamento de Transporte de EEUU⁵³ y la CCAV (*Centre for Connected and Autonomous Vehicles*) del Departamento de Transporte del Reino Unido⁵⁴. En estos países, lo que impide circular a los vehículos autónomos no es tanto la ausencia de conductor, como el incumplimiento de la normativa de seguridad. Los requisitos de homologación de los vehículos serán de difícil cumplimiento, no porque prohíban expresamente los vehículos autónomos (en su momento no era previsible el desarrollo de estas tecnologías), sino porque las normas hacen referencia a vehículos con volante y pedales, situados en la posición delantera del vehículo, manejados por un conductor humano⁵⁵. En todo caso, los fabricantes de vehículos con nuevas tecnologías pueden obtener exenciones temporales al cumplimiento de ciertas exigencias⁵⁶.

34. La Convención de Viena fue adaptada a los coches autónomos en 2014. El Grupo de trabajo sobre la seguridad vial (WP.1)⁵⁷ aprobó su Informe de la 68ª sesión, celebrada en Ginebra del 24-26 de marzo de 2014, en el que procedía a la modificación de los arts. 8 y 39 del Convenio de Viena⁵⁸. Se añade un nuevo párrafo al art. 8 (apartado 5 bis), de redacción algo confusa, porque no menciona específicamente el término “automatizado” o “autónomo”, y porque incluye una remisión a otros preceptos. Pero, en definitiva, admite que los vehículos incorporen sistemas “que influyen la manera en que los vehículos son conducidos”, lo cual será conforme con los preceptos que obligan al conductor a controlar el vehículo, “siempre que esos sistemas puedan ser anulados o desactivados por el conductor” (*overridden or switched off*). Existe un debate en torno a la necesidad, o no, de incorporar sistemas de frenado de emergencia en los vehículos de nivel 5. Permitir la asunción del control a la persona que ocupa el vehículo puede suponer un aumento del riesgo de colisión, máxime cuando no hay propiamente un conductor, sino un pasajero, distraído de la conducción. Poder recuperar el control del vehículo en caso de emergencia puede suponer un riesgo adicional, y entonces el vehículo debe impedirlo⁵⁹.

35. Alemania, Austria, Bélgica, Francia e Italia explican, en el propio Informe⁶⁰, que uno de los principios rectores de las normas de tráfico es garantizar la primacía de la voluntad del conductor. Esto justificaría un diseño que permita a la persona recuperar el control del vehículo. Dicho esto, esos mismos Estados reconocen que algunos vehículos pueden no permitir la desconexión de algunos de sus sistemas. Ello puede ser debido a que el conductor no ha mostrado acciones o reacciones apropiadas en una situación potencialmente peligrosa, situación que puede ser agravada por el intento de anular la intervención del vehículo (intento de anular una frenada de emergencia o una maniobra de viraje). Impedir a la persona asumir el control puede ayudar al conductor a mantener el vehículo bajo control en situaciones de conducción peligrosas. Con ello queda claro que, si el vehículo puede impedir la desconexión del sistema automático, es por razones de seguridad.

⁵³ El 4 de febrero de 2016, la NHTSA contestó la consulta formulada por Google diciendo que el término “conductor” podría interpretarse de manera extensiva, para incluir su sistema de alta automatización (*Self-Driving System*, SDS).

⁵⁴ CCAV, *Pathway to Driverless Cars: proposals to support advanced driver assistance systems and automated vehicle technologies*, 2016, p. 7: “test anywhere” advantage.

⁵⁵ Cfr. las *Federal Motor Vehicle Safety Standards* (FMVSS), normas de seguridad vinculantes aprobadas por la NHTSA en EEUU.

⁵⁶ En las situaciones descritas en 49 *US Code* § 30113 (1998). Entre ellas, cuando el fabricante ha intentado cumplir con el estándar, pero el cumplimiento le genera dificultades económicas sustanciales; cuando el desarrollo o la evaluación sobre el terreno de un dispositivo de seguridad nuevo, que ha de aportar una mejora de la seguridad, resulte más fácil.

⁵⁷ Es un órgano permanente de las Naciones Unidas que trabaja para mejorar la seguridad en las carreteras, en el que participan los Estados miembros, que intercambian experiencias sobre la seguridad vial, y debaten las enmiendas a la reglamentación de Naciones Unidas en esta materia.

⁵⁸ Aunque el nuevo texto no se ha incorporado aún a la versión consolidada, se encuentra disponible en el Anexo del Informe de la UNECE (Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa. <http://www.unece.org/fileadmin/DAM/trans/doc/2014/wp1/ECE-TRANS-WP1-145e.pdf>

⁵⁹ Chris Urmson, director del proyecto de vehículos autónomos de Google, testificó el 15 de marzo de 2016 ante el Comité de Comercio, Ciencia y Tecnología, declarando que un vehículo autónomo será más seguro si se impide al pasajero tomar el control del vehículo. Google, *Testimonio del Dr. Chris Urmson, Director of Self-Driving Cars, Google X before the Senate Committee on Commerce, Science and Technology Hearing: “Hands Off: the Future of Self-Driving Cars”*, 15 de marzo de 2016. <https://www.govinfo.gov/content/pkg/CHRG-114shrg22428/html/CHRG-114shrg22428.htm>

⁶⁰ Informe de la UNECE, p. 11, punto 4.

36. La justificación de las modificaciones introducidas termina con la siguiente frase: “los sistemas no están diseñados para anular las decisiones tomadas por conductores razonables y responsables.” Aunque esta frase parece introducir alguna contradicción, y distingue entre personas razonables y responsables, y las que no lo son, creo que no hace más que insistir en el criterio anterior. De todos modos, cabe alguna reflexión adicional: una vez iniciada la conducción en modo autónomo (nivel 4 y 5), ante una situación peligrosa, el vehículo puede impedir a la persona asumir el control del vehículo. Y si esta decisión la toma el vehículo, es el vehículo el que está en una posición superior. Pueden existir razones de seguridad que lo aconsejen, pero acaso puede haber otras en que no, y estoy pensando, por ejemplo, en situaciones de ciberataques. Si el vehículo es el que decide, difícilmente estará la persona en una posición superior. Además, ¿cómo lo decide el vehículo? ¿Lo deduce del mero hecho de querer anular una maniobra de frenado automático? ¿O es necesario algo más?

37. En septiembre de 2019, el Foro Mundial para la Armonización de la Reglamentación sobre Vehículos (WP.29) de Naciones Unidas publicó el Documento marco revisado sobre vehículos automatizados/autónomos⁶¹, en el que destaca la importancia de la interfaz persona-máquina. El vehículo automatizado/autónomo debe incluir la supervisión de la participación de los conductores en los casos en que éstos puedan participar (por ejemplo, en las solicitudes de asunción de responsabilidades) en la tarea de conducción, a fin de evaluar la sensibilización de los conductores y su disposición a realizar la totalidad de las tareas de conducción.

2. El propietario no conductor

38. Además del conductor, la legislación actual de accidentes de circulación se fija en el propietario no conductor. Según el artículo 1.3 LRCSCVM, “el propietario no conductor responderá de los daños a las personas y en los bienes ocasionados por el conductor cuando esté vinculado con este por alguna de las relaciones que regulan los artículos 1.903 del Código Civil y 120.5 del Código Penal.” Y si hasta ahora se pensaba, como no podía ser de otra manera, únicamente en un conductor humano, en el futuro también podemos pensar en el propietario, sin más⁶². Las dificultades de aplicación de las normas de accidentes de circulación por la inexistencia de un conductor humano, no deben llevarnos inmediatamente a pensar en aplicar la regulación de responsabilidad civil por productos defectuosos, obviando al propietario como posible sujeto a quien atribuir responsabilidad.

39. Es cierto que el vehículo autónomo también está llamado a introducir un cambio en el modelo de propiedad sobre los vehículos⁶³. Se apunta que las personas no tendrán interés en ser propietarios de un coche si pueden acceder al uso de un vehículo autónomo fácilmente. Los modelos de negocio que giran en torno a los vehículos compartidos, o al transporte sin conductor, pueden satisfacer las necesidades de las personas. Al fin y al cabo, si no voy a conducir ¿para qué me voy a comprar un coche? El coste del vehículo (que incluye gasolina o electricidad, mantenimiento, plaza de aparcamiento, impuestos, prima de seguro) puede ser demasiado elevado para justificar la propiedad privada.

40. El Grupo de expertos de la Comisión europea sobre nuevas tecnologías considera que los conceptos tradicionales de propietario, usuario, guardador, no son útiles en el contexto de las tecnologías

⁶¹ Aprobado en el Informe de la 178ª sesión, celebrada en Ginebra del 25-28 de junio de 2019.

⁶² Señala J.A. BADILLO ARIAS, *La responsabilidad civil automovilística. El hecho de la circulación*, Cizur Menor, Thomson-Reuters Aranzadi, 2016, p. 203, que el propietario responde por la cosa que genera un riesgo para los demás, y que el propietario tiene un control sobre el vehículo que no desaparece por prestarlo a un tercero (el conductor). Acaso sería posible decir también que el control del propietario no se pierde por conducirlo un sistema automatizado.

⁶³ Todavía hay muchas variables desconocidas, pero algunos estudios estiman que la titularidad de vehículos se reducirá hasta el 43% como consecuencia del aumento del uso compartido. Véase el Informe de la *Transportation Research Institute* de la Universidad de Michigan, elaborado por B. SCHOETTLE/M. SIVAK, “*Potential impact of self-driving vehicles on household demand and usage*”, 2015, pp. 1-18. Accesible en <https://deepblue.lib.umich.edu/bitstream/handle/2027.42/110789/103157.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

digitales emergentes y prefieren el concepto de “operador”, que es más neutral y flexible⁶⁴. El operador es la persona que controla el riesgo vinculado al funcionamiento del vehículo y que se beneficia de su funcionamiento. El control, como admite la Comisión de expertos, es un concepto variable, que abarca desde la mera activación de la tecnología, exponiendo a terceros a sus riesgos potenciales hasta la determinación del resultado, como puede ser introduciendo el destino en el vehículo automatizado. A medida que el nivel de automatización es más elevado, menor control se ejerce sobre los detalles de la operación, mientras que la definición y diseño de los algoritmos, así como su actualización, pueden tener un mayor impacto que, simplemente, activar el sistema.

41. El modelo de propiedad privada individual que prevalece actualmente puede que decaiga y sea sustituido por un modelo de uso compartido de vehículos (*carsharing* o *ridesharing*). Los pasajeros entonces pagarán por trayecto, o tal vez una tarifa por suscripción al servicio. En todo caso, aunque el número de propietarios privados disminuya, habrá una persona física o jurídica, propietaria del vehículo. El que utiliza el vehículo automatizado para prestar un servicio de transporte y movilidad será responsable en calidad de propietario.

42. Finalmente, no hay que olvidar que la administración pública también puede ser declarada responsable por falta de mantenimiento, tanto de las carreteras como de la señalización y las marcas viales, y demás elementos que, cuando no sean fácilmente visibles, pueden suponer un grave obstáculo para el uso eficaz de la tecnología. Del mismo modo responderá de las infraestructuras de transporte inteligente, por falta de implementación de los sistemas de conectividad, inadecuación o incumplimiento del deber de mantenimiento.

3. Criterios de imputación y causas de exoneración

43. El criterio de imputación varía en función de si se causan daños a las personas o a las cosas. Según el artículo 1.1 LRCSCVM, el conductor del vehículo a motor responde, en virtud del riesgo creado por la conducción, de los daños causados a las personas o en los bienes con motivo de la circulación. En cambio, cuando se trate de daños en los bienes, el conductor responderá frente a terceros cuando resulte responsable según lo establecido en los artículos 1.902 CC que, como es sabido, está basado en la culpa o negligencia del causante del daño. Cuando la responsabilidad recaiga sobre el propietario no conductor, su responsabilidad cesará cuando pruebe que empleó toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño (art. 1.3 LRCSCVM).

44. Para los vehículos automatizados se propone introducir un criterio de responsabilidad objetiva del propietario. Para los daños personales, si no hay conductor, la responsabilidad objetiva solo puede recaer en el propietario. Para los daños materiales, difícilmente se podrá analizar la negligencia del conductor, si no existe, y se podría extender la responsabilidad del propietario para cubrirlos, también de manera objetiva. No hay inconveniente en aplicar la LRCSCVM a los vehículos autónomos, pues se trata de “vehículos a motor” que causan un accidente por un “hecho de la circulación”. Tal vez cabría extender, para los vehículos autónomos, la responsabilidad objetiva en caso de daños materiales, incluso para los daños causados al usuario del vehículo automatizado causante del accidente⁶⁵. Esta modificación no sería descabellada, sino que sería volver al régimen originario de responsabilidad por accidente de tráfico, que no distinguía en función de la naturaleza del daño⁶⁶. La inclusión de esta categoría de daño no debería llevar aparejado un aumento de la prima del seguro, pues es previsible una reducción de la siniestralidad con el uso de vehículos automatizados.

⁶⁴ Grupo de Expertos de Responsabilidad y Nuevas Tecnologías, *cit.*, p. 41.

⁶⁵ Cfr. P. ÁLVAREZ OLALLA, “Desafíos legales ante la circulación de los coches autónomos: implicaciones éticas, responsabilidad por accidente y ciberseguridad”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 2, 2017, pp. 1-7, BIB 2017/10732, versión online.

⁶⁶ No distinguía el art. 39 de la Ley 122/1962, de 24 de diciembre, sobre uso y circulación de vehículos de motor (BOE núm. 310 de 27 diciembre 1962).

45. Como es sabido, la imposición de una responsabilidad objetiva está vinculada a la introducción de una fuente de peligro. El riesgo es aceptado, por ser socialmente útil, pero la persona que se beneficia de la actividad o fuente de peligro (animales, trenes, aviones, energía nuclear, etc.) debe asumir el daño, si se produce. Los vehículos automatizados están llamados a reducir la tasa de siniestralidad, mejorando la seguridad, por lo que puede ser incoherente imponer una responsabilidad objetiva al propietario de un vehículo que es más seguro y reduce los riesgos. A pesar de esta aparente contradicción, la responsabilidad objetiva del propietario del vehículo automatizado cumple el objetivo de asegurar un alto nivel de protección de la víctima, y hacerlo de un modo eficiente⁶⁷. Obligar al perjudicado a dirigirse contra el fabricante del vehículo supone abrir un proceso largo, costoso y enormemente complejo; si la causa del accidente se encuentra en el defecto del producto, el propietario (o mejor, su entidad de seguros) siempre se puede dirigir contra el fabricante, una vez pagada la indemnización al perjudicado.

46. Resuelto el criterio de imputación, aún queda una dificultad para atribuir responsabilidad, que gira en torno a la relación de causalidad. La imprevisibilidad puede ser un escollo cuando se trata de sistemas de inteligencia artificial, que aúnan elementos de programación de códigos y de aprendizaje autónomo en la detección y resolución de escenarios de riesgo. Pero en relación con los vehículos autónomos, el margen de imprevisibilidad está acotado, pues su tarea es muy concreta y predeterminada: ir del punto A al punto B por el camino más corto, respetando las normas de circulación⁶⁸. Las dificultades de prueba pueden resolverse exigiendo que los vehículos automatizados estén dotados de una “caja negra” que archive los datos. La Ley alemana, como veremos enseguida, regula esta cuestión, compaginando la necesidad de prueba de los hechos con la protección de datos.

47. La LRCSCVM contempla dos causas de exoneración, que son la culpa exclusiva de la víctima y la fuerza mayor “extraña a la conducción o al funcionamiento del vehículo” (art. 1.1.2º párrafo). Y puntualiza que no se considera fuerza mayor “los defectos del vehículo ni la rotura o fallo de alguna de sus piezas o mecanismos”; cabe entender que éstos son supuestos de caso fortuito o de fuerza mayor inherente a la conducción, que no liberan de responsabilidad. Para la víctima de un accidente de tráfico causado por un vehículo automatizado o autónomo, originado en un fallo del *software* o de la interfaz vehículo-persona, es una ventaja inmensa poder demandar, en cualquier caso, a la entidad aseguradora del vehículo, sin que ésta pueda alegar esos fallos o defectos. Es una garantía de obtención de una indemnización. En cuanto a la contribución causal de la víctima, si no es exclusiva, puede reducir la responsabilidad, y la LRCSCVM hace referencia al incumplimiento de las normas de seguridad. Y aunque el art. 1.2.1º *in fine* solo hace referencia a la falta de uso o uso inadecuado de cinturones y cascos, nada impide incluir aquí “otros elementos protectores” como pueden ser las actualizaciones del *software* que afecten a la seguridad. La legislación del Reino Unido, como veremos enseguida, lo contempla expresamente.

48. Desde el punto de vista de la prevención, el fabricante está en la mejor posición para controlar el riesgo de accidente. El Grupo de Expertos de Responsabilidad y Nuevas Tecnologías apunta que cuando los vehículos automatizados son de propiedad privada, todavía es el propietario quien decide cuándo usar el vehículo e introduce el destino en el sistema, pero todas las otras decisiones (ruta a seguir, velocidad, etc.) las toman algoritmos proporcionados por el fabricante del vehículo, que también está a cargo del mantenimiento del vehículo. Por tanto, a medida que el control del vehículo sea asumido, en mayor medida, por el fabricante, puede ser más apropiado que sea el fabricante quien responda, y no el propietario⁶⁹. Ahora bien, desde el punto de vista del perjudicado, tiene más sentido el régimen de accidentes de tráfico por las dificultades de las reclamaciones por producto defectuoso.

⁶⁷ En el mismo sentido, F. PÜTZ/F. MURPHY/M. MULLINS/K. MAIER/R. FRIEL/T. ROHLFS, “Reasonable, Adequate and Efficient Allocation of Liability Costs for Automated Vehicles: A Case Study of the German Liability and Insurance Framework”, *European Journal of Risk Regulation*, 2018, pp. 548-563, en p. 561.

⁶⁸ M. MARTÍN-CASALS, “Causation and Scope of Liability in the Internet of Things (IoT)”, en S. LOHSSE/R. SCHULZE/D. STAUDENMAYER (Editors), *Liability for Robotics and in the Internet of Things (Munster Colloquia on EU Law and the Digital Economy IV)*, Nomos/Hart, 2019, pp. 201-228, en p. 223-224 propone abordar el problema desde otro ángulo: si el daño es materialización de un riesgo inherente a la inteligencia artificial, surge responsabilidad.

⁶⁹ Grupo de Expertos, *Informe cit.*, p. 35.

III. Primera hornada de reformas legislativas

1. Alemania: *Straßenverkehrsgesetz*, de 16 de junio de 2017

49. El Parlamento alemán aprobó una serie de modificaciones a su Ley de Tráfico, de 16 de junio de 2017⁷⁰, para incluir a los vehículos automatizados de nivel 3 y 4. Aunque el Instituto federal de investigación de carreteras (*Bundesanstalt für Strassenwesen*) decidió no adoptar la nomenclatura SAE, la regulación legal está pensada para estos niveles de automatización⁷¹. Por tanto, de momento, no se contempla un vehículo totalmente autónomo. Se permite la circulación con un vehículo automatizado, siempre que su función se utilice según los fines previstos (§1a.1). Así, por ejemplo, si el vehículo está diseñado para circular en un entorno determinado barrios urbanos o residenciales, no se puede emplear en modo automatizado en una vía rural, y como se verá, el vehículo advierte del uso inadecuado. Estas modificaciones legales fueron acompañadas de un Informe de la Comisión de ética sobre la conducción automatizada y conectada, nombrada por el Ministerio federal de transporte e infraestructura digital, de junio de 2017, que recoge hasta veinte principios o directrices que deben guiar la conducción automatizada.

50. La ley alemana adopta un sistema de autocertificación, y exige al fabricante que confirme que el vehículo automatizado (insisto, no completamente autónomo) cuenta con un equipamiento técnico que le permite, una vez activado, realizar una serie de funciones⁷² (§1a.2): controlar la función de conducción del vehículo; cumplir con las normas de circulación; reconocer situaciones en que sea necesario el control manual por parte de un conductor; notificar al conductor (de forma visual, acústica, táctil u otras maneras), con suficiente antelación, que es necesario que el conductor asuma el control del vehículo, y finalmente, que puede indicar que hay un uso contrario a la descripción del sistema. Lo más destacable, a mi juicio, es que se incluye que el sistema puede ser anulado o desactivado por el conductor en todo momento. Esta exigencia parece impedir los vehículos automatizados de nivel 5.

51. El conductor es el que activa la función automatizada y utiliza esa función, aunque no controle directamente el vehículo (§ 1a.4)⁷³. En el §1.b, establece que el conductor puede desviar la atención del tráfico y del vehículo cuando está en modo automatizado, pero debe estar receptivo para poder asumir el control del vehículo en todo momento; el conductor está obligado a asumir el control del vehículo inmediatamente, cuando el sistema automatizado le avisa, o cuando reconoce, por circunstancias obvias, que los requisitos de uso ya no existen. Será difícil no atender a la conducción y, a la vez, estar receptivo, y esa simultaneidad es una de las dificultades del nivel 3 de automatización. Las personas se distraen, dejan de prestar atención, sea por cansancio, aburrimiento, o exceso de confianza pero, en esta situación, es difícil que puedan reaccionar “inmediatamente” si algo falla. El tiempo de respuesta o reacción es clave para el buen funcionamiento del vehículo automatizado, y es uno de los retos de este nivel⁷⁴. Por otra parte, esta exigencia de asunción “inmediata” del control puede ser contradictoria con la exigencia ética de que no cabe esperar que el conductor asuma el control “de forma abrupta”⁷⁵.

52. La legislación alemana mantiene la responsabilidad objetiva para el propietario (o mejor, “guardián”) del vehículo y la responsabilidad por culpa del conductor humano (§ 7). La cuantía máxima cubierta

⁷⁰ *Straßenverkehrsgesetz*, de 5 de marzo de 2003 (BGBl. I S.310, 919), modificada por el art. 8 de la Ley de 17 de junio de 2017 (BGBl. I S. 2421).

⁷¹ Cfr. PÜTZ et al, *op.cit.*, p. 549, nota 2.

⁷² H.Y.LIM, *Autonomous Vehicles and the Law. Technology, Algorithms and Ethics*, Cheltenham-Northampton, Edward Elgar Publishing, 2019, p. 115, se pregunta qué consecuencias tendrá para el régimen de garantías o la responsabilidad por producto defectuoso el hecho de que el fabricante haya confirmado, mediante su declaración, que el vehículo puede cumplir con todas las normas de circulación. Acaso pueda ser un argumento que el perjudicado utilice en su favor.

⁷³ En sentido similar, California: el operador del vehículo autónomo es el que está sentado en la posición del conductor o, si no hay una persona en el asiento del conductor, la persona que hace que la tecnología autónoma se active. Vehicle Code § 3870 (a)(4).

⁷⁴ A.ERIKSSON/A.STANTON, “Takeover time in highly automated vehicles”, *Human Factors*, vol. 59, nº 4, 2017, pp. 689-705.

⁷⁵ Según el principio 17^a de la Comisión de ética alemana, un vehículo altamente automatizado debe ser diseñado para evitar la necesidad de traspaso abrupto del control del vehículo.

por daños personales causados por un mismo accidente es de cinco millones de euros, pero si el daño ha sido causado por un vehículo automatizado, la cuantía asciende a diez millones de euros (§ 12.1). Si se trata de daños materiales, la cuantía máxima es de un millón de euros, para los automóviles convencionales, y de dos, para los automatizados (§12.2). Se han doblado los topes máximos de cuantía indemnizatoria.

53. Lo más interesante, a mi entender, es la previsión que contiene acerca de la protección de datos. La ley introduce la obligación de procesar y almacenar ciertos datos en el vehículo, a modo de “caja negra” de los aviones, lo que permitirá determinar la causa del accidente cuando se produzca, o se deba producir, un traspaso de control del vehículo entre el usuario y el sistema automatizado. El §63.a *Straßenverkehrsgesetz* dispone que los vehículos deben conservar los datos de tiempo y lugar, determinados por GPS, cuando se produzca un cambio en el control del vehículo, entre el conductor y el vehículo automatizado. El vehículo también debe almacenar esa información cuando el conductor sea advertido por el vehículo de que debe asumir el control, o cuando ocurra un fallo en el sistema. El propietario deberá suministrar los datos a terceros en el contexto de una reclamación de responsabilidad cuando el vehículo automatizado esté involucrado en el accidente⁷⁶. Estos datos deberán ser eliminados una vez transcurridos seis meses, salvo que el vehículo haya estado involucrado en un accidente, en cuyo caso deberán ser conservados durante tres años.

2. Reino Unido: *Automated and Electric Vehicles Act*, de 19 de julio de 2018

54. El Reino Unido ha aprobado ya una regulación específica sobre los daños causados por vehículos automatizados, la *Automated and Electric Vehicles Act* de 19 de julio de 2018⁷⁷. Esta normativa se ocupa de los accidentes causados por vehículos que “se conducen a sí mismos” (*self-driving*), lo que ocurre cuando esté “funcionando en un modo en que no está siendo controlado, ni necesita ser monitorizado, por una persona” (art. 8.1). Aunque no se diga expresamente, hace referencia a los vehículos de nivel 4 (cuando están circulando en modo autónomo) y de nivel 5 de automatización⁷⁸. Impone una obligación de pagar los daños causados por el vehículo automatizado a la entidad aseguradora o, si el vehículo no está asegurado, al propietario del vehículo. La exigencia de tener un seguro obligatorio deriva de la *Road Traffic Act* de 15 de noviembre de 1988 (art. 143), y la *Automated and Electric Vehicles Act* permite extender los efectos del seguro obligatorio a los vehículos automatizados, de manera que la aseguradora responde del pago de una indemnización a cualquier víctima, incluso al usuario del vehículo que conduce de modo autónomo.

55. El *Centre for Connected and Autonomous Vehicles*, creado conjuntamente en 2015 por el Departamento de Transporte y el Departamento de Negocios, Energía y Estrategia de la Industria del Reino Unido formuló una consulta en 2016, *Pathway to Driverless Cars: proposals to support advanced driver assistance systems and automated vehicle technologies*,⁷⁹ con una serie de propuestas. Entre ellas, proponía extender el seguro obligatorio para cubrir a las víctimas de los accidentes, incluido el conductor, permitiendo reclamar una indemnización directamente a la entidad aseguradora, como en una colisión convencional con culpa del conductor. El 6 de enero de 2017 el Gobierno publicó los resultados de la consulta y confirmó su intención de adoptar esas reformas⁸⁰.

⁷⁶ Además, estos datos pueden ser transmitidos a las autoridades responsables a requerimiento de éstas, a efectos de posibles sanciones de tráfico, según el §63.a (2), o a terceros, de forma anonimizada, para finalidades de investigación sobre accidentes, de conformidad con el §63.a (5).

⁷⁷ La fecha de entrada en vigor fue el 28 de septiembre de 2019.

⁷⁸ La ley obliga a la Secretaría de Estado a preparar una lista de los vehículos que estén diseñados o adaptados para la conducción autónoma, al menos en algunas circunstancias o situaciones (art. 1). Esta lista debe ser objeto de actualización.

⁷⁹ https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/536365/driverless-cars-proposals-for-adas-and_avts.pdf

⁸⁰ https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/581577/pathway-to-driverless-cars-consultation-response.pdf

56. La Ley distingue en función de si el vehículo está asegurado (art. 2.1) o no (2.2). En los casos en que el vehículo esté asegurado en el momento del accidente, y el accidente haya sido causado por un vehículo automatizado que circule en modo autónomo por una carretera u otro lugar público del Reino Unido, la aseguradora responde por el accidente tanto frente a la persona asegurada como frente a tercero. La persona asegurada, aclara el art. 8.2, es la usuaria del vehículo. En los casos en que el vehículo no esté asegurado, será responsable el propietario del vehículo.

57. El artículo 2.3 se ocupa de los daños incluidos y los excluidos. Los daños cubiertos son los daños personales (muerte y lesiones corporales) causados a la persona asegurada o a un tercero, y los daños materiales, pero quedan excluidos los daños al vehículo autónomo, a las mercancías transportadas, y los bienes que sean propiedad, o estén bajo custodia, de la persona asegurada, o de la persona a cargo del vehículo automatizado en el momento del accidente. Los daños excluidos de la cobertura del seguro irán a cargo del propietario. En todo caso, se fija una cuantía máxima por accidente para los daños a las cosas que sí estén incluidos, con remisión al límite de cobertura máxima del seguro obligatorio⁸¹.

58. El régimen de responsabilidad impuesto por esta ley no afecta a la responsabilidad de otras personas en el accidente (art. 2.7). De este modo, la responsabilidad de la aseguradora o del propietario es compatible con otros regímenes de responsabilidad, como puede ser el de productos defectuosos, exigible al fabricante del vehículo, en su caso. La víctima de un accidente de circulación podrá dirigirse contra la entidad aseguradora o contra el propietario del vehículo autónomo, o contra el fabricante del vehículo. Si se dirige únicamente contra la aseguradora o el propietario, éste podrá ejercitar una acción de repetición contra el fabricante, si el accidente ha sido ocasionado por la defectuosidad del vehículo autónomo.

59. La culpa de la víctima puede ser una causa de exoneración de responsabilidad, o de reducción si no es exclusiva (art. 3). Se contempla un supuesto de culpa exclusiva del usuario, cuando actúa negligentemente al permitir al vehículo empezar a circular de modo autónomo cuando no era adecuado hacerlo (art. 3.2). La redacción de este precepto genera una duda, que gira en torno al mantenimiento de la conducción en modo autónomo cuando ya no se dan las circunstancias para ello. Tan negligente es “empezar a circular” cuando no concurren las circunstancias adecuadas, como “continuar conduciendo” cuando las circunstancias cambian y no se desactiva el modo autónomo. Sin embargo, en el nivel 4, el vehículo ya es capaz de detectar por sí mismo que no se dan las circunstancias adecuadas, y si, tras advertir al usuario que debe asumir la conducción manual, éste no lo hace, el propio vehículo puede colocarse en una situación de riesgo mínimo riesgo (aparcando en el arcén, por ejemplo). El precepto exonera de responsabilidad al asegurador o al propietario por los daños sufridos por el usuario del vehículo, por su negligencia, pero seguirán siendo responsables por los daños causados a terceros; eso sí, una vez pagada la indemnización al tercero, el asegurador o propietario podrán dirigirse contra ese usuario cuya negligencia ha causado el accidente.

60. Resultan muy interesantes las previsiones de esta ley del Reino Unido en torno al *software* del vehículo que es, sin duda, el elemento esencial en los vehículos autónomos. El art. 4 permite las cláusulas de exclusión o limitación de cobertura cuando el accidente haya sido resultado directo de “a) alteraciones en el *software* hechas por la persona asegurada, o con su conocimiento, que están prohibidas por la póliza, o b) la falta de instalación de actualizaciones de *software* críticas para la seguridad que la persona asegurada sabe, o razonablemente debería saber, que resultan críticas para la seguridad.” El art. 4.6 aclara que las alteraciones se refieren al *software* del vehículo; las actualizaciones se consideran “críticas para la seguridad” cuando resulta inseguro utilizar un vehículo sin las actualizaciones instaladas. Estas son conductas que la aseguradora puede excluir de cobertura. Seguidamente distingue en función de quién sea la víctima. Si la víctima del accidente es el propio asegurado, no podrá exigir una indemnización a la entidad aseguradora (art. 4.1); si la víctima es un tercero, la aseguradora deberá abo-

⁸¹ Fijada en 1.200.000 libras por el art. 145 (4)(b) *Road Traffic Act* de 1988.

nar la indemnización debida, y después podrá ejercitar la acción de repetición contra el asegurado (art. 4.4). Ahora bien, si el asegurado no es el tomador del seguro, el supuesto a) solo se aplica respecto a las alteraciones de *software* cuando la persona sabía, en el momento del accidente, que estaban prohibidas. Por tanto, parece que el asegurado, cuando no sea el tomador del seguro, deberá tener un conocimiento de la póliza del seguro para quedar excluido de la cobertura.

V. Observaciones finales

61. Si la causa de los accidentes de tráfico se puede atribuir, en más del 90% de los casos, al error humano⁸², es razonable pensar que si minimizamos la intervención humana, reducimos la tasa de siniestralidad. La seguridad es, sin duda, uno de los objetivos de los vehículos automatizados. Sin embargo, esa seguridad en la circulación solo podrá lograrse cuando todos, o una parte sustancial de los vehículos sean autónomos, pero durante el período de coexistencia con vehículos convencionales, es posible que no haya un aumento en la seguridad, ya que la interacción entre ambos puede ser difícil. El Parlamento Europeo, en su Resolución de 13 de marzo de 2018 sobre una estrategia europea sobre los sistemas de transporte inteligentes cooperativos (2017/2067/INI), pide a la Comisión que reflexione acerca de la manera de abordar la coexistencia de vehículos cooperativos, conectados y automatizados con vehículos y conductores no conectados, habida cuenta de que la antigüedad del parque móvil y la proporción residual de personas no conectadas obligan a tener en cuenta el número considerable de vehículos que durante largo tiempo seguirán sin estar integrados en el sistema (apt. 14).

62. No corresponde a un trabajo jurídico hacer un pronóstico acerca del éxito de los vehículos autónomos, ni intentar señalar una fecha a partir de la cual la conducción autónoma estará plenamente implementada. Es indudable que, técnicamente, será posible la conducción completamente autónoma, pero no está claro cuándo se extenderá su uso, ni si sustituirá a la totalidad de los vehículos convencionales, lo que depende de varios factores que no tienen que ver con la tecnología, sino con otros motivos como el coste de los vehículos y la confianza de la sociedad⁸³. En cualquier caso, no cabe esperar que, cuando se comercialicen los vehículos automatizados, sustituyan inmediatamente a los vehículos tradicionales. Se producirá una coexistencia entre vehículos conducidos por humanos y vehículos conducidos de forma autónoma; coexistencia que puede ser peligrosa, puesto que el objetivo de seguridad se logrará cuanto mayor sea el número de vehículos automatizados, conectados entre sí⁸⁴.

63. Para ello puede ser necesario incentivar la adquisición de un vehículo automatizado⁸⁵, a través de medidas como la reducción de la prima del seguro. La rebaja en el precio del seguro no ocurrirá

⁸² Según el Informe de la Comisión, de 12 de diciembre de 2016, “Salvar vidas: impulsar la seguridad de los vehículos en la UE. Informe sobre el seguimiento y la evaluación de las funciones de seguridad avanzadas para vehículos, su rentabilidad y viabilidad con vistas a la revisión de los reglamentos sobre seguridad general de los vehículos y sobre la protección de los peatones y otros usuarios vulnerables de la vía pública” (COM (2016) 0787 final), “los expertos afirman que alrededor del 95 % de los accidentes de tráfico implican algún grado de error humano, mientras que se calcula que el 75 % se deben únicamente a errores humanos. Entre las principales causas de accidente relacionadas con el factor humano los estudios señalan el exceso de velocidad, la distracción y la conducción bajo los efectos del alcohol como algunas de las más importantes”.

En la Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de noviembre de 2017, sobre “Salvar vidas: impulsar la seguridad de los vehículos en la UE” (2017/2085(INI)) se destaca que “aproximadamente el 92 % de todos los accidentes se deben a errores humanos o a la interacción entre errores humanos y vehículos o infraestructuras”.

⁸³ Sobre este tema, véase J. WEBB/K. WILSON/T. KULARATNE, “Will people accept shared autonomous electric vehicles? A survey before and after receipt of the costs and benefits”, *Economic Analysis and Policy*, nº 61, 2019, pp. 118–135, y C. GKARTONIKASA/K. GKRTIZA, “What have we learned? A review of stated preference and choice studies on autonomous vehicles”, *Transportation Research, Part C* vol. 98, 2019, pp. 323–337.

⁸⁴ Se estima que durante el período de coexistencia la conducción puede ser más insegura que ahora. Cfr. R. DE BRUIN, “Autonomous Intelligent Cars on the European Intersection of Liability and Privacy: Regulatory Challenges and the Road Ahead”, *European Journal of Risk Regulation*, vol. 7, nº 3, 2016, pp. 485–501, en p. 495.

⁸⁵ Abordan esta cuestión D.A. CRANE/K.D. LOGUE/B.C. PILZ, “A Survey of Legal Issues Arising from the Deployment of Autonomous and Connected Vehicles”, *Michigan Telecommunications and Technology Law Review*, vol. 23, nº 2, 2017, pp. 191–320, en pp. 317–318.

hasta que las compañías de seguro constaten las ventajas de estos vehículos, a efectos de reducción de siniestralidad. Esta puede ser una buena noticia para los futuros propietarios que adquieran un vehículo autónomo, pero no tanto para las entidades de seguros⁸⁶. Si la previsión de seguridad se cumple, podríamos encontrarnos en la situación contraria, en la que la conducción autónoma sea tan segura que las entidades aseguradoras no quieran asegurar a los conductores humanos, y que las primas de seguro sean más elevadas para los vehículos convencionales⁸⁷.

64. La Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho Civil sobre robótica destacaba que el sector del automóvil es el que precisa más urgentemente de normas adecuadas. Y de entre todas las que se pueden revisar, creo que las que regulan los accidentes de circulación deben abordarse antes que otras. La modificación del régimen de responsabilidad por producto defectuoso exige intervención de la Unión europea, salvo algunas cuestiones, como hemos visto, entre las que se incluye la eliminación de la excepción de riesgos de desarrollo para el productor de vehículos automatizados. Las normas sobre accidentes de tráfico se ajustan adecuadamente al supuesto de hecho y son atractivas para la víctima, ya que una reclamación tiene menos costes de transacción para el perjudicado, si la comparamos con una de productos defectuosos, de mayor complejidad y coste. Una vez superados los obstáculos de aplicación de las normas de tráfico, por la ausencia de conductor humano, y centrada la responsabilidad en el propietario, la responsabilidad es objetiva, el defecto no será considerado fuerza mayor, y los trámites de la reclamación son conocidos y sencillos. Lo único que hace falta es incluir la categoría de daños materiales. Resulta aconsejable, eso sí, especificar las consecuencias de la alteración del *software* o la falta de instalación de actualizaciones de seguridad, que puede ser una causa de exoneración de responsabilidad, o acaso puede constituir una cláusula de exclusión de cobertura, cuando la víctima es el propio asegurado, como establecen ahora las normas del Reino Unido. Y es acertado introducir referencias a la “caja negra” del vehículo, que facilita la obtención de prueba de la relación causal, teniendo en cuenta la protección de datos, como hace la ley alemana.

⁸⁶ Según una noticia aparecida en La Vanguardia, “el sector asegurador puede convertirse en el gran perdedor de la llegada del coche autónomo, según los datos de *BBVA Research*, que estima que puede perder hasta un tercio de sus primas en Europa en el 2025, unos 35.000 millones de euros, por la reducción del número de accidentes y por la decisión que han anunciado ya algunos grandes fabricantes de autoasegurar sus vehículos”. La Vanguardia, 2 de septiembre de 2019.

⁸⁷ La obligatoriedad de conducir con sistemas autónomos sería éticamente cuestionable, si conlleva la sumisión a imperativos tecnológicos, advierte la Comisión de ética alemana (principio 6^a).

¿COMPARTIR CONTENIDOS EN LÍNEA O NO? UN ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 17 DE LA DIRECTIVA SOBRE PROPIEDAD INTELECTUAL EN EL MERCADO ÚNICO DIGITAL*

TO UPLOAD OR NOT – AN ANALYSIS OF ART. 17 OF THE DIRECTIVE ON COPYRIGHT IN THE DIGITAL SINGLE MARKET

GERALD SPINDLER

*Catedrático de Derecho de Derecho Civil, Mercantil y Económico,
Derecho Comparado y de las Telecomunicaciones
Universidad de Göttingen*

Recibido: 27.12.2019 / Aceptado: 10.01.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5232>

Resumen: El “filtro de carga” para las plataformas de intercambio en línea ha sido uno de los temas más candentes en relación con la nueva Directiva 2019/790 sobre derechos de autor y derechos afines en el Mercado Único Digital (DCMUD). La batalla continúa en el ámbito nacional a la hora de afrontar la correcta y equilibrada transposición del art. 17 DCMUD, en particular en lo que respecta a garantizar la libertad de expresión. Este ensayo explora el sistema de responsabilidad del citado art. 17 y analiza su potencial contradicción con los derechos fundamentales de la Unión Europea, tal y como han sido ponderados por el TJUE en el asunto *SABAM Netlog* y otros recientes, en particular, con la prohibición de deberes generales de control y supervisión. Aunque sería posible argumentar que el art. 17 DCMUD podría superar ese examen de contraste, el precepto articula varias opciones de transposición que podrían emplearse para garantizar los derechos de los usuarios y la libertad de expresión.

Palabras clave: propiedad intelectual, derechos de autor, plataformas de intermediación, puertos seguros, filtros de carga, contenidos digitales, contenidos generados por los usuarios, derechos fundamentales, libertad de expresión, liability, e-commerce.

Abstract: The “upload-filter” for online sharing platforms have been one of the hot issues regarding the new DSM-directive on copyright. The battle continues at the national level concerning the correct and balanced implementation of Art. 17 DSM-D, in particular regarding the guarantee of freedom of speech. The article explores the liability system of Art. 17 DSM-D and analyzes its potential contradiction to fundamental EU rights which has been laid down by the CJEU in the *SABAM Netlog* case, in particular the prohibition of general monitoring duties. Even though one might argue that Art. 17 DSM-D could pass that test the article develops several implementation options in order to safeguard user rights and freedom of speech.

Keywords: copyright, intermediary platforms, safe harbours, upload filters, digital contents, user generated contents, fundamental rights, right of free speech, responsabilidad, comercio electrónico.

*Este trabajo tiene su base en la ponencia expuesta en el Congreso Internacional El Derecho privado en el nuevo paradigma digital (Colegio Notarial de Cataluña, Barcelona, 3 y 4 de octubre de 2019) y se enmarca en el Proyecto I+D (Retos) DER2017-84748-R (Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades): Mercado Único Digital Europeo y Protección de los Consumidores: perfilando los derechos de las partes en contratos de suministro de contenidos digitales, del que es investigador principal el Prof. S. CÁMARA LAPUENTE. La traducción ha estado a cargo de este último.

Sumario: I. Introducción. II. El sistema previo de responsabilidad de los intermediarios. III. Compatibilidad del art. 17 DCMUD con el Derecho primario de la Unión Europea. 1. Sistema del art. 17 DCMUD. A) Definición de prestadores de servicios para compartir contenidos en línea. a) Variedad de contenidos de forma organizada. b) Delimitación negativa. c) Servicios de almacenamiento en la nube. B) Infracción independiente de los derechos de explotación por los prestadores de servicios. C) Programa obligatorio del prestador de alojamiento. a) Obligación de revisar las licencias necesarias (art. 17.1 y 17.4.a DCMUD). b) Deberes y limitación de responsabilidad según el art. 17.4.b DCMUD. c) Notificación y bloqueo. d) Principio de proporcionalidad. D) Limitaciones a favor de los usuarios. E) Prohibición de obligaciones generales de supervisión y su relación con la Directiva de comercio electrónico. F) Influencia del diálogo entre las partes interesadas y orientaciones de la Comisión Europea sobre el art. 17 DCMUD. 2. Derechos fundamentales afectados. 3. La prohibición de obligaciones generales de supervisión y el art. 17 DCMUD. A) Obligaciones generales de supervisión y la Carta de Derechos Fundamentales de la UE. a) Procedencia de los derechos fundamentales de la UE. b) Aplicación al art. 17 DCMUD. B) Tendencias de signo contrario en la jurisprudencia del TJUE y su trascendencia para el art. 17 DCMUD. a) Obligaciones de inhabilitación del prestador de acceso. b) Examen de contenido similar como obligación específica de supervisión. c) Aplicación al art. 17 DCMUD. C) Conclusión. 4. Derechos fundamentales de protección de datos. 5. Solución alternativa: posibles contrapesos para la protección de derechos fundamentales. IV. Transposición del art. 17 DCMUD en los Derechos nacionales. 1. Naturaleza de armonización plena. 2. Transposición de las definiciones del art. 2.6 DCMUD. 3. Restricción y orden de las obligaciones del prestador del servicio. A) Obligaciones de obtener licencias según los arts. 17.1 y 17.4.a DCMUD. B) Limitación y diseño de los filtros de carga según el art. 17.4.b DCMUD. a) ¿Exclusión de filtros de carga? b) Transposición. c) Información que deben suministrar los titulares de derechos. C) Licencias colectivas. 4. Límites legales a favor de los usuarios. A) Ausencia de límites legales adicionales en los Estados miembros. B) Derecho a exigir a los prestadores el respeto de los límites. C) Protección de los límites mediante tecnología obligatoria: el marcado. D) ¿Establecimiento de un sistema de reclamaciones y recursos? E) Acciones colectivas. 5. ¿Configuración y límites de las consecuencias jurídicas (indemnización)? V. Derecho internacional privado. VI. Obligaciones de las plataformas fuera del ámbito de aplicación de la DCMUD en materia de propiedad intelectual. VII. Conclusión.

I. Introducción

1. Prácticamente ninguna Directiva de la Unión Europea ha llamado tanto la atención del público como la nueva Directiva sobre derechos de autor (*copyright*) y derechos afines en el Mercado Único Digital (DCMUD)¹, que crea obligaciones para los prestadores de servicios que permiten compartir contenidos generados por los usuarios, como ocurre, por ejemplo, en *YouTube*. La lucha de los grupos de presión, con los titulares de derechos por un lado y la comunidad de internet por el otro, potenciada por grandes empresas como *YouTube*, desembocó incluso en manifestaciones públicas contra un artículo de la DCMUD, el art. 17 (previamente, el art. 13). Este artículo trata de las obligaciones de los prestadores de servicios para controlar el contenido de sus plataformas, constituyendo así una excepción a los privilegios de puerto seguro de los prestadores de servicios consagrados en el art. 14 de la Directiva de comercio electrónico (DCE)². Es obvio que semejante control podría coartar los derechos de libertad de expresión y de acceso a los contenidos, que son la base jurídica de la reclamación realizada por Polonia contra la DCMUD y que constituye la esencia del presente ensayo. Se describirá previamente de forma sucinta el sistema vigente de la responsabilidad de los intermediarios en materia de propiedad intelectual (II), antes de abordar los fundamentos del art. 17 DCMUD (III.1), cuya estructura es crucial para el análisis constitucional (III.2), en particular en lo relativo a la prohibición de deberes generales de supervisión (III.3). Incluso si no se compartieran los argumentos constitucionales, deberán tomarse

¹ Directiva (UE) 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de abril de 2019, sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE, *DOUE* L 130 de 17 de mayo de 2019, p. 92 ss.

² Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico), *DOUE* L 178 de 17 de julio de 2000, p. 1 ss.

en consideración a la hora de transponer el art. 17 DCMUD (IV), que fue evolucionando para tener presentes los derechos de los usuarios, etc. Por último, se abordarán brevemente las implicaciones de Derecho internacional privado (V) y la situación jurídica de aquellos prestadores que están exentos de la aplicación del art. 17 DCMUD (VI).

II. El sistema previo de responsabilidad de los intermediarios

2. Originalmente, los prestadores de servicios de intermediación o intermediarios, que también incluyen operadores de redes sociales o plataformas para contenidos generados por usuarios como *YouTube*, fueron incluidos sin más matices en el privilegio sobre exención de responsabilidad del art. 14 de la Directiva de comercio electrónico, de manera que sólo incurren en responsabilidad tras haber tenido conocimiento de cualquier contenido ilegal, o sólo si “en lo que se refiere a una acción por daños y perjuicios, no tenga(n) conocimiento de hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revele su carácter ilícito” (art. 14.1.a DCE); los tribunales aplicaron este inciso a *YouTube*, liberándolo de responsabilidad³. Sin embargo, en la sentencia *L’Oréal*, el TJUE dejó sentado que este privilegio se aplica sólo a prestadores de servicios pasivos, neutrales, no a aquellos que cooperan activamente con los usuarios (v. gr., mediante ayuda con el diseño de las ofertas)⁴.

3. Desde el principio, las medidas cautelares basadas en la responsabilidad por injerencia (“*Störerhaftung*”) –esto es, la de quien permite que el ilícito se lleve a cabo sin ser ni el autor ni el colaborador– no se han visto afectadas por el privilegio de responsabilidad; la jurisprudencia ha moldeado en detalle las obligaciones de los prestadores, pero no es del caso describirlas aquí. En esencia, un prestador de servicios es responsable como perturbador (“*Störer*”) tras la notificación por la parte perjudicada de la adopción *ex post* (!) de deberes de vigilancia si incumple obligaciones razonables de inspección y control (por ejemplo, no impide que se cargue en el servidor un nuevo contenido del mismo tipo)⁵. Cabe señalar, sin embargo, que incluso desde el punto de vista de la propiedad intelectual (hasta ahora), el propio prestador de servicios no comete ninguna infracción en el sentido de ser el responsable o el infractor de un derecho de explotación del titular de los derechos de autor; a lo sumo coadyuva negligentemente a la infracción y, por lo tanto (aparte de la responsabilidad por como *Störer*, que sólo da lugar a las medidas cautelares), podría beneficiarse del privilegio de la exención de responsabilidad de acuerdo con el art. 14 de la Directiva sobre comercio electrónico.

4. Sin embargo, este enjuiciamiento cambió con el desarrollo de la jurisprudencia del TJUE sobre el derecho de puesta a disposición del público del art. 3 a) de la Directiva 2011/29/CE sobre derechos de autor y derechos afines (*Copyright*) en la Sociedad de la Información (en adelante, DCSI-InfoSoc)⁶. Con las sentencias *GS Media*, *Filmspeler* y *Pirate Bay*⁷, el TJUE ya ha llevado el concepto de puesta a disposición del público muy lejos dentro del concepto de colaboración y de lo que son las acciones propias⁸. En concreto, se trataba de hipervínculos (*GS Media*), de una plataforma con recomendaciones

³ Tribunal Superior Regional de Hamburgo (OLG), *MMR* 2016, p. 269; Tribunal Superior Regional de Munich, *CR* 2016, p. 750.

⁴ STJUE 12 julio 2011, asunto C-324/09, *L’Oreal*, EU:C:2011:474, para 116.

⁵ Más detalles en G. SPINDLER en SPINDLER/SCHMITZ (dirs.), *Telemediengesetz*, 2ª ed., CH Beck, München, 2018, § 7 TMG paras 41 ss. con ulterior demostración; *vid.* también N. GIELEN/M. TIESSEN, “Die neue Plattformhaftung nach der Richtlinie über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt”, *EuZW*, 2019, p. 639 y ss., en especial, p. 640 y ss.

⁶ Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, *DOUE* L 167, de 22 de junio de 2001, p. 10 y ss.

⁷ STJUE 8 septiembre 2016, asunto C-160/15, *GS Media BV v Sanoma Media Netherlands*, EU:C:2016:644, *GRUR* 2016, p. 1152 y ss., con comentarios de OHLY; STJUE 26 abril 2017, asunto C-527/15, *Filmspeler*, EU:C:2017:300, *GRUR* 2017, p. 610 y ss., con comentarios de NEUBAUER/SOPPE; STJUE 14 junio 2017, asunto C-610/15, *Stichting Brein v Ziggo BV, XS4ALL Internet BV (The Pirate Bay)*, EU:C:2017:456, *GRUR*, 2017, p. 790 y ss.; M. LEISTNER, “Die ‘The Pirate Bay’-Entscheidung des EuGH: ein Gerichtshof als Ersatzgesetzgeber”, *GRUR*, 2017, p. 755 y ss.

⁸ Con justa crítica, LEISTNER, “Die ‘The Pirate Bay’...”, *cit.*, p. 755; M. LEISTNER, “Reformbedarf im materiellen Urheber-

sobre piratería sin alojamiento de contenidos (*Pirate Bay*), o de productos de *hardware* con *software* preinstalado que conducían a plataformas de piratería.

5. No existe certeza sobre si el TJUE, en el procedimiento pendiente sobre *YouTube*⁹, decidirá de la misma manera, ya que en este caso –a diferencia de *Filmspeler* y de *Pirate Bay*– no puede demostrarse un fomento selectivo de los actos de infracción de los derechos de propiedad por parte de terceros¹⁰. El art. 17.1 DCMUD, sin embargo, puede entenderse como una consecuencia de estas decisiones judiciales, siempre que se tenga por suficiente un conocimiento general del proveedor de la plataforma y se presuponga¹¹ la falta de neutralidad¹².

III. Compatibilidad del art. 17 DCMUD con el Derecho primario de la Unión Europea

1. Sistema del art. 17 DCMUD

6. Para verificar la coherencia del art. 17 DCMUD con el Derecho primario europeo¹³, lo primero que debe precisarse es el sistema del ese art. 17 en relación con las obligaciones del proveedor (tal como se define en el art. 2.6 DCMUD: “prestador de servicios para compartir contenidos en línea”)¹⁴:

A) Definición de prestadores de servicios para compartir contenidos en línea

a) Variedad de contenidos de forma organizada

7. El prestador de servicios del art. 2.6 DCMUD debería distinguirse por el hecho de que al menos su “*fin principal o uno de sus fines principales es almacenar y dar al público acceso a una gran cantidad de obras u otras prestaciones protegidas cargadas por sus usuarios, que el servicio organiza y promociona con fines lucrativos*”. Obviamente, no depende del número de usuarios en sí mismos, sino de la “gran cantidad” de obras o prestaciones protegidas¹⁵.

berrecht: Online-Plattformen und Aggregatoren”, *ZUM*, 2016, p. 580 y ss., en especial, p. 583; M. LEISTNER, “Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 8. September 2016 – EUGH C-160/15”, *ZUM*, 2016, p. 980 y ss.; STJUE 8 septiembre 2016, asunto C-160/15, *GS Media BV v Sanoma Media Netherlands*, EU:C:2016:644, *GRUR* 2016, p. 1152 y ss., con comentarios de OHLY, quien en p.1155 habla de un “sustituto del legislador”.

⁹ Vid. los procedimientos en curso sobre el asunto C-682/18, *YouTube* (cuestiones prejudiciales planteadas por el *Bundesgerichtshof* (Alemania) el 6 de noviembre de 2018) y asunto C-683/18 *Elsevier* (cuestiones planteadas por el BGH en la misma fecha); sobre el auto de remisión del BGH de 13 septiembre 2018, I ZR 140/15, *CR* 2019, p. 100 y ss.

¹⁰ Al remitir la cuestión el Tribunal Federal alemán tampoco considera que exista una acción ilegal individual por parte de plataformas como *YouTube* debido a la falta de conocimiento y a la automatización establecidas; Tribunal Federal alemán, *CR* 2019, p. 100 para 30 ss. con comentarios de OHLY; en contra, M. STIEPER, “Die Richtlinie über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt”, *ZUM*, 2019, p. 211 y ss., en particular, p. 216 y ss.

¹¹ Hasta ahora, F. HOFMANN, “Fünfzehn Thesen zur Plattformhaftung nach Art. 17 DSM-RL”, *GRUR*, 2019, p. 1219 y ss., en especial, p. 1222; considera, de forma excesiva, que la responsabilidad ahora regulada en el art. 17 DCMUD, junto con la “*Störerhaftung*” (incumplimiento de la obligación de vigilancia) ya abocaba antes en la responsabilidad de las plataformas; F. HOFMANN, “Die Plattformverantwortlichkeit nach dem neuen europäischen Urheberrecht – »Much Ado About Nothing«?”, *ZUM*, 2019, p. 617 ss., en especial, p. 623 y ss.; en similar sentido, C. VOLKMANN, „Art. 17 Urh-RL und die Upload-Filter: verschärfte Störerhaftung oder das Ende der Freiheit im Internet?“, *CR*, 2019, p. 376 y ss., p. 377 para 8.

¹² El TJUE ha subrayado específicamente este requisito en relación con el art. 14 de la Directiva de comercio electrónico en la STJUE 12 julio 2011, asunto C-324/09, *L’Oreal*, EU:C:2011:474, paras 113 ss.; STJUE 23 marzo 2010, asunto C-236/08, *Google France SARL v Louis Vuitton Malletier SA*, *CR* 2010, 318 paras 114 ss.; en detalle con más referencias, SPINDLER en SPINDLER/SCHMITZ (dirs.), *Telemediengesetz*, cit., § 10 para 16, § 7 paras 8 ss., ante § 7 para 15; también S. OTT, “Das Neutralitätsgebot als Voraussetzung der Haftungsprivilegierung des Host-Providers”, *K&R*, 2012, p. 387 ss.; M. LEISTNER, “Grundlagen und Perspektiven der Haftung für Urheberrechtsverletzungen im Internet”, *ZUM*, 2012, p. 722 y ss., en especial, p. 724 ss.

¹³ El Derecho derivado europeo debe ignorarse en este caso, ya que la DCMUD puede desplazar a otras Directivas o Reglamentos, al ser *lex posterior*.

¹⁴ Para simplificar, la expresión “prestador de servicios para compartir contenidos en línea” se reemplazará en lo que sigue por “prestador de servicios”.

¹⁵ Sin embargo, el considerando 63 también se refiere al público para especificar el art. 2.6 de la Directiva.

8. Además, el contenido *debe estar organizado*; el DCMUD no especifica el significado de este requisito. Probablemente sea suficiente con mantener una función de búsqueda para hallar determinados contenidos, así como la creación de determinadas categorías dentro de las cuales se pueden encontrar los contenidos¹⁶. Por último, el contenido debe ser "promocionado" por el prestador del servicio. Para evitar una formulación ambigua, esta disposición no debe entenderse de manera que el proveedor promueva el contenido concreto (el *contenido generado por el usuario*), sino más bien que el propio prestador del servicio ofrezca publicidad complementaria o asociada como hace *YouTube*¹⁷. Incluso los servicios de noticias que permiten a los usuarios escribir comentarios (los llamados "foros") podrían incluirse en esta definición, ya que la redacción también está protegida por los derechos de autor y, *per se*, en determinadas categorías se comparten con muchos usuarios y a menudo están interconectados con la publicidad.

No obstante, servicios como *Rapidshare*, que no tienen capacidad de búsqueda en sí mismos (por lo tanto, no organizan los contenidos), o que no colocan anuncios específicamente dentro del contenido, no están comprendidos en la DCMUD, lo cual es peculiar a la luz del número de infracciones de la propiedad intelectual que se pueden constatar. Sin embargo, el considerando 62 DCMUD tiene este tipo de servicios en cuenta al mencionar explícitamente *in fine* que "el régimen de exención de responsabilidad establecido en el artículo 13 de la presente Directiva no debe aplicarse a los prestadores de servicios cuyo objetivo principal sea dedicarse a la piratería lesiva de derechos de autor o facilitarla".

b) Delimitación negativa

9. Dado el amplio alcance potencial de la definición anterior, el art. 2.6 DCMUD, en su subpárrafo 2, hace un esfuerzo por escindir ciertos servicios de esa noción general. En este sentido, el criterio general ha de usarse se encuentra en el considerando 62, que deja claro que no quedan incluidos servicios:

"cuya finalidad principal no sea la de permitir que los usuarios carguen y compartan una gran cantidad de contenidos protegidos por derechos de autor con el propósito de obtener beneficios de esa actividad".

En consecuencia, se deben excluir todas las ofertas no comerciales, teniendo presente en particular la *Wikipedia* y las enciclopedias en línea sin fines de lucro, pero también los repositorios científicos. Del mismo modo, se excluyen las plataformas de programas de ordenador de código abierto, incluidas incluso las plataformas comerciales, como los "mercados en línea" (*Online Marketplaces*). En vista de la última excepción, es decisivo que cualquier contenido que no sea contenido generado por el usuario (CGU) se distribuya esencialmente a cambio de una remuneración; porque incluso aquí es fácil pensar en determinadas plataformas para contenidos generados por los usuarios. Los problemas de delimitación se hacen aún más evidentes cuando los prestadores de servicios de comunicaciones electrónicas según vienen definidos en la Directiva 2018/1972¹⁸ están excluidos (servicios OTT, "over the top" o de libre transmisión a través de internet), lo que significa que los grupos de *WhatsApp*, como servicios de comunicaciones interpersonales con número limitado, no van a estar incluidos en la DCMUD¹⁹, incluso aunque puedan cumplir las mismas funciones para compartir contenidos, cuando son lo suficientemente grandes como, por ejemplo, una cuenta de *Facebook*.

10. No debería minusvalorarse para una interpretación teleológica una línea general del considerando 62 que enfatiza que el ámbito de aplicación:

¹⁶ En el mismo sentido, N. PETERS/J. H. SCHMIDT, "Das Ringen um Upload-Filter geht in die 2. Runde", *GRUR Int.*, 2019, p. 1006 y ss., en especial, p. 1006.

¹⁷ De acuerdo, HOFMANN, "Die Plattformverantwortlichkeit...", cit., p. 628.

¹⁸ Directiva (UE) 2018/1972 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, por la que se establece el Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas (versión refundida) (*DOUE* de 17.12.2018, L 321 p. 36 y ss.).

¹⁹ Sobre la cualidad de servicio OTT: SPINDLER, en SPINDLER/SCHMITZ (dirs.), *Telemediengesetz*, cit., § 1 para 26 ss.; A. GRÜNWALD/C. NÜSSLING, "Kommunikation over the Top Regulierung für Skype, WhatsApp oder Gmail?", *MMR*, 2016, p. 91 y ss., en especial, p. 92 y ss.

“debe comprender solamente los servicios en línea que tienen un papel importante en el mercado de contenidos en línea por competir con otros servicios en línea, como los servicios de emisión en continuo de audio y vídeo, por las mismas audiencias”.

Esto podría excluir del ámbito de aplicación muchos servicios que también utilizan contenidos protegidos por la propiedad intelectual, como los portales de citas y búsqueda de pareja con fotografías y textos de sus usuarios²⁰.

c) Servicios de almacenamiento en la nube

11. Por último, pero no por ello menos importante, los "los prestadores de servicios entre empresas y en la nube, que permiten que los usuarios carguen contenido para su propio uso, no son prestadores de servicios para compartir contenidos en línea a los efectos de la presente Directiva". Por muy razonable que esto pueda parecer a primera vista para excluir a *Google Drive*, *Microsoft OneDrive*, *iCloud*, etc., del ámbito de aplicación, un examen más detenido revela que existen dudas considerables, dado que casi todos los servicios en la nube permiten compartir contenidos, incluso la edición simultánea de contenidos. Servicios como *Microsoft OneDrive* están realmente diseñados para compartir contenido. Es difícil ponderar cómo se logrará una delimitación efectiva en este caso; dejando de lado que no bastará que un contrato establezca que los usuarios no están autorizados a compartir contenidos protegidos por derechos de autor con otros. Sin embargo, es probable que los servicios de almacenamiento en la nube no queden incluidos en el marco del art. 17.1, ya que rara vez ofrecen contenido a un gran público (un gran número de personas), de modo que *per se* falta un acto de explotación²¹.

B) Infracción independiente de los derechos de explotación por los prestadores de servicios (art. 17.1 DCMUD)

12. El punto de partida del art. 17 DCMUD es la estipulación de que el prestador de servicios en el sentido del art. 2.6 DCMUD vulnera el derecho de puesta a disposición del público de conformidad con el art. 3.a DCSI-InfoSoc, incluso si se refiere al contenido de terceros que los subieron a la plataforma del proveedor de alojamiento (contenido generado por el usuario). Así pues, la actividad del prestador de servicios no es –como se calificaba antes en la legislación nacional– un acto de mera colaboración o accesorio, sino que debe considerarse como una infracción directa de los derechos del titular de los derechos de propiedad intelectual (“autoría” de la infracción en sentido propio)²². Puede dudarse con toda razón de que el art. 17 sea derivación directa de la jurisprudencia (*GS Media*, *Filmspieler*, etc.)²³, porque no exige intencionalidad en la comisión del ilícito, pero eso, a la postre, es lo que habrá de decidir el TJUE en el caso *Youtube*, pendiente de resolución.

²⁰ Con precisión, HENRICH, <https://www.medienpolitik.net/2019/04/plattformen-werden-verantwortung-uebernehmen/>, (fecha de acceso: 17.4.2019); de la misma opinión, PETERS/SCHMIDT, “Das Ringen um Upload-Filter...”, cit., p. 1008.

²¹ En contra, PETERS/SCHMIDT, “Das Ringen um Upload-Filter...”, cit., p. 1007, pero sin explicar cómo delimitar el público necesario.

²² *Vid.* también F. HOFMANN, “Fünfzehn Thesen zur Plattformhaftung nach Art. 17 DSM-RL”, cit., p. 2019, p. 1219; HOFMANN, “Die Plattformverantwortlichkeit...”, cit., p. 620 y ss.; A. WANDTKE/R. HAUCK, “Art. 17 DSM-Richtlinie – Ein neues Haftungssystem im Urheberrecht”, *ZUM*, 2019, p. 627 y ss., en especial, p. 629; T. PRAVEMANN, “Art. 17 der Richtlinie zum Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt - Eine Analyse der neuen europäischen Haftungsregelung für Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten”, *GRUR*, 2019, p. 783 y ss., en especial, p. 784; VOLKMANN, „Art. 17 Urh-RL und die Upload-Filter...“, cit., p. 378 para 11; GIELEN/TIESSEN, “Die neue Plattformhaftung...”, cit., p. 642, sin embargo con la difícilmente defendible presunción de que entonces ya no se aplicaría la *Störerhaftung* (pues ésta sigue existiendo debido a la responsabilidad basada en omisión).

²³ Puesto en duda por LEISTNER, “Grundlagen und Perspektiven...”, cit., p. 586; a favor, F. HOFMANN, “Kontrolle oder nachlaufender Rechtsschutz – wohin bewegt sich das Urheberrecht? Rechtsdurchsetzung in der EU zwischen Kompensation und Bestrafung”, *GRUR*, 2018, p. 21 y ss., p. 28 y ss.; F. HOFMANN, “Fünfzehn Thesen zur Plattformhaftung nach Art. 17 DSM-RL”, cit., p. 1222; HOFMANN, “Die Plattformverantwortlichkeit...”, cit. pp. 620, 623 y ss.; T. HOLZMÜLLER, “Anmerkungen zur urheberrechtlichen Verantwortlichkeit strukturierter Content-Plattformen”, *ZUM*, 2017, p. 301 y ss., p. 302; M. STIEPER, “Ausschließlichkeitsrecht oder Vergütungsanspruch: Vergütungsmodelle bei Aufmerksamkeitsplattformen”, *ZUM*, 2017, p. 132 y ss., en especial, p. 137 ss.

13. Según el párrafo segundo del art. 17.1 DCMUD, un prestador de servicios de contenidos en línea, está obligado a obtener permiso de los titulares de los derechos de propiedad intelectual a los que se hace referencia en los arts. 3.1 y 3.2 DCSI-InfoSoc, es decir, autores, artistas intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y películas, así como organismos de radiodifusión. La ampliación de este requisito del consentimiento a otros derechos (derechos afines o conexos) protegidos por la legislación nacional, como la protección de las meras fotografías por el párrafo 72 de la Ley alemana de propiedad intelectual, no se exige por la Directiva y no parece necesario habida cuenta de la complejidad de la norma. Esto es particularmente importante para plataformas como *Instagram*.

C) Obligaciones del prestador de alojamiento

14. El art. 17 DCMUD en esencia establece dos obligaciones de los prestadores de servicios cubiertos por el sentido de la definición del art. 2.6 DCMUD:

- Fundamentalmente la obligación de obtener licencias (art. 17.1 y art. 17.4.a DCMUD).
- Si esto falla, la obligación secundaria de impedir la divulgación de contenidos de terceros que infringan la propiedad intelectual, sin ulterior aclaración de las medidas necesarias para este fin (art. 17.4.b DCMUD).

Además, el art. 17.4.c DCMUD exige que el contenido que infrinja derechos de propiedad intelectual de terceros, que haya sido cargado en la plataforma y notificado al prestador de servicios sea eliminado por este último, tanto bloqueando el acceso, como restringiendo que en el futuro pueda ser vuelto a cargar en la plataforma (notificación y bloqueo permanente, *notice-and-stay-down*)²⁴.

a) Obligación de revisar las licencias necesarias (art. 17.1 y 17.4.a DCMUD)

15. En otras palabras, como primer paso, el prestador de servicios debe verificar si el contenido de su plataforma requiere una licencia; en este caso, debe obtener las licencias necesarias. La obligación del prestador de servicios de obtener licencias (art. 17.1 y 17.4 a) –ya que se le considera generalmente como un posible infractor del derecho de acceso público– lleva inicialmente a una investigación proactiva general de los prestadores de servicios en relación con sus plataformas, ya que, en caso contrario, estarán sujetos a lo dispuesto en el art. 17.4 DCMUD (esto es, serán responsables de la infracción de la propiedad intelectual ajena).

16. En este marco hay que distinguir dos sub-obligaciones: la obligación de comprobar cualquier contenido que pudiera necesitar de licencias (responsabilidad por infracción de propiedad intelectual) y la obligación de cuidar de este (!) contenido determinado mediante la obtención de los derechos oportunos (deber de obtener licencia). Para la obligación de comprobar el contenido, es decisivo fijar si el prestador de servicios tiene que hacerlo por iniciativa propia (de forma proactiva) o únicamente sobre la base de la información facilitada por el titular del derecho. El considerando 66 parece indicar que esto se refiere de forma habitual a la información proporcionada por el titular de los derechos y a la cooperación con los prestadores de servicios. Sin embargo, el considerando 66 se refiere obviamente al artículo. 17.4.b) DCMUD, que establece de manera explícita que los titulares de los derechos deben facilitar la información pertinente. En cuanto a la obligación de determinar en primer lugar si existen contenidos sujetos a licencia, el art. 17.4.b DCMUD no parece ser pertinente, ya que el art. 17.4 DCMUD prevé una responsabilidad por etapas: solo si y cuando se hayan acometido todos los esfuerzos para obtener las licencias –lo que necesariamente implica que se comprobó previamente si el contenido sometido a licencia existía realmente– el art. 17.4.b DCMUD entra en juego. Dicho de otra forma: el art. 17.4.b

²⁴ En detalle, G. SPINDLER, “Die neue Urheberrechtsrichtlinie der EU, insbesondere ‚Upload Filter‘ - Bittersweet?”, *CR*, 2019, p. 277 y ss., en especial, p. 288; HOFMANN, “Die Plattformverantwortlichkeit...”, cit., p. 621 ss.; también GIELEN/TIENEN, “Die neue Plattformhaftung...”, cit., p. 646.

DCMUD no es el único que determina las obligaciones del prestador de servicios. Después tendremos que volver a esta importante distinción y al sistema establecido.

17. Para obtener las licencias o permisos (art. 17.4.a DCMUD), el prestador de servicios tiene que hacer un gran esfuerzo, ya sea con las entidades de gestión colectiva o con los titulares de derechos individuales, en el sentido de ponerse en contacto con ellos y tener una voluntad seria de negociar. No importa si el titular del derecho desea conceder los derechos a cambio de una remuneración razonable: no hay obligación de contratar por parte del titular de los derechos de propiedad intelectual²⁵ ni por parte del prestador de servicios²⁶, dejando de lado las consideraciones de defensa de la competencia y antimonopolísticas. A la luz de la DCMUD, resulta muy dudoso si un Estado miembro puede prever la obligación de contratar al transponer el art. 17²⁷.

18. Sin embargo, el prestador de servicios no tiene que realizar una investigación excesiva para identificar al titular de los derechos, por ejemplo en el caso de las obras huérfanas, ya que en este caso se aplica el principio de proporcionalidad de acuerdo con el art. 17.5 DCMUD. Aquellos titulares de obras protegidas por las reglas de propiedad intelectual que no actúan de manera profesional plantean problemas específicos, desde los fotógrafos aficionados a los video-aficionados, pasando por los autores no profesionales. En estos casos, faltarán las ofertas de licencia correspondientes; además, a menudo será difícil para el prestador de servicios determinar quién es el titular de los derechos. Por lo tanto, también aquí el prestador de servicios no debe ser objeto de obligaciones excesivas. Más allá de la concesión de licencias colectivas de acuerdo con el art. 12 DCMUD²⁸, debería ser suficiente que a los autores no profesionales se les ofrezca una "remuneración", haciéndoles partícipes de los ingresos publicitarios²⁹. Los prestadores de servicios ya no pueden basarse exclusivamente en el presunto (o tácito) consentimiento del titular de los derechos, tal como se ha sostenido en el pasado por el Tribunal Federal Alemán para justificar la búsqueda de imágenes en *Google*³⁰; este concepto ya no es válido desde la decisión del TJUE en el asunto *Renckhoff*³¹.

El prestador de servicios está obligado a presentar pruebas de su disposición a negociar y de su búsqueda de titulares de derechos, lo que requiere la documentación adecuada. En el mejor de los casos, las licencias deberían poder consultarse automáticamente, pero la DCMUD no prevé ningún procedimiento específico al respecto³².

19. En este contexto, el principio de proporcionalidad del art. 17.5 DCMUD se invoca para relativizar el art. 17.1 DCMUD, en relación con las obligaciones del prestador de servicios en el sentido de una diligencia debida moderada, de modo que no se requiere una aclaración completa *ex ante* de los derechos, ya que los prestadores de servicios, a diferencia de los titulares tradicionales de los derechos (prensa, medios de comunicación) no tienen un control completo sobre el contenido³³. Por mucho que sea exigible esa diligencia *ex ante* para la adquisición de derechos (es decir, que se requiere probar el esfuerzo por obtener licencias), ese planteamiento hace caso omiso del hecho de que los requisitos para obtener

²⁵ El final del considerando 61 DCMUD se menciona específicamente que los titulares no están obligados a conceder licencias.

²⁶ A este respecto, el considerando 64 DCMUD sólo se refiere al hecho de que los prestadores de servicios "deben obtener una autorización" de los titulares "también mediante un acuerdo de licencia"; sobre ello, HOFMANN, "Die Plattformverantwortlichkeit...", cit., p. 620; así, *contra legem*, WANDTKE/HAUCK, "Art. 17 DSM-Richtlinie...", cit., p. 630, que sostienen una obligación de celebrar esos acuerdos debido a los "esfuerzos" mencionados en el art. 17.4.a DCMUD.

²⁷ Similarmente, F. HOFMANN, "Fünfzehn Thesen zur Plattformhaftung nach Art. 17 DSM-RL", cit., p. 1223.

²⁸ T. DREIER, "Die Schlacht ist geschlagen – ein Überblick", *GRUR*, 2019, p. 771 y ss., en especial, p. 777 y ss. se centra en esencia en esto, pero también reconoce las limitaciones de este enfoque.

²⁹ Precisamente, F. HOFMANN, "Fünfzehn Thesen zur Plattformhaftung nach Art. 17 DSM-RL", cit., p. 1226.

³⁰ Tribunal Federal alemán, *GRUR* 2010, p. 628; crítico con esto, G. SPINDLER, "Bildersuchmaschinen, Schranken und konkludente Einwilligung im Urheberrecht Besprechung der BGH-Entscheidung „Vorschaubilder“, *GRUR*, 2010, p. 785.

³¹ STJUE 7 agosto 2018, asunto C-161/17, *Renckhoff (Cordoba)*, EU:C:2018:634, *GRUR* 2018, p. 911.

³² Sin embargo, el art. 17.10 meramente habilita el ulterior desarrollo mediante futuras orientaciones para la aplicación del art. 17.4, a cargo de la Comisión, en diálogo con las varias partes implicadas.

³³ *Vid.* F. HOFMANN, "Fünfzehn Thesen zur Plattformhaftung nach Art. 17 DSM-RL", cit., p. 1224.

cualquier derecho significa, en primer lugar, comprobar el contenido de cualquier infracción de la propiedad intelectual. Sin controlar el contenido completo, no puede aclararse si es necesario obtener licencias o en qué cantidad proceden. La DCMUD no pretende que se realice una simple comprobación aleatoria.

El mismo argumento también se aplica a una supuesta restricción de la obligación prevista en el art. 17.1 DCMUD a una inspección sólo basada en una notificación previa por parte de los titulares de los derechos³⁴. Esto entra en clara contradicción con el sistema articulado en los arts. 17.1 y 17.4.a/b DCMUD³⁵.

b) Deberes y limitación de responsabilidad según el art. 17.4.b DCMUD

20. En un segundo paso, esta responsabilidad está limitada por el art. 17.4 DCMUD; los deberes del párrafo 4 (a-c) deberán separarse de los contemplados en el art. 17.1 DCMUD. Según el art. 17.4.b DCMUD, el prestador de servicios tiene que demostrar que ha hecho todo lo posible para obtener una licencia. Sólo si estos esfuerzos han fracasado, el proveedor de servicios podrá recurrir al art. 17.4.b DCMUD, que sin duda también puede interpretarse como una especie de privilegio de exención de responsabilidad. Después (!) de todos los esfuerzos infructuosos para obtener una licencia, el prestador de servicios debe controlar y verificar que no existe ningún contenido en su plataforma que infrinja los derechos de los titulares de los derechos, pero sólo si los titulares de los derechos han facilitado la información necesaria (letra b) del apartado 4 del art. 17 DCMUD). Sin el art. 17.4.b DCMUD, el proveedor sería el principal responsable si no hubiera obtenido una licencia para todo contenido relevante. Sin embargo, el art. 17.4.b DCMUD limita esta responsabilidad, ya que los esfuerzos que deben emprenderse se refieren únicamente a la información proporcionada por el titular del derecho. El considerando 66 DCMUD, en su apartado 5, muestra que los titulares de los derechos deben facilitar activamente esta información³⁶. A la contra, esto significa: si el prestador de servicios no dispone de ninguna información del titular de los derechos, no está obligado a hacer ningún esfuerzo de conformidad con art. 17.4.b DCMUD.

21. En este caso, la obligación real de investigar según el art. 17.1 DCMUD se relativiza de cara a la responsabilidad posterior. En consecuencia, el art. 17.4.b DCMUD puede calificarse como una extensión de la obligación de notificación y bloqueo (*notice-and-stay-down*) o de los procedimientos de notificación y retirada (*notice-and-take-down*) en consonancia con el art. 14 DCE, más o menos como una suerte de protección preventiva³⁷. El art. 17.4.b DCMUD se correspondería con una especie de notificación temprana sobre todo el contenido relevante³⁸, mientras que el art. 14 DCE exige que se notifique al proveedor de un específico contenido incriminado, de modo que el proveedor pueda identificarlo en su plataforma.

Por lo tanto, es inexacto ubicar los “filtros de carga” en el art. 17.4.b DCMUD, como obligación independiente (!) de la información de los titulares de derechos. Ya que la obligación del art. 17.4.b DCMUD depende de esta información de los titulares de los derechos y no hace referencia en general a todo el contenido de la plataforma, el art. 17.4.b DCMUD no puede calificarse como una obligación de comprobar todo el contenido (lo cual sería un “filtro de carga”). Sin embargo, debe señalarse claramente que esta restricción del art. 17.4.b DCMUD no (!) se aplica en absoluto a la obligación anterior del art. 17.1 y 17.4.a DCMUD de obtener licencias; esta obligación es claramente independiente de cualquier información previa de los titulares de los derechos.

22. La Directiva no hace referencia a procedimientos automáticos, sino que se limita a señalar en el art. 17.4.b DCMUD que el proveedor de servicios haya hecho, “de acuerdo con normas sectoriales estrictas de diligencia profesional, los mayores esfuerzos por garantizar la indisponibilidad” del contenido generado por el usuario correspondiente. Por el contrario, la exigencia explícita del art. 17.9 DCMUD,

³⁴ Sigue manteniendo esta opinión VOLKMANN, „Art. 17 Urh-RL und die Upload-Filter...“, cit., p. 378 para 24 ss.

³⁵ *Vid. infra* III.3.A.b).

³⁶ Están conformes con ello PETERS/SCHMIDT, “Das Ringen um Upload-Filter...“, cit., p.1009.

³⁷ PRAVEMANN, “Art. 17 der Richtlinie...”, cit., p. 786 correctamente habla de procedimientos de “notificación e impedimento” (“*Notice-and-prevent*”); *vid.* WANDTKE/HAUCK, “Art. 17 DSM-Richtlinie...”, cit., p. 634.

³⁸ *Vid.* también F. HOFMANN, “Fünfzehn Thesen zur Plattformhaftung nach Art. 17 DSM-RL”, cit. p., 1225 y ss.

según la cual las quejas de los usuarios deben ser examinadas por personas, permite concluir que en todos los demás casos se permite el uso de un filtro de carga automatizado, en particular en lo que se refiere a las posibles medidas de conformidad con el art. 17.4.b DCMUD. La Directiva no especifica con mayor detalle cómo se determinarán los altos estándares sectoriales ni quiénes participan en cada proceso.

23. Tampoco explicita la Directiva de qué forma debe proporcionarse la información; sin duda, una información legible electrónicamente de forma automática tendría más sentido, pero el prestador de servicios no puede exigirla. Si la información es correcta, no parece necesario que el proveedor de servicios la examine, de modo que cualquier pretendido derecho de autor podría ser suficiente; las contra-reclamaciones realizadas por las personas afectadas no están previstas por la Directiva³⁹.

c) Notificación y bloqueo

24. Adicionalmente, el art. 17.4.c DCMUD establece el procedimiento de notificación y retirada, ya conocido de la Directiva sobre comercio electrónico, pero añadiendo explícitamente la obligación de impedir que se vuelva a cargar el contenido (*stay-down*) que infrinja los derechos de propiedad intelectual de acuerdo con los estándares del art. 17.4.b DCMUD, siguiendo así de nuevo las "*normas sectoriales estrictas de diligencia profesional*". Sin embargo, la obligación sólo se desencadena después de "*recibir una notificación suficientemente motivada de los titulares de derechos*", por lo que, al parecer, no se desencadena en caso de información facilitada por un tercero (a diferencia de lo que ocurre en el art. 14 DCE)⁴⁰, ni tampoco en el caso de información general. Las obligaciones se desencadenan independientemente de que el prestador de servicios haya cumplido las obligaciones que le prescribe el art. 17.4.a/b y el considerando 66, apartado 6 DCMUD.

25. Desde una perspectiva alemana, la obligación de mantener el contenido "retirado" se asemeja mucho a la llamada "teoría del núcleo" ("*Kerntheorie*")⁴¹, que exige que también se eliminen y bloqueen de forma permanente los contenidos esencialmente idénticos (*stay down*)⁴². El mismo enfoque se aplicó más o menos ya en el caso del art. 14 de la Directiva de comercio electrónico⁴³, aunque restringido a los controles automáticos. La decisión del TJUE sobre los derechos subjetivos en el asunto *Glawischnig-Piesczek* apunta ahora en la misma dirección⁴⁴. Dado que el prestador de servicios está obligado a impedir la carga de contenidos similares o "sinónimos", la obligación derivada del procedimiento de "notificación y bloqueo" es similar a la del procedimiento preventivo del 17.4.c DCMUD, con la única diferencia de que para el art. 17.4.c DCMUD es necesario un mensaje específico que haga referencia a un contenido ya almacenado.

³⁹ Hasta ahora, estos casos de "notificaciones" e informaciones abusivas han sido escasamente abordados, a diferencia de las advertencias de protección injustificadas; ver recientemente: Tribunal Federal alemán, *GRUR* 2016, p. 630, paras 15 ss.; para mayor detalle, *vid.* G. SPINDLER en B. GSELL/*et al.* (dirs.) *Beck'scher Online Großkommentar*, CH Beck, München, 2019, § 823 paras 220 ss. con más referencias.

⁴⁰ Sobre este asunto, *vid.* Recomendación (UE) 2018/334 de la Comisión Europea, de 1 de marzo de 2018, sobre medidas para combatir eficazmente los contenidos ilícitos en línea (C/2018/1177), *DOUE*, L 63 de 6.3.2018, pp. 50-61, cap. I n° 4 (f), cap. II n° 5-8, que identifica a cualquier persona física o jurídica como un suministrador de notificaciones.

⁴¹ Sobre la "teoría del núcleo", por ejemplo, Tribunal Federal alemán, *GRUR*, 2014, p. 706 con más detalles; Tribunal Federal alemán, *GRUR*, 2013, p. 370 paras 29 ss.; Tribunal Federal alemán, *GRUR*, 2011, p. 1038 para 39; SPECHT en DREIER/SCHULZE (dirs.), *Urhebergesetz*, 6ª ed., CH Beck, Munich, 2018, § 97 paras 59, 67; sobre la aplicación de la teoría del núcleo a la denuncia de imágenes, véase recientemente sentencia del Tribunal Superior de Frankfurt oM, *ZUM* 2019, pp. 71-72; Tribunal Federal alemán, *ZUM-RD*, 2009, p. 499 para 7 con más referencias.

⁴² *Vid.*, por ejemplo, D. HOLZNAGEL, "Schadensersatzhaftung gefahrgeneigter Hostprovider wegen nicht verhinderter "gleichartiger" Inhalte", *CR*, 2017, p. 463 ss.

⁴³ *Vid.* SPINDLER, en SPINDLER/SCHMITZ (dirs.), *Telemediengesetz*, cit., § 7 paras 51 ss. con ulteriores referencias; HOLZNAGEL/HÖFINGER en HOEREN/SIEBER (dirs.), *Multimediarrecht*, 44 ed., CH Beck, München, 2017, part 18.1 paras 56 ss.; PAAL, § 7 *TMG* n° 65 en GERSDORF/PAAL (dirs.), *BeckOK Informations- und Medienrecht*, 23ª ed., CH Beck, München, 2019.

⁴⁴ STJUE 3 octubre 2019, asunto C-18/18, *Glawischnig-Piesczek*, EU:C:2019:821; sobre este asunto, G. SPINDLER, "Weltweite Löschungspflichten bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen im Internet", *NJW*, 2019, p. 3274.

d) Principio de proporcionalidad

26. Respecto a los esfuerzos requeridos por el art. 17.4.a y 17.4.c DCMUD, sin embargo, también se aplica el principio de proporcionalidad inserto en el art. 17.5 DCMUD. Así,

“Al determinar si el prestador del servicio ha cumplido con sus obligaciones en virtud del apartado 4 y a la luz del principio de proporcionalidad, deben tenerse en cuenta, entre otros, los siguientes elementos:

- a) el tipo, la audiencia y la magnitud del servicio, así como el tipo de obras u otras prestaciones cargadas por los usuarios del servicio, y*
- b) la disponibilidad de medios adecuados y eficaces y su coste para los prestadores de servicios”.*

27. Según la percepción de algunos autores⁴⁵, las pequeñas empresas y las de nueva creación no deberían estar sujetas a las mismas normas que las grandes empresas, e incluso quizás no deberían estar sujetas a las obligaciones del art. 17.4.b DCMUD –a menos que otros criterios contrarresten esto, tales como el tipo de obras cargadas–. Sin embargo, esta idea a duras penas puede conciliarse con el art. 17.6 DCMUD, pues la excepción para las empresas de nueva creación (*starts-ups*)⁴⁶, fue muy controvertida entre los Estados miembros durante el proceso de elaboración de la norma y fue finalmente incluida entre las excepciones, pero sin ampliarlo a cualesquiera PYMES. El art. 17.6 DCMUD no puede sortearse simplemente aplicando el principio de proporcionalidad a las pequeñas empresas.

28. Sin embargo, la relación entre los párrafos 4 y 5 del art. 17 DCMUD tampoco es del todo clara: dado que en el Derecho civil (y por lo tanto también en el derecho de propiedad intelectual –prescindiendo del Derecho penal de propiedad intelectual–) los estándares objetivos de comportamiento son relevantes⁴⁷, queda abierta la cuestión de cuál es el papel que desempeñará el art. 17.5 DCMUD. No se trata de instaurar una "acusación individual", ya que esto diluiría los requisitos de diligencia debida. Por otro lado, el art. 17.5 DCMUD no afirma explícitamente que estos criterios deban tenerse en cuenta a la hora de determinar los estándares, sino "solo" en lo que respecta a la cuestión de si el prestador de servicios cumplió los requisitos, por lo tanto, de forma más individual. O bien se devalúan los altos estándares al uso, en favor de una evaluación caso por caso, o bien existe una especie de análisis en dos etapas, que –como ya se ha dicho– no se corresponde con la dogmática tradicional del Derecho civil. El considerando 66, párrafo 2, DCMUD incluso afirma que "no cabe descartar por ello que en algunos casos solamente pueda evitarse la disponibilidad de contenidos no autorizados previa notificación de los titulares de derechos"; dicho en otros términos, no existe tecnología idónea para cumplir esos criterios.

29. Por último, a diferencia de lo que ocurre en el art. 17.4 DCMUD, no queda claro quién soporta la carga de la prueba en relación con los hechos relevantes: se evita una afirmación general, pues el art. 17.5 DCMUD lo mismo puede ser *agravante* o *atenuante*. En función de esto, la carga de la prueba correspondiente debe asignarse a la parte interesada.

D) Limitaciones a favor de los usuarios

30. Respecto a las limitaciones a favor de los usuarios, el art. 17.7 DCMUD estipula que los usuarios deben poder invocar en cualquier momento a su favor los límites a los derechos de autor en materia de cita, crítica y reseña (artículo 17.7.a DCMUD), así como el uso con fines de caricatura, paro-

⁴⁵ *Vid.*, v. gr., GIELEN/TIessen, "Die neue Plattformhaftung...", cit., p. 643 f.; similarmente, F. HOFMANN, "Fünfzehn Thesen zur Plattformhaftung nach Art. 17 DSM-RL", cit., p. 1227.

⁴⁶ Sobre esto, *vid. infra* IV.3.B.a).

⁴⁷ *Vid.*, por ejemplo, LORENZ, § 276 paras 5, 20 ss. en BAMBERGER/ET AL. (dirs.), *Beck'scher Online Kommentar*, 52ª ed., CH Beck, München, 2019, con más referencias; SCHAUB § 276, paras 72 ss. en GSELL/ET AL., *Beck'scher Online Großkommentar*, CH Beck, München, 2019; *vid.* también G. SPINDLER en SPINDLER/SCHUSTER (dirs.), *Recht der elektronischen Medien*, 4ª ed., CH Beck, München, 2019, § 97 para 19; SPECHT en DREIER/SCHULZE (dirs.), *Urhebergesetz*, cit., § 97 para 58.

dia y pastiche (art. 17.7.b). Los derechos de los usuarios deben estar garantizados por un mecanismo de reclamación y recurso (art. 17.9 DCMUD). En el marco del mecanismo de reclamación es importante que el art. 17.9 DCMUD prevea que:

“Las reclamaciones presentadas con arreglo al mecanismo establecido en el párrafo primero se tramitarán sin dilación indebida y las decisiones de inhabilitar el acceso a los contenidos cargados o de retirarlos estarán sujetas a examen por parte de personas”.

De este modo, la Directiva intenta lograr un equilibrio entre la protección (automatizada) de los derechos de propiedad intelectual, por una parte, y la garantía de los límites y la libertad de expresión, por otra, especialmente en relación con la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (considerando 70 DCMUD). Por lo tanto, las medidas no tienen por objeto impedir que las obras libres de derechos de autor o sujetas a restricciones estén disponibles.

31. Desafortunadamente, otros límites, como el de ilustración educativa o científica del art. 5.3.a DCSI-InfoSoc no se mencionan, por lo que no están amparados, lo cual es difícil de entender, ya que el art. 17 DCMUD se refiere sólo a obras protegidas por derechos de autor, por lo que todos los límites del art. 5 DCSI-InfoSoc deben aplicarse (en la medida en que hayan sido transpuestos por los Estados miembros), y no sólo los mencionados en el art. 17.7 DCMUD, aunque esos sean los más importantes. Si estos límites son aplicables, el contenido ya no está sujeto a la infracción de los derechos de propiedad intelectual, por lo que todas las obligaciones del art. 17 tampoco serían de aplicación. Sin embargo, el usuario no puede referirse a ellas y hacerlas cumplir desde el momento en que los arts. 17.7 y 17.9 DCMUD enumeran sólo los límites mencionados.

E) Prohibición de obligaciones generales de supervisión y su relación con la Directiva de comercio electrónico

32. El art. 17.8 DCMUD explica de nuevo:

“La aplicación del presente artículo no dará lugar a ninguna obligación general de supervisión”.

En el mismo sentido, el art. 17.3 DCMUD establece la relación con los puertos seguros de responsabilidad del art. 14 DCE:

“3. Cuando los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea sean responsables de actos de comunicación al público o de puesta a disposición del público en las condiciones establecidas en la presente Directiva, la limitación de responsabilidad prevista en el artículo 14, apartado 1, de la Directiva 2000/31/CE no se aplicará a las situaciones contempladas por el presente artículo.

El párrafo primero del presente apartado no afectará a la posible aplicación del artículo 14, apartado 1, de la Directiva 2000/31/CE a esos prestadores de servicios con respecto a fines ajenos al ámbito de aplicación de la presente Directiva.”

Más adelante se verificará⁴⁸ si esta exclusión de obligaciones generales de supervisión es suficiente desde el punto de vista del Derecho europeo, de manera que se cumplan los requisitos constitucionales exigidos por el TJUE.

F) Influencia del diálogo entre las partes interesadas y orientaciones de la Comisión Europea sobre el art. 17 DCMUD

33. Por último, el art. 17.10 DCMUD estipula que la Comisión debe establecer un diálogo con las partes interesadas –titulares de los derechos, representantes de los prestadores de servicios, pero

⁴⁸ Vid. *infra* III.3.

también asociaciones de usuarios— para que la Comisión pueda elaborar orientaciones para el diseño del procedimiento previsto en el art. 17.4 DCMUD, de cara a su ulterior interpretación. Al hacerlo, *expressis verbis* se tendrán en cuenta los derechos fundamentales de los afectados.

2. Derechos fundamentales afectados

34. Los derechos fundamentales afectados en esta relación multilateral (usuario – prestador de servicios – titulares de derechos – terceros usuarios [usuarios que acceden a los contenidos]) resultan evidentes a partir de la estructura ya descrita del art. 17 DCMUD⁴⁹:

35. En primer lugar, los prestadores de servicios se ven directamente afectados en sus derechos fundamentales relativos a la libertad de ejercer una profesión y prestar servicios en cualquier Estado miembro, así como a la libertad de ejercer una actividad empresarial (arts. 15 y 16 CDFUE) y el respeto a su derecho a la propiedad (art. 17 CDFUE),⁵⁰ porque las obligaciones que se les imponen generan los costes correspondientes y suponen una carga para sus modelos de negocio. No es casual que el legislador de la UE haya introducido las correspondientes excepciones para las empresas de nueva creación (art. 17.6 DCMUD), así como unos parámetros de medida proporcionales en el art. 17.5 DCMUD referidos al funcionamiento y dimensión específicos de cada plataforma.

36. Además, por supuesto, los derechos de los usuarios que suben contenidos a las plataformas se ven afectados en su derecho fundamental a la libertad de expresión (art. 11 CDFUE). Adicionalmente, estos usuarios también pueden verse afectados en sus derechos de protección de datos (art. 8 CDFUE), ya que el bloqueo de contenidos puede requerir la identificación del usuario correspondiente; lo mismo sucede en el caso en que el prestador de servicios tenga que obtener una licencia que beneficie al usuario en cuestión.

37. Sin embargo, incluso los terceros usuarios que no cargan contenidos ellos mismos, sino que ven o utilizan los contenidos de otros usuarios, se ven afectados en lo que respecta a su libertad de información (art. 11 CDFUE) cuando el contenido de otros usuarios no es de acceso libre. Como ya ha declarado el TJUE en el caso *SABAM/Netlog*⁵¹ y posteriormente (en relación con los proveedores de acceso) en el caso *UPC Telekabel*⁵², los derechos de terceros también se ven afectados por tales medidas.

38. En el “lado opuesto” se encuentran los derechos fundamentales de los titulares de derechos en relación con el derecho a la propiedad (art. 17 CDFUE), pero también está involucrado el art. 7 CDFUE como derecho de la personalidad, en la medida en que afecta a los autores reales (y no sólo a los derechos de los distribuidores).

3. La prohibición de obligaciones generales de supervisión y el art. 17 DCMUD

A) Obligaciones generales de supervisión y la Carta de Derechos Fundamentales de la UE

a) Procedencia de los derechos fundamentales de la UE

39. La STJUE en el asunto *Netlog*⁵³ es de particular importancia y deriva de los mencionados derechos fundamentales: el supuesto versaba sobre la demanda planteada por una entidad belga de

⁴⁹ Similarmente, HOFMANN, “Die Plattformverantwortlichkeit...”, cit., p. 625 ss.

⁵⁰ Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/C 364/01), *DOUE*, C 364, p. 1 ss. de 18.12.2000.

⁵¹ STJUE 18 febrero 2012, asunto C-360/10, *SABAM vs. Netlog*, EU:C:2012:85.

⁵² STJUE 27 marzo 2014, asunto C-314/12, *UPC Telekabel*, EU:C:2014:192.

⁵³ STJUE 18 febrero 2012, asunto C-360/10, *SABAM vs. Netlog*, EU:C:2012:85.

gestión de derechos de autor contra un prestador de servicios (una red social), por la que le exigía que investigase activamente todas las transmisiones de datos o las actividades que tuviesen fines de infracción de la propiedad intelectual.

En este caso, el TJUE expresamente se refiere a los derechos de libertad de expresión e información garantizados por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea como fundamento para rechazar un procedimiento general de supervisión, que era lo demandado por la entidad belga *SABAM* de gestión colectiva de derechos de autor frente a *Netlog* –un prestador de servicios–. Respecto al sistema de filtrado que se solicitaba, el TJUE inicialmente afirmó:

“36. *A este respecto, consta en autos que el establecimiento de dicho sistema de filtrado implica:*

- *que el prestador de servicios de alojamiento de datos identifique, antes de nada, entre la totalidad de los archivos almacenados en sus servidores por todos los usuarios de sus servicios, los archivos que puedan contener obras sobre las que los titulares de derechos de propiedad intelectual tengan supuestamente derechos;*
- *que determine, seguidamente, cuáles de esos archivos se almacenan y ponen a disposición del público de un modo ilícito y*
- *que proceda, en último lugar, a bloquear la puesta a disposición de archivos que considere ilícitos.*

37. *Así pues, esa supervisión preventiva exige una vigilancia activa de los archivos almacenados por los usuarios en los servicios de almacenamiento del prestador de que se trata y que afecta tanto a casi la totalidad de la información almacenada como a los usuarios de los servicios de ese prestador (véase, por analogía, la sentencia *Scarlet Extended*, antes citada, apartado 39).*

38. *Habida cuenta de lo anterior, procede declarar que el requerimiento judicial por el que se ordenara al prestador de servicios de alojamiento de datos afectado establecer el sistema de filtrado controvertido le obligaría a proceder a una supervisión activa de la casi totalidad de datos respecto de todos sus clientes con el fin de evitar cualquier futura lesión de los derechos de propiedad intelectual. De ello se desprende que el citado requerimiento judicial impondría a dicho prestador de servicios de alojamiento de datos una supervisión general prohibida por el artículo 15, apartado 1, de la Directiva 2000/31 (véase, por analogía, la sentencia *Scarlet Extended*, antes citada, apartado 40)”.*

Esas afirmaciones revisten particular interés para solventar la cuestión presente sobre la posible vulneración del Derecho de la Unión Europea por parte del art. 17 DCMUD, pues muestran la cercanía de los deberes examinados en ese momento con los actuales del citado art. 17.

40. Respecto a los derechos fundamentales afectados, el TJUE mantiene, en línea continuista con los principios ya asentados en el caso *Promusicae*, que la protección de los derechos de propiedad intelectual por el art. 17.2 CFDUE no es una garantía incondicional y sin ningún límite; es decir, la ponderación de los derechos fundamentales de otras partes afectadas debe tomarse siempre en consideración⁵⁴. En consecuencia, el TJUE subraya en la sentencia *Netlog*:

“44. *Por lo tanto, en las circunstancias del litigio principal, las autoridades y órganos jurisdiccionales nacionales deben garantizar, en particular, un justo equilibrio entre la protección del derecho de propiedad intelectual que ampara a los titulares de derechos de autor y la protección de la libertad de empresa que ampara a los operadores, como los prestadores de servicios de almacenamiento de datos, en virtud del artículo 16 de la Carta (véase la sentencia *Scarlet Extended*, antes citada, apartado 46)”.*

41. Respecto a los derechos fundamentales de los proveedores de servicios, el TJUE considera que semejante obligación de investigar y supervisar con carácter general o verificar el contenido supondría una violación de derechos fundamentales:

⁵⁴ STJUE 18 febrero 2012, asunto C-360/10, *SABAM vs. Netlog*, EU:C:2012:85, paras 41 ss.; STJUE 29 enero 2008, asunto C-275/06 *Promusicae*, EU:C:2008:54, paras 62-68, esp. para 68; confirmada recientemente en la STJUE 29 julio 2019, asunto C-516/17, *Spiegel Online*, EU:C:2019:625, paras 56 ss.

“46. Por lo tanto, dicho requerimiento judicial implicaría una vulneración sustancial de la libertad de empresa del prestador de servicios, dado que le obligaría a establecer un sistema informático complejo, gravoso, permanente y exclusivamente a sus expensas, que además sería contrario a los requisitos recogidos en el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2004/48, el cual exige que las medidas adoptadas para garantizar el respeto de los derechos de propiedad intelectual no sean inútilmente complejas o gravosas (véase, por analogía, la sentencia *Scarlet Extended*, antes citada, apartado 48).

47. Dadas las circunstancias, procede considerar que el requerimiento judicial por el que se ordenara establecer el sistema de filtrado controvertido no respetaría el requisito de garantizar un justo equilibrio entre, por un lado, la protección del derecho de propiedad intelectual que ampara a los titulares de derechos de autor y, por otro, la protección de la libertad de empresa que ampara a los operadores, como los prestadores de servicios de almacenamiento (véase, por analogía, la sentencia *Scarlet Extended*, antes citada, apartado 49)”.

42. Pero el TJUE no sólo considera que quedarían desproporcionadamente menoscabados los derechos fundamentales del prestador, sino también los de los usuarios:

“48. Además, los efectos de dicho requerimiento judicial no se limitarían a los prestadores de servicios de almacenamiento, ya que el sistema de filtrado controvertido también puede vulnerar los derechos fundamentales de los clientes de ese prestador, a saber, su derecho a la protección de datos de carácter personal y su libertad de recibir o comunicar informaciones, derechos que se encuentran protegidos por los artículos 8 y 11 de la Carta.

49. En efecto, por un lado, el requerimiento judicial por el que se ordenara establecer el sistema de filtrado controvertido implicaría la identificación, el análisis sistemático y el tratamiento de la información relativa a los perfiles creados en la red social por los clientes de ésta, dándose la circunstancia de que las informaciones relativas a esos perfiles son datos protegidos de carácter personal, ya que permiten identificar, en principio, a tales clientes (véase, por analogía, la sentencia *Scarlet Extended*, antes citada, apartado 51).

50. Por otro lado, dicho requerimiento judicial podría vulnerar la libertad de información, dado que se corre el riesgo de que el citado sistema no distinga suficientemente entre contenidos lícitos e ilícitos, por lo que su establecimiento podría dar lugar al bloqueo de comunicaciones de contenido lícito. En efecto, no se discute que el carácter lícito de una transmisión depende igualmente de la aplicación de excepciones legales a los derechos de autor que varían de un Estado miembro a otro. Además, en determinados Estados, ciertas obras pueden pertenecer al dominio público o los autores afectados pueden ponerlas gratuitamente a disposición pública en Internet (véase, por analogía, la sentencia *Scarlet Extended*, antes citada, apartado 52)”.⁵⁵

Esta interpretación de la prohibición de las obligaciones generales de control y supervisión corresponde en gran medida a la distinción entre las obligaciones generales y específicas de supervisión ya establecidas en Estados miembros como Alemania⁵⁶. Lo capital aquí no es tanto la cantidad de inspecciones, cuanto si se realizan por una causa específica o sin una razón previa⁵⁷. La prohibición de las obligaciones generales de control se refiere a las inspecciones que no se inician mediante una notificación específica por el titular del derecho y que se refieren al contenido completo de la oferta (de la

⁵⁵ STJUE 18 febrero 2012, asunto C-360/10, *SABAM vs. Netlog*, EU:C:2012:85.

⁵⁶ Tribunal Superior Regional de Hamburgo, *MMR* 2006, p. 744 y ss., en especial, p. 747; ALTENHEIN, § 7 *TMG* para 6 en JOECKS/MIEBACH (dirs.), *Münchener Kommentar zum StGB*, 3ª ed., CH Beck, München, 2019; HOFFMANN/VOLKMANN § 7 *TMG* paras 33 ss. en SPINDLER/SCHUSTER (dirs.), *Recht der elektronischen Medien*, 4ª ed., CH Beck, München, 2019; HOLZNAGEL/HÖFINGER en HOEREN/SIEBER (dirs.), *Multimediarrecht*, cit., apartado 18.1 paras 54 ss.; LEISTNER, “Grundlagen und Perspektiven...”, cit., 724 con referencia a la ley aplicable desde la sentencia del Tribunal Federal alemán, *MMR*, 2007, p. 634 y ss., p. 637 con comentarios de KÖSTER/JÜRGENS.

⁵⁷ Jurisprudencia consolidada del Tribunal Federal alemán, *MMR*, 2004, p. 668, en especial, p. 671 ss. con comentarios de HOEREN; Tribunal Federal alemán, *MMR*, 2007, p. 507, en especial, p. 511 con comentarios de SPINDLER; Tribunal Federal alemán, *GRUR*, 2008, pp. 702 y 705; Tribunal Federal alemán, *GRUR*, 2011, p. 152 para 48 I, sobre este asunto: G. SPINDLER, “Präzisierungen der Störerhaftung im Internet Besprechung des BGH-Urteils ‘Kinderhochstühle im Internet’”, *GRUR*, 2011, p. 101; Tribunal Federal alemán, *GRUR*, 2011, p. 1038; Tribunal Federal alemán, *GRUR*, 2013, p. 370 con comentarios de HÜHNER; Tribunal Federal alemán, *GRUR*, 2013, p. 1229 para 35; Tribunal Federal alemán, *GRUR*, 2015, p. 485 para 51; Tribunal Federal alemán, *GRUR* 2015, p. 1129 para 37; Tribunal Federal alemán, *GRUR*, 2016, p. 855.

plataforma). Por otra parte, las obligaciones impuestas al prestador por un tribunal o por las autoridades no están incluidas en esa prohibición⁵⁸ y, si están justificadas por un caso específico, requieren, por ejemplo, eliminar una actividad infractora específica. Así pues, las obligaciones concretas de control derivadas de una orden para evitar una infracción *similar* de la norma ("*stay down*" o bloqueo de contenidos similares) no están incluidas la prohibición de las obligaciones de control no solicitadas⁵⁹; y esto ha sido ratificado recientemente por el TJUE en su sentencia sobre el caso *Glawischnig-Piesczek*⁶⁰.

Sin embargo, el art. 15.2 DCE (¡sólo!) permite a las autoridades nacionales obligar a los prestadores a facilitar información sobre supuestas actividades o informaciones ilícitas⁶¹. No obstante, esta excepción no se aplica a reclamaciones de Derecho privado.

43. En el ámbito del Derecho de marcas, el TJUE mantuvo la misma perspectiva en el caso *L'Oreal* contra *eBay*⁶² respecto a los requerimientos judiciales contra el prestador de servicios *eBay* por infracciones similares:

“139. En primer lugar, del artículo 15, apartado 1, de la Directiva 2000/31, interpretado en relación con el artículo 2, apartado 3, de la Directiva 2004/48, se desprende que las medidas que pueden exigirse al prestador del servicio en línea de que se trate no pueden consistir en una supervisión activa del conjunto de datos de cada uno de sus clientes dirigida a evitar cualquier futura lesión de derechos de propiedad intelectual causada a través del sitio web de este prestador. Por otra parte, tal obligación de supervisión general sería incompatible con lo dispuesto en el artículo 3 de la Directiva 2004/48, según el cual, las medidas contempladas por esta Directiva deben ser equitativas y proporcionadas y no deben resultar excesivamente gravosas.

140. En segundo lugar, tal como se deduce del artículo 3 de la Directiva 2004/48, el órgano jurisdiccional que dicte el requerimiento debe velar por que las medidas ordenadas no creen obstáculos al comercio legítimo. Ello implica que, en un asunto como el del litigio principal, referido a posibles lesiones provocadas a marcas en el marco del servicio prestado por el operador de un mercado electrónico, el requerimiento que se dirija a este operador no puede tener por objeto o efecto imponer una prohibición general y permanente de poner a la venta, en este mercado electrónico, productos de estas marcas”.

Aunque el TJUE no entra aquí a valorar explícitamente los derechos fundamentales⁶³, esas razones demuestran una vez más que el prestador de servicios no tiene que comprobar el contenido completo a iniciativa propia y desde el principio para detectar posibles violaciones. En consecuencia, sí se permiten órdenes contra los proveedores de servicios que les obligan a identificar a los participantes en las plataformas (a pesar de la obligada protección de datos), así como a evitar infracciones similares⁶⁴.

44. Además, tribunales constitucionales como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se han referido expresamente a los "efectos disuasorios" ("*chilling effects*")⁶⁵ para la libertad de expresión de

⁵⁸ Considerando 47 de la Directiva 2000/31 sobre comercio electrónico; Proyecto gubernamental § 8 (2) n° 1 TDG, materiales impresos del Parlamento Federal alemán, 14/6098, p. 23; JANDT, § 7 TMG para 44 en ROSSNAGEL (dir.), *Beck'scher Kommentar zum Recht der Telemediendienste*, 1ª ed., CH Beck, München, 2013; PAAL, § 7 TMG n° 65 en GERSDORF/PAAL § 7 TMG, para 52.

⁵⁹ Tribunal Federal alemán, MMR, 2004, p. 668, en especial, p. 671 ss. con comentarios de HOEREN; Tribunal Federal alemán, GRUR, 2011, p. 1038; Tribunal Federal alemán, GRUR, 2013, p. 370 con comentarios de HÜHNER; Tribunal Federal alemán, GRUR 2013, p. 1229 para 44; sobre el ámbito de los requisitos de auditoría, D. HOLZNAGEL, *Notice and Take-Down-Verfahren als Teil der Providerhaftung*, 1ª ed., Mohr Siebeck, Tübingen, 2013, p. 109 y ss.; F. v. SAMSON-HIMMELSTJERNA, *Haftung von Internetauktionshäusern*, 1ª ed., CH Beck, München, 2008, paras 356 ss.

⁶⁰ STJUE 3 octubre 2019, asunto C-18/18, *Glawischnig-Piesczek*, EU:C:2019:821; sobre este asunto, *vid.* G. SPINDLER, "Weltweite Löschungspflichten...", cit., p. 3274.

⁶¹ *Vid.* también considerando 26 de la Directiva de comercio electrónico.

⁶² STJUE 12 julio 2011, asunto C-324/09, *L'Oreal*, EU:C:2011:474.

⁶³ Hasta cierto punto, STJUE 12 julio 2011, asunto C-324/09, *L'Oreal*, EU:C:2011:474, para 143 con remisión a la STJUE en el caso *Promusicae*.

⁶⁴ STJUE 12 julio 2011, asunto C-324/09, *L'Oreal*, EU:C:2011:474, párrafos 142 y ss.

⁶⁵ Sobre los "*chilling effects*" (efectos congelantes, disuasorios o inhibitorios) y su referencia a la expresión por ejemplo en el Tribunal Constitucional Federal alemán, NJW, 2006, p. 207, en especial, 209; *Thoma v Luxembourg* App. N° 38432/97 (STEDH 29 marzo 2001) para 58; *Standard Verlags GmbH v Austria* App. n° 13071/03 (STEDH 2 noviembre 2006) para 49; STJUE 8 abril 2014, asuntos acumulados C-293/12 y C-594/12 *Digital Rights Ireland*, EU:C:2014:238, para 37; sobre el uso expreso

los usuarios debido a un control general de la conducta comunicativa, así como a un "sobrebloqueo" de contenidos legalmente correctos⁶⁶. En relación con la DCMUD, la obligación de filtrar los contenidos y la recanalización de la acción hacia el usuario, que tiene que reclamar sus derechos individualmente contra el prestador de servicios, puede dar lugar a una inactividad de los usuarios, incluso aunque tengan razón, y, adicionalmente, generar en caso de duda un bloqueo de los contenidos por parte de los prestadores de servicios con el fin de evitar sanciones, con los consiguientes efectos "inhibitorios" sobre la libertad de expresión⁶⁷.

b) Aplicación al art. 17 DCMUD

45. Cabe cuestionar si la situación subyacente en la STJUE *Netlog* es comparable a la del art. 17 DCMUD y si, por tanto, este precepto podría ser reo del veredicto de ilegalidad europea en materia de derechos fundamentales. Como se ha expuesto, este no sería el caso del art. 17.4.b DCMUD, ya que las inspecciones que ha de emprender el prestador de servicios se refieren únicamente a la información proporcionada por el titular del derecho; no se establece una supervisión o inspección general de implicaciones iusfundamentales, ya que esta obligación depende explícitamente de la información proporcionada por los titulares de los derechos y, por lo tanto, no se actúa al margen de dicha información, ni tampoco de forma proactiva y preventiva, de modo que los principios de la sentencia *Netlog* no intervendrían⁶⁸.

46. Sin embargo, tomar en consideración aisladamente el art. 17.4.b DCMUD sería –como se ha indicado– demasiado cicatero⁶⁹: principalmente, los arts. 17.1 y 17.4.a DCMUD obligan al proveedor de servicios a inspeccionar todo el contenido para determinar si algún contenido de su plataforma viola los derechos de propiedad intelectual de sus titulares –dado que, como antes se expuso, el art. 17.1. DCMUD extiende al prestador de servicios el derecho de puesta a disposición del público y, por lo tanto, lo convierte en un infractor directo o inmediato–. Por lo tanto, el prestador de servicios debe (tal como se formula en el art. 17.4.a) hacer “los mayores esfuerzos” para obtener las licencias. Sólo si no lo ha hecho (art. 17.4.a: "y"), el art. 17.4.b DCMUD entra en juego. Sin embargo, esto requiere obligatoriamente que el prestador de servicios se asegure de la existencia de los contenidos y de su situación legal⁷⁰; en otro caso, la obligación establecida en los arts. 17.1 y 17.4.a DCMUD de obtener licencias carece de sentido. ¿Qué licencias debería obtener si el proveedor de servicios no sabe qué contenido requiere una licencia? Así que, como primer paso, el prestador de servicios tiene que comprobar y asegurarse por sí mismo acerca de qué contenidos deben ser objeto de licencia. Por lo tanto, debe controlar proactivamente el contenido, sin tener en cuenta la información proporcionada por los titulares de los derechos y sin limitarse a ella. Por lo tanto, los principios establecidos por el TJUE en la sentencia *Netlog* son claramente violados, pues los arts. 17.1 y 17.4.a DCMUD introducen una obligación proactiva de inspeccionar sin restricciones, como las que en cambio sí existen en el art. 17.4.b DCMUD respecto a la información facilitada por los titulares de derechos.

47. Esto también se aplica a los esfuerzos de interpretación que, dada la compleja gestión de la cesión de derechos de propiedad intelectual y la imposibilidad de controlar todo el contenido, se basan en el principio de proporcionalidad y sólo requieren que “se modere la diligencia debida” para el

del término “efectos inhibitorios” en conexión con la *Netzwerkdurchsetzungsgesetz (NetzDG)* por parte del Gobierno Federal alemán, *vid.* también el proyecto de ley sobre la *NetzDG*, p. 24; crítico al respecto, N. GUGGENBERGER, “Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz – schön gedacht, schlecht gemacht”, ZRP, 2017, p. 98, en especial, p. 100.

⁶⁶ *Vid.* también el detallado repaso jurisprudencial sobre el concepto de “efectos inhibitorios” en <https://www.telemedicus.info/article/2765-Chilling-Effects-UEbersicht-ueber-die-Rechtsprechung.html>, con extensas referencias.

⁶⁷ Similarmente, K. KAESLING, “Die EU-Urheberrechtnovelle – der Untergang des Internets?“, JZ, 2019, p. 586 y ss., en especial, 589; GIELEN/TIESSEN, “Die neue Plattformhaftung...“, cit., p. 645, quien alude a „*overblocking*“ en este caso; M. BECKER, “Von der Freiheit, rechtswidrig handeln zu können“, ZUM, 2019, p. 636 y ss., en especial, p. 641.

⁶⁸ También GIELEN/TIESSEN, “Die neue Plattformhaftung...“, cit., p. 644; PETERS/SCHMIDT, “Das Ringen um Upload-Filter...“, cit., p. 1015.

⁶⁹ Sin embargo, desde esta perspectiva, PETERS/SCHMIDT, “Das Ringen um Upload-Filter...“, cit., p. 1015.

⁷⁰ Hasta cierto punto, WANDTKE/HAUCK, “Art. 17 DSM-Richtlinie...“, cit., p. 635 ss.

prestador de servicios⁷¹. Esto puede aplicarse a la obtención de licencias, pero no cambia el hecho de que, en primera instancia, todo el contenido tiene que ser inspeccionado para ver si viola algún derecho de alguna forma y, en caso afirmativo, cuál. Dado que la obligación prevista en los arts. 17.1 y 17.4.a DCMUD –y no en virtud del art. 17.4.b DCMUD– se asemeja a la inspección general solicitada en el caso *Netlog*, tal obligación viola la prohibición de la obligación general de supervisión⁷². En otras palabras, los arts. 17.1 y 17.4.a DCMUD infringen la debida consideración de los derechos fundamentales afectados, tanto de los proveedores como de los usuarios concernidos, frente a los de los titulares de los derechos de propiedad intelectual.

48. En este contexto, como medida cautelar, el término “filtro de carga” es inapropiado en la medida en que no está solo en juego el control durante la carga de los contenidos generados por los usuarios, sino la supervisión general de todo el contenido de la plataforma –debido a la obligación de obtener licencias–.

49. También debe tenerse en cuenta que, de acuerdo con el sistema del art. 17.4 y 17.9 DCMUD –el mecanismo de reclamación– el contenido se inhabilita o bloquea en primer lugar y sólo se libera tras una queja del usuario. Esto crea, sin embargo, los mencionados "efectos disuasorios" para la libertad de expresión, especialmente cuando el contenido se refiere a acontecimientos de actualidad⁷³ para los que el procedimiento de reclamación no sería adecuado, debido a la pérdida de tiempo que conlleva. Esto es más evidente cuando se bloquean las emisiones en directo, porque este procedimiento de reclamación ocasiona que se pierda el rasgo de emisión en vivo y en directo, pues la emisión será desbloqueada sólo cuando ya haya pasado el evento transmitido en *streaming*⁷⁴. Una vez más, resulta muy confuso qué debería significar una "diligencia debida moderada", ya que el prestador de servicios tendría que comprobar el *streaming* en directo de forma casi constante o, al menos, aleatoria para controlar constantemente la legalidad de la transmisión.

50. Por último, hay razones para temer que, incluso con el art. 17.4.b DCMUD, cuando se restrinja la supervisión del contenido suministrado por los titulares de derechos, estas listas de contenidos serán tan exhaustivas que *de facto* se producirá una supervisión general de todos los contenidos⁷⁵.

51. Algunos autores abogan por una interpretación restrictiva del art. 17.4 DCMUD para impedir que se vulneren derechos fundamentales por medio de un deber general de supervisión⁷⁶. En consecuencia, los prestadores de servicios supuestamente deberían actuar solo con base en la correspondiente información y notificación e incluso se supone que deberían obtener a continuación los permisos (!). Esto se justificaría con el considerando 66.5 DCMUD, así como con el art. 17.4.b DCMUD⁷⁷. Sin embargo, esta propuesta deja de lado el sistema de dos capas de los arts. 17.1, 17.4.a y 17.4.b DCMUD; el hecho de que el privilegio de responsabilidad del art. 17.4.b DCMUD dependa de que el proveedor de servicio haya hecho un esfuerzo previo o por adelantado (!!) para obtener licencias, etc., no puede negarse. Coherentemente, el considerando 66.5 DCMUD tampoco hace referencia al art. 17.1 y 17.4.a DCMUD, sino al art. 17.4.b/c DCMUD⁷⁸, lo cual se constata a las claras repasando su tenor literal. La conclusión correcta

⁷¹ Vid. F. HOFMANN, “Fünfzehn Thesen zur Plattformhaftung nach Art. 17 DSM-RL”, cit., p. 1224.

⁷² Dudas similares expresan GIELEN/TIESEN, “Die neue Plattformhaftung...”, cit., p. 644; vid. También M. SENFTLEBEN, “Filterverpflichtungen nach der Reform des europäischen Urheberrechts – Das Ende der freien Netzkultur?”, *ZUM*, 2019, p. 369 y ss., en especial, p. 372.

⁷³ SENFTLEBEN, “Filterverpflichtungen...”, cit., p. 369 y ss., en especial, p. 372 ss.

⁷⁴ Esto ha sido correctamente señalado por H. WEIDEN, “Aktuelle Berichte – April 2019 *GRUR*, 2019, p. 370 y ss., en especial, p. 372 y por GIELEN/TIESEN, “Die neue Plattformhaftung...”, cit., p. 645.

⁷⁵ SENFTLEBEN, “Filterverpflichtungen...”, cit., p. 372, quien concluye que esto supone una violación de los derechos fundamentales de la UE.

⁷⁶ A favor, VOLKMANN, “Art. 17 Urh-RL und die Upload-Filter...”, cit., p. 378 paras 21 ss.

⁷⁷ Expresamente, VOLKMANN, “Art. 17 Urh-RL und die Upload-Filter...”, cit., p. 378 paras 24 ss.; en el mismo sentido, PRAVEMANN, “Art. 17 der Richtlinie...”, cit., p. 787.

⁷⁸ Correctamente PRAVEMANN, “Art. 17 der Richtlinie...”, cit., p. 787, aunque con contradicciones.

a este respecto no es una suerte de reducción de obligaciones basada en los arts. 17.1 y 17.4.a DCMUD, que sería contraria al tenor de la Directiva más que una violación de Derechos fundamentales europeos.

B) Tendencias de signo contrario en la jurisprudencia del TJUE y su trascendencia para el art. 17 DCMUD

52. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que existen tendencias opuestas dentro de la jurisprudencia del TJUE. La STJUE en el asunto *UPC Telekabel*⁷⁹ ha reconocido básicamente que los prestadores de acceso pueden verse obligados a bloquear los sitios web, lo cual también afecta a los derechos fundamentales de los usuarios, prestadores y titulares de derechos. De igual modo, en la reciente sentencia *Glawischnig-Piesczek v. Facebook*⁸⁰, el TJUE ha deslindado lo que son obligaciones concretas de control de lo que son obligaciones generales de supervisión. Veámoslo en detalle.

a) Obligaciones de inhabilitación del prestador de acceso

53. En el caso *UPC Telekabel*, el TJUE subraya de nuevo la afirmación ya hecha en el caso *Netlog* y antes en *Promusicae*, de que se debe buscar un cuidadoso equilibrio entre los derechos fundamentales de los titulares de los derechos por un lado y de los usuarios y prestadores por el otro:

“46. El Tribunal de Justicia ya ha declarado que, cuando diversos derechos fundamentales entren en conflicto, corresponde a los Estados miembros, a la hora de adaptar su ordenamiento jurídico a una Directiva, procurar basarse en una interpretación de ésta que garantice un justo equilibrio entre los derechos fundamentales aplicables, protegidos por el ordenamiento jurídico de la Unión. Posteriormente, al aplicar las medidas de adaptación del ordenamiento jurídico interno a dicha Directiva, corresponde a las autoridades y a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros no sólo interpretar su Derecho nacional de conformidad con aquélla, sino también procurar no basarse en una interpretación de la misma que entre en conflicto con dichos derechos fundamentales o con los demás principios generales del Derecho de la Unión, como el principio de proporcionalidad (véase, en este sentido, la sentencia de 29 de enero de 2008, *Promusicae*, C-275/06, Rec. p. I-271, apartado 68)”.

54. Respecto al derecho a la libertad de empresa, sin embargo, el TJUE considera que no existen restricciones al derecho de los prestadores de seleccionar las medidas y acciones que consideren adecuadas, con la consiguiente potencial exoneración de responsabilidad:

“52. Por una parte, un requerimiento judicial como el que es objeto del procedimiento principal permite a su destinatario definir las medidas concretas que hayan de adoptarse para alcanzar el resultado perseguido, de modo que ese destinatario puede elegir aplicar las medidas que mejor se adapten a los recursos y capacidades de que disponga y que sean compatibles con las demás obligaciones y retos a que deba hacer frente en el ejercicio de su actividad.

53. Por otra parte, tal requerimiento permite a su destinatario eximirse de su responsabilidad demostrando que ha adoptado todas las medidas razonables. Pues bien, esa posibilidad de eximirse de responsabilidad tiene a todas luces como efecto que el destinatario de dicho requerimiento no se vea obligado a hacer sacrificios insostenibles, lo cual parece justificado ante todo teniendo en cuenta que él no es el autor de la vulneración al derecho fundamental de propiedad intelectual que provocó la emisión del requerimiento”.

Esto es ciertamente importante a la vista de las obligaciones antes mencionadas que se derivan del art. 17.1 DCMUD, pues la exoneración de responsabilidad se utiliza aparentemente por el TJUE para descartar una vulneración de los derechos fundamentales.

55. Sin embargo, el TJUE también hace hincapié en la protección de los derechos (básicos) de los usuarios respecto a su libertad de información:

⁷⁹ STJUE 27 marzo 2014, asunto C-314/12, *UPC Telekabel*, EU:C:2014:192.

⁸⁰ STJUE 3 octubre 2019, asunto C-18/18, *Glawischnig-Piesczek*, EU:C:2019:821.

“56. A este respecto, las medidas adoptadas por el proveedor de acceso a Internet deben estar rigurosamente delimitadas, en el sentido de que deben servir para poner fin a la vulneración cometida por un tercero de los derechos de autor o de los derechos afines a los de autor; sin que se vean afectados los usuarios de Internet que recurren a los servicios de dicho proveedor para acceder lícitamente a la información. De lo contrario, la injerencia de ese proveedor en la libertad de información de dichos usuarios no estaría justificada a la luz del objetivo perseguido.

57. Los órganos jurisdiccionales nacionales deben tener la posibilidad de verificar que así sea. Ahora bien, en el supuesto de un requerimiento judicial como el que es objeto del procedimiento principal, procede señalar que si el proveedor de acceso a Internet adopta medidas que le permitan hacer efectiva la prohibición establecida, los órganos jurisdiccionales nacionales no tendrán la posibilidad de efectuar tal control durante la fase de ejecución, por falta de oposición al respecto. Por consiguiente, para que los derechos fundamentales reconocidos por el Derecho de la Unión no se opongan a la emisión de un requerimiento judicial como el que es objeto del procedimiento principal, es preciso que las normas de procedimiento nacionales prevean la posibilidad de que los internautas hagan valer sus derechos ante el juez una vez conocidas las medidas de ejecución adoptadas por el proveedor de acceso a Internet”.

De nuevo, para el art. 17 DCMUD es importante que los usuarios puedan hacer valer sus derechos en forma oportuna y con certeza procesal, ya se enfoque desde el punto de vista de la libertad de información o desde la libertad de expresión (y en este caso, por ejemplo, con derecho de cita, etc., como recoge el art. 17.7 y ss. DCMUD)⁸¹.

56. La obligación de los proveedores de acceso de bloquear los sitios web afecta, por lo tanto, a la libertad de información del art. 11.2 (2) CDFUE⁸², ya que la inhabilitación del acceso a un contenido constituye un obstáculo para informar al internauta. La libertad de información protege el simple uso de la información así como la obtención activa de la misma⁸³, en particular si el acceso a la información es definitivamente denegado⁸⁴. No se puede negar el peligro de que además del bloqueo de contenidos no permitidos también se desactiven contenidos permitidos –debido a que los sistemas de filtrado normalmente tienen errores de funcionamiento–, y por lo tanto se produzca un importante perjuicio en cuanto a la libertad de información de los usuarios (el llamado *overblocking*)⁸⁵. Exactamente en este punto son evidentes los paralelismos con los filtros de contenido de los servidores de los proveedores de servicios.

b) Examen de contenido similar como obligación específica de supervisión

57. Incluso de forma más clara que en la sentencia *UPC Telekabel*, el TJUE en la reciente sentencia *Glawischnig-Piesczek contra Facebook Irlanda*⁸⁶ ha abordado el deslinde de las obligaciones ge-

⁸¹ Más detalles *infra* III.2.

⁸² *Vid.* también el auto de remisión del Tribunal Federal alemán, *GRUR*, 2016, p. 268; A. WILKAT, *Bewertungsportale im Internet*, 1ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2013, p. 78 ss.

⁸³ Tribunal Constitucional Federal alemán, *NJW*, 1970, p. 235 y ss., en especial, p. 237; H. SCHULZE-FIELITZ, Art. 5 Abs. 1, 2 GG para 83 en DREIER, *Grundgesetz Kommentar: GG*, 3ª ed., CH Beck, München, 2013; C. STARCK, Art. 5 Abs. 1, 2 GG para 40 en v. MANGOLDT/KLEIN/STARCK (dirs.), *Grundgesetz Kommentar*, 7ª ed., CH Beck, München, 2018.

⁸⁴ Tribunal Constitucional Federal alemán, *NJW*, 1970, p. 238, en especial, p. 240.

⁸⁵ Sin embargo, aislados “falsos positivos” no deberían llevar a descartar por completo la validez de la medida; en el mismo sentido, LEISTNER, “Grundlagen und Perspektiven...”, cit., p. 732 ss; un número demasiado elevado de “falsos positivos” también puede ser evitado con una comprobación manual de los resultados de los filtros: al respecto, Tribunal Superior Regional de Hamburgo, *MMR*, 2016, p. 269 para 429 con comentarios de FREY; acerca del sobrebloqueo, STJUE 27 marzo 2014, asunto C-314/12, *UPC Telekabel*, EU:C:2014:192, *GRUR*, 2014, p. 468 para 56, con comentarios de MARLY; STJUE 15 septiembre 2016, asunto C-484/14, *McFadden*, EU:C:2016:689, *GRUR*, 2016, p. 1146 para 93 ss.; Tribunal Federal alemán, *GRUR*, 2016, p. 268; G. NOLTE/J. WIMMERS, “Wer stört? Gedanken zur Haftung von Intermediären im Internet – von praktischer Konkordanz, richtigen Anreizen und offenen Fragen”, *GRUR*, 2014, p. 16 y ss., en especial, p. 22; G. SPINDLER, “Zivilrechtliche Sperrverfügungen gegen Access Provider nach dem EuGH-Urteil „UPC Telekabel“, *GRUR*, 2014, p. 826 y ss., en especial, pp. 829 y 834; G. SPINDLER, “Sperrverfügungen gegen Access-Provider – Klarheit aus Karlsruhe?“, *GRUR*, 2016, p. 451 y ss., en especial, pp. 455 y 457; M. LEISTNER/K. GRISSE, “Sperrverfügungen gegen Access-Provider im Rahmen der Störerhaftung (Teil 2)“, *GRUR*, 2015, p. 105 y ss., en especial, p. 108 con más referencias.

⁸⁶ STJUE 3 octubre 2019, asunto C-18/18, *Glawischnig-Piesczek*, EU:C:2019:821; *vid.* también SPINDLER, “Weltweite

nerales de control (prohibidas) frente a las obligaciones específicas de control (permitidas), tal como se enumeran en el considerando 47 de la Directiva sobre el comercio electrónico, con respecto a un contenido idéntico (aquí: difamaciones, etc.). En este contexto, el TJUE considera que el deber del prestador de servicios de suprimir o bloquear los contenidos similares no daría lugar a una obligación de supervisión general, y, en particular, no existiría obligación de realizar búsquedas activas:

“37. En tales circunstancias, a fin de que el prestador de servicios de alojamiento de datos de que se trate evite que se produzcan nuevos perjuicios contra los intereses afectados, es legítimo que el tribunal competente pueda exigirle que bloquee el acceso a los datos almacenados cuyo contenido sea idéntico al que se ha declarado ilícito con anterioridad, o retire esos datos, sea quien fuere el autor de la solicitud de su almacenamiento. Ahora bien, habida cuenta, en particular, de la identidad de los datos controvertidos en cuanto a su contenido, no cabe considerar que una medida cautelar acordada a tal efecto imponga al proveedor de servicios de alojamiento de datos una obligación de supervisar, con carácter general, los datos que almacene, ni una obligación general de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas en el sentido del artículo 15, apartado 1, de la Directiva 2000/31”.

58. Sin embargo, el TJUE también reconoce que dicha obligación por parte del prestador de servicios puede ir acompañada de un control sustantivo del contenido "sinónimo", lo que puede conducir en algunas circunstancias a una obligación de supervisión general cuando cada uno de los contenidos cargados por los usuarios tiene que ser revisado, en particular si el contenido relevante (nuevo) es en gran medida similar o idéntico al contenido infractor. Por lo tanto, el TJUE intenta limitar estas obligaciones:

“45. Habida cuenta de todo lo anterior, es preciso que los datos similares a los que se refiere el apartado 41 de la presente sentencia contengan elementos concretos debidamente identificados por el autor de la medida cautelar, como el nombre de la persona víctima de la infracción constatada anteriormente, las circunstancias en las que se ha comprobado dicha infracción, así como un contenido similar al que se ha declarado ilícito. En cualquier caso, las diferencias en la formulación de ese contenido similar con respecto al contenido declarado ilícito no deben obligar al prestador de servicios de alojamiento de datos de que se trate a realizar una apreciación autónoma del referido contenido.

46. En tales circunstancias, una obligación como la descrita en los apartados 41 y 45 de la presente sentencia, por una parte, parece suficientemente eficaz para garantizar la protección de la persona víctima de los actos difamatorios en la medida en que se extiende también a los datos de contenido similar. Por otra parte, dicha protección no queda garantizada mediante una obligación excesiva impuesta al prestador de servicios de alojamiento de datos, ya que la supervisión y la búsqueda que requiere se limitan a los datos que contienen elementos especificados en la medida cautelar acordada y su contenido difamatorio de naturaleza similar no obliga al prestador de servicios de alojamiento de datos a realizar una apreciación autónoma, al poder este utilizar técnicas e instrumentos de búsqueda automatizados”.

59. En consecuencia, para la asunción de una obligación de vigilancia o supervisión específica (lo cual está permitido) es suficiente que el proveedor pueda utilizar técnicas automatizadas y que se establezcan "detalles específicos" que permitan una verificación simple (probablemente automatizada) de la similitud. En otras palabras, el TJUE considera suficiente el uso de tecnologías automatizadas basadas en "detalles específicos" para que no se asuma todavía una obligación de supervisión activa y general por parte del prestador.

60. Cabe señalar en este contexto que el TJUE no lleva a cabo una ponderación de los derechos fundamentales, a diferencia de lo acaecido en las sentencias anteriores, sino que se atiene a consideraciones abstractas relativas a la prohibición de las obligaciones generales de supervisión del art. 15 DCE. Tampoco se hace ninguna mención a los derechos de oposición de los usuarios afectados.

Löschungspflichten...“, cit., p. 3274.

c) Aplicación al art. 17 DCMUD

61. Si se aplican los argumentos de las referidas sentencias del TJUE al art. 17 DCMUD se constata que el art. 17.4.b DCMUD debería resistir la prueba de la sentencia *Glawischnig-Piesczek*, ya que, por un lado, los titulares de derechos tienen que facilitar la información necesaria a los proveedores de servicios ("detalles específicos") y, por otro lado, el uso de herramientas automatizadas está a disposición de los prestadores.

Sin embargo, esto no altera la obligación prevista en los arts. 17.1 y 17.4.a DCMUD (la obligación de comprobar el contenido para obtener licencias), ya que el proveedor debe comprobar en primer lugar la legalidad del contenido mismo y explícitamente no puede basarse en detalles específicos proporcionados por otros que permitan el uso de herramientas automatizadas.

C) Conclusión

62. En resumen, aunque el TJUE restringió en recientes sentencias estrictas la prohibición de los deberes generales de supervisión, los arts. 17.1 y 17.4.a DCMUD todavía se muestran propensos a vulnerar los derechos constitucionales fundamentales de Carta de Derechos Fundamentales de la UE, ya que incorporan obligaciones de investigación activa por parte del prestador, las cuales no son compatibles con los principios desarrollados por el TJUE en *SABAM / Netlog*, así como en la sentencia *L'Oréal*.

63. Por lo tanto, sólo resta la cuestión de si una interpretación conforme con los principios constitucionales europeos puede ser suficiente para establecer el equilibrio necesario con los derechos fundamentales o para compaginar el deber de supervisión del contenido con la prohibición de las obligaciones generales de supervisión. Así pues, se alega en ocasiones que los efectos del art. 17.5 DCMUD (proporcionalidad) o la prohibición de las obligaciones generales de control del 17.8 DCMUD deben ser tenidos en cuenta al interpretar los arts. 17.1 y 17.4.a DCMUD; por lo tanto, los "esfuerzos" necesarios deberían interpretarse acordemente⁸⁷. Aparte del hecho de que sigue siendo completamente incierto cómo se debería gestionar esto, en relación a cómo se debe interpretar el esfuerzo requerido (¿con arreglo a qué criterios?) tal enfoque ignoraría la clara redacción y el sistema del art. 17 DCMUD. El control general de contenidos establecido en el art. 17.1 DCMUD no se encuentra limitado por una reducción, por ejemplo, a los contenidos evidentemente ilícitos (v. gr., siguiendo el enfoque del art. 14 DCE), ya que el art. 17.1 DCMUD no contiene tal restricción.

4. Derechos fundamentales de protección de datos

64. Además, las pretendidas obligaciones del prestador de servicios contenidas en los arts. 17.1 y 17.4.a/b DCMUD podrían suponer una interferencia con los principios sobre protección de datos del art. 8 CDFUE. El art. 17.9 DCMUD, en su párrafo 3, subraya:

“La presente Directiva no afectará en modo alguno a las utilizaciones lícitas, tales como usos al amparo de excepciones y limitaciones establecidas en el Derecho de la Unión, y no conducirá a identificación alguna de usuarios concretos ni al tratamiento de sus datos personales, salvo si es conforme con la Directiva 95/46/CE, la Directiva 2002/58/CE y el Reglamento (UE) 2016/679”.

⁸⁷ G. WÜRTEMBERGER/S. FREISCHEM, „Stellungnahme des GRUR Fachausschusses für Urheber- und Verlagsrecht (...)“ (GRUR-Statement) http://www.grur.org/uploads/tx_gstatement/2019-09-05-GRUR-Stellungnahme_zur_DSM-_und_zur_Online_SatCab-RL_endg.pdf (último acceso el 14.02.2020), p. 57 ss.; en sentido similar, VOLKMANN, „Art. 17 Urh-RL und die Upload-Filter...“, cit., p. 382 paras 52 ss.

65. Sin embargo, para evitar la carga de contenidos ilegales, se puede comprobar la identidad o los datos personales (titular de la cuenta, etc.). Hasta la fecha no está claro si la identidad u otros datos personales se pueden separar realmente del contenido –lo cual es una cuestión técnica y fáctica–. En cuanto a las órdenes de bloqueo contra los prestadores de acceso, el TJUE asumió tal interferencia con los derechos de protección de datos⁸⁸, porque las medidas de filtrado o bloqueo del proveedor de acceso afectaban a las direcciones IP de los usuarios, lo que puede suponer un perjuicio del derecho de autodeterminación informativa de los usuarios⁸⁹. No obstante, como se ha mencionado anteriormente, el TJUE consideró en la sentencia *L'Oréal* que la identificación por parte de los proveedores de servicios se podía permitir para evitar infracciones. Por lo tanto, es decisivo cómo se diseñan las inspecciones del art. 17.4.b DCMUD, en particular si el contenido puede ser desacoplado de la identidad de los usuarios; en este caso (y con completa anonimización), no habría interferencia con el Art. 8 CDFUE.

5. Solución alternativa: posibles contrapesos para la protección de derechos fundamentales

66. Si el TJUE no siguiera los planteamientos que se han descrito, al menos tienen que existir ciertas garantías para salvaguardar los derechos fundamentales de las personas afectadas⁹⁰:

- Los prestadores de servicios –en lo que respecta a su libertad empresarial– no pueden ser obligados a mantener constantemente inspecciones manuales. Como el TJUE ha manifestado expresamente en las sentencias citadas sobre controles aceptables, sólo una revisión automatizada entra dentro de lo razonable; de lo contrario, los modelos de negocio de los prestadores de servicios serían inviables. Sólo en el caso de plataformas claramente dedicadas a cometer infracciones e ilícitos –según la jurisprudencia del Tribunal Federal alemán– se puede exigir en casos excepcionales una revisión manual⁹¹. Por lo tanto, una transposición específica es necesaria para la protección de los derechos fundamentales.
- Respecto a la protección de los intereses de los usuarios, en particular su libertad de expresión y de información, se debe dotar a los usuarios de mecanismos y procedimientos para marcar los contenidos pertinentes de modo que no se puedan aplicar herramientas automatizadas ("marcado" o "*flagging*"). Como se ha señalado anteriormente, el TJUE ha subrayado en varias ocasiones la importancia de estos derechos para garantizar los derechos fundamentales de los internautas⁹². Estos contenidos, desde el primer momento, deben ser excluidos de un control automatizado y deben ser sometidos a un examen manual, individualizado, realizado por una persona. Por lo que se puede ver, actualmente no se dispone de un control automatizado que tenga en cuenta el equilibrio de la libertad de expresión e información con otros derechos, por ejemplo, reconociendo la parodia. Una vez más, se trata de una aplicación exigida por los principios constitucionales de la Unión Europea.
- Además, también para garantizar la libertad de opinión y el acceso a la información de los usuarios, debe preverse un derecho subjetivo para hacer cumplir las limitaciones por parte del prestador del servicio y del titular de los derechos, teniendo en cuenta asimismo las limitaciones para los usuarios consagradas en el art. 17.7 DCMUD. En la actualidad, estas reclamaciones sólo existen en relación con los límites a las medidas técnicas de protección (los llamados sistemas de gestión de los derechos digitales, *Digital Rights Management* o DRM, del art. 6.4 DCSI-InfoSoc). Aunque el art. 17.7 DCMUD no menciona explícitamente

⁸⁸ En relación con los arts. 8 y 11 CDFUE, STJUE 24.11.2011, asunto C-70/10, *SABAM/Scarlet*, EU:C:2011:771; sobre ello, G. SPINDLER, "Anmerkung zu EuGH C-70/10", *JZ*, 2012, p. 311 ss.; M. SCHRÖDER, "Kommentar zu EuGH, Scarlet Extended", *K&R*, 2012, p. 38; S. MAASSEN, "Pflicht zur präventiven Filterung des gesamten Datenverkehrs zur Bekämpfung von Urheberrechtsverletzungen nicht mit europäischem Recht vereinbar – „Scarlet Extended“", *GRUR-Prax*, 2011, p. 535; LEISTNER, "Grundlagen und Perspektiven...", cit., p. 729.

⁸⁹ Tribunal Federal alemán, *GRUR*, 2016, p. 268; de acuerdo, SPINDLER, "Sperrverfügungen gegen Access...", cit., p. 456.

⁹⁰ Para una argumentación más precisa y sobre el ámbito que queda a los Estados Miembros, *vid. infra* IV.5.

⁹¹ Tribunal Federal alemán, *ZUM*, 2013, p. 288 para 39.

⁹² *Vid. supra* III.3.A.a) sobre la STJUE 27 marzo 2014, asunto C-314/12, *UPC Telekabel*, EU:C:2014:192

- este derecho, podría derivarse del objetivo principal de dicho precepto⁹³ y también por exigencias constitucionales, con independencia de los derechos y obligaciones contractuales⁹⁴.
- Adicionalmente, debería existir una protección de los prestadores de servicios y de los usuarios contra el abuso de los derechos por parte de los llamados "trolls del copyright" (abusadores de la propiedad intelectual)⁹⁵. De lo contrario, no se puede excluir –en particular con respecto a la experiencia de los Estados Unidos en el contexto de las notificaciones que indebidamente impiden el acceso (*Digital Millennium Copyright Act*)– que una notificación a los prestadores de servicios con una supuesta infracción de derechos pueda ser (mal) utilizada con el fin de suprimir o bloquear determinados contenidos, por ejemplo, durante campañas políticas.

IV. Transposición del art. 17 DCMUD en los Derechos nacionales

1. Naturaleza de armonización plena

67. Debido a que el propósito de la Directiva es lograr un nivel uniforme de protección en el mercado único, el art. 17 DCMUD se concibe como una disposición de armonización plena⁹⁶. En consecuencia, ni el art. 17 DCMUD contiene ninguna cláusula de apertura explícita para los Estados miembros ni tampoco hay ninguna indicación en los considerandos dedicados al art. 17 DCMUD (considerandos 61-71) que permita a los Estados miembros elevar el nivel de protección de estas disposiciones ni modular ciertos aspectos de manera más matizada. De conformidad con estas disposiciones, el primer proyecto de transposición conocido a nivel nacional –el proyecto de ley de los Países Bajos– sólo prevé una implementación más o menos literal⁹⁷.

Por lo tanto, ni los arts. 17.1 y 17.4. ni el art. 17.4.b DCMUD pueden ser “rechazados” por los Estados Miembros ni pueden proceder a desarrollarlos con un mayor detalle, amén de que no pueden ir más allá de lo en ellos establecido. Sin embargo, los arts. 17.1 y 17.4.a/b DCMUD no prescriben específicamente cómo o en qué procedimiento deben determinarse los esfuerzos necesarios a nivel nacional. Dilucidar si aún hay margen de maniobra para los Estados miembros se analizará **más adelante**.

68. Además, con respecto a las disposiciones del art. 17.7 y ss DCMUD, hay que tener en cuenta la jurisprudencia más reciente del TJUE. En vista de las sentencias de los asuntos *Funke Medien Gruppe* y *Spiegel Online*, cabe concluir que el TJUE claramente ha establecido que los límites previstos en la *DCSI-InfoSoc* son exhaustivos y no pueden ser ampliados por el Derecho nacional⁹⁸, a menos que esos mismos límites contengan un margen de maniobra para que los Estados miembros completen conceptos jurídicos indeterminados⁹⁹. Así pues, el TJUE inaugura un ámbito (moderado) para que los Estados miembros especifiquen los conceptos jurídicos indefinidos, los cuales, sin embargo, deben respetar estrictamente las exigencias del Derecho de la Unión, en particular los objetivos de la DCMUD.

69. En la STJUE del asunto *Funke Medien Gruppe* el Tribunal europeo afirma que debe respetarse la necesaria coherencia y:

⁹³ *Vid. infra*, I.B.4.b.

⁹⁴ *Vid. supra* III.3.A.a) sobre la STJUE 27 marzo 2014, asunto C-314/12, *UPC Telekabel*, EU:C:2014:192.

⁹⁵ *Vid.* D. PACHALI, “Copyright Trolls and presumptively fair uses”, *iRights info*, 9 July 2013 <https://irights.info/webschau-der-urheberrechts-troll-und-mittel-gegen-ihn/15727> (último acceso 14.02.2020); B. A. GREENBERG, “Copyright Trolls and Presumptively Fair Uses”, *University of Colorado Law Review*, 85, 2014, p. 53 ss.

⁹⁶ PETERS/SCHMIDT, “Das Ringen um Upload-Filter...”, cit., p. 1006, 1011; KAESLING, “Die EU-Urheberrechtnovelle...”, cit., p. 590.

⁹⁷ *Vid. infra* IV.5.

⁹⁸ STJUE 29 julio 2019, asunto C-469/17, *Funke Medien Gruppe*, EU:C:2019:623 para 62; STJUE 29 julio 2019, asunto C-516/17 *Spiegel Online* EU:C:2019:625, paras 42 ss.

⁹⁹ *Vid.* STJUE 29 julio 2019, asunto C-516/17 *Spiegel Online* EU:C:2019:625, paras 25 ss.

“62. En este contexto, permitir, a pesar de la voluntad expresa del legislador de la Unión, a la que se ha hecho referencia en el apartado 56 de la presente sentencia, que cada Estado miembro introduzca excepciones a los derechos exclusivos del autor, contemplados en los artículos 2 a 4 de la Directiva 2001/29, al margen de las excepciones y limitaciones establecidas con carácter exhaustivo en el artículo 5 de esta Directiva pondría en peligro la efectividad de la armonización de los derechos de autor y de los derechos afines a los derechos de autor efectuada por dicha Directiva, así como el objetivo de seguridad jurídica perseguido por esta (sentencia de 13 de febrero de 2014, *Svensson y otros*, C-466/12, EU:C:2014:76, apartados 34 y 35). En efecto, en el considerando 31 de esta misma Directiva consta expresamente que las diferencias existentes en las excepciones y limitaciones a determinados actos restringidos incidían directa y negativamente en el funcionamiento del mercado interior de derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor y que, por lo tanto, la lista de excepciones y limitaciones del artículo 5 de la Directiva 2001/29 tiene la finalidad de garantizar el correcto funcionamiento de ese mercado. “

En particular, dado que el art. 17.7 y ss. DCMUD no contempla ninguna cláusula abierta para los Estados miembros, éstos no pueden ir más allá de los límites previstos en el art. 17.7 y 17.9 DCMUD.

70. Sin embargo, el TJUE también afirmó en los casos *Spiegel Online and Funke Medien Gruppe*¹⁰⁰, que:

- “... los Estados miembros no son libres en todos los casos para precisar, de manera no armonizada, el conjunto de parámetros de esas excepciones o limitaciones”.¹⁰¹ En este contexto, “Los Estados miembros también están obligados, en este contexto, a observar los principios generales del Derecho de la Unión, entre los que figura el principio de proporcionalidad, del que se desprende que las medidas adoptadas deben ser aptas para alcanzar el objetivo propuesto y no ir más allá de lo que es necesario para alcanzarlo”¹⁰².
- “...el margen de apreciación de que disponen los Estados miembros para aplicar las excepciones o limitaciones establecidas en el artículo 5, apartados 2 y 3, de la Directiva 2001/29 no puede utilizarse de manera que se comprometan los objetivos de esta Directiva, que, según se desprende de los considerandos 1 y 9 de esta, son el establecimiento de un elevado nivel de protección en favor de los autores y el correcto funcionamiento del mercado interior”¹⁰³.
- “... el margen de apreciación de que disponen los Estados miembros (...) se ve limitado también por el artículo 5, apartado 5, de esta Directiva, que supedita tales excepciones o limitaciones a un triple requisito”¹⁰⁴.
- “... los principios consagrados en la Carta rigen en los Estados miembros cuando estos aplican el Derecho de la Unión. Por lo tanto, corresponde a los Estados miembros, al transponer las excepciones y limitaciones contempladas en el artículo 5, apartados 2 y 3, de la Directiva 2001/29, procurar basarse en una interpretación de estas que garantice un justo equilibrio entre los diferentes derechos fundamentales protegidos por el ordenamiento jurídico de la Unión”.¹⁰⁵

71. En conclusión, siempre existe el riesgo de que el TJUE reduzca el ámbito de transposición abierto por los conceptos jurídicos indeterminados¹⁰⁶. Por lo tanto, y especialmente en lo que se refiere a la competencia de la Comisión de la UE para emitir orientaciones en virtud del art. 17.10 DCMUD, se recomienda trabajar con reglas omnicomprendivas (“*catch all*”), que pueden prever una desviación en un caso individual¹⁰⁷.

¹⁰⁰ Con prácticamente el mismo tenor literal, STJUE 29 julio 2019, asunto C-469/17, *Funke Medien Gruppe*, EU:C:2019:623, paras 43 ss.

¹⁰¹ STJUE 29 julio 2019, asunto C-516/17 *Spiegel Online* EU:C:2019:625, para 31 con cita de la STJUE 6 febrero 2003, asunto C-245/00, *SENA* EU:C:2003:68 para 34, STJUE 7 marzo 2013, asunto C-145/10, *Painer*, EU:C:2011:798, para 104, STJUE 3 septiembre 2014, asunto C-201/13, *Deckmyn and Vrijheidsfonds*, EU:C:2014:2132, para 16.

¹⁰² STJUE 29 julio 2019, asunto C-516/17 *Spiegel Online* EU:C:2019:625, para 34.

¹⁰³ STJUE 29 julio 2019, asunto C-516/17 *Spiegel Online* EU:C:2019:625, para 35.

¹⁰⁴ STJUE 29 julio 2019, asunto C-516/17 *Spiegel Online* EU:C:2019:625, para 37.

¹⁰⁵ STJUE 29 julio 2019, asunto C-516/17 *Spiegel Online* EU:C:2019:625, para 38.

¹⁰⁶ En similar sentido, WÜRTEMBERGER/FREISCHEM, “Stellungnahme des GRUR...”, cit., p. 50 ss.

¹⁰⁷ WÜRTEMBERGER/FREISCHEM, “Stellungnahme des GRUR...”, cit., p. 51 ss.

2. Transposición de las definiciones del art. 2.6 DCMUD

72. En cuanto a las varias definiciones de los prestadores de servicios afectados por el art. 2.6 DCMUD, el legislador nacional puede concretar cantidades y especificar el "gran" número de contenidos, pero con el riesgo de que en casos individuales el TJUE considere que el número elegido no es representativo. Además, la finalidad de la definición, a saber, el papel de los prestadores de servicios, y en particular que sus plataformas actúan en lugar de los canales tradicionales de distribución, debería incluirse en la transposición de la definición, así como, a la inversa, la excepción de las plataformas abusivas como cláusula general.

73. Otras especificaciones, como, por ejemplo, del rasgo de que el servicio "organiza" los contenidos, no son aconsejables; ahora bien, sería preferible transponer disposiciones que operen con ejemplos que ilustren principios, por ejemplo, la capacidad de encontrar el contenido con herramientas de búsqueda, ya que permiten desviaciones en casos específicos al tiempo que proporcionan más seguridad jurídica.

74. La definición negativa debería ser acogida literalmente por los legisladores nacionales, ya que pueden plantearse cuestiones de delimitación de casos individuales que apenas pueden concretarse de forma abstracta y autónoma respecto a los hechos concretos.

3. Restricción y orden de las obligaciones del prestador del servicio

A) Obligaciones de obtener licencias según los arts. 17.1 y 17.4.a DCMUD

75. Como consecuencia de la extensión del derecho de puesta a disposición del público, el art. 17.1, apartado 2 DCMUD establece en su apartado 1 que:

"Por consiguiente, los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea deberán obtener una autorización de los titulares de derechos a que se refiere el artículo 3, apartados 1 y 2, de la Directiva 2001/29/CE, por ejemplo, mediante la celebración de un acuerdo de licencia, con el fin de comunicar al público o de poner a su disposición obras u otras prestaciones".

76. Además, en caso de que la licencia no se conceda, el art. 17.4.a DCMUD exige para la excepción de responsabilidad:

"han hecho los mayores esfuerzos por obtener una autorización"

77. Como ya se ha comentado, esto da lugar a las obligaciones del prestador de servicios de revisar el contenido de su plataforma para verificar si se requieren licencias y de "hacer los mayores esfuerzos" para obtener el permiso. Los arts. 17.1 y 17.4.a DCMUD no prevén ninguna cláusula abierta, por lo que estos requisitos tienen que ser transpuestos en la legislación nacional. En lo que respecta al principio de proporcionalidad del art. 17.5 DCMUD, algunos autores sostienen que los Estados miembros tienen la facultad de "explicar" las implicaciones de la flexibilidad de la DCMUD, lo que debería significar la exclusión de las empresas pequeñas y de nueva creación de la obligación de los filtros de carga¹⁰⁸. Sin embargo, como ya se ha mencionado, esta exclusión general contradiría la excepción explícita contemplada en el art. 17.6 DCMUD, que fue políticamente objeto de gran controversia en el proceso de tramitación legislativa.

78. No está claro si el art. 17 DCMUD permite a los Estados miembros modificar o concretar los estándares, códigos de conducta y normas sectoriales "estrictas" sobre la diligencia profesional.

¹⁰⁸ GIELEN/TIESSEN, "Die neue Plattformhaftung...", cit., p. 643.

Como el art. 17.4.a/b DCMUD no se basa en una obligación específica de supervisión definida por el Estado miembro, sino más bien en los esfuerzos necesarios para consensuar normas de autorregulación (“*industrial standards*”) al margen de la ley, estos esfuerzos no pueden limitarse, por ejemplo, a la búsqueda de “huellas digitales” de obras protegidas por la propiedad intelectual (y dejar otros contenidos sin inspeccionar).

79. Además, la obligación de los titulares de derechos de registrar sus derechos en una plataforma controlada por el Estado no sería compatible con el art. 17.1 DCMUD, ya que éste no estipula cómo ha de obtener el prestador de servicios la información relativa a las licencias necesarias; sería deseable la canalización en una plataforma para los titulares de derechos, a la que el prestador de servicios sólo tendría que acceder a ella (ventanilla única), pero se acercaría al registro de derechos de autor que no está previsto por el ADPIC, la OMPI, etc.¹⁰⁹

80. Una transposición nacional que restrinja los esfuerzos relacionados con la consulta de licencias de las entidades de gestión de derechos de autor también se enfrenta con el problema de que incluso esas entidades no siempre disponen del repertorio completo necesario para la concesión de licencias para los contenidos generados por los usuarios¹¹⁰. Además, aunque la aplicación del art. 12 DCMUD (licencias colectivas) puede remediar parcialmente esta situación, no exime al prestador de servicios de comprobar todas las ofertas de licencias. Existen problemas similares respecto a los derechos de explotación de los autores no profesionales, como los fotógrafos o productores de vídeo aficionados, o los autores de textos y obras literarias; a menudo no existe un contrato aparente en este caso, pero el art. 12 DCMUD también puede ayudar en este supuesto. Sin embargo, esta solución fracasa cuando se requieren licencias paneuropeas, las cuales tampoco existen en todos los casos (por lo que el art. 12 DCMUD no puede llegar a regularlo y, así, se ciñe a las licencias gestionadas “en su territorio”)¹¹¹. Por lo tanto, definir las obligaciones del proveedor de servicios a nivel nacional de tal manera que una consulta por parte de una entidad de gestión colectiva fuese suficiente, no supone una transposición adecuada del artículo 17.1 y 17.4.a DCMUD.

81. En definitiva, es posible, y también recomendable, que cada Estado Miembro esboce los esfuerzos requeridos utilizando un catálogo de ejemplos (con una suerte de cláusula de puesta al día), que, sin embargo, no debe ser en modo alguno exhaustivo. Éste puede regularse mediante la consabida cláusula del tipo “en particular”, que enumere los servicios concretos por volumen, ingresos, número de usuarios, contenido, etc., para los que pueda aplicarse entonces un catálogo de esfuerzos graduados. Por ejemplo, se puede establecer la presunción de cumplimiento del esfuerzo necesario cuando se haya consultado a las entidades de gestión¹¹², con más razón cuando éstas ofrecen licencias colectivas siguiendo el art. 12 DCMUD; y dejar, en cambio, para un caso específico si son necesarios más esfuerzos. Lo mismo podría aplicarse con respecto a contenidos muy pequeños o personales cuya autoría y situación jurídica (¿consentimiento? ¿aplicación de límites?) son difíciles de determinar. En este caso, podría ser suficiente con obligar al prestador de servicios a realizar una única búsqueda. La fijación de esta posible presunción no debería ser, en todo caso, exhaustiva.

82. Sin embargo, no bastaría con ofrecer a los titulares de derechos una remuneración¹¹³, sin emplear los prestadores de servicios ningún esfuerzo para obtener de aquellos las autorizaciones oportunas. Esto equivaldría a una inversión del mecanismo previsto en los arts. 17.1 y 17.4.a DCMUD, ya que entonces los titulares de derechos tendrían que solicitar ellos mismos la licencia.

¹⁰⁹ Art. 9.1 del Tratado ADPIC, en relación con el art. 8 del Convenio de Berna.

¹¹⁰ Vid. WEIDEN, “Aktuelle Berichte – April 2019”, *GRUR*, 2019, p. 370, en especial, p. 371.

¹¹¹ Sobre los problemas relativos a las licencias, vid. SENFTLEBEN, “„Filterverpflichtungen...“”, cit., p. 371.

¹¹² Vid. también GIELEN/TIESSEN, “Die neue Plattformhaftung...”, cit., p. 643.

¹¹³ Vid. F. HOFMANN, “Fünfzehn Thesen zur Plattformhaftung nach Art. 17 DSM-RL”, cit., p. 1225; WÜRTEMBERGER/FREIS-CHEM, “Stellungnahme des GRUR...”, cit., p. 50 ss.

83. Se podrían especificar más los esfuerzos mediante la normativa nacional de transposición: por ejemplo, concretar la cantidad de búsquedas de licencias o derechos en función del tamaño de la plataforma. Esto también podría hacerse mediante la creación de una plataforma estatal en la que los titulares de derechos pudieran registrar sus derechos en un formato electrónico legible automáticamente, que luego pudiera ser recuperado (automáticamente) por el prestador de servicios. Siempre y cuando esta especificación de esfuerzos no acabe en un catálogo exhaustivo en lugar de una regla de presunción (dejando margen para casos específicos), porque el art. 17 DCMUD no tolera una lista exhaustiva realizada por los Estados Miembros. Tampoco esta presunción conduciría a la inversión de la carga de la prueba impuesta a los prestadores ("a menos que") prevista en el art. 17.4 DCMUD. Esta inversión de la carga de la prueba se refiere al cumplimiento de las normas sectoriales que el prestador debe demostrar en cada caso concreto; la presunción de conformidad que se propugna aquí se refiere, en cambio, a la determinación de las propias normas sectoriales, que no es lo mismo.

84. Por último, parece tener sentido una aclaración por el legislador nacional de la licitud de que el prestador de servicios ponga el contenido a disposición pública mientras se llevan a cabo las negociación de licencias y la obtención de "permisos"¹¹⁴. Esto tiene su justificación, entre otras cosas, en que el prestador de servicios sigue haciendo todo lo posible por obtener licencias (art. 17.4.a DCMUD) y por tanto no será responsable hasta que esos esfuerzos fracasen.

85. En definitiva, las posibilidades de justificar finalmente los esfuerzos requeridos por los arts. 17.1 y 17.4.a DCMUD son limitadas y corren grave riesgo de colisionar con la legalidad europea.

B) Limitación y diseño de los filtros de carga según el art. 17.4.b DCMUD

a) ¿Exclusión de filtros de carga?

86. Como se ha explicado, el art. 17.4.b DCMUD también es una norma de armonización plena. Los procedimientos que debe aplicar el prestador de servicios no se especifican en dicho precepto. Por el contrario, la libertad del prestador de servicios para elegir los instrumentos adecuados dentro de los límites del art. 17.4.b DCMUD no está limitada. En cualquier caso, los procedimientos deben cumplir las "normas sectoriales estrictas" ("*high industry standards*", en la versión inglesa). art. 17.4.b DCMUD se refiere a una regla flexible no legislativa que no puede ser excluida o sustituida por el legislador nacional¹¹⁵. Esto también vale para las herramientas automatizadas (filtros de carga); como ya se ha mencionado, el art. 17.9 DCMUD menciona expresamente la gestión humana de las reclamaciones, lo que deja claro que en otros casos los procedimientos del art. 17.4.b DCMUD pueden ser automatizados y, por lo tanto, no pueden ser excluidos por el Estado miembro a la hora de efectuar la transposición¹¹⁶.

87. Algunos autores infieren del principio de proporcionalidad del art. 17.5 DCMUD que las plataformas en línea más pequeñas o financieramente débiles están exentas de la obligación de establecer filtros de carga, ya que de lo contrario se enfrentarían a dificultades insuperables y se erigirían nuevas barreras de entrada al mercado, lo que también estaría en contradicción con el enfoque de la Directiva sobre la innovación en el mercado único digital. Por lo tanto, los Estados Miembros deberían tener la facultad de "aclarar" que dichas empresas sólo están sujetas a la obligación de notificación y retirada o de notificación y bloqueo¹¹⁷. Sin embargo, como ya se ha argumentado, este punto de vista es diametral-

¹¹⁴ Lo destaca correctamente DREIER, "Die Schlacht ist geschlagen...", cit., p. 776.

¹¹⁵ E.g. KAESLING, "Die EU-Urheberrechtsnovelle...", cit., p. 590; SENFTLEBEN, "Filterverpflichtungen...", cit., p. 371; F. HOFMANN, "Fünfzehn Thesen zur Plattformhaftung nach Art. 17 DSM-RL", cit., p. 1221.

¹¹⁶ De igual forma, KAESLING, "Die EU-Urheberrechtsnovelle...", cit., p. 590; GIELEN/TIESSEN, "Die neue Plattformhaftung...", cit., p. 644; VOLKMANN, "Art. 17 Urh-RL und die Upload-Filter...", cit., p. 380 para 32.

¹¹⁷ GIELEN/TIESSEN, "Die neue Plattformhaftung...", cit., p. 643 y ss.; en sentido similar, F. HOFMANN, "Fünfzehn Thesen zur Plattformhaftung nach Art. 17 DSM-RL", cit., p. 1227.

mente opuesto a la excepción para las empresas de nueva creación consagrada en art. 17.6 DCMUD, que fue objeto de numerosas discusiones en el procedimiento de diálogo a tres bandas entre las instituciones europeas. Las excepciones previstas originalmente para las pequeñas y medianas empresas eran, por lo tanto, mucho más amplias que las previstas en la versión final del art. 17.6 DCMUD¹¹⁸. Sólo para las empresas contempladas en el art. 17.6 DCMUD las obligaciones de los prestadores de servicios se reducen al art. 17.4.c DCMUD (notificación y bloqueo permanente). Esta decisión crucial no puede ser socabada por la “puerta trasera” de la proporcionalidad¹¹⁹. Una exención estatal que fuera más allá del art. 17.6 DCMUD y que se desvinculara del caso individual (que siempre debe ser determinado por los tribunales bajo el parámetro del principio de proporcionalidad), no puede cohonestarse con el art. 17.6 DCMUD.

88. Por último, cuando algunos autores sostienen que el prestador de servicios en general (!) sólo tiene que actuar sobre la base de una notificación o de la información proporcionada¹²⁰, esto sólo es cierto en lo que respecta al sistema del art. 17.4.b DCMUD, pero no con respecto a los arts. 17.1 y 17.4.a; esto no altera el hecho de que sea necesario instalar un filtro para la información sobre estos derechos¹²¹.

b) Transposición

89. Como se ha explicado anteriormente, el art. 17.4.b DCMUD se refiere a normas sectoriales estrictas sobre diligencia profesional. Sin embargo, la Directiva no especifica cómo deben definirse estas normas, de modo que los Estados miembros tienen libertad para definir los procedimientos mediante los cuales se determinarán estas normas en el marco de los elevados estándares habituales en el sector. Cuando se transponga el art. 17.4.b DCMUD, por ejemplo, se podrían crear comisiones y procedimientos que puedan ser similares a los fijados para la normalización técnica nacional, siempre que se garantice que el Estado no tiene ninguna influencia en los procedimientos de selección o filtros relevantes para orientar las opiniones de esas comisiones. Sin embargo, al mismo tiempo también hay que tener en cuenta que estas normas son "las habituales en el sector", por lo que deben diferenciarse según el tipo de prestador de servicios (por ejemplo, plataformas de vídeo como *YouTube*, redes sociales como *Facebook*).

90. La forma en que se configuren estas normas en concretos debe determinarse en cooperación con los informáticos y no puede aclararse en el contexto de un dictamen jurídico. La medida más efectiva concebible aquí sería la "señalización" o marcado (*flagging*) de los contenidos por parte de los usuarios, de modo que estos contenidos se clasifiquen automáticamente y se sometan a examen por una persona, no por una máquina.

91. También podría pensarse en considerar a ciertos usuarios que no han cometido ninguna infracción en el pasado como "cargadores de confianza" (*trusted uploaders*), por lo que quedarían excluidos de un filtro preventivo¹²². De acuerdo con el art. 17.5 DCMUD, también sería necesario considerar la extensión o el ámbito de una obra o prestación protegida por propiedad intelectual cuando sea utilizada al generar un contenido en relación con ese contenido en toda su extensión –pues podría ser una mera cita, incluso si, como se explicará luego, la Directiva no reconoce ningún límite *de minimis*–.

¹¹⁸ Vid. A. VOSS, “Proposal for a Directive of the European Parliament and the Council on copyright in the Digital Single Market”, COM(2016)0593, p. 236.

¹¹⁹ Sostienen una opinión diferente GIELEN/TIESEN, “Die neue Plattformhaftung...”, cit., p. 644, que afirman sin más justificación que las excepciones de la DCMUD “no pueden interpretarse como una declaración negativa de que todas las demás plataformas en línea deben estar incluidas la obligación de filtrar”. Lo que estos autores no indican es la razón por la que surgieron las considerables discusiones sobre las exenciones relacionadas con las empresas de nueva creación.

¹²⁰ Vid. VOLKMANN, “Art. 17 Urh-RL und die Upload-Filter...”, cit., p. 379 para. 29, quien, sin embargo, sólo se refiere a una obligación de filtrado uniforme.

¹²¹ En sentido similar, VOLKMANN, „Art. 17 Urh-RL und die Upload-Filter...“, cit., p. 379 para. 32 ss.

¹²² Vid. la propuesta de J. B. NORDEMANN (en prensa).

92. Finalmente, sería posible excluir de antemano de un filtro de subida aquellas infracciones ambiguas o poco claras, cuando no sean evidentes, y transferirlas a una supervisión humana¹²³; tal excepción encontraría apoyo en el art. 17.5 DCMUD en el contexto de la proporcionalidad que también tiene en cuenta la naturaleza de los contenidos. Esto incluiría, por ejemplo, la directriz del TJUE descrita antes en relación con procedimientos automatizados para contenidos con significado similar. Sin embargo, esto dejaría abierta la cuestión de cuándo se producen infracciones poco concluyentes.

93. Sin embargo, todas estas propuestas están sujetas, en última instancia, a la premisa de que: a) los estándares sean los habituales en el sector y b) los estándares sean altos. En consecuencia, es difícil valorar si un Estado Miembro puede determinar que sólo aquellos estándares que se han establecido en el procedimiento regulado por ese Estado representan la diligencia debida que es habitual en sector. También es incierto si un Estado miembro puede finalmente regular las normas/estándares de acuerdo con las propuestas mencionadas. Por último, las consecuencias jurídicas de cumplir estas normas siguen siendo poco diáfanas: ¿el cumplimiento de una norma sectorial significa la exención completa de la responsabilidad o sólo una prueba *prima facie* de que se han realizado los esfuerzos necesarios? La completa exoneración de responsabilidad cuenta con mejores argumentos, dado que el art. 17.4.b DCMUD se refiere a esas normas o estándares como la especificación de los esfuerzos necesarios, y no sólo como una especie de regla sobre la prueba.

94. Sin perjuicio de lo anterior, el legislador nacional, al transponer, podría establecer una presunción de conformidad con la diligencia requerida por art. 17.4.b DCMUD si se cumplen las normas adoptadas en el marco de los procedimientos establecidos por el Estado. La violación de la regla de la carga de la prueba del art. 17.4.b DCMUD no se aplicaría aquí, ya que sólo se determinaría el efecto probatorio de la existencia de norma/estándar fijado por medio de los procedimientos regulados por el Estado; el prestador de servicios todavía tendría que explicar y probar cómo cumplió con esta norma. Si es necesario, este procedimiento también puede combinarse con certificados que avalen la presunción de conformidad.

95. Si técnicamente no se conoce ningún filtro en el sector, estamos en un supuesto en que el prestador de servicios no puede ser obligado a algo que es técnicamente imposible¹²⁴. Por ejemplo, la tecnología de filtro *ContentID*¹²⁵ es empleada por *YouTube*¹²⁶. Para las redes sociales pueden aplicarse entonces otros criterios, como por ejemplo los filtros utilizados por *Facebook*, los cuales, sin embargo, también están sometidos a la correspondiente crítica¹²⁷. En la actualidad cabe poner en duda la existencia de tecnologías comparables para otras obras, especialmente películas¹²⁸. En particular, esto es lo que ocurre con las parodias, etc., como lo demuestra el conocido ejemplo de la película de RTL "*Not Heidis*

¹²³ *Vid.* la propuesta de J. B. NORDEMANN (en prensa).

¹²⁴ GIELEN/TIESSEN, "Die neue Plattformhaftung...", cit., p. 644 y ss. G. PFENNIG, "Forderungen der deutschen Urheber und ausübenden Künstler zum Reformprozess des Urheberrechts der EU", *ZUM*, 2018, p. 252 y ss., en especial, p. 255; STIEPER, "Die Richtlinie...", cit., p. 216.

¹²⁵ Acerca de cómo funciona Content ID, *vid.* "Help Center: How Content ID works", <https://support.google.com/youtube/answer/2797370?hl=de> (último acceso 14.02.2020); J. HENRICH, "Plattformen werden Verantwortung übernehmen" (*medienpolitik.net*, 16 abril 2019), <https://www.medienpolitik.net/2019/04/plattformen-werden-verantwortung-uebernehmen>, (último acceso: 14.02.2020).

¹²⁶ Sobre las diferentes tecnologías de filtrado, *vid.*, por ejemplo, KAESLING, "Die EU-Urheberrechtsnovelle...", cit., p. 588; G. KASTL, "Filter – Fluch oder Segen?", *GRUR*, 2016, p. 671 y ss.

¹²⁷ Sobre las cláusulas de eliminación correspondientes, *vid.* G. SPINDLER, "Löschung und Sperrung von Inhalten aufgrund von Teilnahmebedingungen sozialer Netzwerke", *CR*, 2019, p. 238 ss. con referencias adicionales.

¹²⁸ Un desarrollo posterior del *PhotoDNA* de *Microsoft*, por ejemplo, un filtro de carga, del que ya se dice que es capaz de detectar y bloquear la llamada pornografía de venganza y el material pornográfico infantil mediante el uso de aprendizaje automático por inteligencia artificial, podría traerse a colación aquí; sin embargo, los detalles técnicos del filtro no se conocen todavía; *vid.* S. KREMPPL, "Upload-Filter: Facebook und Instagram löschen Rache pornos automatisch" (*heise online*, 16 marzo 2019), <https://www.heise.de/newsticker/meldung/Upload-Filter-Facebook-und-Instagram-loeschen-Rache-pornos-automatisch-4338270.html>, (último acceso: 14.02.2020).

Girls", cuyo carácter paródico no fue reconocido por el filtro utilizado por *Google*¹²⁹. Ya que el art. 17.4.b se refiere a las normas habituales del sector, debe prescindirse de las obligaciones si simplemente no existen en un sector.

96. Otro conflicto general entre las especificaciones de los Estados miembros y la Directiva podría derivarse del art. 17.10 DCMUD, que otorga a la Comisión Europea la competencia de definir las orientaciones respecto al art. 17.10 DCMUD, siguiendo un procedimiento complejo en el que participen los interesados. El considerando 71 se refiere de manera similar al diálogo previsto con las partes interesadas. Los Estados miembros se mencionan sólo al referirse a la cooperación con la Comisión. Los posibles diálogos nacionales con las partes interesadas o los procedimientos de estandarización no se mencionan en el art. 17.10 DCMUD. Las orientaciones que debe emitir la Comisión se refieren en su integridad a los procedimientos recogidos en el art. 17.4 DCMUD y, por lo tanto, también al 17.4.b y a las normas sectoriales estrictas que en él se mencionan.

97. Sin embargo, el art. 17.10 DCMUD no es completamente claro, ya que habla expresamente de “en particular en lo relativo a la cooperación a que se refiere el apartado 4”, lo que probablemente se refiera a la información que deben proporcionar los titulares de los derechos. Por otra parte, el art. 17.10 DCMUD muestra que los procedimientos del art. 17.4.b DCMUD también deben entenderse incluidos, ya que de lo contrario la obligación de los prestadores de servicios de proporcionar a las organizaciones de usuarios el acceso a la información adecuada “sobre el funcionamiento de sus prácticas en lo que se refiere al apartado 4” carecería prácticamente de sentido.

98. Como resultado, la Comisión Europea tiene una cuasi "soberanía" sobre la especificación de los procedimientos del art. 17.4.b DCMUD, de manera que un procedimiento de creación de normas sectoriales establecido por un Estado Miembro en relación con el art. 17.4 DCMUD debe respetar las orientaciones del art. 17.10 DCMUD. Sin embargo, según el Art. 17.10 DCMUD, las orientaciones de la Comisión no tienen ningún eficacia jurídica vinculante para los tribunales o las autoridades; a diferencia de las autorizaciones para transponer Directivas o aplicar Reglamentos, no se trata actos jurídicos con eficacia vinculante. Así, el TJUE ha determinado en el contexto de los procedimientos antimonopolio que:

“209. Pronunciándose sobre unas medidas internas adoptadas por la administración, el Tribunal de Justicia ha declarado ya que, si bien éstas no pueden calificarse de norma jurídica a cuya observancia está obligada en cualquier caso la administración, establecen sin embargo una regla de conducta indicativa de la práctica que debe seguirse y de la cual la administración no puede apartarse, en un determinado caso, sin dar razones que sean compatibles con el principio de igualdad de trato. Por consiguiente, dichas medidas constituyen un acto de carácter general cuya ilegalidad pueden invocar los funcionarios y agentes afectados en apoyo de un recurso interpuesto contra decisiones individuales adoptadas con arreglo a las mismas (véase la sentencia de 15 de enero de 2002, Libéros/Comisión, C-171/00 P, Rec. p. I-451, apartado 35)”¹³⁰.

99. Más bien, existe un cierto grado de autocompromiso por parte de la Comisión¹³¹; los tribunales (nacionales) y las autoridades de los Estados miembros deben tener en cuenta las recomendaciones u orientaciones, pero pueden desviarse de ellas¹³². Por lo tanto, es posible que un Estado miembro establezca procedimientos para fijar los altos estándares habituales de un sector, pero con la restricción de que éstos deben cumplir con las orientaciones de la Comisión de conformidad con el art. 17.10 DCMUD

¹²⁹ Vid. I. DACHWITZ/A. FANTA, “Not Heidis Girls: Wie Youtube eine Kampagne gegen Sexismus ausbremste” (Netzpolitik.org, 6 March 2018), <https://netzpolitik.org/2018/not-heidis-girl-wie-youtube-eine-kampagne-gegen-sexismus-ausbremste/>, (último acceso 14.02.2020).

¹³⁰ STJUE 28 junio 2005, asuntos acumulados C189/02 P, C202/02 P, C205/02 P bis C208/02 P y C213/02 P *Dansk Rørindustri*, EU:C2005:408, para 209.

¹³¹ STJUE 28 junio 2005, asuntos acumulados C189/02 P, C202/02 P, C205/02 P bis C208/02 P y C213/02 P *Dansk Rørindustri*, EU:C2005:408 para 211.

¹³² Una discusión con argumentos sobre este tema, puede verse J. SCHWARZE, “Soft Law im Recht der Europäischen Union”, *EuR*, 3, 2011, p. 8 ss. con más referencias.

100. Más allá de la transposición por parte de los Estados miembros, éstos pueden apoyar a nivel político el desarrollo de filtros de carga mediante la financiación estatal o el apoyo a comisiones y plataformas (pero evitando al mismo tiempo la influencia estatal) que intentan fijar procesos automatizados mediante la programas de código abierto y los ponen a disposición del público en general para su posterior desarrollo, en particular para las pequeñas y medianas empresas¹³³.

c) Información que deben suministrar los titulares de derechos

101. Como ya se expuso, el prestador de servicios está obligado, en virtud del art. 17.4.b (a diferencia del art. 17.1 y 17.4.a DCMUD) a supervisar los contenidos generados y subidos por los usuarios sólo sobre la base de la información de los contenidos proporcionada por el titular del derecho. Sin embargo, la Directiva no especifica cómo debe facilitarse esta información. Así pues, los Estados miembros pueden optar por determinadas especificaciones, como, por ejemplo, en lo que respecta a la legibilidad de la información por parte de las máquinas, a fin de facilitar el tratamiento de la información. Dichas especificaciones, sin embargo, dependen de si la Directiva no debe considerarse cerrada en sentido "negativo", si deja a los titulares de los derechos decidir cómo proporcionan en concreto la información a los proveedores de servicios. Esta armonización "negativa" absoluta se vería apoyada por el hecho de que otras Directivas o Reglamentos –como el art. 20.1 RGPD–¹³⁴ estipulan expresamente la legibilidad automática, por ejemplo con respecto a la portabilidad de los datos. El diálogo entre las partes interesadas del art. 17.10 DCMUD también habla a favor de que el legislador nacional no tiene ningún margen discrecional en este sentido. Sin embargo, el legislador nacional podría trabajar de nuevo con presunciones a favor de los proveedores de servicios en determinados procedimientos; por ejemplo, en plataformas en las que los titulares de derechos puedan registrar sus contenidos, pero que no creen una prueba irrefutable y que tengan en cuenta la competencia orientativa de la Comisión de la UE en virtud del art. 17.10 DCMUD.

102. En este contexto, debido al peligro de los "*copyright trolls*" o de la información sobre derechos ilegítimos y, por tanto, de los posibles bloqueos de (indeseados) contenidos, se deben tener en cuenta también los requisitos para proceder a la necesaria identificación de los titulares de derechos y la indicación inequívoca y verificable de los derechos, como, por ejemplo, mediante los denominados "notificantes fiables" ("*trusted flaggers*"), que también deben aplicarse a las correspondientes solicitudes de eliminación¹³⁵. Sin embargo, tal concreción debe tener presente también la competencia para fijar orientaciones que tiene la Comisión de acuerdo con el art. 17.10 DCMUD¹³⁶.

103. Lo que no queda afectado por el art. 17.10 DCMUD, sin embargo, es la creación de derechos para los usuarios involucrados, incluida la creación de una responsabilidad más estricta para los "*copyright trolls*" cuando se haya producido una notificación abusiva de los supuestos derechos. El legislador nacional tiene un gran grado de flexibilidad en este punto¹³⁷. La jurisprudencia nacional reconoce la responsabilidad por los avisos injustificados relativos a los derechos de propiedad industrial, pero éstos están vinculados solamente a las empresas (y no a las meras personas físicas). Por otra parte, el requisito de las llamadas "banderas o marcas de confianza" ("*trusted flags*") para las notificaciones

¹³³ Vid. la declaración del Gobierno alemán de 15 abril 2019: *Draft Directive of the European Parliament and of the Council on copyright and related rights in the Digital Single Market and amending Directives 96/6/EC and 2001/29/EC – Statements* [2019] 2016/0280(COD), 7986/19 ADD 1 REV 2.

¹³⁴ Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), *DOUE*, L 119, pp. 1–88 de 4.5.2016; el art. 20 RGPD establece que la transmisión para operar la portabilidad debe ser "en un formato estructurado, de uso común y lectura mecánica".

¹³⁵ Declaración del Gobierno alemán en la votación en el Consejo de Ministros de 15 abril 2019, *Statements* [2019] 2016/0280(COD), 7986/19 ADD 1 REV 2, point 8.

¹³⁶ Lo deja abierto F. HOFMANN, "Fünfzehn Thesen zur Plattformhaftung nach Art. 17 DSM-RL", cit., p. 1228, quien, sin embargo, sostiene que las reglas del art. 17.10 DCMUD tienen prioridad.

¹³⁷ WÜRTEMBERGER/FREISCHEM, "Stellungnahme des GRUR...", cit., p. 60.

fiables de los titulares de derechos en el marco art. 17.4.b DCMUD se enfrentaría de nuevo a la objeción de infringir el art. 17.10 DCMUD, lo que deja a la Comisión la tarea de determinar la forma de tales procedimientos; sin embargo, fijar presunciones respecto al art. 17.10 DCMUD es posible.

C) Licencias colectivas

104. En última instancia, el procedimiento de "licencias colectivas con efecto ampliado" (o "*extended collective licenses*" en la versión inglesa) se basa en el modelo escandinavo y se recoge en el art. 12 DCMUD, según el cual los derechos (o los titulares de derechos) no representados por las entidades de gestión colectiva también pueden ser licenciados por ellas. Esto permitiría a los prestadores de servicios obtener los permisos necesarios, evitando al mismo tiempo las extensas búsquedas para obtener derechos¹³⁸. Sin embargo, esta solución no debe ser sobreestimada, especialmente en lo relativo a evitar los filtros de carga¹³⁹: la concesión de licencias del art. 12 DCMUD depende de que los titulares de los derechos no opten por excluir las licencias colectivas *ex art. 12.3.c DCMUD*¹⁴⁰. En particular, los grandes titulares de derechos harán uso de la posibilidad de optar por la exclusión y excluirán sus derechos de la explotación por parte de las entidades de gestión colectiva, como ya ha demostrado la experiencia en los mercados de la música y el cine¹⁴¹. Además, la concesión de licencias con arreglo al art. 12.1 DCMUD sólo se refiere a su utilización en el territorio del Estado miembro respectivo. Si el art. 12 DCMUD no se transpone en todos los Estados miembros y no se celebran acuerdos de reciprocidad entre las entidades de gestión colectiva, los efectos de las "licencias colectivas con efecto ampliado" serán escasos de cara a evitar los problemas de concesión de licencias que se plantean en esta Directiva¹⁴².

105. Una transposición que introdujese licencias colectivas obligatorias¹⁴³ entraría en contradicción con la STJUE en el asunto *Soulier*¹⁴⁴, en la cual el Tribunal subrayó claramente el derecho individual del autor a consentir y siempre que cuente con información previa; por lo demás, tampoco estaría amparado por el art. 12 DCMUD.

4. Límites legales a favor de los usuarios

A) Ausencia de límites legales adicionales en los Estados miembros

106. Como se expuso antes, el TJUE ha dictaminado recientemente en varias sentencias que los límites legales DCSI-InfoSoc, y por tanto también de la DCMUD, constituyen un *numerus clausus* para los Estados miembros; no pueden ir más allá. Sólo en el marco de conceptos jurídicos indeterminados y de acuerdo con los criterios del TJUE mencionados anteriormente, los Estados miembros pueden disfrutar de un margen de maniobra para su transposición.

107. Aplicado al art. 17 DCMUD, esto significa que los Estados miembros no pueden introducir un nuevo límite legal general respecto a los contenidos generados por los usuarios, porque ni el art. 17.4-10 DCMUD ni el art. 5.2/3 DCSI-InfoSoc establecen ese tipo de límite en relación con el derecho

¹³⁸ Están de acuerdo DREIER, "Die Schlacht ist geschlagen...", cit., p. 777 y ss.; KAESLING, "Die EU-Urheberrechtnovelle...", cit., p. 589 f.; GIELEN/TIessen, "Die neue Plattformhaftung...", cit., p. 643.

¹³⁹ De forma similar, M. HUSOVEC/J. QUINTAIS, "How to Licence Art. 17?" (SSRN, 14 octubre 2019, p. 19), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3463011, (último acceso 14.02.2020).

¹⁴⁰ Escéptico, F. HOFMANN, "Fünfzehn Thesen zur Plattformhaftung nach Art. 17 DSM-RL", cit., p. 1223.

¹⁴¹ Véase especialmente C. WIRTZ, "Perspektiven des Urheberrechts im Informationszeitalter", ZUM, 2019, p. 203 y ss., en especial, p. 206.

¹⁴² Esto es justamente señalado por DREIER, "Die Schlacht ist geschlagen...", cit., p. 777 ss.

¹⁴³ Lo abordan HUSOVEC/QUINTAIS, "How to Licence Art. 17?", cit., p. 22.

¹⁴⁴ STJUE 16 noviembre 2016, asunto C-301/15, *Soulier*, EU:C:2016:878.

de comunicación al público¹⁴⁵ (incluso si consideramos que la limitación del art. 5.2.b DCSI-InfoSoc sobre la excepción de copia privada es relevante aquí, ya que no incluye el derecho de comunicación al público). Esto se aplica con más razón a los prestadores de servicios.

108. Se ha intentado en varias ocasiones justificar un límite favorable a los contenidos generados por los usuarios mediante una interpretación extensiva del límite de cita y del límite sobre el pastiche, en particular a la luz de la libertad de expresión según el art. 11 CDFUE¹⁴⁶. Otros hablan de "licencias legales" con obligación de pago, lo que conduciría exactamente al mismo resultado que los límites, pero revestidas de la apariencia de licencias¹⁴⁷.

Sin embargo, a la luz de las decisiones más recientes del TJUE, en las que el Tribunal establece requisitos muy estrictos en cuanto a la creación de excepciones o límites legales por los Estados miembros y rechaza nuevos límites a nivel nacional, tal extensión parece difícilmente posible. En particular, en lo que respecta al derecho de cita, calificar las remezclas como arreglos no supera el requisito del puro uso de una obra para ilustrar las propias ideas o la propia obra¹⁴⁸. En el mejor de los casos, con la transposición del límite de los pastiches se podría crear una cierta libertad para el contenido generado por los usuarios, ya que los pastiches se definen como "una obra de arte visual, literatura, teatro o música que imita el estilo o la naturaleza de la obra de uno o más artistas"¹⁴⁹. Sin embargo, el legislador nacional no podrá ir más allá de estos conceptos al transponer la Directiva. Por lo tanto, quedará para los tribunales la tarea de definir los límites y la posibilidad de interpretar que los contenidos generados por los usuarios caben en el límite del pastiche¹⁵⁰. Lo mismo cabe decir sobre el intento de establecer "licencias legales". Como se ha explicado anteriormente, a pesar del término diferente, éstas corresponden a límites y no pueden ocultar el hecho de que las licencias obligatorias están sometidas a las mismas condiciones. Un uso diferente del lenguaje por sí solo no cambiará eso.

109. Ni el art. 17 DCMUD ni la DCSI-InfoSoc contienen ningún límite *de minimis*¹⁵¹. En consecuencia, tampoco para los usos a pequeña escala ni para los usos sin ningún valor económico existe ningún límite específico en su favor¹⁵².

110. Sin embargo, el punto de partida para una interpretación diferente, en particular para sostener que la lista de límites del art. 17.7 párrafo 2º DCMUD no es exhaustiva, sería la afirmación general (de hecho evidente) del propio art. 17.7 párrafo 1º DCMUD según la cual la cooperación entre los prestadores de servicios y los titulares de derechos no debe tener como efecto que los contenidos cargados por los usuarios no infrinjan los derechos de autor o estén "amparados por una excepción o límite". Esto también abarcaría, sin embargo, todos los límites del art. 5.2 y 5.3 DCSI-InfoSoc –más allá de los mencionados en el segundo párrafo del art. 17.7 DCMUD–, ya que si las limitaciones de aquel precepto DCSI-InfoSoc operan, no habría infracción de los derechos de propiedad intelectual. De este modo, la aplicación de límites a favor de la ciencia y la investigación también podría encontrar su justificación en el marco del art. 17.7 DCMUD, ya que éstos también abarcan el derecho de comunicación al público dentro del art.3.a DCSI-InfoSoc. Sin embargo, el legislador también debería introducir un derecho de recurso contra los límites a disposición de los usuarios, lo que a su vez entra en conflicto con la enumeración exhaustiva de los arts. 17.7 y 17.9 DCMUD.

¹⁴⁵ Sigue la opinión dominante F. HOFMANN, "Fünfzehn Thesen zur Plattformhaftung nach Art. 17 DSM-RL", cit., p. 1221.

¹⁴⁶ Vid. especialmente SENFTLEBEN, "Filterverpflichtungen...", cit., p. 373.

¹⁴⁷ V. gr., HUSOVEC/QUINTAIS, "How to Licence Art. 17?", cit., p. 23 y ss.

¹⁴⁸ SENFTLEBEN, "„Filterverpflichtungen...“", cit., p. 373 llega a la misma conclusión y pide la creación de un nuevo límite para los contenidos generados por usuarios que vaya más allá del derecho de cita –lo cual, sin embargo, a tenor de la jurisprudencia del TJUE, será prácticamente imposible ya–.

¹⁴⁹ Vid. "Pastiche" (*Wikipedia*, 14 Febrero 2020), <https://en.wikipedia.org/wiki/Pastiche>, (último acceso 14.02.2020).

¹⁵⁰ En parecido sentido, WÜRTEMBERGER/FREISCHEM, "Stellungnahme des GRUR...", cit., p. 67.

¹⁵¹ STJUE 29 julio 2019, asunto C-476/17, *Phonogram producer*, EU:C:2019:624; respecto a la DCMUD, F. HOFMANN, "Fünfzehn Thesen zur Plattformhaftung nach Art. 17 DSM-RL", cit., p. 1221; antes, vid. G. SPINDLER, "Die neue Urheberrechtsrichtlinie...", cit., p. 290; para una opinión distinta *contra legem* vid. T. J. GERPOTT, "Artikel 17 der neuen Eu-Urheberrechtsrichtlinie-Fluch oder Segen?", *MMR*, 2019, p. 420 y ss., en especial, p. 424.

¹⁵² Vid. WÜRTEMBERGER/FREISCHEM, "Stellungnahme des GRUR...", cit., p. 67 y ss.

B) Derecho a exigir a los prestadores el respeto de los límites

111. Por el contrario, el legislador nacional está obligado ahora a introducir un derecho subjetivo para el usuario que quiera hacer valer los límites basados en el tenor literal del art. 17.7 DCMUD. Esto queda claramente reflejado en el texto del art. 17.7, párrafo 2º DCMUD:

“Los Estados miembros garantizarán que los usuarios en cada Estado miembro puedan ampararse en cualquiera de las siguientes excepciones o limitaciones vigentes al cargar y poner a disposición contenidos generados por usuarios en los servicios para compartir contenidos en línea:

- a) citas, críticas, reseñas;*
- b) usos a efectos de caricatura, parodia o pastiche”.*

112. Si todos los usuarios deben poder alegar las excepciones, se les debe otorgar un derecho subjetivo para hacerlas valer, cuando en algunos ordenamientos como Alemania éstas no existen, salvo en el marco del art. 6.4 DCSI-InfoSoc (¡aquí, sin embargo, contra los titulares de los derechos!). Esta protección jurídica se establece aún más claramente en el art. 17.9 párrafo 2º DCMUD:

“Cuando los titulares de derechos soliciten que se inhabilite el acceso a obras u otras prestaciones específicas suyas o que se retiren tales obras o prestaciones, deberán justificar debidamente los motivos de su solicitud. Las reclamaciones presentadas con arreglo al mecanismo establecido en el párrafo primero se tramitarán sin dilación indebida y las decisiones de inhabilitar el acceso a los contenidos cargados o de retirarlos estarán sujetas a examen por parte de personas. Los Estados miembros garantizarán además que se disponga de mecanismos de solución extrajudicial de litigios. Dichos mecanismos permitirán una resolución imparcial de los litigios y no privarán al usuario de la protección jurídica que ofrece el Derecho nacional, sin perjuicio de los derechos de los usuarios de emplear otros recursos judiciales eficaces. En particular, los Estados miembros garantizarán que los usuarios tengan acceso a un tribunal o a otro órgano jurisdiccional competente a fin de invocar el uso de una excepción o limitación a los derechos de autor y derechos afines”.

113. En concreto, este requisito expreso de que los usuarios deben poder hacer valer sus derechos ante un tribunal implica la introducción de derechos subjetivos exigibles a favor de los usuarios; de lo contrario, los usuarios no podrán presentar reclamaciones ante los tribunales¹⁵³.

114. Hasta ahora, los tribunales alemanes han aceptado reclamaciones contractuales independientes en el caso de las redes sociales, sobre la base de la existencia de un contrato *sui generis*¹⁵⁴, especialmente en los casos en que el contenido es eliminado por el gestor de una red social (normalmente Facebook) con fundamento en las correspondientes condiciones generales. Sin embargo, una referencia a esta jurisprudencia por sí sola no sería suficiente para aplicar el art. 17.2 DCMUD, en su segunda frase, ya que, por un lado, no siempre se puede aceptar que existe un contrato entre el usuario y el prestador de servicios¹⁵⁵ y, por otro lado, este contrato no está tipificado, lo que significa que no satisfaría los requisitos del TJUE para la correcta transposición de una Directiva¹⁵⁶. En un asunto contra los Países Bajos, el TJUE declaró claramente que:

“21. Por lo que atañe a la alegación del Gobierno neerlandés según la cual el principio de la interpretación de la normativa neerlandesa conforme a la Directiva, tal como ha sido sentado por el Hoge

¹⁵³ Sigue la opinión consolidada, F. HOFMANN, “Fünfzehn Thesen zur Plattformhaftung nach Art. 17 DSM-RL”, cit., p. 1227.

¹⁵⁴ Tribunal Superior Regional de Munich, *MMR*, 2018, p. 753 y ss., 7en especial, p. 54 para 18, pero sin ninguna declaración explicativa adicional, pues sólo se refiere a la alegación del carácter gratuito y deja abierto el resultado; Tribunal Superior Regional de Munich, *MMR*, 2018, p. 760, para 20; sentencia de 30 noviembre 2018 del Tribunal Superior Regional de Munich (24 W 1771/18, no publicada aún, p. 6); de forma similar, Tribunal Superior Regional de Stuttgart, *NJW-RR*, 2019, p. 35, para 20.

¹⁵⁵ En el mismo sentido, F. HOFMANN, “Fünfzehn Thesen zur Plattformhaftung nach Art. 17 DSM-RL”, cit., p. 1227.

¹⁵⁶ En contra, VOLKMANN, “Art. 17 Urh-RL und die Upload-Filter...”, cit., p. 382 paras 50 y ss., quien aparentemente prefiere permitir las reclamaciones contractuales y considera que basta con la eficacia indirecta hacia terceros de los derechos fundamentales –pero esto no cumpliría con los requisitos de transposición de la Directiva–.

Raad der Nederlanden (Países Bajos), permite, en cualquier caso, remediar una divergencia entre lo dispuesto en la legislación neerlandesa y las normas de la Directiva, basta destacar que, como ha señalado el Abogado General en el punto 36 de sus conclusiones, 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. Debe añadirse que éste es especialmente el caso en el ámbito de la protección de los consumidores”¹⁵⁷.

115. Por lo tanto, sólo puede ser cuestionable si se debería instaurar sólo una demanda de ejecución de los límites correspondientes al art. 6.4 DCSI-InfoSoc contra el prestador de servicios (¡no contra los titulares de los derechos!) o si, en general, se debería introducir una reclamación legal y obligatoria para subir contenidos a una página web. Existen, sin embargo, algunas reservas contra un derecho subjetivo tan amplio que iría mucho más allá de asegurar una posición procesal: por un lado, esto interferiría con la configuración privada y autónoma de los prestadores de servicios (aunque algunos operadores de red con una gran cuota de mercado, como *Facebook*, están sujetos a la eficacia horizontal indirecta de los derechos fundamentales¹⁵⁸);¹⁵⁹ por otro lado, se adelantaría a cualquier regulación en leyes específicas sobre medios de comunicación, especialmente porque pueden introducir reglas específicas para los medios de comunicación.

C) Protección de los límites mediante tecnología obligatoria: el marcado

116. Además del derecho subjetivo de hacer cumplir los límites, éstos pueden protegerse mediante la introducción de un contenido "marcado" por los usuarios, lo que conduce a la exclusión del contenido correspondiente del filtrado automático de conformidad con el art. 17.4.b DCMUD. La introducción de este procedimiento, que sería obligatorio para los prestadores de servicios, garantizaría también que los usuarios pudieran poner en ejercicio los límites o excepciones a las que tienen derecho¹⁶⁰.

117. Sin embargo, como se ha explicado *supra*, la instauración de un procedimiento obligatorio de "marcado" en los Estados miembros puede entrar en conflicto con la facultad de la Comisión europea de definir las orientaciones para la interpretación del art. 17.4 DCMUD. El art. 17.10 DCMUD también se refiere expresamente a los derechos fundamentales de los usuarios y, por lo tanto, también a los límites del art. 17.7 DCMUD, de manera que la Comisión también puede modular más en concreto los límites del procedimiento del art. 17.4.b DCMUD en forma de orientaciones interpretativas.

118. Por otro lado, el art. 17.7 párrafo 2º DCMUD exige expresamente medidas en la transposición de los Estados miembros, que “garantizarán” que los usuarios puedan hacer valer sus derechos. Como ya se ha expuesto, esto queda claro sobre todo por la exigencia explícita de ejecución en los tribunales estatales según el art. 17.9 párrafo 2º DCMUD. Si no se establecen procedimientos específicos para proteger los límites y los derechos fundamentales consagrados en ellos, tales derechos quedan desprote-

¹⁵⁷ STJUE 10.5.2001, asunto C-144/99, *Commission vs Netherlands*, EU:C:2001:257.

¹⁵⁸ En este sentido, el Tribunal Constitucional Federal alemán, *NVwZ*, 2019, p. 959 paras 1-25; en detalle, B. RAUE, “Meinungsfreiheit in sozialen Netzwerken”, *JZ*, 2018, p. 961; para un repaso de las diferentes decisiones de los Tribunales Superiores Regionales, *vid.* M. BEURSKENS, “Hate-Speech“ zwischen Lösungsrecht und Veröffentlichungspflicht”, *NJW*, 2019, p. 3418 y ss.

¹⁵⁹ SPINDLER, “Löschung und Sperrung...“, *cit.*, p. 238 y ss.; D. HOLZNAGEL, “Put-back-Ansprüche gegen soziale Netzwerke: Quo Vadis”, *CR*, 2019, p. 518; D. HOLZNAGEL, “Overblocking durch User Generated Content (UGC) – Plattformen: Ansprüche der Nutzer auf Wiederherstellung oder Schadensersatz?”, *CR*, 2019, p. 369; J. LÜDEMANN, “Grundrechtliche Vorgaben für die Löschung von Beiträgen in sozialen Netzwerken”, *MMR*, 2019, p. 279; en parecido sentido, F. HOFMANN, “Fünfzehn Thesen zur Plattformhaftung nach Art. 17 DSM-RL”, *cit.*, p. 1227.

¹⁶⁰ Declaración del Gobierno alemán de 15 abril 2019: *Draft Directive of the European Parliament and of the Council on copyright and related rights in the Digital Single Market and amending Directives 96/6/EC and 2001/29/EC – Statements* [2019] 2016/0280(COD), 7986/19 ADD 1 REV 2; *vid.* también DREIER, “Die Schlacht ist geschlagen...”, *cit.*, p. 778.

gidos. También se podría abordar el problema del bloqueo de las emisiones en directo¹⁶¹. Además, como ya se ha mencionado, las orientaciones de la Comisión no tienen efecto vinculante para los tribunales o las autoridades según el art. 17.10 DCMUD. No son actos jurídicos con eficacia vinculante como las autorizaciones de la Comisión para transponer las directivas o para ejecutar reglamentos¹⁶². Antes bien, los tribunales y las autoridades de los Estados miembros deben tener en cuenta las recomendaciones u orientaciones, pero pueden apartarse de ellas. En cambio, el art. 17.7 párrafo 2º DCMUD exige un derecho legalmente garantizado para que los usuarios hagan cumplir los límites que les benefician; la mera inclusión de este derecho en las orientaciones no lo garantizaría suficientemente y sería exigible en cualquier caso. Por lo tanto, a pesar de la autoridad de la Comisión para proporcionar orientaciones, los Estados miembros deben tener la competencia –e incluso el deber (de base constitucional)– de garantizar la aplicación de los límites, también y especialmente con la ayuda de los procedimientos de "marcado" descritos.

119. A la inversa, la responsabilidad por la infracción de los derechos propiedad intelectual recae sobre los usuarios que marcan erróneamente o incluso de forma abusiva sus contenidos como amparados por los límites (“marcado erróneo” o “*wrongful flagging*”). Mientras no haya un error jurídico que exonere de culpa¹⁶³, existirá responsabilidad por negligencia¹⁶⁴. Además, para evitar abusos, dicho usuario puede ser excluido del mecanismo de reclamación en caso de abuso repetido y deliberado¹⁶⁵.

120. No obstante, sería deseable como parte de la transposición informar a los usuarios sobre las licencias existentes en las plataformas y, al contrario, cuándo ciertas subidas no están amparadas por una licencia¹⁶⁶.

D) ¿Establecimiento de un sistema de reclamaciones y recursos?

121. El art. 17.9 DCMUD proporciona algunos ejes básicos para la configuración del procedimiento de reclamaciones de los usuarios, como por ejemplo que deben ser “ágiles” y “eficaces” o que las quejas deben ser atendidas inmediatamente por un ser humano, y que deben existir procedimientos de reparación extrajudiciales que permitan el enjuiciamiento imparcial sin vetar el acceso a los tribunales estatales. Además, los Estados miembros tienen libertad para establecer los procedimientos con una serie de opciones. La garantía procesal de los derechos de los usuarios es necesaria para garantizar su derecho fundamental a un juicio justo, especialmente a la vista de la mencionada STJUE en el asunto *UPC Telekabel*¹⁶⁷.

122. No obstante, los Estados miembros deben respetar el procedimiento de reclamación establecido en el art. 17.9 DCMUD, que sólo puede ser activado mediante la queja de un usuario. En este contexto, se podría utilizar el procedimiento desarrollado por el Tribunal Supremo Federal alemán en la sentencia “*Mallorca-Blogger*” para las violaciones de los derechos de la personalidad: el prestador transmite la reclamación de la persona afectada (titular del derecho de personalidad) al bloguero (como infractor); si el bloguero no reacciona dentro de un plazo razonable, el contenido se bloquea. En caso de una respuesta del bloguero, se invita a quien reclamó a responder; si no lo hace en un plazo razonable, el contenido permanece en línea¹⁶⁸.

¹⁶¹ Correctamente, F. HOFMANN, “Fünfzehn Thesen zur Plattformhaftung nach Art. 17 DSM-RL”, cit., p. 1228.

¹⁶² *Vid. supra*, n. 131.

¹⁶³ Sobre los requisitos, *vid.* WOLFF, § 97 para 56, en WANDTKE/BULLINGER (dirs.), *Praxiskommentar Urheberrecht*, 5ª ed., CH Beck, München, 2019; SPINDLER, en SPINDLER/SCHUSTER (dirs.), *Recht der elektronischen Medien*, cit., p. § 97 paras 30 ss.; SPECHT en DREIER/SCHULZE (dirs.), *Urhebergesetz*, cit., § 97 para 78.

¹⁶⁴ En sentido similar, WÜRTEMBERGER/FREISCHEM, “Stellungnahme des GRUR...”, cit., p. 68.

¹⁶⁵ *Vid.* también F. HOFMANN, “Fünfzehn Thesen zur Plattformhaftung nach Art. 17 DSM-RL”, cit., p. 1228. Por esta razón, no se necesita una relga de responsabilidad específica; aparentemente, otra opinión tienen WÜRTEMBERGER/FREISCHEM, “Stellungnahme des GRUR...”, cit., p. 68.

¹⁶⁶ Correctamente F. HOFMANN, “Fünfzehn Thesen zur Plattformhaftung nach Art. 17 DSM-RL”, cit., p. 1227 y ss.

¹⁶⁷ *Vid. supra*, n. 52.

¹⁶⁸ Tribunal Federal alemán, *GRUR*, 2012, p. 311, para 27.

Por lo tanto, podría reflexionarse sobre una transferencia de estos principios al procedimiento de reclamaciones del art. 17.9 DCMUD. Tras la reclamación de un usuario, se pediría al titular de los derechos que respondiese; en ausencia de una reacción en un plazo extremadamente corto (por ejemplo, 1-2 días), el contenido se pondría de nuevo en línea presuponiendo que el límite prevalece o que no existe interés legítimo en el procedimiento por parte del titular de los derechos. Esto también encuentra fundamento en el art. 17.9 párrafo 1º DCMUD, que exige que el titular del derecho justifique la demanda de bloqueo.

123. En lo que respecta a los procedimientos ante los tribunales estatales, el legislador nacional debería establecer un procedimiento de tramitación acelerada, lo más rápido posible de conformidad con los precesos de medidas cautelares que cuentan con plazos abreviados; el procedimiento principal podría entonces reservarse para cuestiones más complejas que requieran sopesar los límites con los derechos de propiedad intelectual existentes.

E) Acciones colectivas

124. Los límites contemplados en beneficio de los usuarios también podrían reforzarse con un derecho a presentar demandas colectivas¹⁶⁹. Sin embargo, los arts. 17.7 y 17.9 DCMUD están formulados como un derecho individual y están orientados a un determinado contenido de un concreto usuario que difícilmente podría hacerse valer en el contexto de una acción colectiva. Por lo tanto, una demanda colectiva podría estar dirigida únicamente contra una directriz o práctica específica de los prestadores de servicios; por ejemplo, contra específicos filtros de carga utilizados por un prestador de servicios que no cumplen con las condiciones de los arts. 17.7 y 17.9 DCMUD.

5. ¿Configuración y límites de las consecuencias jurídicas (indemnización)?

125. Finalmente, otra opción sería una limitación o exclusión de los daños en relación con los usuarios. Sin embargo, esto entraría en contradicción con el art. 13.1 de la Directiva 2004/48 sobre respeto a los derechos de propiedad intelectual¹⁷⁰, que contempla una reclamación plena de los daños y perjuicios a favor del titular del derecho vulnerado. Por lo tanto, los Estados miembros no tienen ningún margen de maniobra en este punto.

V. Derecho internacional privado

126. De acuerdo con art. 8.1 del Reglamento Roma II¹⁷¹, el principio *lex loci protectionis* se aplica al Derecho internacional de propiedad intelectual¹⁷². Sin embargo, el principio no responde directamente a la cuestión de si un sistema jurídico nacional se designa en función del *lugar de la acción* y del *lugar donde se produjo el hecho dañoso*. En lo que respecta a una copia o réplica (en relación con derechos de autor) depende del lugar en el que se produjo la copia porque ese proceso constituye la auténtica explotación comercial¹⁷³. Por lo tanto, en el caso de las descargas se acepta generalizadamente

¹⁶⁹ En este sentido va la propuesta de SPECHT, en prensa.

¹⁷⁰ Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual (DOUE, L 157, 45 y ss.)

¹⁷¹ Reglamento (CE) n° 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II), DOUE, L 199 de 31.7.2007, p. 40 y ss.

¹⁷² Sobre este término BACH, IPR Art. 8 ROM-II-VO para 1 en SPINDLER/SCHUSTER (dirs), *Recht der elektronischen Medien*, cit.; vid. WELSER, Anotaciones preliminares a los §§ 120 y ss. *UrhG*, para 15, en WANDTKE/BULLINGER (dirs.), *Praxiskommentar Urheberrecht*, cit.

¹⁷³ Tribunal Federal alemán, *GRUR*, 1965, p. 323 y ss., en especial, p. 325.

que el sistema jurídico del país en el que se realiza la copia es decisivo para fijar la ley aplicable a las posibles reclamaciones, pero también a los límites de la explotación comercial¹⁷⁴.

127. Respecto al derecho de comunicación al público (o puesta a disposición del público), por lo tanto, para las cargas de contenidos la situación jurídica es más complicada: la utilización real consiste en el hecho de que el acceso es posible para todos, de modo que, por un lado, el acto de comunicación al público podría estar relacionado con el lugar donde se pone la obra en Internet¹⁷⁵ o, por otro lado, con el lugar donde se recupera o descarga (teoría de Bogisch modificada¹⁷⁶) – lo cual, debido a la globalidad de Internet desembocaría entonces en la aplicación de cada ordenamiento jurídico desde el que el contenido en Internet puede ser recuperado—. En realidad, la opinión predominante tiende a favorecer la última opción, aunque todavía no se ha dictado ninguna sentencia del Tribunal Supremo Federal alemán al respecto¹⁷⁷.

128. Ya que, de acuerdo con el art. 17.1 DCMUD, los propios prestadores de servicios violan el derecho de comunicación al público, se aplican todas las legislaciones en las que se pueden descargar los contenidos subidos por los usuarios. Esto, a su vez, crea un "mosaico" europeo en caso de transposición divergente en cada Estado miembro: si, por ejemplo, Alemania introduce un procedimiento de "marcado" pero Francia no, este procedimiento no se aplicaría a los usuarios franceses que quieran subir contenidos a una plataforma alemana, ya que el procedimiento de marcado no operaría en Francia. Por lo tanto, los prestadores de servicios pueden empezar a usar las oportunas técnicas de geobloqueo. Estas geolocalizaciones son bien conocidas sobre todo en el ámbito de los juegos de azar y apuestas en Internet y permiten realizar localizaciones precisas con un margen de error de pocos kilómetros, y cuando se combinan con otros métodos, como el seguimiento de los teléfonos móviles, alcanzan tal precisión que el margen de error es de pocos metros¹⁷⁸. Sin embargo, estas medidas se pueden eludir utilizando servi-

¹⁷⁴ DREIER, Anotaciones preliminares a §§ 120 y ss. para 33, en DREIER/SCHULZE (dirs.), *Urheberrechtsgesetz UrhG*, 6ª ed., CH Beck, München, 2018; KATZENBERGER/METZGER, Anotaciones preliminares a los §§ 120 y ss. para 133, 143, en SCHRICKER/LOEWENHEIM (dirs.), *Urheberrecht*, 5ª ed., CH Beck, München, 2017; NORDEMANN-SCHIFFEL, Anotaciones preliminares a los §§ 120 y ss. para 67 en FROMM/NORDEMANN (dirs.), *Urheberrecht*, 12ª ed., Kohlhammer 2019; G. SPINDLER, "Morpheus, Napster & Co. - Die kollisionsrechtliche Behandlung von Urheberrechtsverletzungen im Internet", en S. LEIBLE (dir.), *Die Bedrohung des internationalen Privatrechts im Zeitalter der neuen Medien*, Richard Boorberg Verlag, Stuttgart/München, 2003, p. 155 y ss., en especial, p. 163 y ss.; sobre la valoración de cuándo una reproducción se produce dentro de un país *vid.* Tribunal Federal alemán, *GRUR*, 1965, p. 323 y ss., en especial, p. 325; Tribunal Federal alemán, *ZUM*, 2004, p. 371.

¹⁷⁵ J. DIESELHORST, "Anwendbares Recht bei Internationalen Online-Diensten", *ZUM*, 1998, p. 293 y ss., en especial, p. 299 y ss.; F. KOCH, "Internationale Gerichtszuständigkeit und Internet", *CR*, 1999, p. 121 y ss., en especial, p. 123; H. SCHACK, "Zum auf grenzüberschreitende Sendevorgänge anwendbaren Urheberrecht", *IPRax*, 2003, p. 141 y ss., en especial, p. 142; R. SACK, "Das internationale Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht nach der EGBGB-Novelle", *WRP*, 2000, p. 269 y ss., en especial, p. 277; G. SPINDLER, "Die kollisionsrechtliche Behandlung von Urheberrechtsverletzungen im Internet", *IPRax*, 2003, p. 412 y ss., en especial, p. 417.

¹⁷⁶ *Vid.* ya P. KATZENBERGER, "Urheberrechtsfragen der elektronischen Textkommunikation", *GRUR Int.*, 1983, p. 895 y ss., en especial, p. 916 y ss.; la teoría de Bogisch fue desarrollada por Arpad BOGICH, antiguo Director General de la OMPI, en relación con el derecho de emisión televisiva por satélite; sobre ello, A. KUR, "Haftung für Rechtsverletzungen Dritter: Reformbedarf im europäischen IPR?", *WRP*, 2011, p. 971 y ss., en especial, p. 977; se muestran críticos SCHWARZ/REBER, § 21 paras 100 y ss., con ulteriores referencias, en LOEWENHEIM (dir.), *Handbuch des Urheberrechts*, 2ª ed., CH Beck, München, 2010.

¹⁷⁷ *Vid.* v. WELSER, Anotaciones preliminares a los §§ 120 y ss. *UrhG* para 19, en WANDTKE/BULLINGER (dirs.), *Praxiskommentar Urheberrecht*, cit.; KATZENBERGER/METZGER, cit., pre §§ 120 y ss. *UrhG* paras 142 y ss.; HOEREN/SIEBER (dirs.), *Multimedienrecht*, cit., part 7.8 para 23; HOEREN, part 14 paras 5 y ss., en KILIAN/HEUSSEN (dirs.), *Computerrechts-Handbuch*, 34ª ed., CH Beck, München, 2018; sobre la ley aplicable en esta materia, *vid.* Tribunal Superior Regional de Hamburgo, *BeckRS*, 2008, p. 23065, que aplicó el § 19a *UrhG* en un caso en que una empresa radicada en Estados Unidos de América había hecho miniaturas de imágenes protegidas por derechos de autor que estaban públicamente accesibles en internet; en este sentido, ya G. SPINDLER, "Die kollisionsrechtliche Behandlung...", cit., p. 418 ss. con más referencias.

¹⁷⁸ Sobre esta materia, T. HOEREN, "Geolokalisation und Glücksspielrecht", *ZfWG*, 2008, p. 311 y ss., en especial, p. 312 y ss.; se muestra crítico con la idoneidad técnica de conseguir una geolocalización suficientemente precisa en el contexto de las apuestas en línea el Tribunal Superior Administrativo de Lüneburg, *NVwZ*, 2009, p. 1241 y ss., en especial, p. 1243; igualmente, el Tribunal Administrativo de Berlín, *BeckRS*, 2012, p. 48575; en contra, Tribunal Administrativo de Düsseldorf, *BeckRS*, 2011, p. 53037, que considera que los métodos disponibles son suficientes para la normativa sobre juegos de azar; igualmente, el Tribunal Superior Administrativo de Münster, *BeckRS*, 2010, p. 51049; para ulteriores referencias sobre derecho y foro aplicables, *vid.* M. WINKELMÜLLER/H. W. KESSLER, "Territorialisierung von Internet-Angeboten – Technische Möglichkeiten, völker-, wirtschafts-

cios de anonimización, redes privadas virtuales (VPN) o servidores proxy, que se instalan y apuntan al lugar deseado, a menos que se vinculen a ellos otros servicios de posicionamiento (como el seguimiento de teléfonos móviles)¹⁷⁹. Sin embargo, dado que la geolocalización requiere el tratamiento de datos personales mediante la identificación del origen de las direcciones IP y de las solicitudes, es inevitable al menos la seudonimización. Los encargados federales y regionales de protección de datos en Alemania consideran que el uso de sólo los primeros 4 bytes para la geolocalización es suficiente para las direcciones IP según el protocolo de Internet IPv6¹⁸⁰.

129. En este contexto, el llamado Reglamento (EU) de geobloqueo¹⁸¹ no impide la aplicación de estos métodos: según su art. 1.5, esta norma europea no se aplica a la ley sobre propiedad intelectual; por lo tanto, se permiten las acciones y herramientas utilizadas por los prestadores de servicios para excluir a los usuarios de otros países.

130. El nuevo Reglamento (UE) de portabilidad transfronteriza¹⁸² tampoco cambia la situación, ya que sólo se aplica a los consumidores creando una ficción legal para ellos en el art. 4. A resultas de ello, los derechos de uso de ciertos contenidos en línea se limitan al Estado miembro de residencia, independientemente de dónde resida realmente el usuario¹⁸³. Sin embargo, esta regla no afecta a las obligaciones de los prestadores de servicios del art. 17 DCMUD.

VI. Obligaciones de las plataformas fuera del ámbito de aplicación de la DCMUD en materia de propiedad intelectual

131. Si una plataforma o un proveedor de servicios no cae dentro de la definición del art. 2.6 DCMUD, el art. 17 DCMUD no se aplicará¹⁸⁴ (por supuesto), con la consecuencia de que el art. 14 CDFUE sigue siendo aplicable, así como la jurisprudencia del TJUE que se sintetizó antes. Si el TJUE¹⁸⁵ califica como propias infractoras directas del derecho de puesta a disposición del público (art. 3 DCSI-InfoSoc) a las plataformas que emplazan anuncios relacionados con contenidos generados por

verwaltungs- und ordnungsrechtliche Aspekte”, *GewArch*, 2009, p. 181 y ss., en especial, p. 182. Crítico con el geobloqueo, A. OHLY, “Geoblocking zwischen Wirtschafts-, Kultur-, Verbraucher- und Europapolitik”, *ZUM*, 2015, p. 942; para otras áreas de aplicación y servicios *vid.* también T. HOEREN, “Zoning und Geolocation - Technische Ansätze zu einer Reterritorialisierung des Internet”, *MMR*, 2007, p. 3 y ss.

¹⁷⁹ En detalle sobre esta materia, A. PRILL, *Webradio-Streamripping: Eine neue Form der Musikpiraterie?*, 1ª ed., Peter Lang, Bern, 2013, p. 37 y ss. con explicaciones tecnológicas adicionales; *vid.* también HOEREN, “Geolokalisation...”, *cit.*, p. 311 y ss.; HOEREN, “Zoning und Geolocation...”, *cit.*, p. 6; sobre los servicios de anonimización, *vid.* M. RAU/M. BEHRENS, “Catch me if you can ... Anonymisierungsdienste und die Haftung für mittelbare Rechtsverletzungen”, *K&R*, 2009, p. 766 y ss.

¹⁸⁰ *Vid.* la resolución del 82º Congreso de Supervisores de Protección de datos del Gobierno Federal y los Estados de Alemania de 28-29 septiembre 2011 en Munich, p. 2, disponible en: http://www.bfdi.bund.de/SharedDocs/Publikationen/Entscheidungssammlung/DSBundLaender/82DSK_IPv6.pdf;jsessionid=0E81AF686CF133FA9272C5BFF4342070.1_cid354?__blob=publicationFile, (último acceso: 14.02.2020); propone diferenciar según el fin de la localización U. KÜHN, “Geolokalisierung mit anonymisierten IP-Adressen”, *DuD*, 2009, p. 747 y ss., en especial, p. 751.

¹⁸¹ Reglamento (UE) 2018/302 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de febrero de 2018, sobre medidas destinadas a impedir el bloqueo geográfico injustificado y otras formas de discriminación por razón de la nacionalidad, del lugar de residencia o del lugar de establecimiento de los clientes en el mercado interior y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n.º 2006/2004 y (UE) 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE, *DOUE* L 60 I, 2.3.2018, p. 1 y ss.

¹⁸² Reglamento (UE) 2017/1128 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, relativo a la portabilidad transfronteriza de los servicios de contenidos en línea en el mercado interior, *DOUE* L 168, de 30.6.2017, p. 1 y ss.

¹⁸³ NORDEMANN-SCHIFFEL, Art. 4 PortVO en FROMM/NORDEMANN (dirs.), *Urheberrecht*, 12ª ed., Kohlhammer 2019; v. WELSER, *Anotaciones preliminares a los §§ 120 y ss. UrhG para 19*, en Wandtke/Bullinger (dirs.), *Praxiskommentar Urheberrecht*, *cit.*; para un examen de detalle sobre el Reglamento de portabilidad transfronteriza, *vid.* J. HEYDE, “Die Portabilitätsverordnung – Auswirkungen auf die Lizenzverträge”, *ZUM*, 2017, p. 712.

¹⁸⁴ Esto no se aplica a las empresas de nueva creación según el art. 17.6 DCMUD, ya que también están sujetas al régimen del art. 17 DCMUD, pero con las obligaciones reducidas que establece el art. 17.6 en relación con el art. 4.c DCMUD. En este contexto, no está claro hasta qué punto las disposiciones del considerando 66, según las cuales los remedios nacionales deben seguir aplicándose –y por tanto también la “*Störerhaftung*” alemana–.

¹⁸⁵ *Vid. supra*, n. 7 y ss.

los usuarios y que proceden a una organización ulterior de esos contenidos, esas plataformas que quedan fuera del ámbito de aplicación del art. 17.6 DCMUD estarían, sin embargo, sujetas a obligaciones similares. Si el TJUE extendiera la autoría de la infracción a las plataformas y, por lo tanto, presumiera una responsabilidad por el incumplimiento del deber de diligencia en el procedimiento en curso entre *YouTube/Uploaded*, la actual responsabilidad del perturbador (*Störerhaftung*), que reconoce obligaciones sólo después de tener conocimiento de la infracción, sería de hecho nula¹⁸⁶.

132. Desde un punto de vista dogmático, no queda claro si el art. 17 DCMUD debe considerarse entonces como la norma decisiva para el art. 3 DCSI-InfoSoc¹⁸⁷, de modo que una aplicación extensiva del art. 3 DCSI-InfoSoc también quedaría excluida si el ámbito de aplicación del art. 17 DCMUD no se puede interpretar extensivamente. Por lo tanto, la jurisprudencia del TJUE sobre el derecho de puesta a disposición del público (con sus ampliaciones) tampoco sería aplicable en este contexto. La DCMUD no contiene ninguna disposición clara sobre este tema. Más bien, el considerando 64 DCMUD establece que el art. 17 DCMUD no debe interferir en la aplicación del art. 3 DCSI-InfoSoc. Así, el considerando 64 DCMUD, en su tercera sentencia, afirma lo siguiente:

“Esto no afecta al concepto de comunicación al público o de puesta a disposición del público en otros ámbitos en virtud del Derecho de la Unión ni tampoco afecta a la posible aplicación del artículo 3, apartados 1 y 2, de la Directiva 2001/29/CE a otros prestadores de servicios que usan contenidos protegidos por derechos de autor”.

133. Sin embargo, la expresa regulación de los privilegios de responsabilidad y la excepción, por ejemplo, para las empresas de nueva creación (art. 17.6 DCMUD), indican que para otras plataformas no afectadas por la DCMUD (por ejemplo, plataformas no comerciales, servicios de almacenamiento en la nube, etc.) no puede aplicarse una responsabilidad más estricta (basada en una interpretación extensiva del art. 3 DCSI-InfoSoc), ya que de lo contrario las regulaciones y privilegios no irían a ninguna parte. Incluso si el art. 3 DCSI-InfoSoc fuese interpretado extensivamente por el TJUE (prescindiendo de la DCMUD), los usuarios aún deberían beneficiarse de una aplicación analógica de las garantías procesales para garantizar los derechos fundamentales.

VII. Conclusión

134. En estas páginas se ha analizado el complejo triángulo formado por usuarios, prestadores de servicios y titulares de derechos de propiedad intelectual. Parece imposible garantizar todos los derechos al mismo tiempo, por lo que el problema constitucional esencial consiste en lograr un equilibrio justo entre esos derechos. Mientras que el art. 17.4.b DCMUD respeta que no exista una obligación proactiva de los proveedores de supervisar sus plataformas, estableciendo así un equilibrio más o menos adecuado entre los derechos si al mismo tiempo los usuarios disponen de procedimientos de marcado o similares, lo mismo no es, lamentablemente, cierto respecto al deber general de control de la plataforma respecto a los contenidos que tienen que contar con una licencia (art. 17.1 DCMUD). Además, los legisladores nacionales deberían transponer cuidadosamente los derechos subjetivos de los usuarios y los procedimientos de reclamación con el fin de garantizar sus derechos constitucionales.

¹⁸⁶ STIEPER, “Die Richtlinie...”, cit., p. 216 y ss.; Tribunal Supremo Federal alemán, *GRUR*, 2018, p. 1132 y ss., en especial pp. 1139 y 1141 con comentarios de OHLY.

¹⁸⁷ Para los diversos intentos de interpretación de la relación entre el art. 17 DCMUD y el art. 3 DCSI-InfoSoc, puede consultarse HUSOVEC/QUINTAIS, “How to Licence Art. 17?”, cit., quienes consideran el art. 17 en sí mismo como un derecho *sui generis*.

RECENSIONES

The Internet - Privacy and rights relating to personality

ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA

Professor of Private International Law

Carlos III University, Madrid

Member of the UNIDROIT Governing Council

ORCID ID: 0000-0003-2236-4641

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5233>

The course titled "The Internet - Privacy and rights relating to personality" was delivered in 2015 at the Hague Academy of International Law by JAVIER CARRASCOSA, Professor of Private International Law at the University of Murcia, Spain, and published by the Academy in the volume *Recueil des cours de l'Academie de droit international*, The Hague, 2016, vol. 378, Leiden / Boston, Brill Nijhoff, pp. 261-486).

This is an unorthodox course for different reasons. In the first place, it focuses on a social reality that needs legal regulation: the violation of personality rights on the Internet. It is not, therefore, a course that merely studies legal norms: on the contrary, it explores the social phenomena related to rights relating to personality on the Internet first, and then and only then, does it review with the lens of a specialist in private international Law the legal rules governing them. Consequently, it should be noted that this course springs from a very solid double legal dogmatic base: an in-depth knowledge of the rights of personality and full mastery of the fundamental structures of the Internet. Another reason why the course may be defined heterodox is that it analyzes private international law from an economic point of view. To the author, the best solutions are those that involve lower costs for the parties and for society in general.

The text begins with a journey through the reality of the Internet – that new, flexible, ubiquitous, mobile, unstable and immediate continent. Then, Prof. Carrascosa deals with the different proposals that have been suggested for the regulation of the issue and advocates a clear option: private international law – a legal sector that is over 1,000 years old – has always proven able to readily adapt to social changes. In other words, private international law has managed to acclimatize to the multiple fluctuations of social reality. For this re-

ason, classical private international law can still provide adequate solutions to the issue at hand: new international grounds of jurisdiction and new connecting factors are being created in order to protect personality rights on the Internet. A classic yet sophisticated private international law is born in the 21st century to face this issue.

The course dwells then on the birth, growth and expansion – from the ancient Greeks to the 21st century – of a legal category that is as attractive as it is volatile: personality rights, that is, a set of personal rights protected by international conventions and national Constitutions. Nevertheless, in these legal instruments the most difficult issue – i.e. the determination of international jurisdiction and the Law applicable to personality rights in cases involving foreign elements – remains unsolved. The course approaches decisively the matter thanks to the powerful weapons provided by European private international law. The ECJ case law regarding the "harmful event" ground of jurisdiction, -now located in Article 7.2 of the Brussels I-a regulation-, and its evolution in the case law trilogy *Mines de potasse*, *Shevill* and *eDate* are analyzed. The creation by the ECJ of a specific ground of jurisdiction for damage to personality rights on the Internet based on the place where the bulk of the damage takes place, which corresponds, in general, to the Member State of the habitual residence of the victim, is considered as positive. Not only is this perspective practical, but also efficient from an economic point of view when it comes to determining the place of the damage for the purposes of jurisdiction. Yet again, it is *Accessorium sequitur principale*, the good old Roma Law adage. The victim can claim for the damages suffered worldwide before just one single court, the court of the Member State where he has his habitual residence. This can be called an efficient jurisdiction.

With regard to the Law applicable to non-contractual liability arising from the violation of personality rights on the Internet, the course brings to light deficiencies and weaknesses of the current regulation. Rome II Regulation does not apply to these issues. Each member State has its own national conflict of laws rules in this sector. In Spain, Art. 10.9 CC applies: a rudimentary legal provision that affords many problems and few solutions. Prof. CARRASCOSA's course follows an economic approach with satisfactory results. The best connecting factor is considered, again, the habitual residence of the victim, provided that the main damage to the personality rights has taken place in that country. This is the most predictable law for victim and offender alike and it is the Law that entails the lowest costs for the parties. Finally, the course dwells on cases of so-called "cyberlibel tourism". This happens when the claimant starts legal actions for defamation on the Internet before the courts of a specific country just because the online defamatory

content is accessible from that country. Once the judgment is rendered, the victim asks for its recognition in the country where he resides.

In short, this is a text full of coloured perspectives: no solution is accepted without weighing all its strengths and weaknesses. A must have, an upmarket page-turner. Both the bibliography and comparative law apparatus used are indeed exhaustive. It is a well written work that shuns complicated and obscure expressions; a work full of light and nuances, in which the private international law lover will discover delightful historical aspects, current technical issues related to the Internet, and an interpretation of private international law as a branch of the legal system that seeks an efficient implementation of human rights. The architecture of the world has changed, Prof. CARRASCOSA tells us, but at the centre of the world one can still see the human being, armed with a protective shield and a shining armour called "Private international law".

G.A. MARTÍN MARTÍN, *Competencia, enriquecimiento y daños*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, 392 p. ISBN: 978-84-1313-818-3.

CARMEN HERRERO SUÁREZ

Profesora Titular de Derecho Mercantil

Universidad de Valladolid

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5234>

Audaces fortuna juvat

En los últimos quince años, uno de los principales focos de atención del Derecho de la competencia en Europa lo constituye, sin duda, la conocida como aplicación privada o *private enforcement* de las normas de competencia, que supone la valoración de las prohibiciones de prácticas restrictivas por parte de los tribunales del orden jurisdiccional civil. Pese a la variedad de los posibles efectos civiles de las prácticas anticompetitivas, el interés de doctrina y autoridades administrativas se ha centrado, mayoritariamente, en el ejercicio de *acciones resarcitorias por los daños causados* por dichas conductas en los patrimonios individuales, relegando a un segundo plano otras reacciones que, en el marco de las relaciones entre particulares, pueden derivarse de la infracción de las normas *antitrust*, tales como la solicitud de *medidas cautelares* y, muy especialmente, el ejercicio de *acciones de nulidad* y restitutorias. En este sentido, las distintas iniciativas, al menos desde una perspectiva de política legislativa, tal y como ponen de manifiesto las medidas europeas más recientes como la aprobación de la Directiva 2014/104/UE o la Comunicación sobre cuantificación del perjuicio, se centran en el daño derivado de infracciones de la competencia y el derecho a su resarcimiento. Esta política se ha ido articulando –y consolidando– sobre la base de determinados principios, especialmente el que veta o sanciona el enriquecimiento injusto, que ha sido esgrimido, bien para desterrar del sistema de daños por ilícitos competitivos determinadas instituciones, como los *daños punitivos*, bien, por el contrario, para dar plena carta de naturaleza a otras, como la excepción de repercusión de costes o *passing-on defense*.

Los retos que planteaba la necesaria transposición de la Directiva en el ordenamiento jurídico español, junto al incremento de acciones de daños,

y el consiguiente surgimiento de nuevas dificultades evidenciadas en la práctica, han suscitado el interés doctrinal, espoleando una intensa actividad productiva, manifestada en la publicación de un gran número de trabajos, generales o específicos. Una característica que comparten la mayoría de ellos es que el esfuerzo analítico se proyecta a partir de unos cimientos que, salvo excepciones, se admiten sin cuestionamiento. Una de estas bases inamovibles la constituye el *principio de enriquecimiento injusto* en el sentido anteriormente mencionado, es decir imbricado en la finalidad compensatoria de las acciones de daños y enarbolado como argumento reiteradamente repetido para negar la posibilidad de daños punitivos y como fundamento de la *passing on defence*... Entono el *mea culpa*. En las ocasiones en las que he tenido que ocuparme de esta materia, he admitido sin mayores recelos ni dudas el alcance y contenido de este principio.

En este contexto aparece la monografía de GUSTAVO MARTÍN, *Competencia, Enriquecimiento y Daños*. El autor explica acertadamente la ausencia de intentos, doctrinales o jurisprudenciales, de una revisión crítica de este principio, afirmando que “nadie puede resistirse a la autoridad argumentativa de un principio como aquel que veda los enriquecimientos injustos” para desmentir –o, al menos, matizar–, posteriormente esta afirmación. Puede cuestionarse la autoridad argumentativa de este principio. De hecho, este trabajo supone un radical cambio de actitud en la doctrina, construyéndose el análisis precisamente desde un cuestionamiento o revisión integral del papel que ha desempeñado y, sobre todo, debe desempeñar el principio de enriquecimiento injusto en el marco del Derecho de la competencia.

Con carácter general, pueden destacarse diversas características de la obra comentada que la diferencian de otros estudios en materia de apli-

cación privada y le otorgan, a mi juicio, un valor añadido.

En primer lugar, los planteamientos, reflexiones y, sobre todo, conclusiones del autor son el resultado de un *trabajo sólido y serio de investigación*. Esta monografía tiene su origen en una tesis doctoral, cuya defensa tuve la ocasión y el honor de valorar, formando parte del Tribunal que la juzgó. Tesis que, además, al margen de la máxima calificación académica que mereció en ese momento, ha sido objeto de reconocimientos posteriores, como el *Premio Extraordinario de Doctorado* de la Universidad de Salamanca o el “Premio José Manuel Gómez Pérez” a la mejor tesis de Derecho Privado, que acreditan su valía y contribución a la investigación jurídica. En ella encontramos análisis histórico, casuismo jurisprudencial y consideración ponderada e integradora de las soluciones adoptadas en otros ordenamientos jurídicos. Su autor, además, aúna la doble condición de investigador y juez. Su pertenencia a la carrera judicial acredita y refuerza el conocimiento de las instituciones que se manejan, al haberse acercado a las mismas no ya simplemente desde la pura reflexión teórica, sino desde la dificultad que entraña su interpretación y aplicación en la práctica.

En suma, las conclusiones del autor, se compartan o no, no son fruto de la inspiración repentina, ni de la ligereza de mente o de pluma, sino de un profundo conocimiento de las instituciones y principios jurídicos, de un espíritu crítico poco conformista y de un análisis exhaustivo, sólido y concienzudo.

En segundo lugar, la obra es enormemente valiente. Audaz en sus planteamientos, pero carente de temeridad. Si bien se cuestionan las propias bases dogmáticas sobre las que se apoya actualmente la aplicación privada del Derecho de la competencia, todas las críticas y planteamientos están sólidamente fundamentados. El autor es valiente porque se atreve a hablar claro. Habla del verdadero origen del principio de enriquecimiento injusto y su traslación acrítica desde el ámbito tributario, en el que ya se utilizó de manera cuestionable, al marco de las acciones de daños derivadas de ilícitos *antitrust*. También pone de manifiesto una cierta hipocresía por parte de la Comisión, denunciando el claro favoritismo del que goza el sistema de aplicación pública, evidenciado en una protección a ultranza de los *programas de clemencia*, enmascarada en ocasiones en un pretendido fomento entusiasta de la aplicación privada.

Por lo que a la estructura de la obra se refiere, el autor no tenía una tarea sencilla, ya que se enfrentaba al reto de cómo explicar la verdadera naturaleza y alcance de un principio que, aparentemente, parecía no requerir de ningún tipo de explicación para, una vez revisado, delimitar el papel, si alguno, que debería jugar en el marco de la aplicación privada del Derecho de la competencia. Fundamentalmente, era preciso examinar la solidez de uno de los dogmas que se consolida tras los casos *Courage* y *Manfredi*: la operatividad del principio de enriquecimiento injusto como límite del derecho de daños. Derecho de daños configurado además desde una perspectiva estrictamente compensatoria. Los tres primeros capítulos reflejan ese titánico empeño, analizando conjuntamente *dos vectores fundamentales*: el *origen* del principio de enriquecimiento sin causa y su traslación al marco de la aplicación privada y, paralelamente, las *funciones* del Derecho de daños, con especial hincapié en las excepciones a la función compensatoria, única admitida en el Derecho de la competencia. En el capítulo cuarto, se examina una institución a medio camino entre el Derecho de daños y el Derecho de enriquecimiento: la *privación de los beneficios del infractor*, el comiso de las ganancias obtenidas ilícitamente. Este capítulo prepara la entrada a la que, en mi opinión, constituye la principal aportación de la obra: un último apartado en el que se redefine la verdadera efectividad del principio de enriquecimiento injusto en la aplicación privada del Derecho de la competencia. Alejándose del cielo de los conceptos jurídicos, el autor ofrece dos propuestas de enorme e incuestionable importancia práctica: la utilización de la institución de la privación de beneficios en el Derecho de la competencia y una relectura de la *defensa de repercusión de costes* que permita solventar las dificultades derivadas de la regulación contenida en la Directiva y trasladada a los Estados miembros.

En conclusión, esta obra constituye, a mi juicio, una excelente ocasión para los juristas en su más amplio espectro, de adentrarse en terrenos hasta ahora poco explorados y muy sugestivos. Dotada de un estilo impecable que trasluce la erudición de su autor con numerosas referencias clásicas, es una obra de gran calidad científica cuya lectura y estudio constituyen, sin duda, un valioso ejercicio intelectual. Este trabajo no sólo viene a sumarse al acervo doctrinal, ya numeroso, en materia de aplicación privada de las normas de defensa de la competencia, sino a enriquecerlo notablemente.

Normas de publicación

Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)

1. Contenido y periodicidad

En *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, se publican trabajos de investigación sobre Derecho internacional privado, Derecho uniforme y Derecho privado comparado. Es una revista de publicación semestral (marzo y octubre).

2. Originalidad e idioma

Los trabajos han de ser inéditos y pueden estar escritos en cualquiera de los principales idiomas europeos.

3. Envío de originales

Los originales deben remitirse por correo electrónico a la Secretaría de Redacción (isabel.anton@uc3m.es) hasta el 15 de diciembre para el número de marzo y hasta el 15 de junio 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 aplicabile 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, ECLI:EU:C:1979:42.
- 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).